

R. v. Winters, 2011 CMAC 1

CMAC 540

Her Majesty the Queen

Appellant,

v.

Captain S. Winters

Respondent.

Heard: Montreal, Quebec, January 28, 2011.

Judgment: Ottawa, Ontario, February 3, 2011.

Present: Letourneau J.A., Noël J.A. and
Trudel J.A.

Appeal by the Director of Military Prosecutions of the decision of a military judge acquitting the accused, on May 4, 2010, at Régiment de Maisonneuve, Montréal, Quebec.

Prejudice to good order and discipline — Proof of prejudice can be direct or inferred — Proof of the offence in s. 129(1) of the National Defence Act does not require meeting the conditions in s. 129(2).

The respondent was charged with one count of prejudice of good order and discipline under section 129 of the *National Defence Act* for connecting an unauthorized hard drive to the Defence Intranet Network. The respondent pled guilty before a Standing Court Martial, fully informed of the consequences of doing so. The plea was accepted, however when the respondent rose to admit the truth of the fact contained in the submitted summary of circumstances, the military judge intervened and set aside the plea as the summary stated the offence was a contravention of a regulation, not an instruction. As a result, the military judge set the guilty plea aside and adjourned for a short time. On return, the prosecution sought a special finding of guilty under section 138 of the Act. The military judge denied this application stating that it can only be exercised at the end of a trial, and also refused an application to amend the charge. An adjournment for the prosecution to call witnesses was denied, and as it had no further evidence, an acquittal was entered.

Held: Appeal allowed, guilty plea reinstated, remitted to court martial for sentencing.

R. c. Winters, 2011 CACM 1

CMAC 540

Sa Majesté la Reine

Appelante,

c.

Capitaine S. Winters

Intimé.

Audience : Montréal (Québec), le 28 janvier 2011.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 3 février 2011.

Devant : Les juges Letourneau, Noël et
Trudel, J.C.A.

Appel interjeté par le directeur des poursuites militaires de la décision par laquelle un juge militaire a acquitté l'accusé, le 4 mai 2010, au Régiment de Maisonneuve, à Montréal (Québec).

Acte préjudiciable au bon ordre et à la discipline — Caractère direct ou inféré de la preuve du préjudice — Non-subordination de la preuve de l'infraction visée à l'art. 129(1) aux conditions de l'art. 129(2).

L'intimé a été accusé, sous le régime de l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale*, d'avoir commis un acte préjudiciable au bon ordre et à la discipline en branchant un disque dur non autorisé au réseau intranet de la défense. Pleinement conscient des conséquences, il a plaidé coupable devant une cour martiale permanente. Le plaidoyer de culpabilité a été accepté. Cependant, quand l'accusé s'est levé pour reconnaître la véracité des faits énoncés au sommaire des circonstances déposé, le juge militaire est intervenu pour dire que, contrairement à ce qui était mentionné au sommaire, il y avait eu contravention à une directive et non à un règlement, puis il a cassé le plaidoyer. Il a ensuite ajourné l'audience pour quelques minutes. À la reprise, le procureur de la poursuite a invoqué l'article 138 de la Loi et demandé un verdict de culpabilité annoté. Le juge militaire a rejeté la demande au motif que le pouvoir conféré à l'article 138 ne pouvait être exercé qu'au terme d'un procès, et il a également refusé une demande de modification du chef d'accusation. La poursuite a ensuite soumis une demande d'ajournement de l'audition afin de faire venir ses témoins, qu'elle s'est vu refuser. Comme elle n'avait pas d'autre preuve à offrir, l'accusé a été acquitté.

Arrêt : L'appel est accueilli, le plaidoyer de culpabilité est rétabli et l'affaire est renvoyée à la cour martiale pour détermination de la peine.

There is only one offence under section 129 of the *National Defence Act*, and it is created by subsection 129(1). Proof of prejudice can be direct or inferred from matters proven in evidence. Thus, the requirements of the offence can be met without meeting the conditions laid out in subsection 129(2). The military judge committed an error of law in not allowing the amendment to the charge as there was no substitution of one offence for another. It was a further error to reject the guilty plea, as the respondent still had the ability to admit the requisite elements of the offence. Additionally, the military judge's comments regarding the readiness of the prosecution to call witnesses were unwarranted in the circumstances.

L'article 129 de la *Loi sur la défense nationale* prévoit une seule infraction, et elle est créée par le paragraphe 129(1). La preuve de préjudice peut être directe ou s'inférer des éléments de preuve établis. Par conséquent, les exigences régissant l'infraction peuvent être satisfaites même si les conditions énoncées au paragraphe 129(2) ne sont pas remplies. Le juge militaire a commis une erreur de droit en n'accédant pas à la demande de modification du chef d'accusation puisqu'il n'y avait pas substitution d'une infraction à une autre. Il a commis une autre erreur en rejetant le plaidoyer de culpabilité, car il demeurerait possible pour l'intimé d'admettre les éléments constitutifs de l'infraction. Par surcroît, les remarques du juge militaire quant à l'opportunité de la demande du procureur de la poursuite d'appeler des témoins n'étaient aucunement justifiées dans les circonstances.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 188.
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 129, 138, 188, 239.1(1)(b).
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O, online: <https://www.canada.ca/en/department-national-defence/corporate/policies-standards/queens-regulations-orders.html>), art. 112.25.

CASES CITED

Adgey v. R., [1975] 2 S.C.R. 426, 39 D.L.R. (3d) 553; *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393, 18 N.R. 485; *Morozuk v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 31, 64 N.R. 189; *R. v. Bradt*, 2010 CMAC 2, 7 C.M.A.R. 417; *R. v. Cayer*, 2007 CM 1006, 2007 CarswellNat 1072; *R. v. Cimon*, 2005 CM 4, 2005 CarswellNat 6550; *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217; *R. v. Dixon*, 2005 CMAC 2, 7 C.M.A.R. 4; *R. v. Dominie*, 2002 CMAC 8, 6 C.M.A.R. 286; *R. v. Labrie*, 2008 CM 1013, 2008 CarswellNat 3608; *R. v. Lachance*, 2002 CMAC 7, 6 C.M.A.R. 274; *R. c. Lefebvre*, [1989] R.J.Q. 1780, 1989 CanLII 833 (QC CA); *R. v. Nicholson*, 2008 ABCA 256, 432 A.R. 391; *R. v. Paquette* (1998), 6 C.M.A.R. 79, 41 W.C.B. (2d) 5; *R. v. Reid*, 2009 CM 1004, 81 W.C.B. (2d) 717; *R. v. St-Onge*, 2010 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 505; *R. v. Taylor*, 2008 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 125; *R. v. Thompson*, 2009 CMAC 8, 7 C.M.A.R. 394.

