

C.L.Y. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. C.L.Y.****Neutral citation: 2008 SCC 2.**

File No.: 31811.

2007: November 6; 2008: January 25.

Present: Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA*Criminal law — Evidence — Credibility — Burden of proof — Accused convicted of two counts of sexual assault — Whether trial judge misapplied burden of proof — Whether trial judge misapprehended and mischaracterized evidence leading to convictions.*

C.L.Y. was a teenager charged with three counts of sexual assault. The charges arose out of allegations of inappropriate touching when he was babysitting a girl who was at the time between six and eight years old. The trial judge rejected C.L.Y.'s evidence and convicted him of two counts of sexual assault. He was acquitted of the third charge. The convictions were upheld by the Court of Appeal. The majority of the court rejected C.L.Y.'s argument that the trial judge, by considering the evidence of the girl first, had shifted the burden of proof. The dissenting judge concluded that the trial judge's acceptance of the complainant's evidence before even considering that of C.L.Y. resulted in at least a subtle shift of the onus of proof.

Held: The appeal should be allowed.

Per Bastarache, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The paramount question is whether, on the whole of the evidence, the trier of fact is left with a reasonable doubt about the guilt of the accused. The key is whether the correct burden and standard of proof were applied, not what words were used in applying them. What *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, offered was a helpful

C.L.Y. *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. C.L.Y.****Référence neutre : 2008 CSC 2.**

N° du greffe : 31811.

2007 : 6 novembre; 2008 : 25 janvier.

Présents : Les juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Preuve — Crédibilité — Fardeau de la preuve — Accusé déclaré coupable de deux chefs d'agression sexuelle — La juge du procès a-t-elle commis une erreur dans l'application du fardeau de la preuve? — La juge du procès a-t-elle commis des erreurs dans l'appréciation et la qualification de la preuve qui ont mené aux déclarations de culpabilité?

C.L.Y. était un adolescent lorsqu'il a été inculpé de trois chefs d'agression sexuelle par suite d'allégations voulant qu'il se soit livré à des attouchements sur la fillette qu'il gardait et qui avait alors entre six et huit ans. La juge du procès a rejeté le témoignage de C.L.Y. et l'a reconnu coupable de deux chefs d'agression sexuelle. Il a été acquitté du troisième chef d'accusation. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité. Les juges de la majorité ont rejeté l'argument de C.L.Y., qui soutenait que la juge du procès, en examinant d'abord le témoignage de la fillette, avait renversé le fardeau de la preuve. Le juge dissident a conclu que le fait que la juge du procès ait retenu le témoignage de la plaignante avant même d'examiner celui de C.L.Y. avait entraîné, à tout le moins, un renversement subtil du fardeau de la preuve.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Les juges Bastarache, Abella, Charron et Rothstein : La question fondamentale est celle de savoir si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le juge des faits éprouve un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. L'essentiel consiste à savoir si le fardeau et la norme de preuve appropriés ont été appliqués, et non quelle formulation a été utilisée pour les appliquer. L'arrêt

map, not the only route. Its purpose was to ensure that triers of fact understand that the verdict should not be based on a choice between the accused's and Crown's evidence, but on whether, based on the whole of the evidence, they are left with a reasonable doubt as to the accused's guilt. In this case, it is difficult to see how the sequence in which the trial judge set out her findings of credibility can be said to undermine her articulated and correct statement of the law, or demonstrate that she lost sight of a paramount legal principle like reasonable doubt. Her reasons revealed that she understood that a finding that the girl was credible did not mean that the onus shifted to the accused to show that he was not guilty. [6-8] [12]

The flaw in this case which does lead to concerns about the fairness of the trial relates to fundamental misapprehensions and mischaracterizations of the evidence leading to the convictions. In view of the record of this case, it is clear that the trial judge's bases for disbelieving C.L.Y. rested on misapprehensions of his evidence and played a critical role in the convictions, rendering them insupportable. In the circumstances, the convictions should be quashed and a new trial ordered. [13] [21-22]

Per Binnie, Deschamps and Fish JJ.: This appeal should be allowed not only because the trial judge rejected the evidence of the accused for reasons that are not supported by the record, but also because she misapplied the burden of proof. This is precisely the kind of case where a departure from the procedure set out in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, is fraught with particular danger. The very purpose of adhering to that procedure is to foreclose an inadvertent shifting of the burden of proof where the complainant and the accused have both testified and the outcome of the trial turns on their credibility as witnesses. Mere reference to this framework will not suffice in all cases and a correct statement of the burden of proof can scarcely save its evident misapplication. In this case, the risk of an inadvertent shift in the burden of proof materialized, as the trial judge accepted the evidence of the complainant without taking into account at all the contrary evidence of the accused. As a matter of law, the accused was presumed innocent; as a matter of fact, his fate had been sealed without any consideration at all of his evidence under oath at trial. [23] [25-27] [32]

R. c. W. (D.), [1991] 1 R.C.S. 742, offre des repères utiles et non le seul itinéraire possible. Il visait à garantir que les juges des faits comprennent que le verdict ne doit pas être fondé sur un choix entre la preuve de l'accusé et celle du ministère public, mais plutôt sur la question de savoir si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, il subsiste dans leur esprit un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. En l'espèce, il est difficile de voir comment l'on peut affirmer que l'ordre dans lequel la juge du procès a exposé ses conclusions sur la crédibilité mine son énoncé juste et cohérent de l'état du droit ou démontre qu'elle a perdu de vue un principe de droit prépondérant comme celui du doute raisonnable. Il ressort de ses motifs qu'elle comprenait que sa conclusion selon laquelle la fillette était crédible n'avait pas pour effet d'inverser le fardeau de la preuve et d'obliger l'accusé à démontrer son innocence. [6-8] [12]

Ce qui pose véritablement problème quant à l'équité du procès en l'espèce, ce sont les erreurs fondamentales dans l'appréciation et la qualification de la preuve qui ont mené aux déclarations de culpabilité. Il ressort clairement du dossier en l'espèce que, si la juge n'a pas accordé foi au témoignage de C.L.Y., c'est qu'elle ne l'a pas apprécié correctement et cette erreur a joué un rôle capital dans les condamnations, de sorte qu'elles doivent être cassées. Dans les circonstances, il y a lieu d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. [13] [21-22]

Les juges Binnie, Deschamps et Fish : Le pourvoi devrait être accueilli non seulement parce que la juge de première instance a écarté la preuve de l'accusé pour des motifs que ne sont pas étayés par le dossier, mais également parce qu'elle a mal appliqué les principes régissant le fardeau de la preuve. Il s'agit ici précisément du type de cause où il est particulièrement risqué de s'écarter de la procédure décrite dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. Son respect vise précisément à empêcher le renversement involontaire du fardeau de la preuve, dans les cas où le plaignant et l'accusé ont tous les deux témoigné et où l'issue du procès tient à leur crédibilité. Se contenter de faire mention de cette procédure ne suffira pas dans tous les cas et un énoncé juste du fardeau de la preuve ne saurait guère pallier son application manifestement erronée. En l'espèce, le risque de renversement involontaire du fardeau de la preuve s'est réalisé, puisque la juge du procès a retenu le témoignage de la plaignante sans du tout tenir compte de la preuve contraire de l'accusé. En droit, l'accusé était présumé innocent; or, dans les faits, son sort avait été scellé sans qu'il ne soit du tout tenu compte du témoignage qu'il a rendu sous serment au procès. [23] [25-27] [32]

Cases Cited

By Abella J.

