

R. v. Clark, 2012 CMAC 3

CMAC 545

**Captain L.M. Clark**

*Appellant,*

v.

**Her Majesty the Queen**

*Respondent.*

Heard: Ottawa, Ontario, February 24, 2012.

Judgment: Ottawa, Ontario, July 30, 2012.

Present: Watt, Simpson and Mosley JJ.A.

Appeal from the conviction of the appellant by Standing Court Martial at Canadian Forces Base Petawawa, Ontario, on February 24, 2011.

*Credibility — Trier not obliged to accept contradicted evidence — Reviewing court owes deference to initial decision maker on matters of credibility.*

*Right to silence — Failure of an accused to testify cannot amount to evidence — Must have proof beyond a reasonable doubt without factoring in the accused's failure to testify.*

*Adequacy of reasons — Reasons given for credibility analysis — Reasons given as to credibility rarely merit appellate intervention — Deficiencies in present case insufficient to merit intervention.*

*Reasonableness of verdict — Verdict only unreasonable if it could not be entered by a properly instructed jury, acting judicially — Where trial by judge alone or General Court Martial an unreasonable verdict may be the result of a fatal flaw in reasoning.*

The appellant was convicted of one count disobeying the lawful command of a superior officer and two counts for conduct to the prejudice of good order and discipline contrary to sections 83 and 129 of the *National Defence Act*, respectively, after allegedly revealing the results of a Merit Board hearing to one of the candidates. The Military Judge found the appellant had disobeyed a command by the disclosure, and prejudiced good order and discipline twice by lying to her superior officer. She was found not guilty on two counts

R. c. Clark, 2012 CACM 3

CMAC 545

**Capitaine L.M. Clark**

*Appelante,*

c.

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée.*

Audience : Ottawa (Ontario), le 24 février 2012.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 30 juillet 2012.

Devant : Les juges Watt, Simpson et Mosley, J.C.A.

Appel de la déclaration de culpabilité prononcée par la cour martiale permanente à la Base des Forces canadiennes Petawawa (Ontario), le 24 février 2011.

*Crédibilité — Le juge n'est pas tenu d'accepter des éléments de preuve contradictoires — La cour de révision doit faire preuve de retenue à l'égard du premier décideur sur les questions de crédibilité.*

*Droit au silence — Le défaut d'un accusé de témoigner ne peut équivaloir à un élément de preuve — La preuve hors de tout doute raisonnable doit être établie sans tenir compte du défaut de l'accusé de témoigner.*

*Caractère suffisant des motifs — Motifs présentés à l'appui de l'analyse de la crédibilité — Les motifs invoqués à l'appui de l'analyse de la crédibilité justifient rarement l'intervention de la cour d'appel — Les lacunes en l'espèce sont insuffisantes pour justifier une intervention.*

*Caractère raisonnable du verdict — Le verdict n'est déraisonnable que s'il n'est pas un de ceux qu'aurait rendu un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière judiciaire — Dans un procès devant juge seul ou devant une cour martiale générale, un vice fatal dans le raisonnement peut mener à un verdict déraisonnable.*

L'appelante a été déclarée coupable relativement à un chef d'accusation de désobéissance à un ordre légitime d'un officier supérieur, ainsi qu'à deux chefs d'accusation de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline, en contravention aux articles 83 et 129 de la *Loi sur la défense nationale*, respectivement, après avoir révélé les résultats de l'audience du conseil de promotion à l'un des candidats. Le juge militaire a conclu que l'appelante avait désobéi à un ordre en divulguant cette information et qu'elle avait eu une conduite préjudiciable

related to lying to a different superior officer regarding the same matter.

*Held:* Appeal allowed, convictions set aside, new trial ordered.

There is no presumption that witnesses will tell the truth, and their evidence must be assessed in light of the totality of the evidence. Credibility is not the same as proof. The trier of fact is not obliged to accept evidence solely because it is uncontradicted. Credibility is not an all or nothing proposition. Reasons must be read as a whole, in the context of the evidence, arguments, and trial, and show why the decision was made. Where credibility is concerned, the reviewing court must assess the reasons in light of the deference accorded to the initial decision maker.

While instruction on the terms or substance of *W. (D.)* is necessary where exculpatory evidence is adduced, it is open to question if such instructions are necessary where it is not. An accused's right to silence necessarily means that the failure of an accused to testify cannot amount to evidence in itself. It is open to the trier of fact to conclude that failure to testify indicates there is no innocent explanation for uncontradicted facts. The trier of fact must not, however, use the exercise of the right to silence to bolster otherwise inadequate proof of guilt beyond a reasonable doubt. Where the reasons leave it open to interpretation, it is presumed the trier of fact had knowledge of relevant legal principles.

The judge's reasons must be read as a whole, in the context of the record and submissions. Deficiencies in a credibility analysis will rarely merit appellate intervention, although it may be an error to provide insufficient insight into how credibility issues have been resolved. Although the reasons in this case were less than ideal, the deficiencies were insufficient to merit intervention.

A verdict is only unreasonable if it is one which a properly instructed jury, acting judicially, could not have reasonably entered. The assessment of the Court Martial record on such a review is both subjective and objective. In cases tried by a Standing Court Martial or General Court Martial, the reviewing court may identify a fatal flaw in the evaluation of the evidence or the analysis. This may result in an unreasonable verdict requiring a new trial. The verdict in a trial by Standing Court Martial or General Court Martial may also be unreasonable if findings of fact essential to the verdict are plainly contradicted

au bon ordre et à la discipline en mentant à deux reprises à son officier supérieur. Elle a été acquittée des deux chefs d'accusation d'avoir menti à des officiers supérieurs différents au sujet de la même affaire.

*Arrêt :* L'appel est accueilli, les déclarations de culpabilité sont annulées et un nouveau procès est ordonné.

On ne peut présumer que les témoins vont dire la vérité, et les éléments de preuve qu'ils présentent doivent être appréciés compte tenu de l'ensemble de la preuve. La crédibilité n'est pas synonyme de preuve. Le juge des faits n'est pas tenu d'admettre un élément de preuve pour la simple raison qu'il n'a pas été contredit. La crédibilité n'est pas dépourvue de nuances. Les motifs doivent être lus dans leur intégralité, dans le contexte des éléments de preuve présentés, des arguments invoqués et du procès, et ils doivent expliquer pourquoi la décision a été prise. Lorsque la crédibilité est en cause, la cour de révision doit évaluer les motifs compte tenu de la déférence accordée au premier décideur.