AUTHORS CITED

Cloutier, Jean-Bruno. "L'utilisation de l'article 129 de la *Loi sur la Défense nationale* dans le système de justice militaire canadien" (2004), 35 *R.D.U.S.* 1.
 Létourneau, Gilles and Pierre Robert. *Code de procédure pénale du Québec annoté*, 8th ed. Montreal: Wilson & Lafleur, 2009.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 188.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 129, 138, 188, 239.1(1)b).
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/ministere-defense-nationale/organisation/politiques-normes/ordonnances-reglements-royaux.html>), art. 112.25.

JURISPRUDENCE CITÉE

Adgey c. R., [1975] 2 R.C.S. 426, 39 D.L.R. (3^d) 553; *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393, 18 N.R. 485; *Morozuk c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 31, 64 N.R. 189; *R. c. Bradt*, 2010 CACM 2, 7 C.A.C.M. 417; *R. c. Cayer*, 2007 CM 1006, 2007 CarswellNat 594; *R. c. Cimon*, 2005 CM 4, 2005 CarswellNat 6551; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217; *R. c. Dixon*, 2005 CACM 2, 7 C.A.C.M. 4; *R. c. Dominie*, 2002 CACM 8, 6 C.A.C.M. 286; *R. c. Labrie*, 2008 CM 1013, 2008 CarswellNat 3019; *R. c. Lachance*, 2002 CACM 7, 6 C.A.C.M. 274; *R. c. Lefebvre*, [1989] R.J.Q. 1780, 1989 CanLII 833 (QC CA); *R. v. Nicholson*, 2008 ABCA 256, 432 A.R. 391; *R. c. Paquette* (1998), 6 C.A.C.M. 79, 41 W.C.B. (2^d) 5; *R. c. Reid*, 2009 CM 1004, 81 W.C.B. (2^d) 717; *R. c. St-Onge*, 2010 CACM 7, 7 C.A.C.M. 505; *R. c. Taylor*, 2008 CACM 1, 7 C.A.C.M. 125; *R. c. Thompson*, 2009 CACM 8, 7 C.A.C.M. 394.

DOCTRINE CITÉE

Cloutier, Jean-Bruno. « L'utilisation de l'article 129 de la *Loi sur la Défense nationale* dans le système de justice militaire canadien » (2004), 35 *R.D.U.S.* 1.
 Létourneau, Gilles et Pierre Robert. *Code de procédure pénale du Québec annoté*, 8^e éd. Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.

COUNSEL

*Frigate Captain J.B.M. Pelletier, Captain Eric Carrier, for the appellant.
Henri Bernatchez, for the respondent.*

The following is the English version of the reasons for judgment delivered by

LÉTOURNEAU J.A.

I. Issues

[1] The Directorate of Military Prosecutions is appealing from a decision of the President of the General Courts Martial [judge] in which he acquitted the accused on May 4, 2010.

[2] The appellant argues that the judge erred in law when he refused:

- a) to accept the accused's guilty plea after initially accepting and recording the plea;
- b) to allow the prosecution to have the particulars of the charge amended to include the words [TRANSLATION] "instruction entitled"; and
- c) the request for an adjournment of the proceedings to allow for the prosecution to call its witnesses.

[3] The particular circumstances of this case are important. I will therefore have to deal with them at some length, in fact, more than I would have liked to.

II. The facts and circumstances in this case

[4] The respondent was charged under section 129 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 (Act) with having committed an act to the prejudice of good order and discipline. The particulars of the charge, amended at the opening of the trial, essentially indicated that the respondent, on or about August 18, 2008, at the Land Force Quebec Area Headquarters/Joint Task Force (East), in Montréal, contravened the Land Force Quebec Area (LFQA) Information Systems Security

AVOCATS

*Capitaine de frégate J.B.M. Pelletier, Capitaine Éric Carrier, pour l'appelante.
Henri Bernatchez, pour l'intimé.*

Ce qui suit sont les motifs du jugement prononcés en français par

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.

I. Les questions en litige

[1] La Direction des poursuites militaires en appelle d'une décision du Président de la Cour martiale générale (juge) par laquelle il acquittait l'accusé le 4 mai 2010.

[2] L'appelante nous soumet que le juge s'est mépris en droit lorsqu'il a refusé :

- a) d'accepter le plaidoyer de culpabilité de l'accusé après l'avoir initialement accepté et enregistré;
- b) de permettre à la poursuite que soient modifiés les détails de l'accusation pour y ajouter les mots « directive intitulée »; et
- c) la demande d'ajournement des procédures pour permettre à la poursuite d'assigner ses témoins.

[3] Les circonstances particulières de la présente affaire sont importantes. Je vais donc devoir m'y attarder quelque peu, en fait plus que je ne l'aurais voulu.

II. Les faits et les circonstances de la présente affaire

[4] L'intimé fut accusé en vertu de l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (Loi) d'avoir commis un acte préjudiciable au bon ordre et à la discipline. Les détails de l'accusation, amendés à l'ouverture du procès, indiquaient essentiellement que l'intimé, le ou vers le 18 août 2008, au Quartier Général du Secteur du Québec de la Force Terrestre/Force Opérationnelle inter-armées (Est), à Montréal, a contrevenu aux Règlements de sécurité des systèmes

Orders by connecting an unauthorized peripheral to the Defence Intranet Network.

[5] On the morning of the trial, the respondent, who was represented by his counsel, indicated his intention to plead guilty. The judge made sure that the respondent had discussed the guilty plea with his counsel, and this was confirmed to him by the respondent: see Appeal Book, at page 9.

[6] The judge then proceeded to explain to the respondent that the decision of whether or not to accept a guilty plea was up to him. In accordance with the legal provisions requiring him to do so, particularly article 112.25 of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O), the judge fulsomely explained to him the nature of the offence with which he was charged, the maximum sentence that could be imposed on him and the fact that he would be called upon to accept the accuracy of the particulars set out in the charge sheet: see Appeal book, at page 10.

