

R. v. McDougall, 2009 CMAC 2

CMAC 510

**Petty Officer First Class J.R. McDougall**

*Applicant,*

v.

**Her Majesty the Queen**

*Respondent,*

Heard: Ottawa, Ontario, March 20, 2009.

Judgment: Ottawa, Ontario, March 27, 2009.

Present: Noël, Hansen and Mactavish JJ.A.

On appeal from the legality of the appellant's conviction by a Standing Court Martial held at Canadian Forces Base Trenton, Ontario on November 27, 2007.

*Sexual Offences — Sexual assault — Appeal from appellant's conviction under National Defence Act, s. 130, Criminal Code of Canada, s. 271 for sexually assaulting another member of Canadian Armed Forces while attending training program in Bermuda — Whether complainant so intoxicated as to be incapable of consenting to sexual intercourse with appellant — Military Judge placing considerable weight on testimony of impartial witness given diverging stories of both complainant, appellant particularly regarding level of intoxication of complainant — Open to Military Judge to accept testimony of witness on intoxication issue but appellant entitled to know why most damaging portions of other witness' testimony accepted notwithstanding fact witness telling different story earlier — Therefore, verdict of Military Judge set aside, new trial ordered in accordance with Act, s. 238(1)(b) — Appeal allowed.*

*Grounds for Appeal — Sufficiency of reasons — During appellant's trial for charges of sexual assault, Military Judge noting inconsistencies within appellant's own version of events but failing to explain exactly what inconsistencies consisting of — Not identifying inconsistencies in appellant's story — Furthermore, review of record not showing significant, material inconsistencies in appellant's testimony — Conclusion of Military Judge that appellant's testimony not credible insufficient,*

R. c. McDougall, 2009 CACM 2

CMAC 510

**Maître de 1<sup>re</sup> classe J.R. McDougall**

*Appelant,*

c.

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée.*

Audience : Ottawa (Ontario), le 20 mars 2009.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 27 mars 2009.

Devant : Les juges Noël, Hansen et Mactavish, J.C.A.

Appel de la légalité de la déclaration de culpabilité de l'appelant rendue par une cour martiale permanente tenue à la Base des Forces canadiennes Trenton, en Ontario, le 27 novembre 2007.

*Infractions à caractère sexuel — Agression sexuelle — Appel de la déclaration de culpabilité de l'appelant en application de l'art. 130 de la Loi sur la défense nationale et de l'art. 271 du Code criminel du Canada pour avoir agressé sexuellement un autre membre des Forces armées canadiennes lors d'une participation à un programme de formation aux Bermudes — Éventuelle incapacité de la plaignante, étant donné son degré d'intoxication, de consentir à une relation sexuelle avec l'appelant — Le juge militaire a accordé un poids considérable au témoignage de témoins impartiaux donnant des récits divergents quant à la plaignante et à l'appelant, particulièrement quant au degré d'intoxication de la plaignante — Le juge militaire pouvait accepter le témoignage d'un témoin quant au degré d'intoxication, mais l'appelant avait le droit de savoir pourquoi les parties les plus dommageables des témoignages des autres témoins avaient été acceptées, malgré le fait que leurs récits eurent changé par rapport à leur première version — En conséquence, la décision du juge militaire est annulée, et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée selon l'art. 238(1)(b) — Appel accueilli.*

*Motifs d'appel — Suffisance des motifs — Le juge militaire a relevé des incohérences dans la version des faits présentée par l'appelant dans le cadre de son procès pour agression sexuelle, mais a omis d'expliquer la nature exacte de ces incohérences — Défaut d'indiquer les incohérences dans le récit de l'appelant — De plus, un examen du dossier ne démontre aucune incohérence déterminante et importante dans le témoignage de l'appelant — La conclusion du juge militaire voulant que le*

*not supported by evidence — Military Judge's verdict set aside, new trial ordered.*

The appellant appealed his conviction under section 130 of the *National Defence Act* and section 271 of the *Criminal Code of Canada* for sexually assaulting another member of the Canadian Forces while attending a training program in Bermuda. He also appealed the legality of any or all of the findings of the Military Judge pursuant to paragraph 230(b) of the Act. The appellant admitted having had sexual intercourse with the complainant. Both the appellant and the complainant were students taking part in a training program, part of which took place in Bermuda. The appellant and the complainant had adjoining hotel rooms. One evening, after dinner, the training participants returned to the hotel and consumed drinks at the bar. It was in the early morning that the assault allegedly occurred. The appellant and the complainant gave diverging testimonies on the alleged incident. The complainant filed a complaint against the appellant after she returned to Canada.

At trial, it had to be determined whether the complainant had consented to the sexual activity or whether she was too intoxicated to have been able to consent to sex.

The issue was whether the complainant was so intoxicated as to be incapable of consenting to sexual intercourse with the appellant.

*Held:* Appeal allowed.

Given the different stories related by the appellant and the complainant as to what occurred the night of the alleged assault, particularly as it related to the complainant's degree of intoxication and her capacity to consent to sexual activity, the Military Judge understandably placed considerable weight on the testimony of another student who also attended the training session in Bermuda and who the Judge found to be an impartial witness. It was open to the Military Judge to accept the testimony of this student witness regarding the complainant's extreme intoxication, notwithstanding the inconsistencies in the student's story in this regard. However, given that this person was an important witness and that the testimony in question went to the central issue in the case, the appellant was entitled to know why the most damaging portions of the other witness' testimony were being accepted notwithstanding the fact that he had told quite a different story some months earlier. This was not apparent from the reasons of the Military Judge and the reasons were thus insufficient in this regard.

The Military Judge noted an incoherence within the appellant's own version of events which appeared to have concerned him. However, no explanation was provided by the Judge as to what it was that he perceived to be incoherent in the appellant's

*témoignage de l'appellant ne soit pas crédible est insuffisante et non soutenue par la preuve — Le verdict du juge militaire est annulé et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.*

L'appellant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, suivant l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* (la Loi) et l'article 271 du *Code criminel* du Canada, pour avoir agressé sexuellement un autre membre des Forces canadiennes dans le cadre d'un programme de formation organisé aux Bermudes. Il a également interjeté appel de la légalité de toutes les conclusions du juge militaire, suivant l'alinéa 230(b) de la Loi. L'appellant a admis avoir eu une relation sexuelle avec la plaignante. Tous deux étaient des étudiants participant au programme de formation organisé aux Bermudes. Les chambres d'hôtel de l'appellant et la plaignante étaient voisines. Un soir, après le souper, les participants à la formation sont retournés à l'hôtel et ont consommé des boissons alcoolisées au bar. L'agression alléguée se serait produite au petit matin. L'appellant et la plaignante ont donné des témoignages divergents sur le déroulement de l'incident allégué. La plaignante a déposé une plainte contre l'appellant à son retour au Canada.