Bien que des directives sur le libellé ou le fond de l'arrêt *W. (D.)* doivent être données lorsqu'une preuve disculpatoire est présentée, on est en droit de se demander si ces directives sont nécessaires en l'absence d'une telle preuve. Le droit au silence d'un accusé signifie nécessairement que le défaut de l'accusé de témoigner ne peut être considéré comme un élément de preuve en soi. Il est loisible au juge des faits de conclure que le défaut de témoigner indique qu'il n'existe aucune explication légitime pour des faits non contredits. Cependant, le juge des faits ne doit pas utiliser le droit au silence pour renforcer une preuve qui, à d'autres égards, n'établit pas hors de tout doute raisonnable la culpabilité. Lorsque les motifs se prêtent à diverses interprétations, on présume que le juge des faits connaissait les principes de droit devant s'appliquer.

Les motifs du juge doivent être lus dans leur ensemble, dans le contexte du dossier et des observations. Les lacunes dans l'analyse de la crédibilité justifient rarement l'intervention de la cour d'appel, bien que le défaut d'expliquer suffisamment comment les questions de crédibilité ont été résolues puisse constituer une erreur. Même si les motifs en l'espèce étaient loin d'être idéaux, les lacunes n'étaient pas suffisantes pour justifier une intervention.

Un verdict n'est déraisonnable que s'il ne figure pas parmi ceux qui auraient pu être raisonnablement rendus par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière judiciaire. Lors d'un tel contrôle, l'évaluation du dossier de la cour martiale est à la fois subjective et objective. Dans les affaires jugées par une cour martiale permanente ou une cour martiale générale, la cour de révision peut relever un vice fatal dans l'évaluation de la preuve ou dans l'analyse. Et cela peut mener à un verdict déraisonnable nécessitant la tenue d'un nouveau procès. Le verdict dans un procès devant la

by the evidence relied upon or demonstrably incompatible with evidence not contradicted or rejected.

cour martiale permanente ou la cour martiale générale peut également être déraisonnable, si les conclusions de fait essentielles au verdict sont carrément contredites par la preuve invoquée ou s'il peut être démontré que ces conclusions sont incompatibles avec des éléments de preuve qui n'ont été ni contredits ni rejetés.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).  
*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 83, 129.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a)(i).  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 83, 129.

#### CASES CITED

*Corbett v. R.*, [1975] 2 S.C.R. 275, 1 N.R. 258; *Faryna v. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354, [1952] 4 W.W.R. 171 (BC CA); *Lubana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 116, 228 F.T.R. 43; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Braich*, 2002 SCC 27, [2002] 1 S.C.R. 903; *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788; *R. v. G. (G.)* (1997), 99 O.A.C. 44, 115 CCC (3d) 1; *R. v. G. (M.)* (1994), 73 O.A.C. 356, 93 C.C.C. (3d) 347; *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654, 178 N.R. 81; *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 2 S.C.R. 732; *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514, 80 O.A.C. 161, 97 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874, 210 N.R. 321; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Sinclair*, 2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3; *R. v. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 C.C.C. (3d) 230; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, 122 N.R. 277; *R. v. Wang* (2001), 153 CCC (3d) 321, 144 O.A.C. 115; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, 78 N.R. 351; *Ruelas Aguilera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 507, 167 A.C.W.S. (3d) 967.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

*Corbett c. R.*, [1975] 2 R.C.S. 275, 1 N.R. 258; *Faryna v. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354, [1952] 4 W.W.R. 171 (BC CA); *Lubana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 116, 228 F.T.R. 43; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Braich*, 2002 CSC 27, [2002] 1 R.C.S. 903; *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788; *R. v. G. (G.)* (1997), 99 O.A.C. 44, 115 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 1; *R. v. G. (M.)* (1994), 73 O.A.C. 356, 93 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 347; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654, 178 N.R. 81; *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 2 R.C.S. 732; *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3<sup>d</sup>) 514, 80 O.A.C. 161, 97 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 193; *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874, 210 N.R. 321; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Sinclair*, 2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3; *R. v. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 230; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, 122 N.R. 277; *R. v. Wang* (2001), 153 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 321, 144 O.A.C. 115; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, 78 N.R. 351; *Ruelas Aguilera c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 507, 167 A.C.W.S. (3<sup>d</sup>) 967.

#### COUNSEL

*David J. Bright, Q.C.*, for the appellant.  
*Lieutenant-Colonel J.A.M. Léveillé*, for the respondent.

#### AVOCATS

*David J. Bright, c.r.*, pour l'appelante.  
*Lieutenant-colonel J.A.M. Léveillé*, pour l'intimée.

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

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

[1] WATT J.A.: Confidentiality is crucial to the proper functioning of unit Merit Boards in the Canadian Forces. This case involves allegations that Captain Lisa Marie Clark (the Appellant) as a member of a unit Merit Board

[1] LE JUGE WATT, J.C.A. : la confidentialité est essentielle au bon fonctionnement des conseils de promotion des unités des Forces canadiennes. La présente affaire porte sur des allégations selon lesquelles le capitaine

breached an order of confidentiality, then lied about it to her superiors when questioned.

[2] The Appellant was tried and convicted by Standing Court Martial on one count of disobeying the lawful command of a superior officer pursuant to section 83 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (the Act) and two counts of conduct prejudicial to good order and discipline contrary to section 129 of the Act. She was acquitted on two further counts under section 129. The Appellant was sentenced to a reprimand and a \$1,000 fine. The Appellant appeals her convictions.

[3] The Appellant says that the findings of guilt were unreasonable and fatally flawed by legal errors in the manner in which the Military Judge reached his conclusions of guilt.

[4] These reasons explain why I conclude that the findings of guilt should be set aside and a new trial ordered.

#### I. The background facts

[5] The circumstances that underpin this prosecution are uncomplicated. They involve four principals, a hearing, allegations of improper disclosure, both before and after the hearing, and denials of any impropriety.

[6] The Appellant was the Platoon Commander of 2MP Platoon at Canadian Forces Base Petawawa. She was a member of the unit Merit Board.