[7] He read him the first subsection of section 129 of the Act and then went on to carefully explain the essential elements of the offence that the prosecution would normally have to prove beyond a reasonable doubt: see Appeal Book, at pages 10 to 12. He explained the presumption in subsection 129(2) of the Act on which the prosecution was relying and whose effect is to turn any contravention of a regulation, order or instruction into an act to the prejudice of good order and discipline: see Appeal Book, at pages 12 and 13.

[8] Subsections 1 to 4 of section 129 read as follows:

Conduct to the Prejudice of Good Order and Discipline

129. (1) Any act, conduct, disorder or neglect to the prejudice of good order and discipline is an offence and every person convicted thereof is liable to dismissal with disgrace from Her Majesty's service or to less punishment.

(2) An act or omission constituting an offence under section 72 or a contravention by any person of

(a) any of the provisions of this Act,

d'information du Secteur du Québec de la Force Terrestre (SQFT) en branchant un périphérique non-autorisé au réseau intranet de la défense.

[5] Le matin du procès, l'intimé qui était représenté par procureur a signifié son intention de plaider coupable. Le juge s'est assuré que l'intimé avait discuté avec son procureur de son plaidoyer de culpabilité, ce qui lui fut confirmé par l'intimé : voir le dossier d'appel, à la page 9.

[6] Le juge s'est ensuite appliqué à expliquer à l'intimé que la décision d'accepter ou non un plaidoyer de culpabilité lui revenait. Conformément aux dispositions réglementaires qui l'y obligeaient, notamment l'article 112.25 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC), il lui a abondamment expliqué la nature de l'infraction reprochée, la peine maximale qui pouvait lui être imposée et le fait qu'il serait appelé à reconnaître l'exactitude des détails énoncés à l'acte d'accusation : voir le dossier d'appel, à la page 10.

[7] Il lui a lu le premier paragraphe de l'article 129 de la Loi pour ensuite finement décortiquer les éléments essentiels de l'infraction que la poursuite aurait normalement à prouver hors de tout doute raisonnable : voir le dossier d'appel, aux pages 10 à 12. Il a expliqué la présomption du paragraphe 129(2) de la Loi sur laquelle la poursuite s'appuyait et dont l'effet est de faire d'une contravention à un règlement un ordre ou une directive un acte préjudiciable au bon ordre et à la discipline : voir le dossier d'appel, aux pages 12 et 13.

[8] Je reproduis ici le texte des paragraphes 1 à 4 de l'article 129 :

Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline

129. (1) Tout acte, comportement ou négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline constitue une infraction passible au maximum, sur déclaration de culpabilité, de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté.

(2) Est préjudiciable au bon ordre et à la discipline tout acte ou omission constituant une des infractions prévues à l'article 72, ou le fait de contrevenir à :

a) une disposition de la présente loi;

(b) any regulations, orders or instructions published for the general information and guidance of the Canadian Forces or any part thereof, or

(c) any general, garrison, unit, station, standing, local or other orders,

is an act, conduct, disorder or neglect to the prejudice of good order and discipline.

(3) An attempt to commit any of the offences prescribed in sections 73 to 128 is an act, conduct, disorder or neglect to the prejudice of good order and discipline.

(4) Nothing in subsection (2) or (3) affects the generality of subsection (1).

[9] The judge drew the attention of the respondent and his counsel to the fact that the prosecution was alleging a contravention of a regulation, that the term regulation has a precise meaning and that the prosecution was bound by the particulars it had chosen: Appeal Book, above, at pages 13 to 16.

[10] Finally, he informed the respondent about the blameworthy state of mind required for the offence with which he was charged. He informed him that it was normally up to the prosecution to provide proof of this state of mind at the time of the commission of the offence.

[11] In answer to the question posed to him by the judge, the respondent indicated that he understood the offence to which he wanted to plead guilty and requested a short adjournment of 20 minutes to discuss the matter with his counsel: see Appeal Book, at page 18.

[12] Upon resumption of the proceedings, the judge further explained the procedural effect of a plea of guilty as compared to a plea of not guilty: see Appeal Book, at pages 19 to 22. After stating that he had clearly understood the judge's explanations with regard to the elements of the offence that must be proved, the applicable sentence and the effect of a plea of guilty, the respondent, in answer to the judge's question, indicated that he still wanted to maintain his guilty plea for the offence with which he was charged in the charge sheet: see Appeal Book, at page 22.

b) des règlements, ordres ou directives publiés pour la gouverne générale de tout ou partie des Forces canadiennes;

c) des ordres généraux, de garnison, d'unité, de station, permanents, locaux ou autres.

(3) Est également préjudiciable au bon ordre et à la discipline la tentative de commettre l'une des infractions prévues aux articles 73 à 128.

(4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour effet de porter atteinte à l'application du paragraphe (1).

[9] Le juge a attiré l'attention de l'intimé et de son procureur sur le fait que la poursuite alléguait une contravention à un règlement, que le terme règlement a un sens précis et que la poursuite est liée par les détails qu'elle a choisis : voir le dossier d'appel, aux pages 13 à 16.

[10] Enfin, il a renseigné l'intimé sur l'état d'esprit blâmable requis pour l'infraction reprochée. Il l'a informé que la poursuite devait normalement faire la preuve de cet état d'esprit au moment de la commission de l'infraction.

[11] En réponse à la question qui lui fut posée par le juge, l'intimé a indiqué qu'il comprenait bien l'infraction à laquelle il voulait plaider coupable et demandé un court ajournement de 20 minutes pour pouvoir en discuter avec son avocat : voir le dossier d'appel, à la page 18.

[12] À la reprise, le juge a continué ses explications sur l'effet procédural d'un plaidoyer de culpabilité par rapport à un plaidoyer de non-culpabilité : voir le dossier d'appel, aux pages 19 à 22. Après avoir énoncé qu'il avait bien compris les explications du juge tant sur les éléments de l'infraction qui devaient être prouvés, sur la peine applicable que sur l'effet d'un plaidoyer de culpabilité, l'intimé en réponse à la question du juge a indiqué qu'il voulait toujours maintenir son aveu de culpabilité à l'infraction telle que reprochée à l'acte d'accusation : voir le dossier d'appel, à la page 22.