Au procès, le juge devait déterminer si la plaignante était trop intoxiquée pour être en mesure de consentir à une relation sexuelle. Le juge militaire a conclu qu'il avait été établi, hors de tout doute raisonnable, que tel était le cas.

La principale question en litige au procès était de déterminer si la plaignante était ivre au point de ne pas avoir la capacité de consentir à un rapport sexuel avec l'appellant.

*Arrêt :* Appel accueilli.

L'appellant et la plaignante ont relaté des versions différentes des faits quant au déroulement de la nuit de l'agression alléguée, particulièrement en ce qui a trait au degré d'intoxication de la plaignante et de sa capacité à consentir à une activité sexuelle. En conséquence, le juge militaire a naturellement accordé un poids considérable au récit d'un autre étudiant, participant aussi à la formation aux Bermudes. Le juge a conclu qu'il s'agissait d'un témoin impartial. Il était loisible au juge militaire d'accepter le témoignage de ce témoin quant au degré d'intoxication extrême de la plaignante, en dépit des incohérences dans le récit de celui-ci à cet égard. Toutefois, étant donné qu'il s'agissait d'un témoin important et que c'est ce témoignage qui a été placé au centre de l'affaire, l'appellant avait le droit de savoir pourquoi les passages les plus dommageables des dernières déclarations du témoin avaient été retenus, malgré le fait qu'il avait raconté un tout autre récit quelques mois plus tôt. Aucune explication ne ressort des motifs du juge militaire, lesquels étaient insuffisants à ce sujet.

Le juge militaire a relevé dans le récit des événements de l'appellant une incohérence qui semble l'avoir préoccupé. Toutefois, le juge n'a fourni aucune explication quant à cette incohérence dans le témoignage de l'appellant. Aucune

testimony. No internal inconsistencies in his story were identified in the reasons and no significant or material inconsistencies in his testimony were apparent from a careful review of the record. Also, the Military Judge identified one aspect of the appellant's testimony as "defying logic", which aspect related to the appellant's failure to speak to the complainant about personal issues after the alleged assault. The appellant provided a clear and coherent explanation as to why it was that he did not speak to the complainant about personal issues at any point after the night of the alleged assault and there was nothing inherently illogical in that explanation. While it was certainly up to the Military Judge to decide whether to accept the appellant's explanation, the finding that the explanation simply "defie[d] logic" was clearly not supported by the evidence. As to the appellant's general demeanour, while the Military Judge noted that the appellant testified in a straightforward manner, he was concerned with the appellant's lack of emotion while testifying. Finally, the Military Judge's comment regarding the level of detail provided by the appellant in his testimony relating to minor matters were puzzling since they were not borne out by a review of the record.

Therefore, the reasons provided by the Military Judge for finding that the testimony of the appellant was not credible were insufficient and, further, this finding was unsupported by the evidence that was before him. Consequently, the verdict of the Military Judge was set aside and a new trial was ordered in accordance with paragraph 238(1)(b) of the Act.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Court Martial Appeal Court Rules*, SOR/86-959, r. 21.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 238(1)(b), 265, 271.  
*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 130, 230(b).

#### CASES CITED

*R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6; *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 60; *R. v. Rose*, 2005 CMAC 4-1, *R. v. Rose*, 2005 CMAC 4-2, 7 C.M.A.R. 56; 7 C.M.A.R. 43; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, 74 C.C.C. (3d) 134.

#### COUNSEL

*Michael J. Pretsell*, for the appellant  
*Major Marylène Trudel*, for the respondent

incohérence n'a été signalée dans le récit de l'appellant dans les motifs et aucune incohérence importante ou déterminante ne ressort de son témoignage après un examen attentif du dossier. De plus, le juge militaire a relevé un élément du témoignage de l'appellant comme [TRADUCTION] « illogique », soit le défaut de l'appellant de parler à la plaignante de questions personnelles après l'agression alléguée. L'appellant a expliqué de façon claire et cohérente la raison pour laquelle il n'a pas parlé à la plaignante de questions personnelles à un moment ou à un autre après la nuit de l'agression alléguée. Il n'y avait rien d'insensé dans cette explication. Il était loisible au juge militaire d'accepter, ou non, l'explication de l'appellant; par contre, sa conclusion voulant que celle-ci soit [TRADUCTION] « illogique » n'est manifestement pas étayée par la preuve. Quant au comportement général de l'appellant, le juge militaire a remarqué qu'il témoignait de manière directe, et s'est dit préoccupé par l'absence d'émotions de l'appellant. Finalement, les commentaires du juge militaire, quant à l'importance attachée aux détails par l'appellant dans son témoignage à l'égard de questions mineures, sont surprenants, puisqu'ils ne s'appuient pas sur un examen du dossier.

En conséquence, les motifs fournis par le juge militaire relativement à sa conclusion voulant que le témoignage de l'appellant ne soit pas crédible étaient insuffisants et, de plus, cette conclusion n'était pas étayée par la preuve dont il disposait. La décision du juge militaire est donc annulée et la tenue d'un nouveau procès en application de l'alinéa 238(1)(b) de la Loi est ordonnée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 238(1)(b), 265, 271.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 130, 230(b).  
*Règles de la Cour d'appel de la cour martiale*, DORS/86-959, r. 21.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

*R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6; *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, 7 C.A.C.M. 60; *R. c. Rose*, 2005 CACM 4-1, *R. c. Rose*, 2005 CMAC 4-2, 7 C.A.C.M. 56; 7 C.A.C.M. 43; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, 74 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 134.

#### AVOCATS

*Michael J. Pretsell*, pour l'appellant.  
*Major Marylène Trudel*, pour l'intimée.

*The following are the reasons for judgment delivered in English by*

[1] MACTAVISH J.A.: Petty Officer, 1st Class (PO 1) McDougall appeals his conviction by a Standing Court Martial on a charge of sexual assault under section 130 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (the Act), and section 271 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The appellant appeals his guilty verdict and the legality of any or all of the findings of the trial Judge (trial Judge or Military Judge) pursuant to paragraph 230(b) of the Act. An appeal against sentence has been abandoned.

[2] PO 1 McDougall admits to having had sexual intercourse with the complainant. The issue at his trial was whether the complainant had consented to the sexual activity, or whether she was too intoxicated to have been able to consent to sex. Reasonable belief in consent on the part of PO 1 McDougall was not argued.