[7] John George Galway was the Warrant Officer (WO), later the acting Sergeant Major, in the Appellants' platoon. He was a candidate at the unit Merit Board.

[8] Master Warrant Officer (MWO) Nicole Elizabeth Bélanger presided as the Chair of the unit Merit Board.

[9] Major Nathan Flight was the Commanding Officer of the Military Police unit of which the Appellant and WO Galway were members.

Lisa Marie Clark (l'appelante), en sa qualité de membre d'un conseil de promotion d'une unité, a contrevenu à un ordre de confidentialité, puis a menti à ce sujet à ses supérieurs lorsqu'elle a été interrogée.

[2] L'appelante a subi un procès et a été jugée coupable par la Cour martiale permanente relativement à un chef d'accusation de désobéissance à un ordre légitime d'un officier supérieur en vertu de l'article 83 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la Loi) et à deux chefs d'accusation de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline, en contravention de l'article 129 de la Loi. Elle a été acquittée de deux autres chefs en vertu de ce dernier article. L'appelante a été condamnée à une réprimande et à une amende de 1 000 \$. Elle en appelle de ses déclarations de culpabilité.

[3] L'appelante estime que les déclarations de culpabilité étaient déraisonnables et fondamentalement entachées d'erreurs de droit quant à la manière dont le juge militaire en est arrivé à conclure à sa culpabilité.

[4] Les présents motifs expliquent pourquoi je conclus qu'il y a lieu d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

#### I. Contexte factuel

[5] Les circonstances à la base de la présente poursuite sont simples. Elles concernent quatre gradés, une audience, des allégations de divulgation inappropriée avant et après l'audience, et des dénégations d'actes irréguliers.

[6] L'appelante était commandant du 2<sup>e</sup> Peloton de police militaire à la Base des Forces canadiennes Petawawa. Elle était membre du conseil de promotion de l'unité.

[7] John George Galway était adjudant et ensuite sergent-major par intérim dans le peloton de l'appelante. Il était candidat au conseil de promotion de l'unité.

[8] L'adjudant-maître Nicole Elizabeth Bélanger agissait à titre de présidente du conseil de promotion de l'unité.

[9] Le major Nathan Flight était le commandant de l'unité de la police militaire dont l'appelante et l'adjudant Galway étaient membres.

[10] Neither WO Galway nor Major Flight remain members of the Canadian Forces.

*A. The Hearing*

[11] As the unit Merit Board (the Board) convened for a three-day hearing (the Hearing), MWO Bélanger reminded the participants about the need for confidentiality in the Board's deliberations and in the rankings assigned to candidates. Major Flight made MWO Bélanger's reminder a formal order: no information about the Board's business was to leave the hearing room (the Order).

[12] The parties occupy common ground that, included in the confidentiality envelope, were

- i. the rankings of the candidates who appeared before the Board; and
- ii. the Personnel Evaluation Report (PER) on each candidate.

*B. The disclosure*

[13] Galway testified that before the Hearing, the Appellant offered to show him his draft PER. He insisted that she not do so because the document was to be confidential. However, the Appellant persisted. She told Galway that it was the first PER that she had ever prepared and she wanted to ensure that it had been done properly.

[14] Galway also gave evidence that the Appellant told him his ranking at the Board shortly after the Board had concluded its Hearing. Galway, she said, finished second.

*C. The revised PER*

[15] Major Flight reviewed the draft PER the Appellant had prepared on Galway. He told the Appellant that he had "some issues" with her draft and asked her to rewrite the PER. The Appellant did so. Major Flight approved the

[10] L'adjudant Galway et le major Flight ne sont plus membres des Forces canadiennes.

*A. L'audience*

[11] Comme le conseil de promotion de l'unité (le conseil) avait convenu de tenir une audience (l'audience) de trois jours, l'adjudant-maître Bélanger a rappelé aux participants la nécessité de la confidentialité relativement aux délibérations du conseil et au classement attribué aux candidats. Le major Flight a fait du rappel à l'adjudant-maître Bélanger un ordre formel : aucune information sur les affaires du conseil ne devait transpirer de la salle d'audience (l'ordre).

[12] Les parties conviennent que l'enveloppe confidentielle contenait :

- i. la note des candidats qui ont comparu devant le conseil; et
- ii. le rapport d'appréciation du personnel (RAP) de chaque candidat.

*B. La divulgation*

[13] L'adjudant Galway a témoigné qu'avant l'audience, l'appelante lui a offert de lui montrer son RAP préliminaire d'appréciation du personnel. Il a insisté pour qu'elle s'abstienne de le faire puisque le document était censé être confidentiel. Cependant, l'appelante a persisté. Elle a dit à l'adjudant Galway que c'était le premier RAP qu'elle ait préparé et qu'elle voulait s'assurer de l'avoir rédigé correctement.

[14] L'adjudant Galway a également déclaré dans son témoignage que l'appelante lui avait révélé son classement peu après que le conseil eut conclu son audience. L'adjudant Galway, a-t-elle dit, s'était classé deuxième.

*C. Le RAP révisé*

[15] Le major Flight a examiné la version préliminaire du RAP que l'appelante avait préparée au sujet de l'adjudant Galway. Il a dit à l'appelante qu'il avait [TRADUCTION] « des réserves » au sujet de sa version préliminaire

rewrite and signed the PER as the Commanding Officer of the unit.

*D. Galway's reaction and his evidence*

[16] The revised PER was less favourable of Galway than the original draft the Appellant had prepared. Galway was not pleased when it was presented to him by the Appellant. He refused to sign the PER because, as he told the Appellant, he had seen her earlier more positive draft. He began grievance proceedings because he thought Major Flight had it in for him.

[17] About three months after the conclusion of the Hearing, MWO Bélanger spoke to Galway. He told MWO Bélanger that he knew that he had initially placed second in the rankings at the Board and that he had been downgraded by Major Flight who didn't like him. Galway also told MWO Bélanger that he had been shown and had a copy of his draft PER. However, he refused to tell MWO Bélanger how he saw and got possession of the draft or learned about his ranking at the Board.

[18] About two weeks later, Galway and MWO Bélanger spoke again. Galway then told MWO Bélanger that the Appellant had shown him a copy of the draft PER she had prepared about two days before the Hearing. He explained that about ten minutes after the Hearing had concluded, the Appellant had told him that he had placed second among the candidates.