[13] The judge therefore accepted and recorded the respondent's plea of guilty: see Appeal Book, at page 23. The prosecution then proceeded to note the respondent's service, the Reserve pay system, the member's personnel record résumé, the fact that the respondent had no conduct sheet, as well as read the statement of circumstances in which the offence was committed, all of which was considered for the purpose of determining the type of sentence sought: see Appeal Book, at pages 23 to 26.

[14] At the judge's request, the respondent rose and admitted the truth of the facts contained in the statement of circumstances, which was filed as Exhibit P-6.

[15] It was at this moment that the judge intervened to state that the contravention alleged was not of a regulation but of an instruction. He then stated that in his view it was not in the interests of justice under the circumstances to accept a plea of guilty and set it aside before adjourning for a few minutes.

[16] When proceedings resumed, counsel for the prosecution sought to claim the benefit of section 138 of the Act and request a special finding of guilty. Such a finding is possible where there is a difference between the facts alleged and the facts proved and where the latter, the facts proved, are sufficient to establish the commission of the offence charged.

[17] The judge immediately intervened to put a stop to this application under section 138 of the Act on the ground that the authority conferred by it can only be exercised at the end of a trial: see Appeal Book, at pages 28 and 29. Section 138 reads as follows:

138. Where a service tribunal concludes that

(a) the facts proved in respect of an offence being tried by it differ materially from the facts alleged in the statement of particulars but are sufficient to establish the commission of the offence charged, and

(b) the difference between the facts proved and the facts alleged in the statement of particulars has not prejudiced the accused person in his defence,

[13] Le juge a donc accepté et enregistré le plaidoyer de culpabilité de l'intimé : voir le dossier d'appel, à la page 23. La poursuite a alors fait état des services de l'intimé, du système de solde de la réserve, du sommaire des dossiers personnels des militaires, du fait que l'intimé n'a pas de fiche de conduite ainsi qu'une lecture du sommaire des circonstances dans lesquelles l'infraction fut commise, le tout à des fins de sentence : voir le dossier d'appel, aux pages 23 à 26.

[14] À la demande du juge, l'intimé s'est levé et a reconnu la véracité des faits contenus au sommaire des circonstances, lequel fut déposé comme pièce P-6.

[15] C'est à ce moment que le juge est intervenu pour dire que la contravention alléguée n'en était pas une à un règlement, mais à une directive. Il a alors estimé qu'il n'était pas dans l'intérêt de la justice d'accepter dans les circonstances le plaidoyer de culpabilité et il l'a cassé pour ensuite ajourner pour quelques minutes.

[16] À la reprise de l'audience, le procureur de la poursuite a voulu invoquer le bénéfice de l'article 138 de la Loi et demander un verdict de culpabilité annoté. Un tel verdict est possible lorsqu'il y a une divergence entre les faits allégués et les faits prouvés et que ces derniers, les faits prouvés, suffisent à établir la perpétration de l'infraction reprochée.

[17] Le juge est tout de suite intervenu pour mettre un terme à cette demande fondée sur l'article 138 de la Loi au motif que le pouvoir qui y est conféré ne peut être exercé qu'au terme d'un procès : voir le dossier d'appel, aux pages 28 et 29. L'article 138 se lit :

138. Le tribunal militaire peut prononcer, au lieu de l'acquiescement, un verdict annoté de culpabilité lorsqu'il conclut que :

a) d'une part, les faits prouvés relativement à l'infraction jugée, tout en différant substantiellement des faits allégués dans l'exposé du cas, suffisent à en établir la perpétration;

b) d'autre part, cette différence n'a pas porté préjudice à l'accusé dans sa défense.

the tribunal may, instead of making a finding of not guilty, make a special finding of guilty and, in doing so, shall state the differences between the facts proved and the facts alleged in the statement of particulars.

Given that the appellant did not insist on this ground of appeal at the hearing, I will not deal with it. The judge also denied an application to amend the charge, which would have entailed adding the words [TRANSLATION] “Instruction entitled:” right before LFQA Information Systems Security Orders.

[18] Faced with the unexpected setting aside of the guilty plea and the recording of a plea of not guilty by the judge, the prosecution requested an adjournment of the hearing in order to call its witnesses. The request was denied, the judge indicating that he failed to see [TRANSLATION] “how, in the circumstances of this case, an adjournment will allow you to call your witnesses, who at any rate should have been here this morning, regardless of the fact that this is a plea of guilty or that those witnesses are available on short notice”: see Appeal Book, at pages 30 and 31.

[19] Following a short adjournment to allow for a discussion between counsel for both parties, the prosecution asked for the charge to be withdrawn, which the judge denied: see Appeal Book, at page 33. The appellant abandoned the ground of appeal she had filed following this denial.

[20] Having been unable to replace the term “regulation” with “instruction” in the particulars of the charge sheet following the judge’s refusal to allow the amendment, the prosecution found itself unable to establish through its witnesses that there had been a contravention of a regulation since it was an instruction. It therefore had to declare that it had no further evidence to submit, which led to the dismissal of the charge and the respondent’s acquittal: see Appeal Book, at pages 34 and 35.

III. Analysis of judge’s decision and parties’ submissions

[21] For the reasons that follow, I am of the view that the appeal should be allowed. At the root of the cascading

Le cas échéant, le tribunal expose la différence en question.

Comme l’appelante n’a pas insisté sur ce motif d’appel lors de l’audition, je n’en traiterai pas. Le juge a également refusé une demande de modification du chef d’accusation, laquelle aurait consisté en l’ajout des mots « Directive intitulée : » juste devant l’énoncé *Règlements de sécurité des systèmes d’information du SQFT*.

[18] Confronté à cet événement inattendu de la cassation du plaidoyer de culpabilité et de l’enregistrement d’un plaidoyer de non-culpabilité par le juge, la poursuite a demandé un ajournement de l’audition afin de faire venir ses témoins. Sa demande fut rejetée, le juge indiquant à la poursuite qu’il ne voyait « pas comment dans les circonstances de cette cause un ajournement peut vous permettre d’appeler vos témoins qui auraient dû être ici de toute façon ce matin, peu importe le fait qu’il s’agisse d’un plaidoyer de culpabilité ou que ces témoins-là soient disponibles à court terme, à courte échéance » : voir le dossier d’appel, aux pages 30 et 31.