#### I. Background

[3] PO 1 McDougall and the complainant were both students participating in an air medical evacuation training program. Part of the course took place in Bermuda. As a result of the illness of a pilot, the students had a day and two extra nights in Bermuda, without assigned duties. It appears that everyone got along very well during the course, and there was a great deal of teasing and flirting amongst the students, including between PO 1 McDougall and the complainant.

[4] PO 1 McDougall and the complainant had adjoining hotel rooms, with an interior door leading from one room to the other. The complainant and PO 1 McDougall agree that on the night of November 17, 2006 the two slept together in the complainant's bed. Both say that they talked to the other about their respective partners and children, and were "cuddling" or "spooning", but that no sexual activity occurred.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés par*

[1] LA JUGE MACTAVISH, J.C.A. : Le maître de 1<sup>re</sup> classe (m 1) McDougall interjette appel de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui par la Cour martiale permanente relativement à une accusation d'agression sexuelle punissable en vertu de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la Loi), et de l'article 271 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. L'appellant interjette appel, en vertu de l'alinéa 230b) de la Loi, du verdict de culpabilité rendu contre lui et de la légalité de l'une ou de l'ensemble des conclusions du juge du procès (juge du procès ou juge militaire). L'appel contre la sentence a été abandonné.

[2] M 1 McDougall admet avoir eu des rapports sexuels avec la plaignante. À son procès, la question en litige était de savoir si la plaignante avait consenti à l'activité sexuelle ou si elle était trop ivre pour être en mesure de le faire. La croyance raisonnable au consentement par m 1 McDougall n'a pas été contestée.

#### I. Contexte

[3] M 1 McDougall et la plaignante sont deux étudiants qui ont participé à un programme de formation en évacuation sanitaire aérienne. Une partie de la formation a eu lieu aux Bermudes. Étant donné que le pilote était malade, le séjour des étudiants aux Bermudes a été prolongé d'une journée et deux nuits, sans responsabilités assignées. Il semble que tout le monde s'entendait très bien pendant la formation, et que les étudiants se taquinaient et flirtaient beaucoup entre eux, notamment m 1 McDougall et la plaignante.

[4] Le m 1 McDougall et la plaignante avaient des chambres d'hôtel adjacentes, avec une porte intérieure qui leur permettait de passer d'une chambre à l'autre. La plaignante et m 1 McDougall ont convenu dans la soirée du 17 novembre 2006 qu'ils dormiraient ensemble dans le lit de la plaignante. Les deux ont dit avoir parlé à l'autre de leur conjoint et de leurs enfants, et ils se sont « entrelacés » et « ont flirté » sans avoir de rapports sexuels.

[5] The complainant says that on the morning of November 18, PO 1 McDougall touched her breast, and that she told him not to. PO 1 McDougall says this never happened. The touching of the complainant's breast was not the subject of a charge, and no finding was made by the Military Judge in this regard.

[6] The following day, the members of the class participated in various tourist activities. After dinner, they returned to the hotel, and went to the bar. A considerable amount of alcohol was consumed by the group over the course of the evening. PO 1 McDougall testified that he consumed 10 drinks over the course of the evening. He says that although he "felt a bit of a buzz" from the alcohol, he did not become intoxicated because of the lengthy time over which the drinks were consumed.

[7] The complainant did not indicate precisely how much she had to drink that night. While her level of intoxication at the end of the evening was the central issue in the case, it is undisputed that she consumed a number of drinks over the evening.

[8] Some time around 12:30 or 01:00, the complainant left the table quite abruptly, as if she suddenly needed to be sick. The complainant climbed or vaulted over a nearby railing, and went down to the beach. When a few minutes passed and she had not returned to the table, PO 1 McDougall and a second student, Master Corporal Mothus, went to look for her.

[9] Master Corporal Mothus and PO 1 McDougall found the complainant in the water. Master Corporal Mothus states that the complainant was vomiting when he found her. It is unclear from the evidence as to whether PO 1 McDougall actually saw her vomiting, or was subsequently made aware that she had been ill. He denies being aware of the fact, and no finding was made by the Military Judge in this regard.

[10] PO 1 McDougall left the complainant with Master Corporal Mothus and returned to the bar. Master Corporal Mothus testified that the complainant was very intoxicated at this point, and required assistance in getting out of the water and returning to her room. At some point, the complainant realized that she did not have her room key with her.

[5] La plaignante affirme que le 18 novembre au matin, m 1 McDougall a caressé ses seins et qu'elle lui a dit d'arrêter. M 1 McDougall affirme que cela ne s'est jamais produit. Le toucher des seins de la plaignante n'a pas fait l'objet d'une accusation, et le juge militaire n'a pas tiré de conclusion à cet égard.

[6] Le lendemain, les membres de la formation ont participé à diverses activités touristiques. Après le souper, ils sont rentrés à l'hôtel et sont allés au bar. Le groupe a consommé une très grande quantité d'alcool au cours de la soirée. M 1 McDougall a déclaré dans son témoignage avoir bu 10 verres pendant la soirée. Bien que l'alcool [TRADUCTION] « lui ait procuré un léger effet », il affirme qu'il n'était pas ivre en raison de la longue période pendant laquelle il a pris ses consommations.

[7] La plaignante n'a pas précisé combien elle avait bu cette soirée-là. Bien que son taux d'alcool à la fin de la soirée constituait la question centrale en l'espèce, il n'est pas contesté qu'elle a consommé un certain nombre de verres au cours de la soirée.

[8] Vers 0 h 30 ou 1 h du matin, la plaignante a quitté la table assez subitement, car elle avait soudainement envie de vomir. Elle a grimpé ou sauté par-dessus une rampe à proximité, et elle est allée à la plage. Étant donné qu'elle n'était toujours pas de retour à la table après quelques minutes m 1 McDougall et un autre étudiant, le caporal-chef Mothus, sont partis à sa recherche.

[9] Le caporal-chef Mothus et m 1 McDougall ont trouvé la plaignante dans l'eau. Le caporal-chef Mothus affirme que la plaignante était en train de vomir lorsqu'il l'a trouvée. La preuve ne montre pas clairement si m 1 McDougall l'a effectivement vue vomir ou s'il a appris par la suite qu'elle avait été malade. Il nie avoir été au courant de cet incident, et le juge militaire n'a tiré aucune conclusion à cet égard.

[10] M 1 McDougall a laissé la plaignante en compagnie du caporal-chef Mothus et il est retourné au bar. Le caporal-chef Mothus a déclaré dans son témoignage que la plaignante était très ivre à ce moment-là, et qu'elle a eu besoin d'aide pour sortir de l'eau et retourner dans sa chambre. À un certain moment, la plaignante s'est rendue compte qu'elle n'avait pas la clé de sa chambre.