Considered: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; **referred to:** *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212; *R. v. Levasseur* (1994), 89 C.C.C. (3d) 508, rev'd [1994] 3 S.C.R. 518; *R. v. Boucher*, [2005] 3 S.C.R. 499, 2005 SCC 72; *R. v. Minuskin* (2003), 68 O.R. (3d) 577; *R. v. Chittick* (2004), 228 N.S.R. (2d) 81, 2004 NSCA 135; *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Lohrer*, [2004] 3 S.C.R. 732, 2004 SCC 80; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17.

By Fish J.

Referred to: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Twaddle, Monnin and Freedman JJ.A.), [2006] 12 W.W.R. 385, 208 Man. R. (2d) 202, 383 W.A.C. 202, 213 C.C.C. (3d) 503, 43 C.R. (6th) 81, [2006] M.J. No. 398 (QL), 2006 CarswellMan 363, 2006 MBCA 124, affirming the accused's conviction on two counts of sexual assault. Appeal allowed.

Alan J. Semchuk, for the appellant.

Richard A. Saull and *Brian R. Bell*, for the respondent.

The judgment of Bastarache, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — C.L.Y. was a teenager charged with three counts of sexual assault. The charges arose out of allegations of inappropriate touching when he was babysitting. At the time of the incidents, he was between the ages of around 16 to 18. The girl was between 6 and 8 years old. C.L.Y. denied any inappropriate touching.

[2] The trial judge rejected C.L.Y.'s evidence and convicted him of two counts of sexual assault (2005 CarswellMan 562). He was sentenced to 18 months' probation. He was acquitted of a third charge.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt examiné : *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; **arrêts mentionnés :** *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521; *R. c. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212; *R. c. Levasseur* (1994), 89 C.C.C. (3d) 508, inf. par [1994] 3 R.C.S. 518; *R. c. Boucher*, [2005] 3 R.C.S. 499, 2005 CSC 72; *R. c. Minuskin* (2003), 68 O.R. (3d) 577; *R. c. Chittick* (2004), 228 N.S.R. (2d) 81, 2004 NSCA 135; *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Lohrer*, [2004] 3 R.C.S. 732, 2004 CSC 80; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17.

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Twaddle, Monnin et Freedman), [2006] 12 W.W.R. 385, 208 Man. R. (2d) 202, 383 W.A.C. 202, 213 C.C.C. (3d) 503, 43 C.R. (6th) 81, [2006] M.J. No. 398 (QL), 2006 CarswellMan 363, 2006 MBCA 124, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé relative à deux chefs d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli.

Alan J. Semchuk, pour l'appellant.

Richard A. Saull et *Brian R. Bell*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Bastarache, Abella, Charron et Rothstein rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — C.L.Y. était un adolescent lorsqu'il a été inculpé de trois chefs d'agression sexuelle par suite d'allégations voulant qu'il se soit livré à des attouchements sur l'enfant qu'il gardait. Au moment des événements, l'accusé avait environ 16 à 18 ans. La fillette avait entre 6 et 8 ans. C.L.Y. a nié s'être livré à des attouchements répréhensibles.

[2] La juge du procès a rejeté le témoignage de C.L.Y., l'a reconnu coupable de deux chefs d'agression sexuelle (2005 CarswellMan 562) et l'a condamné à une période de probation de 18 mois. C.L.Y. a été acquitté du troisième chef d'accusation.

[3] The convictions were upheld by the Manitoba Court of Appeal ((2006), 208 Man. R. (2d) 202, 2006 MBCA 124). The majority rejected C.L.Y.'s argument that the trial judge, by considering the evidence of the girl first, had shifted the burden of proof contrary to this Court's instruction in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. The majority's conclusion on the issues relating to the assessment of credibility are:

In the present case, it is clear that the judge understood that her decision on credibility did not mean the accused was guilty. Her reasons disclose a full understanding of the two separate findings she was making. She did not leap from her credibility finding directly to conviction. She applied the principles regarding reasonable doubt.

. . .

In the case at bar, the judge provided a clear and concise analysis for her finding of credibility with respect to the accused. The accused complains that the analysis is flawed and should be disregarded because of the judge's reliance on the complainant's excellent recall of events to discredit his credibility. That in my view goes not to the lack or sufficiency of reasons being provided but more to the reasoning process itself. It is not, in my view, for an appellate court to question the thought or reasoning process that a trial judge utilizes in arriving at a decision unless it is clearly in error. Such is not the case here. [paras. 14 and 16]

[4] Twaddle J.A. dissented. He concluded that despite the trial judge's articulated assurance that she was aware of the principles in *W. (D.)*, there was a "subtle shift" of the onus of proof:

[T]he acceptance of the complainant's evidence before even considering that of the accused must, as I see it, result in at least a subtle shift of the onus of proof. Having accepted the complainant's evidence, the trial judge will inevitably find the accused's evidence less believable than it would have been before the complainant's evidence was accepted. [para. 32]

He also found that it was unreasonable for the trial judge to "disbelieve the accused's denials of guilt

[3] La Cour d'appel du Manitoba a confirmé les déclarations de culpabilité ((2006), 208 Man. R. (2d) 2002, 2006 MBCA 124). Les juges de la majorité ont rejeté l'argument de C.L.Y., qui soutenait que la juge du procès, en examinant d'abord le témoignage de la fillette, avait renversé le fardeau de la preuve, contrairement à la directive donnée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. S'agissant de l'appréciation de la crédibilité, la majorité a conclu ainsi :

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, la juge savait manifestement que sa décision sur la question de la crédibilité n'impliquait pas la culpabilité de l'accusé. Il ressort de ses motifs qu'elle avait très bien compris qu'elle tirait deux conclusions distinctes. Elle n'a pas condamné automatiquement l'accusé à partir de sa conclusion sur la crédibilité. Elle a appliqué les principes relatifs au doute raisonnable.

. . .

En l'espèce, la juge a effectué une analyse claire et concise à l'appui de sa conclusion sur la crédibilité de l'accusé. Ce dernier fait valoir que cette analyse est erronée et devrait être écartée parce que la juge s'est fondée sur l'excellent souvenir des circonstances qu'avait la plaignante pour conclure au manque de crédibilité de l'accusé. À mon sens, cet argument ne met pas en cause l'absence ou l'insuffisance des motifs, mais bien le raisonnement suivi. Or, je ne crois pas qu'il appartienne à un tribunal d'appel de remettre en question le cheminement ou le raisonnement suivi par le juge du procès pour en arriver à sa décision, à moins que sa démarche ne soit clairement erronée. Tel n'est pas le cas en l'espèce. [par. 14 et 16]

[4] Le juge Twaddle, dissident, a conclu que, malgré l'affirmation très claire de la juge du procès qu'elle était au courant des principes énoncés dans l'arrêt *W. (D.)*, il y avait eu un « renversement subtil » du fardeau de la preuve :

[TRADUCTION] [R]etenir le témoignage de la plaignante avant même d'examiner celui de l'accusé entraîne à tout le moins, de mon point de vue, un renversement subtil du fardeau de la preuve. Après avoir retenu le témoignage de la plaignante, la juge du procès jugera forcément celui de l'accusé moins crédible que si elle l'avait examiné avant d'accepter celui de la plaignante. [par. 32]

En outre, de l'avis du juge Twaddle, il était déraisonnable pour la juge du procès de [TRADUCTION]

solely on the ground of his having too good a recollection of events” (para. 37). He would have overturned the convictions and directed verdicts of acquittal.