[19] In his evidence, Galway claimed that when he told the Appellant that he would not sign his PER and would grieve his placement because she had shown him the draft PER, the Appellant said she would claim no recollection of having shown Galway the draft PER or of having told him about his ranking.

[20] Galway testified that he had found a copy of his draft PER "all balled up" in a trash can in an open area

et lui a demandé de réécrire le RAP. L'appelante s'est exécutée. Le major a approuvé la nouvelle version du RAP et l'a signée en sa qualité de commandant de l'unité.

*D. La réaction et le témoignage de l'adjudant Galway*

[16] Le RAP révisé était moins favorable à l'adjudant Galway que la version préliminaire qu'avait préparée l'appelante. L'adjudant Galway était mécontent lorsque l'appelante le lui a présenté. Il a refusé de le signer parce que, comme il l'a dit à l'appelante, il avait vu antérieurement sa version préliminaire du RAP qui était plus positive. Il a amorcé une procédure de grief parce qu'il pensait que le major Flight avait une dent contre lui.

[17] Environ trois mois après la conclusion de l'audience du conseil, l'adjudant-maître Bélanger s'est entretenue avec l'adjudant Galway. Ce dernier a dit à l'adjudant-maître Bélanger qu'il savait qu'il avait été initialement classé deuxième au classement du conseil et qu'il avait été déclassé par le major Flight, qui ne l'aimait pas. L'adjudant Galway a aussi dit à l'adjudant-maître Bélanger qu'on lui avait montré une version préliminaire de son RAP et qu'on lui en avait remis un exemplaire. Toutefois, il a refusé de dire à l'adjudant-maître Bélanger comment il avait obtenu la version préliminaire et pu la consulter ou comment il avait été informé de son classement par le conseil.

[18] Environ deux semaines plus tard, l'adjudant Galway et l'adjudant-maître Bélanger ont eu un autre entretien. L'adjudant Galway a alors dit à l'adjudant-maître Bélanger que l'appelante lui avait montré une copie du RAP préliminaire qu'elle avait préparé environ deux jours avant la tenue de l'audience du conseil. Il a expliqué qu'environ dix minutes après la fin de l'audience du conseil, l'appelante lui avait dit qu'il avait été classé deuxième parmi les candidats.

[19] Dans sa déposition, l'adjudant Galway a soutenu que, lorsqu'il a dit à l'appelante qu'il ne signerait pas son RAP et déposerait un grief sur son classement parce qu'elle lui avait montré la version préliminaire du RAP, l'appelante a rétorqué qu'elle prétendrait ne pas se rappeler le lui avoir montré ou l'avoir informé de son classement.

[20] L'adjudant Galway a témoigné qu'il avait trouvé une copie [TRADUCTION] « toute froissée » de son RAP

of the building before the Hearing began. He didn't tell anyone precisely where he had found the document. However, the copy of the draft he attached to his grievance contained no indication of having been "all balled up" previously. Galway later told the prosecutor, about a year after having said the contrary, that the Appellant never gave him a copy of the draft PER.

#### *E. The appellant's denials*

[21] MWO Bélanger spoke to the Appellant after Galway told her (Bélanger) about the Appellant's disclosures. The Appellant denied showing or giving a copy of the draft PER to Galway and repudiated Galway's claim that she had told him his ranking at the Board. MWO Bélanger believed the Appellant. She did not believe Galway.

[22] After her second conversation with Galway, in which he said the Appellant would claim no recollection of either incident, MWO Bélanger initiated an investigation.

[23] Major Flight recalled having received a message from the Appellant about a discussion with Galway who claimed he had a copy of his draft PER. The Appellant denied providing a copy of the draft to Galway. Major Flight made no notes about this conversation.

[24] The Appellant did not testify at trial.

#### II. The decision of the Military Judge

[25] The Military Judge (the Judge) found the Appellant guilty of i) a count of revealing to Galway his ranking at the Board, thus disobeying Major Flight's Order, and ii) two counts of lying to MWO Bélanger by telling her that she (the Appellant) had not revealed to Galway his ranking on the Merit Board and had not disclosed the draft PER to Galway.

préliminaire dans une poubelle située dans une aire ouverte de l'immeuble avant le début de l'audience. Il n'a pas dit précisément à quiconque où il avait trouvé le document. Toutefois, la copie de la version préliminaire qu'il avait jointe en annexe à son grief ne présentait aucune marque de « froissement ». Par la suite, près d'un an après avoir dit le contraire, l'adjudant Galway a déclaré au procureur que l'appelante ne lui avait jamais remis une copie du RAP préliminaire.

#### *E. Les dénégations de l'appelante*

[21] L'adjudant-maître Bélanger s'est entretenue avec l'appelante après avoir été informée par l'adjudant Galway des divulgations que l'appelante avait faites. L'appelante a nié avoir montré ou donné à l'adjudant Galway une copie du RAP préliminaire et a répudié l'affirmation de l'adjudant Galway selon laquelle elle lui avait révélé son classement par le conseil. L'adjudant-maître Bélanger a cru l'appelante; elle n'a pas cru l'adjudant Galway.

[22] Après son second entretien avec l'adjudant Galway, à l'occasion duquel celui-ci avait dit à l'adjudant-maître Bélanger que l'appelante prétendrait ne pas se rappeler les deux incidents, l'adjudant-maître Bélanger a ouvert une enquête.

[23] Le major Flight s'est rappelé avoir reçu un message de l'appelante au sujet d'une discussion avec l'adjudant Galway, lequel affirmait posséder une copie de son RAP préliminaire. L'appelante a nié avoir fourni une copie de ce rapport à l'adjudant Galway. Le major Flight n'a pas pris de notes au sujet de cette conversation.

[24] L'appelante n'a pas témoigné au procès.

#### II. La décision du juge militaire

[25] Le juge militaire (le juge) a déclaré l'appelante coupable : i) d'un premier chef d'accusation pour avoir révélé à l'adjudant Galway son classement au conseil et avoir désobéi ainsi à l'ordre du major Flight; ii) de deux chefs d'accusation pour avoir menti à l'adjudant-maître Bélanger en lui disant qu'elle (l'appelante) n'avait pas révélé à l'adjudant Galway son classement au conseil de promotion et n'avait pas divulgué le RAP préliminaire à l'adjudant Galway.