[11] Both PO 1 McDougall and the complainant testified that they had agreed earlier in the evening that PO 1 McDougall would bring his room key, as the complainant was wearing her bathing suit and did not want to carry her own key with her. The plan was that they would return to PO 1 McDougall's room at the end of the evening, and the complainant would then be able to enter her own room through the interior door between the two rooms.

[12] When Master Corporal Mothus realized that the complainant did not have her room key with her, he took the complainant to his own room, where she lay down and went to sleep. Master Corporal Mothus then went to find PO 1 McDougall to have him let the complainant into her room with his key. Master Corporal Mothus met PO 1 McDougall on the way to the bar, and the two men returned to Master Corporal Mothus's room.

[13] After waking the complainant, PO 1 McDougall and Master Corporal Mothus both escorted her to PO 1 McDougall's room. The complainant testified that she did not recall much about returning to her room. Master Corporal Mothus testified that the complainant was very intoxicated at this point, and required assistance in walking. PO 1 McDougall testified that he walked ahead of the complainant and Master Corporal Mothus, but that when he turned around at one point along the way, the complainant appeared to be walking on her own.

[14] Once they got to PO 1 McDougall's room, Master Corporal Mothus left. The complainant went into her room and got into her bed. Both the complainant and PO 1 McDougall agree that there was a discussion between them and that PO 1 McDougall expressed his concern about the complainant disappearing down to the beach by herself.

[15] It is at this point that the testimony of the complainant and PO 1 McDougall diverges sharply. The complainant says that she went to sleep in her bed, by herself. She woke some time later to find PO 1 McDougall lying on top of her with his penis inside of her. According to the complainant, she "froze", and did not say anything

[11] M 1 McDougall et la plaignante ont témoigné qu'ils avaient convenu plus tôt dans la soirée que m 1 McDougall apporterait la clé de la chambre de la plaignante, étant donné que cette dernière avait mis son maillot de bain et qu'elle ne voulait pas traîner la sienne. Le plan était qu'ils retourneraient à la fin de la soirée dans la chambre de m 1 McDougall, et que la plaignante pourrait ensuite transférer dans la sienne par la porte intérieure entre les deux chambres.

[12] Lorsque le caporal-chef Mothus a constaté que la plaignante n'avait pas la clé de sa chambre avec elle, il l'a amenée dans sa chambre à lui, où elle s'est couchée et s'est endormie. Le caporal-chef Mothus est ensuite allé chercher m 1 McDougall pour que celui-ci ouvre la porte avec la clé et que la plaignante puisse rentrer dans sa chambre. Le caporal-chef Mothus a croisé m 1 McDougall sur son chemin vers le bar, et les deux hommes se sont rendus dans la chambre du caporal-chef Mothus.

[13] Après avoir réveillé la plaignante, m 1 McDougall et le caporal-chef Mothus l'ont tous les deux escortée dans la chambre de m 1 McDougall. La plaignante a témoigné qu'elle ne se rappelait pas vraiment d'être retournée dans sa chambre. Le caporal-chef Mothus a déclaré que la plaignante était très ivre à ce moment, et qu'elle avait besoin d'aide pour marcher. M 1 McDougall a affirmé qu'il marchait devant la plaignante et le caporal-chef Mothus mais que, lorsqu'il s'est retourné à un certain moment en chemin, la plaignante semblait marcher seule.

[14] Une fois rendu dans la chambre de m 1 McDougall, le caporal-chef Mothus est parti. La plaignante est rentrée dans sa chambre et s'est couchée. La plaignante et m 1 McDougall admettent qu'ils ont eu une discussion, et que m 1 McDougall a dit qu'il avait été inquiet lorsque la plaignante avait disparu seule à la plage.

[15] C'est à partir d'ici que les témoignages de la plaignante et de m 1 McDougall diffèrent radicalement. La plaignante affirme qu'elle est allée se coucher seule dans son lit. Lorsqu'elle s'est réveillée quelque temps plus tard, m 1 McDougall était étendu sur elle avec le pénis dans son vagin. Selon la plaignante, elle [TRADUCTION]

to PO 1 McDougall. After he completed the sexual act, he got up and left the room, leaving her alone.

[16] In contrast, PO 1 McDougall testified that once they got back to the complainant's room, she complained of being cold. He asked her if she would like him to warm her up, and she agreed. He then took off all of his clothes except for his undershorts, and got into bed with her. PO 1 McDougall says that he lay behind the complainant, and put his arm around her to warm her up. The complainant responded by rubbing her buttocks against his groin. PO 1 McDougall testified that he backed then away from her, creating a space between their bodies.

[17] When the complainant moved herself back towards him, and again rubbed her buttocks against his groin, he says that he then asked her "is this what you want?", to which the complainant answered "yes". Although the complainant's speech was slower than usual at this point, as if she was tired, it was not slurred.

[18] PO 1 McDougall testified that the pair then engaged in a consensual act of sexual intercourse, with the complainant playing an active role in the activity. After the act was completed, PO 1 McDougall says that he began to feel badly for having cheated on his wife, and got up and left the room.

[19] It is common ground that the complainant did not appear to be herself the following day. PO 1 McDougall stated that he thought that it was because she also felt guilty for having cheated on her partner. Neither of them discussed the incident with the other, either that day, or at any time after that. They both participated in tourist activities with others in the group, and worked together in course-related exercises together for the duration of the course.

[20] Upon her return to Canada, and after confiding in a friend who had also been a student on the trip to Bermuda, the complainant went to a hospital to make sure that she was not pregnant, and had not contracted a sexually-transmitted disease. The complainant says that she ultimately decided to file a complaint against PO 1

« est restée figée », et elle n'a rien dit à m 1 McDougall. Après l'acte sexuel, il s'est levé et a quitté la chambre, la laissant seule.

[16] En revanche, m 1 McDougall a témoigné qu'une fois de retour dans la chambre de la plaignante, celle-ci se plaignait d'avoir froid. Il lui a demandé si elle aimerait qu'il la réchauffe et elle a accepté. Il a alors enlevé tous ses vêtements, sauf son sous-vêtement, et il s'est couché à ses côtés. M 1 McDougall affirme qu'il s'est étendu derrière elle et qu'il l'a enlacée pour la réchauffer. La plaignante a réagi en frottant ses fesses contre son aine. M 1 McDougall a dit qu'il a alors reculé pour faire de l'espace entre les deux corps.

[17] Lorsque la plaignante s'est de nouveau rapprochée de lui, et qu'elle a encore une fois frotté ses fesses contre son aine, il dit qu'il lui a alors demandé [TRADUCTION] « si c'est ce qu'elle voulait », et qu'elle a répondu « oui ». Même si à ce moment la plaignante parlait plus lentement qu'à l'habitude, comme si elle était fatiguée, elle n'avait pas de mal à articuler.