[19] Après un court ajournement pour permettre une discussion entre les procureurs des deux parties, la poursuite a fait une demande de retrait de l’accusation qui fut rejetée par le juge : voir le dossier d’appel, à la page 33. L’appelante s’est désistée du motif d’appel logé suite à ce refus.

[20] Ne pouvant remplacer dans les détails de l’acte d’accusation le terme « règlement » par « directive » suite au refus du juge de permettre l’amendement, la poursuite se retrouvait dans l’impossibilité d’établir par ses témoins qu’il y avait eu violation d’un règlement puisqu’il s’agissait d’une directive. Elle a donc dû déclarer qu’elle n’avait pas d’autre preuve à offrir, ce qui a entraîné le rejet de l’accusation et l’acquiescement de l’intimé : voir le dossier d’appel, aux pages 34 et 35.

III. Analyse de la décision du juge et des prétentions des parties

[21] Pour les motifs qui suivent, je crois qu’il nous faut accueillir l’appel. À la source des décisions en cascade

decisions which led to the respondent's acquittal is a misunderstanding as to the essence and scope of subsection 129(2) of the Act, as to the authority to amend a particular of the charge and as to the effect of a plea of guilty. I will therefore begin with an analysis of section 129 of the Act.

IV. The offence in subsection 129(1) of the Act and the essence of subsection 129(2) of the Act

[22] In the case at bar, the charge was laid under section 129 which, it should be noted, sanctions acts prejudicial to good order and discipline. The offence is created by subsection 129(1).

[23] Contrary to the assertion by author Jean-Bruno Cloutier, on which the respondent relies, section 129 does not create two distinct offences; it creates one single offence: see the article by Major Cloutier, "The Use of Section 129 of the *National Defence Act* in Canada's Military Justice System," (2004) 35 *R.D.U.S.* 1, at pages 56, 59, 60 and 61, in which the author erroneously sees two distinct offences in subsections 129(1) and (2), the offence at subsection 129(2) being specific in nature.

[24] When a charge is laid under section 129, other than the blameworthy state of mind of the accused, the prosecution must establish beyond a reasonable doubt the existence of an act or omission whose consequence is prejudicial to good order and discipline. Proof of prejudice may be clear, direct, but the existence of prejudice and its causal relationship can also be inferred from the matters proven in evidence: see *R. v. Bradt*, 2010 CMAC 2, 7 C.M.A.R. 417, at paragraphs 39 to 42.

[25] In certain cases, proof of prejudice or of the causal relationship may be difficult to establish. Parliament may wish to create a presumption to mitigate this difficulty or even obviate it. Or, as in the case of paragraph 129(2)(b) of the Act, to ensure compliance with the regulations, orders or instructions published for the guidance of the Canadian Forces and, by the very fact, simplify the proof of prejudice resulting from a breach of those provisions.

qui ont conduit à l'acquiescement de l'intimé, on retrouve une méprise quant à l'essence et à la portée du paragraphe 129(2), quant au pouvoir de modification d'un détail de l'accusation et quant à l'effet d'un plaidoyer de culpabilité. Je débiterai donc par une analyse de l'article 129 de la Loi.

IV. L'infraction du paragraphe 129(1) et l'essence du paragraphe 129(2) de la Loi

[22] Dans le cas présent, l'accusation était portée en vertu de l'article 129 qui, je le rappelle, sanctionne un acte préjudiciable au bon ordre et à la discipline. L'infraction est créée par le paragraphe 129(1).

[23] Contrairement à ce qu'affirme l'auteur Jean-Bruno Cloutier, sur lequel l'intimé s'appuie, l'article 129 ne crée pas deux infractions distinctes, mais bien une seule infraction : voir l'article du major Cloutier, « L'utilisation de l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale* dans le système de justice militaire canadien », (2004) 35 *R.D.U.S.* 1, aux pages 56, 59, 60 et 61 où l'auteur voit erronément dans les paragraphes 129(1) et (2) deux infractions distinctes, celle du paragraphe 129(2) étant de nature spécifique.

[24] Lorsqu'une accusation est portée en vertu de l'article 129, outre l'état d'esprit blâmable de l'accusé, la poursuite doit établir hors de tout doute raisonnable l'existence d'un geste ou d'une omission dont la conséquence a été de porter préjudice au bon ordre et à la discipline. La preuve du préjudice peut être évidente, directe, mais l'existence du préjudice et sa relation causale peuvent aussi s'inférer des éléments de preuve établis : voir *R. c. Bradt*, 2010 CACM 2, 7 C.A.C.M. 417, aux paragraphes 39 à 42.

[25] Dans certains cas, la preuve d'un préjudice ou de la relation causale peut s'avérer difficile à faire. Le législateur peut vouloir créer une présomption pour atténuer cette difficulté ou même y obvier. Ou, comme dans le cas de l'alinéa 129(2)b) de la Loi, assurer l'obéissance aux règlements, ordres ou directives publiés pour la gouverne des Forces canadiennes et, par le fait même, simplifier la preuve du préjudice résultant d'un manquement à ces dispositions.

[26] Thus, subsection 129(2), and consequently paragraph (2)(b), presume, from the act, the existence of a prejudice to good order and discipline as well as the existence of a causal relationship between the act and the prejudice. When the conditions of subsection (2) and, more particularly, paragraph (2)(b) in this case, are met, the prosecution is relieved of having to prove this essential element of the offence. But the offence referred to here is the one under subsection 129(1). There is no other.

[27] Thus, the fact that the conditions in subsection 129(2) with regard to proof have not been met does not mean that there was no offence under subsection (1), that the prosecution cannot prove the offence or that the accused cannot plead guilty to the offence. In other words, the prosecution's loss of the benefit of any presumption with regard to proof of prejudice does not put an end to the prosecution and to the possibility of the accused pleading guilty.

[28] It was within this legal framework that the judge set aside the respondent's plea of guilty. The judge's decision to refuse the respondent's plea was, in my view, vitiated by errors in principle and law.