[5] While I disagree with Twaddle J.A.’s view that the trial judge’s failure to follow the steps articulated in *W. (D.)* resulted in “a subtle shift of the onus of proof”, I am of the view that the way the trial judge approached the evidence and credibility of C.L.Y. was highly problematic. Like Twaddle J.A., therefore, I would set aside the convictions. Unlike him, however, I would order a new trial rather than directing the entry of acquittals.

[6] To start, I see no error in connection with the onus of proof. This Court has consistently warned that verdicts of guilt should not be based on “whether [triers of fact] believe the defence evidence or the Crown’s evidence” (*W. (D.)*, at p. 757). Rather, the paramount question remains whether, on the whole of the evidence, the trier of fact is left with a reasonable doubt about the guilt of the accused (*R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 361). The following suggested steps in *W. (D.)* are intended to ensure that the trier of fact remains focused on the principle of reasonable doubt:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused. [p. 758]

[7] However, and significantly, this Court has also consistently confirmed that these steps need

« ne pas croire les dénégations de culpabilité de l’accusé uniquement parce qu’il avait un souvenir trop précis des événements » (par. 37). Il aurait écarté les déclarations de culpabilité et ordonné l’inscription de verdicts d’acquiescement.

[5] Bien que je ne partage pas l’opinion du juge Twaddle selon laquelle l’omission par la juge du procès de suivre les étapes énoncées dans *W. (D.)* a entraîné un « renversement subtil du fardeau de la preuve », je trouve l’approche que la juge du procès a adoptée à l’égard de la preuve et de la crédibilité de C.L.Y. très problématique. Par conséquent, à l’instar du juge Twaddle, je suis d’avis d’annuler les déclarations de culpabilité. Toutefois, contrairement à lui, j’ordonnerais la tenue d’un nouveau procès plutôt que d’ordonner l’inscription de verdicts d’acquiescement.

[6] Selon moi, aucune erreur n’a été commise relativement au fardeau de la preuve. Notre Cour a précisé régulièrement que la simple question de savoir si on « ajout[e] foi à la preuve de la défense ou à celle de la poursuite » ne peut servir de fondement à une déclaration de culpabilité (*W. (D.)*, p. 757). La question fondamentale demeure plutôt celle de savoir si, compte tenu de l’ensemble de la preuve, le juge des faits éprouve un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé (*R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, p. 361). Les étapes suivantes, suggérées dans *W. (D.)*, visent à garantir que le juge des faits concentre son attention sur le principe du doute raisonnable :

Premièrement, si vous croyez la déposition de l’accusé, manifestement vous devez prononcer l’acquiescement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l’accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l’acquiescement.

Troisièmement, même si vous n’avez pas de doute à la suite de la déposition de l’accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l’accusé. [p. 758]

[7] Fait important, notre Cour a toutefois aussi régulièrement confirmé que les juges de première

not be religiously followed or articulated. Cory J. made this very clear in *W. (D.)*:

... the failure to use such language is not fatal if the charge, when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply . . . [p. 758]

He reiterated this caveat in *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, when he said, at p. 533, that the *W. (D.)* procedure was not meant to be followed “word for word as some magic incantation”. The key is whether the correct burden and standard of proof were applied, not what words were used in applying them.

[8] It is noteworthy that in *W. (D.)* itself, despite the trial judge’s error in instructing the jury that they were engaged in a credibility contest, the conviction was upheld. This of course does not give trial judges licence to wrongly analyse credibility issues, but it does serve to remind that what *W. (D.)* offered was a helpful map, not the only route. Its purpose was to ensure that triers of fact — judges or juries — understand that the verdict should not be based on a choice between the accused’s and Crown’s evidence, but on whether, based on the whole of the evidence, they are left with a reasonable doubt as to the accused’s guilt (*R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (Ont. C.A.), at pp. 556-57; *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212, at pp. 219 and 240). As Fish J.A. noted in dissent in *R. v. Levasseur* (1994), 89 C.C.C. (3d) 508 (Que. C.A.), at p. 532, in language approved by this Court ([1994] 3 S.C.R. 518):

The trial judge must make it indisputably clear to the jury that reaching a verdict is not simply a question of choosing the more believable of the two competing stories . . .

instance ne sont pas tenus de suivre ou d’énoncer servilement les étapes décrites dans l’arrêt *W. (D.)*. Le juge Cory y a d’ailleurs exprimé ce principe très clairement :

... l’omission de se servir de ce modèle n’est pas fatale si l’exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s’appliquent . . . [p. 758]

Il a réitéré cette mise en garde dans *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, p. 533, lorsqu’il a affirmé que la formule proposée dans *W. (D.)* n’avait pas à être récitée « mot à mot comme une incantation ». L’essentiel consiste à savoir si le fardeau et la norme de preuve appropriés ont été appliqués, et non quelle formulation a été utilisée pour les appliquer.

[8] Il convient de noter que, dans *W. (D.)*, la déclaration de culpabilité a été maintenue même si le juge du procès a commis une erreur en expliquant aux jurés, dans ses directives, qu’ils se trouvaient devant un concours de crédibilité. Bien entendu, cela n’autorise pas les juges de première instance à commettre des erreurs dans leur analyse des questions de crédibilité, mais permet de rappeler que l’arrêt *W. (D.)* offre, en fait, des repères utiles et non le seul itinéraire possible. Il visait à garantir que les juges des faits — qu’il s’agisse de juges ou de jurés — comprennent que le verdict ne doit pas être fondé sur un choix entre la preuve de l’accusé et celle du ministère public, mais plutôt sur la question de savoir si, compte tenu de l’ensemble de la preuve, il subsiste dans leur esprit un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé (*R. c. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (C.A. Ont.), p. 556-557; *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212, p. 219 et 240). Comme l’a souligné le juge Fish (maintenant juge de notre Cour), dissident, à la p. 532 de l’arrêt *R. c. Levasseur* (1994), 89 C.C.C. (3d) 508 (C.A. Qué.), dans un passage approuvé par la Cour ([1994] 3 R.C.S. 518) :

[TRADUCTION] Le juge du procès doit expliquer au jury, dans une directive d’une clarté incontestable, que prononcer un verdict ne se résume pas à choisir la plus crédible des deux histoires contradictoires . . .

To protect the innocent from conviction, we require proof beyond a reasonable doubt. The application of this standard to questions of credibility is an entrenched part of our law. The direction most consonant with this principle is a clear and specific instruction, where credibility is an important issue, that the jury must apply to it the test of reasonable doubt.