[26] The Appellant was found not guilty on two charges of lying to Major Flight about the same disclosures.

### III. The grounds of appeal

[27] Counsel for the Appellant advances four grounds of appeal. Three grounds allege legal errors in the reasoning process followed by the Judge in reaching his conclusions of guilt. The fourth ground seeks the entry of acquittals on the basis that the convictions are unreasonable and cannot be supported by the evidence adduced at the court martial.

[28] The specific errors identified in the Judge's reasoning include mistakes in:

- i. the manner in which the Judge approached his assessment of the credibility of the witnesses and the reliability of their evidence;
- ii. shifting the onus of proof to the Appellant to provide a response to Galway's allegations; and
- iii. failing to apply an appropriate level of scrutiny to Galway's evidence.

#### A. *Ground #1: Alleged error in credibility assessment*

[29] The Appellant's first complaint focuses on a passage in the Judge's reasons that the Appellant says reflects legal error in the assessment of credibility.

[30] It is helpful to begin an examination of this ground with a brief reference to the evidence to which the complaint relates before turning to the Judge's reasons, the positions of the parties and the governing legal principles.

#### (1) The relevant evidence

[31] The crucial evidence upon which the Appellant's convictions were founded was the testimony of Galway

[26] L'appelante a été déclarée non coupable de deux accusations d'avoir menti au major Flight au sujet des mêmes divulgations.

### III. Les moyens d'appel

[27] L'avocat de l'appelante avance quatre moyens d'appel. Selon trois de ces moyens, des erreurs de droit entachent le raisonnement du juge sur lequel celui-ci s'est appuyé pour étayer ses conclusions de culpabilité. Le quatrième moyen qu'il invoque, pour obtenir des verdicts d'acquiescement, s'appuie sur le fait que les déclarations de culpabilité sont déraisonnables et ne peuvent être étayées par la preuve présentée à la Cour martiale.

[28] Les erreurs précises qui ont été relevées dans le raisonnement du juge portent sur les points suivants :

- i. la manière dont le juge a apprécié la crédibilité des témoins et la fiabilité de leur témoignage;
- ii. le déplacement du fardeau de preuve sur l'appelante, de sorte qu'il lui incombait de répondre aux allégations de l'adjudant Galway; et
- iii. le manque de rigueur dans l'appréciation du témoignage de l'adjudant Galway.

#### A. *Premier moyen : Erreur reprochée dans l'appréciation de la crédibilité*

[29] L'appelante se plaint d'abord d'un passage dans les motifs du juge où, selon elle, une erreur de droit a été commise dans l'appréciation de la crédibilité.

[30] D'entrée de jeu, il est utile d'examiner ce moyen en se reportant brièvement au témoignage sur lequel porte la plainte avant de nous pencher sur les motifs du juge, les thèses des parties et les principes juridiques.

#### (1) Les témoignages pertinents

[31] Les éléments de preuve essentiels sur lesquels sont fondées les déclarations de culpabilité de l'appelante sont



and MWO Bélanger. And of those two witnesses, Galway was the more crucial. No Galway. No case.

[32] The record is rife with concerns about Galway's credibility and the reliability of his evidence. His testimony contradicted what he had initially told investigators and the information he gave them was inconsistent. Many of his answers were evasive. Others were internally inconsistent. His second conversation with MWO Bélanger involved a recantation of his initial claim that he had a copy of his draft PER. His account of finding a copy of his PER "all balled up" in a waste container seems contrived and is inconsistent with the condition of the document he attached to his grievance.

(2) The reasons

[33] Two passages in the Judge's reasons are of signal importance in connection with this ground of appeal.

[34] The first passage describes the Judge's approach to the acceptance of testimony (the First Passage):

The court is not required to accept the testimony of any witness except to the extent that it has impressed the court as credible. However, a court will accept evidence as trustworthy unless there is a reason, rather, to disbelieve it.

[35] In the second passage, the Judge explains his acceptance of the testimony of Galway (the Second Passage):

Although Warrant Officer Galway often stated he could not remember exact dates or the exact words he used when communicating with Master Warrant Officer Bélanger and with Captain Clark, his testimony on the principal events at the heart of this trial is consistent and is not contradicted by other evidence. While his testimony was generally vague, his demeanour and his manner of answering questions were consistent throughout his testimony. Although the court believes that Warrant Officer Galway does not want to reveal all the information as to how he obtained a copy of the draft PER, the court has not been presented with any evidence that contradicts Warrant

les témoignages de l'adjudant Galway et de l'adjudant-maître Bélanger. De ces deux témoignages, celui de l'adjudant Galway était le plus crucial. Sans l'adjudant Galway, la preuve n'avait plus de poids.

[32] Le dossier regorge de préoccupations quant à la crédibilité de l'adjudant Galway et la fiabilité de son témoignage. Son témoignage contredit ce qu'il avait initialement dit aux enquêteurs et l'information qu'il leur a fournie est incohérente. Plusieurs de ses réponses sont évasives. D'autres sont en soi incohérentes. Son second entretien avec l'adjudant-maître Bélanger comprend une rétractation de son affirmation initiale selon laquelle il possédait une copie de son RAP préliminaire. Son récit de sa découverte d'une copie « toute froissée » de son RAP dans une poubelle semble avoir été créé de toutes pièces et ne concorde pas avec l'état du document joint à son grief.

(2) Les motifs

[33] Deux passages des motifs du juge ont une importance cruciale relativement à ce moyen d'appel.

[34] Le premier passage décrit les principes de base sur lesquels s'appuie le juge pour retenir un témoignage (le premier passage) :

Le tribunal n'est pas tenu d'accepter le témoignage d'une personne, à moins que celui-ci ne lui paraisse crédible. Cependant, il jugera un témoignage digne de foi, à moins d'avoir une raison de ne pas le croire.