V. The refusal to accept the respondent's plea of guilty

[29] Accepting or refusing a guilty plea is discretionary: *R. v. Lachance*, 2002 CMAC 7, 6 C.M.A.R. 274. This discretion must be exercised judicially, i.e. it must be exercised according to the law and in a manner that is neither abusive, nor arbitrary, nor discriminatory. The exercise of discretion will be in accordance with the law if the judge has not made an error in principle or failed to consider a relevant factor and has taken care not to consider irrelevant factors: *R. v. St-Onge*, 2010 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 505, at paragraph 88; *R. v. Dixon*, 2005 CMAC 2, 7 C.M.A.R. 4. In this case, I believe that the judge committed two errors in law.

A. *Amendment of a particular of the charge*

[30] First, he should have allowed the application to amend by the prosecution. The essence of the offence

[26] Ainsi, le paragraphe 129(2), et conséquemment l'alinéa (2)b), font présumer, à partir du geste posé, l'existence d'un préjudice au bon ordre et à la discipline ainsi que l'existence d'une relation de cause à effet entre le geste et le préjudice. Lorsque les conditions du paragraphe (2) et, plus spécifiquement de l'alinéa (2)b) en l'espèce, sont satisfaites, la poursuite est dispensée de faire la preuve de cet élément essentiel de l'infraction. Mais l'infraction dont on parle ici, c'est celle du paragraphe 129(1). Il n'y en a pas d'autre.

[27] Ainsi, le fait que les conditions du paragraphe 129(2) relatives à la preuve ne soient pas rencontrées ne signifie pas qu'il n'y a pas d'infraction sous le paragraphe (1), que la poursuite ne peut faire la preuve de cette infraction ou que l'accusé ne peut plaider coupable à cette infraction. En d'autres termes, la perte par la poursuite du bénéfice d'une présomption quant à la preuve d'un préjudice ne met pas un terme à la poursuite et à la possibilité pour l'accusé de plaider coupable.

[28] C'est dans ce cadre juridique que le juge a cassé le plaidoyer de culpabilité de l'intimé. Cette décision du juge de refuser le plaidoyer de l'intimé était, à mon avis, entachée d'erreurs de principe et de droit.

V. Le refus d'accepter le plaidoyer de culpabilité de l'intimé

[29] L'acceptation ou le refus d'accepter un plaidoyer de culpabilité relèvent de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire : *R. c. Lachance*, 2002 CACM 7, 6 C.A.C.M. 274. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé judiciairement, c'est-à-dire qu'il doit être exercé conformément à la loi et d'une manière qui n'est ni abusive, ni arbitraire, ni discriminatoire. L'exercice sera conforme à la loi si le juge ne commet pas d'erreur de principe, n'omet pas de prendre en compte les considérations pertinentes et se garde bien de considérer celles qui ne le sont pas : *R. c. St-Onge*, 2010 CACM 7, 7 C.A.C.M. 505, au paragraphe 88; *R. c. Dixon*, 2005 CACM 2, 7 C.A.C.M. 4. En l'espèce, je crois que le juge a commis les deux erreurs de droit suivantes.

A. *La modification d'un détail du chef d'accusation*

[30] Premièrement, il aurait dû accéder à la demande de modification faite par la poursuite. L'essence de

with which the respondent was charged consisted in an act that is prejudicial to good order and discipline, namely, having connected an unauthorized peripheral to the Defence Intranet Network. The statement that this act contravened a regulation was a particular. Substituting this particular with another stating that it was an instruction in no way altered the essence of the offence. There was no substitution of one offence for another. The amendment was all the more justified given that paragraph 129(2)(b) contemplates disobeying both an instruction and a regulation for the purposes of the presumption and given that the respondent knew about the instruction and acknowledged that his act contravened it. He would therefore not have been prejudiced by an amendment.

[31] The statement of circumstances surrounding the commission of the alleged offence, which was read to the judge and whose contents were accepted by the respondent, contains the following (see Appeal Book, at page 26):

[TRANSLATION] The instruction entitled: “LFQA Information Systems Security Orders” forbids connecting unauthorized peripherals, such as personal hard drives, to the DIN. Captain Winters was aware of the instruction and, on December 1, 2004, signed a document attesting to this fact. He was fully aware of the instruction when he connected his personal hard drive to the network. [Emphasis added.]

[32] In criminal law, it is possible to “amend a count in an indictment at any stage of the proceedings provided it is a particular of the offence” as long as there is no substitution of the offence: *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, at page 229, citing *Morozuk v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 31 and *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393, at page 427. And the decision of whether or not to amend a count in an indictment is a decision on a question of law: see subsection 601(6) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[33] The situation is no different in military criminal law. Moreover, the requested amendment could be justified under section 188 of the Act, which reads as follows:

Amendment of Charges

188. (1) Where it appears to a court martial that there is a technical defect in a charge that does not affect the

l’infraction reprochée à l’intimé consistait en un acte préjudiciable au bon ordre et à la discipline, à savoir celui d’avoir branché un périphérique non-autorisé au réseau intranet de la défense. La mention que cet acte contrevenait à un règlement était un détail. Remplacer ce détail par un autre pour indiquer qu’il s’agissait plutôt d’une directive n’altérerait en rien l’essence de l’infraction. Il n’y avait alors pas substitution d’une infraction à une autre. La modification était d’autant plus justifiée que, d’une part, l’alinéa 129(2)b envisage aussi bien une désobéissance à la directive qu’au règlement pour les fins de la présomption, et que, d’autre part, l’intimé connaissait la directive et reconnaissait que son acte contrevenait à celle-ci. Il ne subirait donc aucun préjudice du fait de la modification.

[31] Dans le sommaire des circonstances entourant la commission de l’infraction reprochée, sommaire lu au juge et dont le contenu était accepté par l’intimé, on retrouve ceci (voir le dossier d’appel, à la page 26) :

La directive intitulée : « Règlements de sécurité des systèmes d’information du SQFT » interdit le branchement au RID de périphériques non approuvés, tels les disques durs personnels. Le capitaine Winters était au courant de la directive et avait signé le 1^{er} décembre 2004 un document faisant foi de ce fait. C’est en connaissance de la directive qu’il a branché son disque dur personnel sur le réseau. [Je souligne.]