[9] This was most recently reinforced by Deschamps J., writing for the majority in *R. v. Boucher*, [2005] 3 S.C.R. 499, 2005 SCC 72:

The approach set out in *W. (D.)* is not a sacrosanct formula that serves as a straitjacket for trial courts. Trial judges deliver oral judgments every day and often limit their reasons to the essential points. It would be wrong to require them to explain in detail the process they followed to reach a verdict. They need only give reasons that the parties can understand and that permit appellate review: *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, and *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656. [para. 29]

Charron J., dissenting in part, nonetheless echoed this flexibility:

I agree with Deschamps J. that a ritual incantation is not required in every case. The trial judge did not have to repeat the formula set out in *W. (D.)* to demonstrate that she had relied on correct legal principles in assessing the accused's credibility. Moreover, she is presumed to know those principles. Thus, when a trial judge states that he or she "rejects" an accused's testimony, it can generally be concluded that the testimony failed to raise a reasonable doubt in the judge's mind. [para. 59]

(See also *R. v. Minuskin* (2003), 68 O.R. (3d) 577 (C.A.), at para. 22, *per* Rosenberg J.A.; *R. v. Chittick* (2004), 228 N.S.R. (2d) 81, 2004 NSCA 135, at para. 21, *per* Cromwell J.A.)

[10] Here we are dealing with a trial judge sitting without a jury. She is presumed to know a principle as elementary as the presumption of innocence. Her own words confirm her knowledge and

Pour éviter qu'un innocent ne soit déclaré coupable, on exige une preuve de culpabilité hors de tout doute raisonnable. L'application de cette norme aux questions de crédibilité est un principe bien établi de notre droit. La directive la plus compatible avec ce principe, dans les cas où la crédibilité est une question importante, consiste à expliquer expressément et clairement au jury qu'il doit appliquer le critère du doute raisonnable à cette question.

[9] D'ailleurs, cette position de la Cour a été réitérée récemment par la juge Deschamps qui s'exprimait au nom de la majorité dans *R. c. Boucher*, [2005] 3 R.C.S. 499, 2005 CSC 72 :

La démarche énoncée dans *W. (D.)* ne constitue pas une formule sacro-sainte emprisonnant les tribunaux d'instance dans un carcan. Les juges d'instance rendent quotidiennement des jugements oraux et limitent souvent leurs motifs à l'essentiel. Ce serait une erreur de leur imposer l'obligation d'expliquer par le menu le cheminement qu'ils ont suivi pour arriver au verdict. Il leur suffit de motiver leur jugement de façon à en permettre la compréhension par les parties et l'examen par les tribunaux d'appel : *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, et *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656. [par. 29]

La juge Charron, dissidente en partie, a néanmoins souscrit à l'opinion de sa collègue quant à cette souplesse :

Je conviens avec la juge Deschamps qu'il ne s'agit pas d'exiger une incantation rituelle dans tous les cas. La juge d'instance n'a pas à répéter la formule énoncée dans *W. (D.)* pour démontrer qu'elle s'est fondée sur des principes de droit corrects dans son appréciation de la crédibilité de l'accusé. De plus, la juge est présumée connaître ces principes. Ainsi, lorsqu'un juge d'instance déclare qu'il « rejette » le témoignage de l'accusé, il est généralement permis de conclure que le témoignage n'a pas soulevé de doute raisonnable dans son esprit. [par. 59]

(Voir aussi *R. c. Minuskin* (2003), 68 O.R. (3d) 577 (C.A.), par. 22, le juge Rosenberg; *R. c. Chittick* (2004), 228 N.S.R. (2d) 81, 2004 NSCA 135, par. 21, le juge Cromwell.)

[10] En l'espèce, la juge du procès siégeait sans jury. Elle est présumée connaître un principe aussi fondamental que la présomption d'innocence. Son propre discours confirme qu'elle connaissait et

appreciation of the correct approach. She properly articulated the test in *W. (D.)* and explained:

... I am acutely aware of the test in *W. (D.)* and the necessity of not simply preferring one testimony over another. I am also aware of the recent Manitoba Court of Appeal decisions on assessing credibility in these cases, yet it is difficult to start, other than with an assessment of the complainant's credibility, as that is the cornerstone of the Crown's case. I will, however, be guided by the concerns expressed by the Court of Appeal. [para. 4]

[11] Unlike my colleague Justice Fish, I respectfully see no blueprint for error in the trial judge's failure to observe *W. (D.)* as a catechism. Among several useful observations in *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at pp. 203-5, cautioning appellate judges not to dissect, parse, or microscopically examine the reasons of a trial judge, the following passages by Doherty J.A. are particularly apt reminders in this case:

A trial judge's reasons cannot be read or analyzed as if they were an instruction to a jury. Instructions provide a road-map to direct lay jurors on their journey toward a verdict. Reasons for judgment are given after a trial judge has reached the end of that journey and explain why he or she arrived at a particular conclusion. They are not intended to be, and should not be read as a verbalization of the entire process engaged in by the trial judge in reaching a verdict. [p. 204]

. . . .

... Where a phrase in a trial judge's reasons is open to two interpretations, the one which is consistent with the trial judge's presumed knowledge of the applicable law must be preferred over one which suggests an erroneous application of the law: *R. v. Smith* (1989), 95 A.R. 304 (C.A.) at pp. 312-13; affirmed [1990] 1 S.C.R. 991, 109 A.R. 160, 111 N.R. 144. [pp. 203-4]

comprenait ce principe. Elle a exposé correctement le test énoncé dans *W. (D.)* et a donné l'explication suivante :

[TRADUCTION] ... je suis parfaitement consciente du critère énoncé dans *W. (D.)* et de la nécessité de ne pas simplement préférer un témoignage à un autre. J'ai également pris connaissance des arrêts récents de la Cour d'appel du Manitoba portant sur l'évaluation de la crédibilité en pareil cas. Et pourtant, il est difficile de commencer autrement qu'en évaluant la crédibilité de la plaignante, puisque c'est l'élément central de la preuve du ministère public. Je tiendrai toutefois compte des préoccupations exprimées par la Cour d'appel. [par. 4]

[11] Soit dit en tout respect, contrairement à mon collègue le juge Fish, je ne crois pas qu'en omettant de se conformer à l'arrêt *W. (D.)* comme à un catéchisme, la juge du procès se soit engagée dans une voie qui mène normalement à l'erreur. Parmi plusieurs remarques utiles formulées dans *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), p. 203-205, pour avertir les juges d'appel de ne pas disséquer, décortiquer ni examiner à la loupe les motifs d'un juge de première instance, les propos suivants du juge Doherty constituent des rappels particulièrement pertinents en l'espèce :

[TRADUCTION] Les motifs d'un juge de première instance ne peuvent être lus ou analysés comme s'il s'agissait de directives au jury. Les directives guident les jurés profanes dans leur démarche, en leur indiquant le chemin à suivre pour parvenir à un verdict. Le juge du procès exprime ses motifs après être parvenu au terme de sa démarche et y explique pourquoi il en est arrivé à une conclusion en particulier. Les motifs ne sont pas censés exprimer intégralement le raisonnement qui a mené le juge à un verdict et ne doivent pas être perçus comme tels. [p. 204]

. . . .