[35] Dans le second passage, le juge explique la démarche qu'il a prise pour décider de retenir le témoignage de l'adjudant Galway (le deuxième passage) :

Bien que l'Adjudant Galway ait souvent affirmé qu'il ne pouvait pas se rappeler les dates auxquelles il a communiqué avec l'Adjudant-maître Bélanger et la Capitaine Clark ni les propos qu'il a tenus, son témoignage sur les principaux faits qui sont au cœur de la présente affaire est compatible avec d'autres éléments de preuve et n'est pas contredit par ceux-ci. Bien que son témoignage ait été dans l'ensemble vague, son comportement et la façon de répondre aux questions ont été compatibles tout au long de son témoignage. Bien qu'elle estime que l'Adjudant Galway ne veut pas dévoiler tous les renseignements sur la façon dont il a obtenu une copie du RAP préliminaire,

Officer Galway's evidence on how he first saw his draft PER, and how he learned his ranking on the merit board. No evidence demonstrates that that evidence is false or incorrect. His testimony has not been impeached during his cross-examination. Therefore, Warrant Officer Galway is deemed credible and reliable.

(3) The positions of the parties

[36] The Appellant says that, when read as a whole, the reasons demonstrate that the Judge treated credibility as an all or nothing determination. It is commonplace, as juries are routinely instructed in civilian courts, that triers of fact may accept some, all or none of what any witness says. And, more importantly, a trier of fact is under no obligation to accept the testimony of any witness simply because that testimony is uncontradicted by other evidence.

[37] The Appellant points out that Galway's testimony on material issues was contrary to what he had told MWO Bélanger and investigators about the same things. The presiding Judge was required to consider these inconsistencies and explain why he accepted Galway's evidence despite them. His failure to do so reflects error and requires a new trial.

[38] The Respondent takes a contrary position. Reviewing courts must accord substantial deference to findings of credibility made in trial courts. In some instances, as here, it is open to a trial judge to treat credibility as an all or nothing proposition. The Judge was there. We were not. In any event, the Respondent says, when the reasons are read as a whole, they reveal no error of law or palpable and overriding errors of fact. This ground of appeal should fail.

(4) The governing principles

[39] Several basic principles inform my decision on this ground of appeal.

la cour n'a pas été saisie d'aucune preuve qui contredise son témoignage quant à savoir comment il a pu voir son RAP préliminaire et apprendre la note que lui avait attribuée le conseil de promotion. Aucun élément de preuve ne démontre que son témoignage est faux ou inexact. Son témoignage n'a pas été contesté lors de son contre-interrogatoire. Par conséquent, l'Adjudant Galway est digne de foi et fiable.

(3) Les thèses des parties

[36] L'appelante affirme que, lorsqu'on lit les motifs du juge dans leur ensemble, ceux-ci démontrent que l'approche du juge pour apprécier la crédibilité est dépourvue de nuances. Il arrive fréquemment, comme on le demande régulièrement au jury dans les cours civiles, qu'un juge des faits accepte une partie, la totalité ou aucune partie de ce que dit un témoin. Plus important encore, un juge des faits n'est nullement tenu d'accepter le témoignage d'un témoin simplement parce que ce témoignage n'est pas contredit par un autre élément de preuve.

[37] L'appelante fait remarquer que le témoignage de l'adjudant Galway sur les questions importantes contredisait ce qu'il avait dit à l'adjudant-maître Bélanger et aux enquêteurs sur les mêmes sujets. Le juge président l'audience devait tenir compte de ces incohérences et expliquer pourquoi il retenait le témoignage de l'adjudant Galway en dépit de ces incohérences. Son omission à cet égard constitue une erreur qui nécessite la tenue d'un nouveau procès.

[38] L'intimée avance une thèse contraire. Les tribunaux de révision doivent faire preuve d'une grande retenue au vu des conclusions de crédibilité tirées par les tribunaux de première instance. Dans certains cas, comme en l'espèce, il est loisible au juge du procès de faire une appréciation de la crédibilité sans nuances. Le juge a entendu les témoins : pas nous. Quoi qu'il en soit, l'intimée affirme que la lecture des motifs dans leur ensemble révèle qu'ils ne présentent aucune erreur de droit ou de fait manifeste et dominante. Ce moyen d'appel devrait être rejeté.

(4) Les principes applicables

[39] Plusieurs principes de base ont éclairé ma décision à l'égard de ce moyen d'appel.

[40] First, witnesses are not “presumed to tell the truth”. A trier of fact must assess the evidence of each witness, in light of the totality of the evidence adduced in the proceedings, unaided by any presumption, except perhaps the presumption of innocence: *R. v. Thain*, 2009 ONCA 223, at paragraph 32.

[41] Second, a trier of fact is under no obligation to accept the evidence of any witness simply because it is not contradicted by the testimony of another witness or other evidence. The trier of fact may rely on reason, common sense and rationality to reject uncontradicted evidence: *Ruelas Aguilera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 507 (*Aguilera*) at paragraph 39; *Lubana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 116, 228 F.T.R. 43 (*Lubana*), at paragraphs 9 to 11.

[42] Third, as juries in civil and criminal cases are routinely and necessarily instructed, a trier of fact may accept or reject, some, none or all of the evidence of any witness who testifies in the proceedings. Said in somewhat different terms, credibility is not an all or nothing proposition. Nor does it follow from a finding that a witness is credible that his or her testimony is reliable, much less capable of sustaining the burden of proof on a specific issue or as a whole.

[43] Fourth, reviewing courts should take a functional, context-specific approach to the adequacy of reasons. The reasons, in a case such as this, must be sufficient to fulfill their purpose of explaining why the person accused was convicted, providing accountability for the decision, and permitting effective appellate review. In considering the sufficiency of the reasons, we should read them as a whole, in the context of the evidence adduced and the arguments advanced at trial, and of the trial itself: *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3 (*R.E.M.*), at paragraphs 15 and 16.

[44] Fifth, reasons fulfill their purposes if, read in context, they show why the judge made his or her decision. By reasons the judge tries to tell the parties *what* she or he has decided and *why* she or he made that decision.

[40] Premièrement, les témoins ne sont pas « présumés dire la vérité ». Le juge des faits doit apprécier le témoignage de chaque témoin en tenant compte de tous les éléments de preuve produits durant l’instance, sans s’appuyer sur aucune présomption, sauf peut-être la présomption d’innocence : *R. v. Thain*, 2009 ONCA 223, au paragraphe 32.