[32] En droit criminel, il est possible de « modifier un chef d’accusation à tout stade des procédures lorsqu’il s’agit d’un détail de l’infraction » pourvu qu’il n’y ait pas substitution d’infraction : *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, à la page 229, citant *Morozuk c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 31 et *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393, à la page 427. Et la décision de modifier ou non un acte d’accusation est une décision sur une question de droit : voir le paragraphe 601(6) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[33] La situation n’est pas différente en droit pénal militaire. En outre, la modification demandée pouvait se justifier sous l’article 188 de la Loi, lequel se lit :

Modification des accusations

188. (1) Lorsqu’elle constate l’existence d’un vice de forme qui ne touche pas au fond de l’accusation, la cour

substance of the charge, the court martial, if of the opinion that the conduct of the accused person's defence will not be prejudiced by an amendment of the charge, shall make the order for the amendment of the charge that it considers necessary to meet the circumstances of the case.

(2) Where a charge is amended by a court martial, the court martial shall, if the accused person so requests, adjourn its proceedings for any period that it considers necessary to enable the accused person to meet the charge so amended.

This amendment in no way affected the substance of the charge and in no way compromised any future defence of the respondent, who, represented by counsel, simply wanted to plead guilty and was determined to do so. In fact, section 188 creates the obligation to amend the charge when the few conditions for its application are met.

B. Validity of the respondent's guilty plea without amendment of the charge

[34] Moreover, regardless of any amendment of a particular in the charge sheet or the presumption to the benefit of the prosecution, the respondent could still have pleaded guilty to the offence set out in subsection 129(1). [TRANSLATION] "A plea of guilty constitutes an admission of proof of all of the material and legal elements of the offence. This admission liberates the prosecution from having to prove the commission of the offence and signifies that the respondent has no grounds of defence against the charge": see G. Létourneau and P. Robert, *Code de procédure pénale du Québec annoté*, 8th ed. Montreal: Wilson & Lafleur, 2009, at pages 361 and 362, citing *Adgey v. R.*, [1975] 2 S.C.R. 426; *R. v. Lefebvre*, [1989] R.J.Q. 1780 (QC CA).

[35] In the case at bar, the respondent acknowledged by his guilty plea that he had intentionally connected an unauthorized peripheral to the Defence Intranet Network and that this act was prejudicial to good order and discipline under section 129 of the Act. His plea was voluntary and, above all, informed, given that he recorded the same plea after all of the information the judge had provided him about the charge and after he had benefitted from an adjournment of twenty (20) minutes to discuss it with his

martiale doit, si elle juge que la défense de l'accusé ne sera pas compromise par cette décision, ordonner que soit modifiée l'accusation et rendre l'ordonnance qu'elle estime nécessaire en l'occurrence.

(2) En cas de modification de l'accusation, la cour martiale doit, si l'accusé en fait la demande, ajourner les procédures le temps qu'elle juge nécessaire pour permettre à celui-ci de répondre à l'accusation dans sa nouvelle forme.

Cette modification ne touchait aucunement le fond de l'accusation et ne compromettrait en rien une éventuelle défense de l'intimé qui, représenté par procureur, désirait tout simplement plaider coupable et s'échinait à vouloir le faire. D'ailleurs, l'article 188 crée l'obligation de modifier l'accusation lorsque ses conditions d'application peu nombreuses sont satisfaites.

B. La validité du plaidoyer de culpabilité de l'intimé sans modification de l'acte d'accusation

[34] En outre, indépendamment de toute modification d'un détail à l'acte d'accusation ainsi que de la présomption au bénéfice de la poursuite, l'intimé pouvait toujours plaider coupable à l'infraction portée en vertu du paragraphe 129(1). « Le plaidoyer de culpabilité constitue une admission de la preuve de tous les éléments tant matériels que légaux de l'infraction. Cette admission dispense la poursuite de faire la preuve de la commission de l'infraction et signifie que le défendeur n'a pas de moyens de défense à faire valoir à l'encontre de l'inculpation » : voir G. Létourneau et P. Robert, *Code de procédure pénale du Québec annoté*, 8^e éd. Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, aux pages 361 et 362, citant *Adgey c. R.*, [1975] 2 R.C.S. 426; *Lefebvre c. R.*, [1989] R.J.Q. 1780 (QC CA).

[35] Dans le cas présent, l'intimé reconnaissait par son plaidoyer de culpabilité qu'il avait intentionnellement branché un périphérique non-autorisé au réseau intranet de la défense et que ce geste constituait un acte préjudiciable au bon ordre et à la discipline selon l'article 129 de la Loi. Son plaidoyer était un plaidoyer volontaire et surtout éclairé et informé puisqu'il l'a renouvelé après toutes les informations que le juge lui a fournies sur l'accusation et qu'il ait pu bénéficier d'un ajournement de

counsel. That was all that was needed for him to be found guilty and he ought to have been.

[36] Moreover, subsection 129(4) of the Act clearly states that nothing in subsections (2) and (3) limits the scope of subsection 129(1). It is clear that a deficient allegation with respect to the presumption in subsection 129(2) in no way affects the scope of the application of subsection (1) or the offence created by it.

VI. Refusal to adjourn the proceedings

[37] In view of the conclusion I have reached with respect to the issue of amending the charge, it is not necessary to rule on the refusal to allow an adjournment. However, I will state the following for the benefit of the courts martial and the parties appearing before them.

[38] In principle, there is nothing objectionable about the fact that the prosecution did not call its witnesses when the accused, duly represented by counsel, informed the prosecution that he would enter a guilty plea and would limit his submissions to the sentencing submissions. The savings in resources in the administration of military justice (administrative, financial and legal resources) resulting from a guilty plea is a factor that is often taken into consideration when determining a sentence: *R. v. Thompson*, 2009 CMAC 8, 7 C.M.A.R. 394, at paragraph 15; *R. v. Taylor*, 2008 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 125, at paragraph 6; *R. v. Lachance*, above, at paragraph 19; *R. v. Dominie*, 2002 CMAC 8, 6 C.M.A.R. 286, at paragraph 6; *R. v. Nicholson*, 2008 ABCA 256, at paragraphs 12 and 13; *R. v. Paquette* (1998), 6 C.M.A.R. 79, at paragraph 22; *R. v. Labrie*, 2008 CM 1013, at paragraph 9; *R. v. Cayer*, 2007 CM 1006, at paragraph 5; *R. v. Cimon*, 2005 CM 4, at paragraph 9; and *R. v. Reid*, 2009 CM 1004.