... Lorsqu'un énoncé des motifs d'un juge de première instance peut donner lieu à deux interprétations, il faut privilégier celle qui est compatible avec la présomption voulant que le juge du procès connaisse le droit applicable, plutôt que celle qui laisse croire à une application erronée du droit : *R. c. Smith* (1989), 95 A.R. 304 (C.A.), p. 312-313; confirmé par [1990] 1 R.C.S. 991, 109 A.R. 160, 111 N.R. 144. [p. 203-204]

[12] The trial judge's reasons reveal that she understood that a finding that the girl was credible did not mean that the onus shifted to the accused to show that he was not guilty. I find it difficult to see how the sequence in which the trial judge set out her findings of credibility can be said to undermine her articulated and correct statement of the law, or demonstrate that she lost sight of a paramount legal principle like reasonable doubt.

[13] The flaw in this case which *does* lead me to have concerns about the fairness of the trial relates to fundamental misapprehensions and mischaracterizations of the evidence leading to the convictions.

[14] Three witnesses testified at trial — the girl, who was by then nine years old, her mother, and C.L.Y. The mother was not present at either of the alleged incidents. In the words of the trial judge, "Other than the acts complained of, the other evidence from all three is surprisingly consistent" (para. 3).

[15] In reaching the conclusion that C.L.Y.'s evidence did not raise a reasonable doubt in her mind, the trial judge relied primarily on what she said were two features of his evidence: that he was reluctant to admit to any tickling at all, a reluctance she found did not "ring true", and that he remembered a "surprising amount of detail" surrounding the events. I set out her reasoning on these issues in full:

He denied anything inappropriate with [the complainant]. He had babysat her on more than a few occasions and had seen her last some seven or eight months before the complaint was lodged, yet he was able to provide a surprising amount of detail for incidents in which, according to him, nothing happened.

At the first house, some four years earlier, he testified that the first night they read a book on the floor, that her mother had gone to a party, and that they were reading a Leapfrog book that spelled words. [This related to the third charge of sexual assault for which C.L.Y. was acquitted.]

[12] Il ressort des motifs de la juge du procès qu'elle comprenait que sa conclusion selon laquelle la fillette était crédible n'avait pas pour effet d'inverser le fardeau de la preuve et d'obliger l'accusé à démontrer son innocence. Je vois difficilement comment l'on peut affirmer que l'ordre dans lequel la juge du procès a exposé ses conclusions sur la crédibilité mine son énoncé juste et cohérent de l'état du droit ou démontre qu'elle a perdu de vue un principe de droit prépondérant comme celui du doute raisonnable.

[13] Ce qui pose *véritablement* problème quant à l'équité du procès en l'espèce, ce sont les erreurs fondamentales dans l'appréciation et la qualification de la preuve qui ont mené aux déclarations de culpabilité.

[14] Trois témoins ont déposé au procès — la fillette, qui avait alors neuf ans, sa mère et C.L.Y. La mère n'était pas présente lors des événements allégués. Au dire de la juge du procès, [TRADUCTION] « [s]auf en ce qui concerne les faits reprochés, les trois témoignages sont étonnamment cohérents » (par. 3).

[15] Pour en arriver à la conclusion que le témoignage de C.L.Y. ne soulevait aucun doute raisonnable dans son esprit, la juge du procès s'est fondée principalement sur deux éléments qu'elle a dégagés du témoignage de C.L.Y. : sa réticence à admettre quelque chatouillement que ce soit, ce qui paraissait « invraisemblable », et son souvenir « étonnamment détaillé » des événements. Voici son raisonnement complet sur ces questions :

[TRADUCTION] Il a nié s'être livré à des gestes répréhensibles à l'endroit de [la plaignante]. Il l'a gardée à plusieurs reprises et l'a vue pour la dernière fois environ sept à huit mois avant le dépôt de la plainte. Pourtant, il a pu décrire de façon étonnamment détaillée des événements au cours desquels, selon lui, il ne s'est rien passé.

Selon son témoignage, dans la première maison, quelque quatre ans plus tôt, le premier soir, la plaignante et lui s'étaient assis par terre pour lire, la mère de la plaignante était allée à une fête et ils avaient lu un livre Leapfrog qui épelaient des mots. [Il est question ici du troisième chef d'agression sexuelle dont C.L.Y. a été acquitté.]

There was a similar amount of detail provided respecting the second incident, that her mother had to work late, that when they got to her house he asked her if she had any homework, that they then did a number of spelling or number games while sitting on the bed beside each other, that the mother's boyfriend came home about five o'clock when it was expected he, [the accused], would be there until nine. Again, why would you remember all this detail if nothing happened?

On both the first two occasions, [the accused] was very loathe to admit to the possibility that there might have been any tickling at all, even of an innocuous variety. That does not ring true. There was similarly an incredible amount of detail provided for the third incident, yet it was some seven or eight months before the police came to see him. He even offered that [the girl] changed into jeans from shorts when she came home, although he had no reason to remember that.

In short, respecting [the accused's] testimony, I do not believe it, nor does it raise a reasonable doubt in my mind. The entirety of the circumstances persuades me of the guilt of the accused beyond a reasonable doubt on the last two offences. [Emphasis added; paras. 9-13.]

[16] There is no support in the transcript for the trial judge's conclusion that C.L.Y. "was very loathe to admit to the possibility that there might have been any tickling at all, even of an innocuous variety". C.L.Y. readily acknowledged that he may have tickled the girl, but insisted that he had never tickled her inappropriately. His testimony, under cross-examination, was as follows:

Q: Okay. Now, do you think tickling someone when you're babysitting, do you think there's something wrong with that?

A: I don't believe so, sir.

Q: Well, wouldn't that be something that you might have engaged with her, tickling her?

A: Yes, but not in the area that she specifies.

Q: Okay. So if I asked you to think back, for example, when you were reading her the book, if there was something funny or something going on in the story, did you tickle her then around the waist?

L'accusé a relaté le deuxième événement de façon aussi détaillée. Selon lui, la mère de la plaignante devait travailler tard. En arrivant à la maison de la plaignante, il lui a demandé si elle avait des devoirs à faire. Ils ont ensuite joué à quelques jeux d'épellation ou de nombres, assis côte à côte sur le lit. Le petit ami de la mère est arrivé vers 17 h, alors qu'il [l'accusé] devait garder la plaignante jusqu'à neuf heures. Là encore, comment peut-on se rappeler autant de détails s'il ne s'est rien passé?

En ce qui concerne les deux premiers événements, [l'accusé] a montré beaucoup de réticence à admettre qu'il ait pu y avoir quelque chatouillement que ce soit, même d'un type tout à fait inoffensif. Voilà qui me paraît invraisemblable. L'accusé a pu également fournir une description incroyablement détaillée du troisième événement, même s'il est survenu sept ou huit mois avant que la police ne lui rende visite. Il a même indiqué qu'au retour à la maison, [la fillette] a enlevé son short et enfilé un jean, bien qu'il n'ait eu aucune raison de se souvenir de ce détail.