[18] M 1 McDougall a dit dans son témoignage que c'est alors que les deux ont consenti à avoir un rapport sexuel, dans lequel la plaignante a activement joué un rôle. Après l'acte sexuel, m 1 McDougall affirme qu'il a commencé à se sentir mal d'avoir trompé son épouse, qu'il s'est levé et qu'il a quitté la chambre.

[19] Il est incontesté que, le lendemain, la plaignante ne semblait pas être elle-même. M 1 McDougall a déclaré qu'il croyait que c'était parce qu'elle se sentait coupable elle aussi d'avoir trompé son conjoint. Ils n'ont pas discuté de l'incident entre eux ni ce jour-là ni à aucun autre moment par la suite. Ils ont tous les deux participé à des activités touristiques avec les autres membres du groupe, et ils ont fait des exercices ensemble pendant toute la période de formation.

[20] À son retour au Canada, et après s'être confiée à une amie qui avait également suivi la formation aux Bermudes, la plaignante s'est rendue à l'hôpital pour s'assurer qu'elle n'était pas enceinte et qu'elle n'était pas atteinte d'une maladie transmise sexuellement. Elle affirme qu'elle a finalement décidé de porter plainte

McDougall because she did not want the same thing to happen to someone else.

contre m 1 McDougall parce qu'elle voulait éviter que d'autres personnes subissent le même sort.

II. The applicable provisions of the *Criminal Code*

II. Les dispositions applicables du *Code criminel*

[21] The relevant provisions of section 265 of the *Criminal Code* define an “assault” in the following terms:

[21] Les dispositions pertinentes de l'article 265 du *Code criminel* définissent le terme « voies de fait » de la façon suivante :

Assault

Voies de fait

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

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

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

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

...

[...]

Application

Application

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.

Consent

Consentement

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

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison :

(a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

a) soit de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

(b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant.

b) soit des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne.

[22] Section 271 of the *Criminal Code* provides that:

[22] L'article 271 du *Code criminel* prévoit ce qui suit :

Sexual assault

Agression sexuelle

**271.** (1) Every one who commits a sexual assault is guilty of

**271.** (1) Quiconque commet une agression sexuelle est coupable :

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;



(b) an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months.

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois.

### III. Standard of review

[23] The parties are in agreement that the standard of review to be applied to the decision of the Military Judge is that described in cases such as *R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6; *R. v. Rose*, 2005 CMAC 4-1, 7 C.M.A.R. 43; and *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122. That is, when assessing a conviction as a whole, an appeal court must ask whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have returned. Additionally, an appellate court should not interfere with findings of fact made by the trial judge, or with factual inferences drawn by the trial judge, unless such findings and inferences are clearly wrong, unsupported by the evidence or otherwise unreasonable: *R. v. Clark*, at paragraph 9.

[24] Insofar as findings based on the credibility of witnesses are concerned, such findings may only be reversed on appeal if it is established that the trial judge made some palpable and overriding error which affected his or her assessment of the facts: *R. v. Rose*, at paragraph 14. In reviewing the evidence, the appellate court must satisfy itself that the verdict can be supported by it: see *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 60, at paragraph 53.

[25] Lastly, the adequacy of the reasons for conviction provided by the Military Judge is to be evaluated in accordance with the principles articulated by the Supreme Court of Canada in *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869.

### IV. Analysis

[26] The central issue at trial was whether the complainant was so intoxicated as to be incapable of consenting to sexual intercourse with PO 1 McDougall. The Military Judge provided a number of reasons for concluding that it had been established beyond a reasonable doubt that this was in fact the case. Notwithstanding the considerable deference to be accorded to such findings to the extent that they were based upon an assessment of

### III. Norme de contrôle

[23] Les parties sont d'accord pour dire que la norme de contrôle qui s'applique à la décision du juge militaire est celle décrite dans des affaires telles que *R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6; *R. c. Rose*, 2005 CACM 4-1, 7 C.A.C.M. 43, et *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122. Ce qui signifie que lorsqu'elles examinent une déclaration de culpabilité, les cours d'appel doivent se demander si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu des directives appropriées et qui a agi d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. En outre, les cours d'appel ne peuvent pas modifier les inférences et conclusions de fait du juge du procès, à moins qu'elles soient manifestement erronées, non étayées par la preuve ou par ailleurs déraisonnables : *R. c. Clark*, au paragraphe 9.

[24] Dans la mesure où il est question de conclusions fondées sur la crédibilité de témoins, celles-ci ne doivent pas être infirmées en appel à moins qu'il ne puisse être établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits : *R. c. Rose*, au paragraphe 14. En examinant la preuve, les cours d'appel doivent être convaincues que celle-ci peut étayer le verdict : voir *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, 7 C.A.C.M. 60, au paragraphe 53.

[25] Enfin, la suffisance ou non des motifs exposés par le juge militaire pour justifier la déclaration de culpabilité doit être évaluée en fonction des principes formulés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869.

### IV. Analyse

[26] La principale question en litige au procès était de déterminer si la plaignante était ivre au point de ne pas avoir la capacité de consentir à un rapport sexuel avec m 1 McDougall. Le juge militaire a fourni quelques motifs à l'appui de sa conclusion selon laquelle il avait été établi hors de tout doute raisonnable que cela avait été effectivement le cas. Malgré la grande déférence qu'il convient d'accorder à de telles conclusions, dans

the credibility of the various witnesses, I have concluded that several of these findings are either not supported by the evidence, or that the reasons given for making the findings are inadequate.

V. The failure to address the inconsistencies in Master Corporal Mothus' evidence

[27] Only PO 1 McDougall and the complainant were present in the complainant's room at the time of the alleged assault. Each told a very different story as to what occurred that night, particularly as it related to the complainant's degree of intoxication, and her capacity to consent to sexual activity. As a consequence, the Military Judge understandably placed considerable weight on the testimony of Master Corporal Mothus, who the Judge found to be an impartial witness.

[28] Parts of Master Corporal Mothus' testimony at trial were very damaging to PO 1 McDougall. According to Master Corporal Mothus, PO 1 McDougall was present when the complainant was vomiting in the water. Master Corporal Mothus stated that at the time that he and PO 1 McDougall escorted the complainant back to her room, the complainant was intoxicated to the point of unconsciousness, and needed help just to walk. According to Master Corporal Mothus, the complainant's speech was slurred and she was "pretty much incoherent". All of this of course suggested that PO 1 McDougall would have been well aware of the fact that the complainant was severely intoxicated, and would thus have been in no condition to consent to sexual activity. All of this testimony was accepted as credible and reliable by the Military Judge.