[39] These savings, which also save time for the witnesses, as well as the mitigating factor of the sentence, are lost if the prosecution must still call witnesses and have them appear in court in order to be able to deal with any eventuality and be constantly prepared to proceed. In the rare cases where it may be necessary to adjourn

vingt (20) minutes pour en discuter avec son procureur. Il n'en fallait pas plus pour qu'il soit déclaré coupable et il aurait dû l'être.

[36] D'ailleurs, le paragraphe 129(4) de la Loi énonce clairement que les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour effet de restreindre le champ d'application du paragraphe 129(1). Il est clair qu'un allégué défectueux au niveau de la présomption prévue au paragraphe 129(2) n'affecte nullement la portée d'application du paragraphe (1) et de l'infraction qu'il crée.

VI. Le refus d'ajourner les procédures

[37] Compte tenu de la conclusion à laquelle j'en suis arrivé sur la question de la modification du chef d'accusation, il n'est pas nécessaire d'adjuger sur celle du refus d'octroyer un ajournement. Mais je dirai tout de même ceci pour le bénéfice des cours martiales et des parties qui y comparaissent.

[38] Il n'y a en principe rien de répréhensible dans le fait pour la poursuite de ne pas assigner ses témoins à charge lorsque l'accusé, dûment représenté par procureur, informe celle-ci qu'il va plaider coupable et va limiter ses représentations à des représentations sur sentence. L'économie de ressources au niveau de l'administration de la justice militaire (ressources administratives, financières et judiciaires) résultant d'un plaidoyer de culpabilité est un facteur souvent pris en compte dans la détermination de la sentence : *R. c. Thompson*, 2009 CACM 8, 7 C.A.C.M. 394, au paragraphe 15; *R. c. Taylor*, 2008 CACM 1, 7 C.A.C.M. 125, au paragraphe 6; *R. c. Lachance*, précité, au paragraphe 19; *R. c. Dominie*, 2002 CACM 8, 6 C.A.C.M. 286, au paragraphe 6; *R. v. Nicholson*, 2008 ABCA 256, aux paragraphes 12 et 13; *R. v. Paquette* (1998), 6 C.A.C.M. 79, au paragraphe 22; *R. c. Labrie*, 2008 CM 1013, au paragraphe 9; *R. c. Cayer*, 2007 CM 1006, au paragraphe 5; *R. c. Cimon*, 2005 CM 4, au paragraphe 9; et *R. c. Reid*, 2009 CM 1004.

[39] Cette économie, qui en est une également pour les témoins, ainsi que cet élément de mitigation de la sentence sont perdus si la poursuite doit tout de même les assigner et les faire venir à la cour afin d'être en mesure de parer à toute éventualité et d'être toujours prête à procéder. Dans les rares cas où la nécessité d'ajourner

the hearing of the case, it is less burdensome to do this than to systematically and unnecessarily have witnesses present at all times.

VII. Appropriate remedy under the circumstances

[40] Were it not for the errors discussed above, the judge would have accepted the respondent's guilty plea and entered a finding of guilty instead of the finding of not guilty that he made. Paragraph 239.1(1)(b) of the Act allows our Court to enter a finding of guilty with respect to the offence for which the respondent should have been found guilty. This is what I propose to do.

[41] But under the circumstances, it is preferable in my view, as is authorized under subparagraph 239.1(1)(b)(ii), to remit the matter to the court martial for a hearing of the parties on sentencing and the imposition of a sentence that is warranted in law.

[42] I understand that the prosecution wanted to appeal the matter to clarify the interpretation of section 129 and the judge's power to amend a particular in the charge sheet. Through no fault of his own the respondent is, in a way, suffering the consequences. But the fact that, right from the start, he was willing to acknowledge the inappropriate and prejudicial nature of his act and that he pleaded guilty must be taken into consideration when determining the sentence.

VIII. Conclusion

[43] I would allow the appeal, set aside the decision of the Court Martial and, pursuant to subparagraph 239(1)(b)(ii) of the Act, I would restore and record the plea of guilty that was accepted and recorded by the judge at the hearing on May 4, 2010. I would remit the matter to the court martial in order that it may hear the parties' sentencing submissions and impose the sentence that is warranted in law in the circumstances.

MARC NOËL J.A.: I agree.

JOHANNE TRUDEL, J.A.: I agree.

l'audition de la cause pourrait survenir, il s'avère moins onéreux de le faire que d'avoir systématiquement, inutilement et en tout temps les témoins présents.

VII. Le remède approprié dans les circonstances

[40] N'eût été des méprises ci-auparavant discutées, le juge aurait accepté le plaidoyer de culpabilité de l'intimé et enregistré un verdict de culpabilité plutôt que le verdict de non-culpabilité qu'il a rendu. L'alinéa 239.1(1)(b) de la Loi permet à notre Cour de consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'accusation dont l'intimé aurait dû être trouvé coupable. C'est ce que je propose de faire.

[41] Mais dans les circonstances, il m'apparaît préférable, comme nous y autorise le sous-alinéa 239.1(1)(b)(ii), de retourner l'affaire à la cour martiale pour une audition des parties sur sentence et l'imposition d'une sentence justifiée en droit.

[42] Je comprends que la poursuite ait été désireuse de porter la cause en appel pour clarifier l'interprétation de l'article 129 et le pouvoir du juge de modifier un détail de l'acte d'accusation. Bien malgré lui l'intimé, en quelque sorte, en subit les conséquences. Mais le fait qu'il s'est montré disposé dès le départ à reconnaître le caractère inapproprié et préjudiciable de son geste et à plaider coupable devra être pris en compte dans la détermination de la sentence.

VIII. Conclusion

[43] J'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision de la cour martiale et, en vertu du sous-alinéa 239(1)(b)(ii) de la Loi, je rétablirais et consignerais le plaidoyer de culpabilité que le juge avait accepté et enregistré à l'audience du 4 mai 2010. Je retournerais l'affaire à la cour martiale pour qu'elle entende les représentations des parties sur sentence et impose la sentence qui est justifiée en droit dans les circonstances.

MARC NOËL, J.C.A. : Je suis d'accord.

JOHANNE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.