Bref, pour ce qui est du témoignage [de l'accusé], je n'y crois pas et il ne soulève aucun doute raisonnable dans mon esprit. L'ensemble des circonstances me convainc hors de tout doute raisonnable que l'accusé est coupable des deux derniers chefs d'accusation. [Je souligne; par. 9-13.]

[16] Aucun élément de la transcription n'étaye la conclusion de la juge du procès selon laquelle C.L.Y. « a montré beaucoup de réticence à admettre qu'il ait pu y avoir quelque chatouillement que ce soit, même d'un type tout à fait inoffensif ». C.L.Y. a reconnu volontiers qu'il avait peut-être chatouillé la fillette, mais il a tenu à préciser qu'il ne l'avait jamais chatouillée de façon répréhensible. En contre-interrogatoire, il a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION]

Q : D'accord. Dites-moi, pensez-vous que c'est mal de chatouiller un enfant que vous gardez?

R : Non, monsieur, je ne le crois pas.

Q : Bien. Est-ce possible que vous ayez fait cela avec elle, que vous l'ayez chatouillée?

R : Oui, mais pas là où elle le dit.

Q : D'accord. Si je vous demande de repenser, par exemple, à la fois où vous avez lu un livre, l'avez-vous chatouillée à la taille, s'il y avait un passage drôle ou s'il se passait quelque chose dans l'histoire?

- A: I don't remember doing that on that particular occasion of reading that particular book to her, no, sir.
- Q: Do you recall occasions when you tickled her?
- A: Not there, sir, no.
- Q: Well, anywhere. Do you recall tickling her in her waist?
- A: I don't recall tickling her at that residence, sir.
- Q: Well, or [*sic*] any other occasion, do you recall tickling her?
- A: No, sir.
- Q: All right. So there was no tickling that took place then, --
- A: No, sir.
- Q: -- as far as you can recall?
- A: No, sir.
- Q: Even though there's nothing wrong with tickling, you just said that's not something that happened?
- A: No, sir.
- Q: All right. So, for example, when she was playing on the Mo-Mo-Mi-Mi computer, if I would suggest that, you know, she got an answer right or an answer wrong, you might have started tickling her in response to that? That -- nothing like that happened?
- A: I may have done that on that occasion.
- Q: Well, so there may have -- there may have been tickling by you?
- A: Yes. Oh, I guess I misunderstood your last question with regards -- I didn't know that you meant all three residences.
- Q: Okay. I was under the impression that you don't recall any incident at any house where you were tickling her. Am I wrong about that?
- A: I may have tickled her with regards to the Mi-Mi-Mo-Mo residence, but again, not in the area she specified.
- Q: Where did you tickle her on that occasion?
- A: If I had tickled her, which I do not remember tickling her, I would have tickled her somewhere or around her ribcage area.
- R: Je ne me souviens pas de l'avoir chatouillée cette fois-là, lorsque nous avons lu ce livre en particulier, non monsieur.
- Q: Vous souvenez-vous de l'avoir déjà chatouillée?
- R: Pas là, non monsieur.
- Q: Ailleurs alors? Vous souvenez-vous de l'avoir chatouillée à la taille?
- R: Je ne me souviens pas de l'avoir chatouillée dans cette maison, monsieur.
- Q: Bien. Vous souvenez-vous de l'avoir chatouillée à une autre occasion?
- R: Non, monsieur.
- Q: C'est bien. Il n'y a pas eu de chatouillement alors --
- R: Non, monsieur.
- Q: -- dont vous vous souvenez?
- R: Non, monsieur.
- Q: Même s'il n'y a pas de mal à chatouiller, vous venez de dire que vous ne l'avez pas chatouillée?
- R: Non, monsieur.
- Q: Parfait. Donc, par exemple, pendant qu'elle jouait au jeu électronique Mo-Mo-Mi-Mi, disons, vous voyez, qu'elle a obtenu une bonne ou une mauvaise réponse, vous auriez pu commencer à la chatouiller, dans ce contexte par exemple? Vous dites que rien de tel ne s'est passé?
- R: Je l'ai peut-être fait dans ce contexte.
- Q: Bon, il est donc possible -- peut-être que vous l'avez chatouillée?
- R: Oui. Euh, je crois que j'ai mal compris votre dernière question au sujet de -- je ne savais pas que vous vouliez parler des trois résidences.
- Q: C'est bien. Je croyais que vous ne vous souveniez d'aucun moment où vous l'auriez chatouillé dans aucune maison. Ai-je tort?
- R: Je l'ai peut-être chatouillée à la maison où elle jouait au jeu Mi-Mi-Mo-Mo, mais pas là où elle l'a dit.
- Q: Où l'avez-vous chatouillée cette fois-là?
- R: Si je l'avais chatouillée, et je ne m'en souviens pas, je l'aurais chatouillée autour de la cage thoracique.

Q: Though I suppose if you don't remember, it could have been you were tickling her on her thighs?

A: No, sir, I wouldn't have done that.

Q: Is there something wrong with tickling her on her thighs?

A: Possibly.

Q: Well, what? What would be wrong with tickling a girl on her -- a young girl on her thighs?

A: That is fairly close to her private area, sir. [Emphasis added; A.R., at pp. 112-13.]

As this passage demonstrates, what C.L.Y. was "loathe to admit" was that he had touched the girl inappropriately, not that he had tickled her. This, it seems to me, is a critical error in the trial judge's appreciation of the evidence.

[17] As to the trial judge's conclusion that C.L.Y. was able "to provide a surprising amount of detail", the record shows that he was, in fact, often unable to recall many details. On at least 20 occasions, C.L.Y. testified that he was uncertain or simply unable to remember certain details surrounding the events in question. Again, a review of the transcript reveals that the details that he *was* able to recall were anodyne and explicable, not by any means "surprising".

[18] With respect, where, as here, a trial judge attributes an inappropriate capacity for recollection of detail to a witness who in fact revealed no such capacity, there remain serious concerns about the reliability of the credibility finding.

[19] This Court has said a material misapprehension of the evidence may justify appellate intervention. In *R. v. Lohrer*, [2004] 3 S.C.R. 732, 2004 SCC 80, at para. 1, Binnie J. cited, with approval, the following analysis by Doherty J.A. in *Morrissey*:

Where a trial judge is mistaken as to the substance of material parts of the evidence and those errors play an essential part in the reasoning process resulting in a conviction, then, in my view, the accused's conviction

Q : Mais, je suppose que, si vous ne vous en souvenez pas, vous lui avez peut-être chatouillé les cuisses?

R : Non, monsieur, je n'aurais pas fait ça.

Q : Croyez-vous que c'est mal de lui chatouiller les cuisses?

R : Peut-être.

Q : Comment est-ce mal? Pourquoi serait-ce mal de chatouiller les cuisses d'une fille -- d'une fillette?

R : C'est assez près de ses parties intimes, monsieur. [Je souligne; d.a., p. 112-113.]