[29] However, when Master Corporal Mothus was interviewed shortly after the alleged assault, he was asked if "overall" the complainant had been intoxicated on the evening in question, to which he replied that "she was just drinking". He was also asked if the complainant had been able to talk during the evening, to which Master Corporal Mothus responded "over all the evening, yes, she was able to talk". No mention was made in his earlier statement of the complainant slurring her words or becoming incoherent, or being unable to walk without assistance.

la mesure où celles-ci reposaient sur une appréciation de la crédibilité de divers témoins, je conclus que plusieurs d'entre elles ne sont pas étayées par la preuve ou que les motifs donnés pour les justifier sont insuffisants.

V. L'omission de tenir compte des incohérences dans le témoignage du caporal-chef Mothus

[27] Seuls m 1 McDougall et la plaignante étaient dans la chambre au moment de la présumée agression. Ils ont chacun donné une version très différente de ce qui s'est produit cette nuit-là, plus particulièrement en ce qui concerne le taux d'alcool de la plaignante et sa capacité à consentir à une activité sexuelle. En conséquence, on peut comprendre que le juge militaire ait accordé beaucoup d'importance au témoignage du caporal-chef Mothus, qu'il considérait comme témoin impartial.

[28] Certaines parties du témoignage du caporal-chef Mothus au procès étaient très préjudiciables à l'égard de m 1 McDougall. Selon le caporal-chef Mothus, m 1 McDougall était là lorsque la plaignante était en train de vomir dans l'eau. Le caporal-chef Mothus a affirmé que lorsque lui et m 1 McDougall ont raccompagné à sa chambre la plaignante, celle-ci était ivre au point d'être inconsciente, et qu'elle avait besoin d'aide pour marcher tout simplement. Selon le caporal-chef Mothus, la plaignante avait du mal à articuler et ses propos étaient [TRADUCTION] « plutôt incohérents ». Tous ces éléments laissent bien sûr entendre que m 1 McDougall aurait dû savoir que la plaignante était fortement ivre, et qu'elle n'avait donc pas la capacité à consentir à une activité sexuelle. Dans l'ensemble, le juge militaire a considéré ce témoignage comme crédible et digne de foi.

[29] Cependant, lorsque le caporal-chef Mothus a été interrogé peu après l'agression reprochée quant à savoir si la plaignante avait été ivre [TRADUCTION] « pendant toute » la soirée en question, il a répondu qu'elle [TRADUCTION] « avait simplement bu ». On lui a demandé si la plaignante était en mesure de parler pendant la soirée et il a répondu que [TRADUCTION] « oui, elle était capable de parler durant toute la soirée ». Rien dans sa déclaration antérieure ne faisait état de la difficulté de la plaignante à articuler ou de propos incohérents qu'elle aurait tenus ou de son incapacité à marcher seule.

[30] Master Corporal Mothus also testified to witnessing the complainant navigate a three foot high railing at approximately one in the morning, on her way down to the beach. He also stated that at the time that he was in the water with the complainant while she was vomiting, he was carrying on a conversation with her, and she was aware, answering appropriately, and fairly coordinated.

[31] While Master Corporal Mothus testified that as a result of the complainant's level of intoxication, he and PO 1 McDougall had to act as a "human crutch" in order to support the complainant on her way back to her room, he also acknowledged having indicated in a statement provided shortly after the alleged assault that he had just put one arm around the complainant as they walked back to her room.

[32] It was, of course, open to the Military Judge to accept the testimony of Master Corporal Mothus regarding the complainant's extreme intoxication, notwithstanding the inconsistencies in his story in this regard. However, given that Master Corporal Mothus was an important witness, and that the testimony in question went to the central issue in the case, PO 1 McDougall was entitled to know why the most damaging portions of Master Corporal Mothus' testimony were being accepted, notwithstanding the fact that he had told quite a different story some months earlier. This is not apparent from the reasons of the Military Judge, and the reasons are thus insufficient in this regard.

VI. The "lack of coherence" in PO 1 McDougall's recollection of events and his demeanour

[33] In reviewing the testimony provided by PO 1 McDougall at trial, the Military Judge observed that "the lack of coherence in the recollection of events he provided to the court and his general demeanour make his testimony hard to believe".

[34] It should first be observed that the "the lack of coherence" identified by the Military Judge related not to potential discrepancies between the testimony provided by PO 1 McDougall and that provided by other

[30] Le caporal-chef Mothus a aussi affirmé avoir vu la plaignante tenter de franchir une rampe d'une hauteur de trois pieds sur son chemin vers la plage vers une heure du matin. Il a ajouté que, lorsqu'il était dans l'eau avec la plaignante qui était en train de vomir, il lui parlait et qu'elle était consciente et qu'elle lui répondait d'une manière appropriée et relativement bien articulée.

[31] Bien que le caporal-chef Mothus ait déclaré qu'en raison du taux d'alcool de la plaignante, lui et m 1 McDougall ont dû servir de [TRADUCTION] « béquille humaine » à la plaignante pour l'aider à retourner dans sa chambre, il a également admis avoir indiqué, dans une déclaration faite peu de temps après la présumée agression, qu'il n'avait mis qu'un seul bras autour de la plaignante lorsqu'ils marchaient en direction de sa chambre.

[32] Il était bien sûr loisible au juge militaire d'accepter le témoignage du caporal-chef Mothus à propos du taux d'alcool extrêmement élevé de la plaignante, malgré les incohérences de son récit à cet égard. Cependant, étant donné que le caporal-chef Mothus était un témoin important, et que le témoignage en question portait sur une question centrale en l'espèce, m 1 McDougall avait le droit de connaître les raisons pour lesquelles les parties les plus préjudiciables du témoignage du caporal-chef Mothus avaient été retenues, même si ce dernier avait donné une version fort différente quelques mois auparavant. Ces raisons ne ressortaient pas clairement des motifs du juge militaire et ceux-ci sont donc insuffisants à cet égard.

VI. Le « manque de cohérence » de m 1 McDougall dans son souvenir des faits et sa conduite

[33] En examinant le témoignage donné par m 1 McDougall au procès, le juge militaire a fait observer que [TRADUCTION] « le manque de cohérence dans le souvenir des faits qu'il a relatés devant le tribunal et sa conduite d'une façon générale rendent son témoignage difficile à croire ».

[34] Il faut d'abord souligner que le « manque de cohérence » relevé par le juge militaire n'était pas lié à des divergences susceptibles d'exister entre le témoignage de m 1 McDougall et ceux d'autres témoins ni à des écarts

witnesses, nor does it relate to incongruities between PO 1 McDougall's testimony and physical or other forms of evidence before the Court. Rather, it is the incoherence within PO 1 McDougall's own version of events that appears to have concerned the Military Judge.