[41] Deuxièmement, le juge des faits n’est pas tenu d’admettre le témoignage d’un témoin simplement parce qu’il n’a pas été contredit par le témoignage d’un autre témoin ou par un autre élément de preuve. Le juge des faits peut se fonder sur la raison, le bon sens et la rationalité pour rejeter tout élément de preuve non contredit : *Ruelas Aguilera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 507 (*Aguilera*), au paragraphe 39; *Lubana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CFPI 116 (*Lubana*), aux paragraphes 9 à 11.

[42] Troisièmement, comme on le demande régulièrement et nécessairement aux jurys dans les affaires civiles et pénales, le juge des faits peut accepter ou rejeter tout ou partie d’un témoignage versé au dossier. Autrement dit, l’appréciation de la crédibilité n’est pas dépourvue de nuances. On ne peut non plus déduire de la conclusion selon laquelle un témoin est crédible que son témoignage est fiable et encore moins qu’il permet à une partie de se décharger du fardeau de preuve sur une question précise ou dans son ensemble.

[43] Quatrièmement, les tribunaux de révision devraient adopter une approche fonctionnelle et contextuelle pour l’appréciation du caractère suffisant des motifs. Les motifs, dans les affaires comme celle en l’espèce, doivent être suffisants pour remplir leur fonction, qui consiste à expliquer pourquoi l’accusée a été déclarée coupable, rendre compte devant le public et permettre un examen efficace en appel. Pour savoir si les motifs sont suffisants, il faut les considérer globalement, dans le contexte de la preuve présentée, des arguments invoqués et du procès : *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3 (*R.E.M.*), aux paragraphes 15 et 16.

[44] Cinquièmement, ces buts seront atteints si les motifs, considérés dans leur contexte, indiquent pourquoi le juge a rendu sa décision. En motivant sa décision, le juge essaie de faire comprendre aux parties le *résultat*

The reasons must reveal a logical connection between the “what” (the decision) and the “why” (the basis for the decision): *R.E.M.*, above, at paragraph. 17.

[45] Sixth, where a case turns largely on credibility, a reviewing court must consider the sufficiency of reasons in light of the deference afforded to trial judges on credibility findings. It is rare that deficiencies in the trial judge’s credibility analysis, as expressed in the reasons for judgment, will merit intervention on appeal: *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788 (*Dinardo*), at paragraph 26. On the hand, a failure to sufficiently articulate how credibility concerns were resolved, or a legal error evident in their resolution may constitute reversible error: *Dinardo*, at paragraph 26; *R. v. Braich*, 2002 SCC 27, [2002] 1 S.C.R. 903 (*Braich*), at paragraph 23; *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621 (*Gagnon*), at paragraphs 20 and 21.

(5) The principles applied

[46] For reasons developed below, I will give effect to this ground of appeal.

[47] First, the First Passage which is the Judge’s initial statement about the acceptance of testimony is underinclusive, thus legally wrong. The statement:

The court is not required to accept the testimony of any witness except to the extent that it has impressed the court as credible. However, a court will accept evidence as trustworthy unless there is a reason, rather, to disbelieve it.

refers to a finding of credibility as dispositive of the acceptance of a witness’ testimony. A finding that a witness is credible does not require a trier of fact to accept the witness’ testimony without qualification. Credibility is not co-extensive with proof. To treat credibility, without more, as dispositive of proof is legally wrong.

et le *pourquoi* de sa décision. Les motifs doivent établir un lien logique entre le « résultat » — le verdict — et le « pourquoi » — le fondement du verdict : arrêt *R.E.M.*, précité, au paragraphe 17.

[45] Sixièmement, dans des litiges dont l’issue est en grande partie liée à la crédibilité, le tribunal de révision doit tenir compte de la déférence due aux juges de première instance qui tirent des conclusions sur la crédibilité lorsqu’il détermine si ceux-ci ont suffisamment motivé leur décision. Les lacunes dans l’analyse de la crédibilité effectuée par les juges de première instance, exposée dans leurs motifs, ne justifieront que rarement l’intervention de la cour d’appel : *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788 (*Dinardo*), au paragraphe 26. Par ailleurs, le défaut d’expliquer adéquatement comment ils ont résolu les questions de crédibilité, ou une erreur judiciaire évidente dans leur résolution, peut constituer une erreur justifiant l’annulation de la décision : arrêts *Dinardo*, au paragraphe 26; *R. c. Braich*, 2002 CSC 27, [2002] 1 R.C.S. 903 (*Braich*), au paragraphe 23; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621 (*Gagnon*), aux paragraphes 20 et 21.

(5) Les principes appliqués

[46] Pour les motifs exposés ci-dessous, j’accueillerai ce moyen d’appel.

[47] Premièrement, le premier passage, qui constitue la déclaration initiale du juge quant à l’acceptation d’un témoignage, a une portée trop limitative et est par conséquent non fondé juridiquement.

Le tribunal n’est pas tenu d’accepter le témoignage d’une personne, à moins que celui-ci ne lui paraisse crédible. Cependant, il jugera un témoignage digne de foi, à moins d’avoir une raison de ne pas le croire.

Il est question, dans ce passage, d’une appréciation de la crédibilité qui fait en sorte que le témoignage sera accepté. Une conclusion selon laquelle un témoin est crédible n’oblige pas le juge des faits à accepter sans réserve le témoignage d’un témoin. Il n’y a aucun parallèle entre la crédibilité et la preuve. Le fait de permettre à la crédibilité, sans plus, de qualifier la preuve est non fondé juridiquement.

[48] Testimony can raise veracity and accuracy concerns. Veracity concerns relate to a witness' sincerity, his or her willingness to speak the truth as the witness believes it to be. In a word, credibility. Accuracy concerns have to do with the actual accuracy of the witness' account. This is reliability. The testimony of a credible, in other words an honest witness, may nonetheless be unreliable: *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (ON CA) (*Morrissey*), at page 205.

[49] Second, leaving to one side the question of whether it impliedly shifts the onus of proof, the absence of contradiction referred to in the Second Passage does *not* require the trier of fact to accept as true a witness' testimony. No principle deems a witness credible or the witness' evidence reliable, let alone proof of its subject-matter, simply because the record is barren of any contradictory evidence: *Aguilera*, above, at paragraph 39; *Lubana*, above, at paragraphs 9 to 11. Such a principle of proof absent contradiction brushes uncomfortably close to the creation of a presumption of once credible, always reliable, which is at odds with principle and reality.