Cet extrait révèle en fait que C.L.Y. « a montré [. . .] de la réticence à admettre », non pas qu'il avait chatouillé la fillette, mais qu'il l'avait touchée de façon répréhensible. J'estime que la juge du procès a fait une erreur capitale dans l'appréciation de cette preuve.

[17] Quant à la conclusion de la juge du procès voulant que C.L.Y. ait pu décrire les événements « de façon étonnamment détaillée », il ressort du dossier que l'accusé avait en fait souvent oublié de nombreux détails. À au moins 20 occasions, dans son témoignage, C.L.Y. s'est dit incertain ou a tout simplement déclaré ne pas se rappeler certains détails concernant les événements en cause. Encore une fois, la transcription révèle que les détails dont il se souvenait *bel et bien* étaient anodins et s'expliquaient; ils n'avaient rien d'« étonnant ».

[18] Soit dit en tout respect, lorsque le juge du procès attribue à tort à un témoin une mémoire du détail dont, en fait, il n'a pas fait preuve, il y a matière à s'interroger sérieusement sur la validité de sa conclusion concernant la crédibilité.

[19] Notre Cour a déclaré qu'une interprétation erronée de la preuve peut, si elle est importante, justifier une intervention en appel. Dans l'arrêt *R. c. Lohrer*, [2004] 3 R.C.S. 732, 2004 CSC 80, par. 1, le juge Binnie a cité en l'approuvant l'analyse effectuée par le juge Doherty de la Cour d'appel dans *Morrissey* :

[TRADUCTION] À mon avis, si un juge commet une erreur quant à l'essence d'un élément de preuve important et que cette erreur joue un rôle capital dans le raisonnement à l'origine de la déclaration de culpabilité,

is not based exclusively on the evidence and is not a “true” verdict. . . . If an appellant can demonstrate that the conviction depends on a misapprehension of the evidence then, in my view, it must follow that the appellant has not received a fair trial, and was the victim of a miscarriage of justice. This is so even if the evidence, as actually adduced at trial, was capable of supporting a conviction. [Emphasis added; p. 221.]

As Binnie J. pointed out, this represents a stringent standard, and the misapprehension must “play an essential part not just in the narrative of the judgment but ‘in the reasoning process resulting in a conviction’” (para. 2).

[20] In my view, the threshold has been met in this case.

[21] In reaching this conclusion, I am keenly aware that a trial judge occupies a singular perch in assessing credibility (*R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 131; *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17, at paras. 20-21). However, based on the record in this case, it is clear that the trial judge’s bases for disbelieving C.L.Y. rested on misapprehensions of his evidence and played a critical role in the convictions, rendering them insupportable.

[22] In the circumstances, the appeal is allowed, the convictions quashed, and a new trial ordered.

The reasons of Binnie, Deschamps and Fish JJ. were delivered by

FISH J. —

I

[23] I would allow this appeal on two grounds. The first is that the trial judge rejected the evidence of the appellant for reasons that are not supported by the record. I agree with Justice Abella in this regard and have nothing to add. In

il s’ensuit que la déclaration de culpabilité de l’accusé n’est pas fondée exclusivement sur la preuve et ne constitue pas un verdict « juste » [. . .] Si un appellant peut démontrer que la déclaration de culpabilité repose sur une interprétation erronée de la preuve, force est de conclure, selon moi, que l’appellant n’a pas subi un procès équitable et qu’il a été victime d’une erreur judiciaire. Tel est le cas même si la preuve réellement produite au procès était susceptible d’étayer une déclaration de culpabilité. [Je souligne; p. 221.]

Comme l’a souligné le juge Binnie, il s’agit d’une norme stricte, et l’interprétation erronée de la preuve doit avoir « joué un rôle capital non seulement dans les motifs du jugement, mais encore “dans le raisonnement à l’origine de la déclaration de culpabilité” » (par. 2).

[20] À mon avis, ce seuil a été franchi en l’espèce.

[21] Je tire cette conclusion en sachant très bien que le juge de première instance occupe une position privilégiée pour ce qui est d’évaluer la crédibilité (*R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, p. 131; *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17, par. 20-21). Toutefois, il ressort clairement du dossier en l’espèce que, si la juge n’a pas accordé foi au témoignage de C.L.Y., c’est qu’elle ne l’a pas apprécié correctement et cette erreur a joué un rôle capital dans les condamnations, de sorte qu’elles doivent être cassées.

[22] Dans les circonstances, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler les déclarations de culpabilité et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Binnie, Deschamps et Fish rendus par

LE JUGE FISH —

I

[23] J’accueillerais le pourvoi pour deux motifs. D’abord, parce que la juge de première instance a écarté la preuve de l’appellant pour des motifs qui ne sont pas étayés par le dossier. Sur ce point, je souscris à l’opinion de la juge Abella et je n’ai rien à

my respectful view, however, the appeal should be allowed on a second ground as well. Reading the trial judge's reasons as a whole, as we must, I agree with Twaddle J.A., dissenting in the Court of Appeal, that the trial judge misapplied the burden of proof in this case.

II

[24] Unlike Justice Abella, I find little comfort in the trial judge's allusion to the analytical framework recommended by *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. And I find less comfort still in the explanation she gave for departing from that framework here. The trial judge felt bound to assess the credibility of the complainant before considering the evidence of the accused because, in her words, the complainant's credibility was "the cornerstone of the Crown's case" (2005 CarswellMan 562, at para. 4).

[25] It seems to me, on the contrary, that this is precisely the kind of case where a departure from *W. (D.)* is fraught with particular danger. The *very purpose* of adhering to the procedure set out in *W. (D.)* is to foreclose an inadvertent shifting of the burden of proof where the complainant and the accused have both testified and the outcome of the trial turns on their credibility as witnesses.

[26] That was the case here. And the risk of an inadvertent shift in the burden of proof materialized, as the reasons of the trial judge make plain. The trial judge accepted the evidence of the complainant without taking into account *at all* the contrary evidence of the appellant. Before even considering the appellant's evidence, the trial judge had concluded not only that the complainant's evidence was "credible", but that it was in fact true: "I believe the complainant", she stated (at para. 6).

[27] This conclusion, premature at best, amounted to a finding that the appellant was guilty as charged. As a matter of law, the appellant was presumed innocent; as a matter of fact, his fate had

ajouter. J'estime toutefois, avec égards, que le pourvoi devrait aussi être accueilli pour un deuxième motif. Après avoir lu les motifs de la juge du procès dans leur ensemble, comme il se doit, je suis d'accord avec le juge Twaddle, dissident en Cour d'appel, pour dire qu'elle a mal appliqué, en l'espèce, les principes régissant le fardeau de la preuve.

II

[24] Contrairement à ma collègue, la juge Abella, je suis bien peu rassuré par l'allusion de la juge du procès au cadre analytique dont l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, recommande l'usage, et encore moins par la justification qu'elle a donnée pour s'en écarter en l'espèce. La juge du procès s'estimait tenue d'évaluer la crédibilité de la plaignante avant d'examiner la preuve de l'accusé parce que, selon elle, la crédibilité de la plaignante était [TRADUCTION] « l'élément central de la preuve du ministère public » (2005 CarswellMan 562, par. 4).