[35] The internal "coherence" of testimony is a function of the consistency of the evidence, and whether it is comprehensible and logical.

[36] Insofar as "the lack of coherence" in PO 1 McDougall's recollection of events is concerned, no explanation was provided by the Military Judge as to what it was that he perceived to be incoherent in PO 1 McDougall's testimony. No internal inconsistencies in his story are identified in the reasons, and no significant or material inconsistencies in his testimony are apparent from a careful review of the record.

[37] Insofar as the logic of PO 1 McDougall's account is concerned, the Military Judge did identify one aspect of his testimony as "defying logic". This related to the failure of PO 1 McDougall to speak to the complainant about "personal issues" at any time after the alleged assault.

[38] In this regard, the Military Judge stated that:

He explained his behavior by the fact that he started to have second thoughts about what he did to his wife. However, he never provided in his evidence, implicitly or explicitly, that he regretted what he did. To the contrary, it looked like life was going on and nothing happened for him.

[39] What PO 1 McDougall actually stated in his testimony was the following (transcript, at page 347):

Q. So after you had had sex with her you didn't want any further contact with her?

A. I was feeling terribly guilty for having cheated on my wife. I was disappointed in myself. I was saddened in ... myself that I could do that to my wife. I closed the door so that I would close off the temptation of going back into that room.

entre le témoignage de m 1 McDougall et des formes de preuve matérielles ou autres présentées à la Cour. Ce sont plutôt les incohérences dans la propre version des faits de m 1 McDougall qui auraient inquiété le juge militaire.

[35] La « cohérence » interne du témoignage constitue un aspect de la compatibilité de la preuve, laquelle doit être compréhensible et logique.

[36] En ce qui a trait au « manque de cohérence » du témoignage de m 1 McDougall sur son souvenir des faits, le juge militaire n'a donné aucune explication de ce qu'il a considéré comme incohérent. Dans ses motifs, le juge militaire n'a signalé aucune incohérence tirée du récit de m 1 McDougall, et il ne semble pas y avoir eu d'écart grave ou important dans son témoignage après un examen attentif du dossier.

[37] Pour ce qui est de la logique du récit de m 1 McDougall, le juge militaire a effectivement considéré un des aspects de son témoignage comme [TRADUCTION] « illogique », à savoir son omission d'avoir discuté avec la plaignante de [TRADUCTION] « questions personnelles » à un moment ou un autre après l'agression qu'on lui reproche.

[38] Sur ce point, le juge militaire a indiqué ce qui suit :

[TRADUCTION] Il a expliqué sa conduite par le fait qu'il a commencé à regretter d'avoir trompé son épouse. Cependant, il n'a jamais dit dans son témoignage, implicitement ou explicitement, qu'il regrettait ce qu'il avait fait. Au contraire, il semble que sa vie se déroulait sans que rien de bon ne se passe.

[39] Voici les propos de m 1 McDougall tirés textuellement de son témoignage (transcription, à la page 347) :

[TRADUCTION]

Q. Après avoir eu l'activité sexuelle avec elle, désireriez-vous avoir tout autre rapport avec elle?

R. Je me sentais terriblement coupable d'avoir trompé mon épouse. J'étais déçu de moi-même. J'étais attristé de penser [...] que je pouvais faire cela à mon épouse. J'ai fermé la porte pour résister à la tentation de retourner dans cette chambre.

Q. So there was a temptation to go back there?

A. At that point there wasn't. I was making sure I did not have a temptation.

Q. And you weren't concerned about how [the complainant] might interpret that? You weren't concerned about her feelings?

A. I was concerned. I was going to deal with my own issues.

Q. And you didn't ever approach [the complainant] to discuss what had happened?

A. I assumed that she was dealing with the issues as I was which was with myself, within myself. It's a big thing when you realize that you've cheated on somebody that you made a promise to in front of your family, friends, in front of God, to love and honour and when you mess that up, it's a huge thing. So that was something that I was dealing with in myself. I didn't want to talk with anybody about it and I had made the assumption that she was of the same mind set, where she was internalizing it and trying to work through it on her own.

Q. But it didn't occur to you to clarify that?

A. I probably could have. As I said, I was dealing it my way and I just figured out that she would have dealt with it in the same fashion.

[40] There is always a danger inherent in a finding of this nature, in light of the highly subjective nature of the finding, and the infinite variety of ways that people deal with difficult situations.

[41] PO 1 McDougall provided a clear and coherent explanation as to why it was that he did not speak to the complainant about "personal issues" at any point after the night of November 18, 2006, and there is nothing inherently illogical in that explanation. While it was certainly up to the Military Judge to decide whether or not to accept PO 1 McDougall's explanation, the finding that the explanation simply "defies logic" is clearly one that is not supported by the evidence.

[42] Insofar as PO 1 McDougall's "general demeanour" is concerned, the Military Judge noted that he "testified

Q. Vous étiez donc tenté d'y retourner?

R. À ce moment-là, non. Je m'assurais d'éviter la tentation.

Q. N'étiez-vous pas inquiet quant à la façon dont [la plaignante] pourrait interpréter ce qui s'était passé? Ne vouliez-vous pas savoir comment elle se sentait?

R. J'étais inquiet. J'avais mes propres problèmes à m'occuper.

Q. Pourquoi n'avez-vous pas communiqué avec [la plaignante] pour parler de ce qui s'était passé?

R. J'ai présumé qu'elle s'occupait de ses problèmes tout comme je le faisais de moi-même, de l'intérieur. C'est grave lorsque vous constatez que vous avez trompé la personne envers qui vous avez juré devant votre famille, vos amis et Dieu, d'aimer et d'honorer, et lorsque vous bousillez tout, c'est très grave. C'est une situation que je voulais régler seul. Je ne voulais pas en parler à personne et j'en ai déduit qu'elle faisait la même chose, en gardant en elle ce qui s'était passé et en essayant de s'en sortir seule.

Q. Ne vous est-il pas venu à l'esprit de vouloir clarifier la situation?

R. J'aurais probablement pu le faire. Comme je l'ai dit, j'essayais de régler la situation à ma façon et je pensais simplement qu'elle en faisait tout autant de son côté.

[40] Il y a toujours un danger lié à une telle conclusion, compte tenu de sa nature très subjective et de la variété infinie de moyens qu'ont les gens de faire face à des situations difficiles.