[25] Au contraire, j'estime qu'il s'agit ici précisément du type de cause où il est particulièrement risqué de s'écarter de la procédure décrite dans *W. (D.)*. Son respect *visé précisément* à empêcher le renversement involontaire du fardeau de la preuve, dans les cas où le plaignant et l'accusé ont tous les deux témoigné et où l'issue du procès tient à leur crédibilité.

[26] Tel était le cas en l'espèce. Et le risque de renversement involontaire du fardeau de la preuve s'est réalisé, comme cela ressort clairement des motifs de la première juge. Celle-ci a retenu le témoignage de la plaignante sans *du tout* tenir compte de la preuve contraire de l'appellant. Avant même d'examiner le témoignage de ce dernier, elle avait conclu non seulement que celui de la plaignante était « crédible », mais également qu'il était en fait véridique : [TRADUCTION] « Je crois la plaignante » a-t-elle affirmé (par. 6).

[27] Cette conclusion, au mieux prématurée, revenait à conclure que l'appellant était coupable des actes qui lui étaient reprochés. En droit, l'appellant était présumé innocent; or, dans les faits, son

been sealed *without any consideration at all* of his evidence under oath at trial.

[28] Only then did the trial judge turn to the evidence of the accused, and she did so in these terms:

In assessing [the accused's] testimony, I am aware that I have already found [the complainant] to be credible, but I will explain why I disbelieve [the accused] and why his evidence does not raise a reasonable doubt in my mind. [para. 8]

[29] I accept the proposition from *R. v. Morrisey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), adopted by my colleague that a trial judge's reasons "should not be read as a verbalization of the entire process engaged in by the trial judge in reaching a verdict" (p. 204). That is a very different thing, however, from disregarding what a trial judge carefully and explicitly describes as the pathway to her decision. Her statement quoted above could not be understood by the convicted accused, and should not be misunderstood by us, as anything other than that the trial judge had accepted the credibility of the complainant *before* "assessing" (her word) the evidence of the accused.

[30] Unfortunately, the appellant's presumption of innocence had by that point been displaced by a presumption — indeed, a *finding* — of guilt. The trial judge could hardly believe *both* the appellant *and* the complainant. Before even considering the appellant's evidence, she had already concluded that she believed the complainant. In effect, the trial judge had thus decided to convict the appellant unless his evidence persuaded her to do otherwise.

III

[31] This brings me back to the first and additional ground for allowing the appeal. In order to

sort avait été scellé *sans qu'il ne soit du tout tenu compte* du témoignage qu'il a rendu sous serment au procès.

[28] Ce n'est qu'à ce moment que la juge du procès s'est penchée sur le témoignage de l'accusé, et ce, dans les termes suivants :

[TRADUCTION] J'apprécie le témoignage [de l'accusé], en étant consciente d'avoir déjà conclu à la crédibilité [de la plaignante], mais je vais expliquer pourquoi je ne crois pas [l'accusé] et pourquoi son témoignage ne soulève pas de doute raisonnable dans mon esprit. [par. 8]

[29] Je suis d'accord avec la proposition, énoncée dans *R. c. Morrisey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), et retenue par ma collègue, selon laquelle les motifs d'un juge du procès ne servent pas à exprimer [TRADUCTION] « intégralement le raisonnement qui a mené le juge à un verdict et ne doivent pas être perçus comme tels » (p. 204). C'est toutefois tout autre chose que de ne pas tenir compte de la description minutieuse et explicite par la juge de première instance du raisonnement qui l'a menée à sa décision. Ses propos cités précédemment ne pouvaient avoir qu'une signification pour l'accusé qui a été déclaré coupable — et nous ne devons pas commettre l'erreur de lui en attribuer une autre —, soit que la juge du procès avait conclu à la crédibilité de la plaignante *avant même* « d'apprécier » (elle a utilisé le terme « *assessing* ») le témoignage de l'accusé.

[30] Malheureusement, la présomption d'innocence de l'appelant avait, dès lors, cédé la place à une présomption — en fait, à une *conclusion* — de culpabilité. La juge du procès pouvait difficilement croire *à la fois* l'appelant *et* la plaignante. Avant même de se pencher sur la preuve de l'appelant, je le répète, elle avait déjà conclu qu'elle croyait la plaignante. En fait, la juge avait ainsi décidé de déclarer l'appelant coupable à moins que son témoignage ne la convainque du contraire.

III

[31] Ces propos me ramènent à l'autre motif justifiant d'accueillir le pourvoi. Pour accorder foi au

lend credit to the appellant's evidence, the trial judge would have had to abandon her conclusion, already reached, that the complainant's evidence was not only credible, but true. As Justice Abella demonstrates, the trial judge instead rejected the appellant's evidence for reasons that are in fact groundless. I feel bound to say that the trial judge would likely have guarded herself against invoking those reasons had she followed the analytical framework set out in *W. (D.)*.

[32] Adherence to that framework, though generally appropriate, is by no means mandatory. Likewise, mere reference to it will not suffice in all cases: A correct statement of the burden of proof can scarcely save its evident misapplication, as in this case.

[33] In short, judges may know the law, yet err in its application; they may know the facts, yet make findings of credibility unsupported by the record. What matters in either instance is the substance and not the form of the decision. For the reasons given, I have concluded, with respect, that the judgment at trial is flawed in substance: The trial judge erred in law by shifting the burden of proof, and she erred as well in rejecting the appellant's evidence on grounds unsupported by the record.

[34] I would therefore allow the appeal, set aside the appellant's convictions and order a new trial.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Johnston & Company, Dauphin, Manitoba.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

témoignage de l'appellant, la juge du procès aurait dû revenir sur la conclusion, qu'elle avait déjà tirée, selon laquelle le témoignage de la plaignante était non seulement crédible, mais véridique. Comme le démontre la juge Abella, la juge du procès a plutôt rejeté le témoignage de l'appellant pour des motifs qui, en fait, ne sont pas fondés. Je m'estime tenu de préciser que la juge du procès se serait vraisemblablement gardée d'invoquer ces motifs si elle avait suivi le cadre analytique énoncé dans *W. (D.)*.

[32] L'application de ce cadre, bien qu'elle soit généralement appropriée, n'est nullement obligatoire. En revanche, se contenter d'en faire mention ne suffira pas dans tous les cas. Un énoncé juste du fardeau de la preuve ne saurait guère pallier son application manifestement erronée, comme en l'espèce.

[33] En somme, les juges peuvent connaître le droit et néanmoins commettre des erreurs en l'appliquant; ils peuvent connaître les faits et néanmoins tirer des conclusions quant à la crédibilité qui ne sont pas étayées par le dossier. Dans un cas comme dans l'autre, c'est le fond de la décision qui importe et non sa forme. Pour les motifs déjà exposés, j'ai conclu, avec égards, que le jugement de première instance est vicié quant au fond : la juge du procès a commis une erreur de droit en renversant le fardeau de la preuve et s'est aussi trompée en rejetant le témoignage de l'appellant pour des motifs qui ne sont pas étayés par le dossier.

[34] En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Johnston & Company, Dauphin, Manitoba.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.