[41] M 1 McDougall a expliqué de façon claire et cohérente pourquoi il n'avait discuté à aucun moment avec la plaignante de « questions personnelles » après la nuit du 18 novembre 2006, et cette explication n'a rien d'illogique en soi. Même s'il appartenait certes au juge militaire de décider s'il convenait d'accepter ou non l'explication de m 1 McDougall, sa conclusion selon laquelle l'explication en question était tout simplement « illogique » n'est clairement pas étayée par la preuve.

[42] En ce qui concerne la « conduite générale » de m 1 McDougall, le juge militaire a indiqué qu'il [TRADUCTION]

mainly in a straightforward manner”. The Judge then went on to observe that:

It was without any particular emotion that he delivered his testimony. He provided his evidence with many details without being prompted. The care he took to provide minor details on all things he testified on made it difficult for the Court to differentiate what was notorious or not for him. It is clear for the Court that he put many thoughts in his testimony before he delivered it.

[43] As was noted above, the Military Judge found that PO 1 McDougall “testified mainly in a straightforward manner”. His concern with respect to PO 1 McDougall’s “general demeanour” appears to relate, at least in part, to his lack of emotion while testifying.

[44] A credibility assessment based upon the demeanour of a witness is always potentially problematic, given the differing ways in which people deal with things such as the stress of the courtroom situation or the emotions associated with the underlying facts of the case. There are any number of factors relating to individual personality, psychology, culture and the like that may cause individuals to respond in differing ways within the courtroom setting.

[45] Moreover, the comments of the Military Judge with respect to the level of detail provided by PO 1 McDougall in his testimony in relation to minor matters are puzzling, as they are not borne out by a review of the record.

[46] Finally, the fact that PO 1 McDougall may have given some thought to his testimony prior to testifying at his trial is hardly surprising. He was, after all, facing a court martial as a result of having been charged with sexual assault. In the circumstances, it would have been very surprising if he had not thought carefully about what it was that he was going to say at his trial.

[47] In light of the above, I am satisfied that the reasons provided by the Military Judge for finding that the testimony of PO 1 McDougall was not credible were

« a témoigné en grande partie de façon franche ». Il a ensuite poursuivi en ajoutant ce qui suit :

[TRADUCTION] Il a livré son témoignage sans aucune émotion particulière. Il a fourni un témoignage très détaillé sans qu’on l’ait poussé à le faire. Le soin qu’il a accordé aux moindres détails sur chaque question à l’égard de laquelle il a témoigné a rendu la tâche difficile à la Cour de faire la différence entre ce qui était évident ou non. Il est clair, selon la Cour, qu’il avait bien réfléchi avant de livrer son témoignage.

[43] Comme il a été dit plus haut, le juge militaire a conclu que m 1 McDougall [TRADUCTION] « a témoigné en grande partie de façon franche ». Quant à la « conduite générale » de m 1 McDougall, la préoccupation du juge semblait être liée, au moins en partie, à son absence d’émotion lorsqu’il a livré son témoignage.

[44] Une appréciation de la crédibilité fondée sur la conduite d’un témoin risque toujours de poser des problèmes, compte tenu des diverses façons qu’ont les gens de faire face à des difficultés comme le stress causé par la tenue d’une audience ou les émotions associées aux faits à l’origine d’un litige. Il y a de nombreux facteurs liés à la personnalité, à la psychologie et à la culture de chacun, ainsi que d’autres facteurs du même genre qui peuvent mener les gens à réagir différemment dans une cour de justice.

[45] En outre, les commentaires du juge militaire, quant à l’importance attachée aux détails par m 1 McDougall dans son témoignage à l’égard de questions mineures, sont surprenants, puisqu’ils ne s’appuient pas sur un examen du dossier.

[46] Enfin, le fait que m 1 McDougall se soit préparé avant de livrer témoignage lors de son procès n’a rien d’étonnant. Il se présentait après tout devant une cour martiale pour répondre à une accusation d’agression sexuelle. Dans ce contexte, il aurait été très surprenant qu’il ne réfléchisse pas sérieusement sur ce qu’il allait dire à son procès.

[47] Compte tenu de ce qui précède, je suis convaincue que les motifs exposés par le juge militaire pour justifier sa conclusion selon laquelle le témoignage de m 1

insufficient, and further, that this finding was unsupported by the evidence that was before him.

#### VII. Disposition of the appeal

[48] PO 1 McDougall concedes that this is not an appropriate case for this Court to substitute a verdict of acquittal. I agree that the proper disposition of the appeal is to order that a new trial be held, in accordance with the provisions of paragraph 238(1)(b) of the *National Defence Act*.

#### VIII. Costs

[49] PO 1 McDougall submits that he should be entitled to his legal costs associated with the appeal in accordance with Rule 21 of the *Court Martial Appeal Court Rules* (SOR/86-959), as he is no longer a member of the Canadian Forces, and retained counsel at his own expense to represent him in this matter. Although the Court has a broad discretion in relation to costs, costs are not routinely awarded in proceedings such as this: see *R. v. Rose*, 2005 CMAC 4-2, 7 C.M.A.R. 56, at paragraph 2. In my view, there is nothing unusual about this matter that would justify an award of costs in PO 1 McDougall's favour.

#### IX. Conclusion

[50] The appeal is allowed. The verdict of the Standing Court Martial is set aside, and a new trial is ordered.

NOËL J.A.: I agree.

HANSEN J.A.: I agree.

McDougall n'était pas crédible étaient insuffisants, et aussi que cette conclusion n'était pas étayée par la preuve dont il disposait.

#### VII. Issue de l'appel

[48] M 1 McDougall concède que qu'il n'est pas opportun en l'espèce que la Cour y substitue un verdict d'acquittal. Je conviens que la décision juste dans l'appel est d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, conformément à l'alinéa 238(1)b) de la *Loi sur la défense nationale*.

#### VIII. Dépens

[49] M 1 McDougall soutient qu'il a droit aux dépens relatifs à l'appel suivant la règle 21 des *Règles de la Cour d'appel de la cour martiale* (DORS/86-959), puisqu'il n'est plus un membre des Forces canadiennes, et qu'il a engagé un avocat à ses propres frais pour le représenter en l'espèce. Bien que la Cour possède un vaste pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait aux dépens, ceux-ci ne sont habituellement pas accordés dans des instances telles que la présente : voir *R. c. Rose*, 2005 CMAC 4-2, 7 C.A.C.M. 56, au paragraphe 2. À mon avis, il n'y a rien de différent dans la présente affaire qui justifierait d'adjudger les dépens en faveur de m 1 McDougall.

#### IX. Conclusion

[50] L'appel est accueilli. Le verdict rendu par la Cour martiale permanente est annulé, et un nouveau procès est ordonné.

LE JUGE NOËL, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LA JUGE HANSEN, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.