[50] Third, the reference to the lack of any contradictory evidence, which in this case could only have come from the Appellant, comes perilously close to imposing an onus of disproof on the person charged, thus subtly shifting the burden of proof and failing to pay heed to the third principle in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742 (*W. (D.)*), at paragraph 28.

[51] Finally, in the Second Passage, the Judge appears to have assigned a place of prominence in his assessment of credibility to Galway's demeanour. Several authorities have cautioned against over-reliance on demeanour as a factor in assessing the credibility of witnesses and the reliability of their evidence: *R. v. G. (M.)* (1994), 93 C.C.C. (3d) 347 (ON CA), at pages 10 to 12; *Faryna v. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354 (BC CA), at pages 356 and 357; and *R. v. G. (G.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 1 (ON CA), at pages 6 to 8.

[48] Un témoignage peut soulever des problèmes de véracité et d'exactitude. Les problèmes de véracité renvoient à la sincérité du témoin, à sa volonté de dire la vérité telle qu'il la perçoit, bref, à sa crédibilité. Les problèmes d'exactitude concernent l'exactitude du récit du témoin, à savoir, son caractère fiable. Le témoignage d'un témoin crédible, honnête personne au demeurant, peut néanmoins ne pas être fiable : *R. v. Morrissey* (1995), 97 CCC (3<sup>d</sup>) 193 (ON CA) (*Morrissey*), à la page 205.

[49] Deuxièmement, si je laisse de côté la question de savoir s'il y a implicitement déplacement du fardeau de la preuve, l'absence de contradiction dont il est question dans le second passage n'oblige *pas* le juge des faits à accepter comme véridique le témoignage d'un témoin. Aucun principe ne l'oblige à estimer qu'un témoin est crédible ou que son témoignage est fiable, et encore moins qu'il constitue une preuve quant à son objet, simplement parce que le dossier est exempt de tout témoignage contradictoire : décision *Aguilera*, précitée, au paragraphe 39; décision *RKL*, précitée, aux paragraphes 9 et 11. Cette règle de preuve en l'absence de contradiction s'approche trop de l'établissement d'une présomption quant à la fiabilité du témoignage d'un témoin crédible, laquelle ne correspond ni à une règle ni à la réalité.

[50] Troisièmement, la mention de l'absence de toute preuve contraire, qui n'aurait pu, en l'espèce, émaner que de l'appelante, revient presque à imposer à la personne accusée le fardeau de réfuter une preuve par une preuve contraire et donc à déplacer subtilement le fardeau de preuve sans tenir compte du troisième principe énoncé dans l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742 (*W. (D.)*), au paragraphe 28.

[51] Enfin, dans le second passage, le juge semble avoir accordé une place importante à la conduite de l'adjudant Galway dans son appréciation de la crédibilité de ce dernier. La jurisprudence a à maintes reprises réitéré la mise en garde contre le risque de trop se fier à la conduite comme facteur d'appréciation de la crédibilité d'un témoin et de la fiabilité de son témoignage : *R. v. G. (M.)* (1994), 93 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 347 (ON CA), aux pages 355 et 356; *Faryna v. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354 (BC CA), aux pages 356 et 357; *R. v. G. (G.)* (1997), 115 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 1 (ON CA), aux pages 6 à 8.

[52] Consideration of the effect of these errors on the validity of the convictions recorded at trial can await examination of the other grounds of appeal.

B. *Ground #2: Shifting the onus of proof*

[53] The second ground of appeal aims at the same passages in the reasons that attracted the Appellant's first complaint. This time, however, the focus is on what is said to be a compromise of the onus of proof and reliance on the Appellant's failure to testify as a piece of evidence.

[54] Once again, a brief reference to some features of the evidence, followed by a review of the positions of counsel and a recital of the controlling legal principles will inform the decision that follows.

(1) The evidentiary background

[55] Galway was the only witness who, if believed, could establish that the Appellant

- i. showed or gave him a copy of the draft PER; and
- ii. told him his ranking on the Merit Board;

thus that she disobeyed the Order given by Major Flight. Further, this same evidence was the only evidence capable of establishing the falsity of the Appellant's denials of disclosure to MWO Bélanger, thus that she was guilty of an act to the prejudice of good order and discipline contrary to section 129 of the Act.

[56] The discussions that Galway recounted that disclose the breach of Major Flight's Order involved two persons. Galway was one. The Appellant was the other. The only person who could provide contradictory evidence was the Appellant.

[57] The Appellant did not testify.

[52] L'examen des autres moyens d'appel peut précéder celui de l'effet qu'ont ces erreurs sur la validité du verdict de culpabilité prononcé en première instance.

B. *Deuxième moyen : le déplacement du fardeau de la preuve*

[53] Le deuxième moyen porte sur les mêmes passages des motifs du jugement qui ont suscité la première plainte de l'appelante. Cette fois cependant, l'emphase est placée sur ce qui est présenté comme un déplacement du fardeau de la preuve et sur le fait de considérer l'omission de l'appelante de témoigner comme un élément de preuve.

[54] Encore là, un bref examen de certaines composantes de la preuve, suivi de l'examen des thèses avancées par les avocats et de l'énonciation des principes juridiques essentiels permettront d'éclairer ma décision.

(1) Contexte factuel

[55] L'adjudant Galway est le seul témoin qui, à condition d'être cru, pouvait établir que l'appelante :

- i. lui avait montré et remis une copie du RAP préliminaire; et
- ii. lui avait dit son classement au conseil de promotion;

et qu'elle avait ainsi désobéi à l'ordre qui lui avait été donné par le major Flight. De plus, ce même témoignage était le seul capable d'établir la fausseté des dénégations faites par l'appelante à l'adjudant-maître Bélanger quant à la divulgation de ces renseignements, la rendant ainsi coupable d'un acte préjudiciable au bon ordre et à la discipline en contravention de l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale*.

[56] Deux personnes ont participé aux discussions relatées par l'adjudant Galway qui révèlent le non-respect de l'ordre du major Flight. L'adjudant Galway était l'une d'elles, l'autre était l'appelante. La seule personne susceptible de fournir une preuve contraire était l'appelante.

[57] L'appelante n'a pas témoigné.

## (2) The arguments on appeal

[58] The Appellant says that the Judge was wrong when he “deemed” Galway credible and his evidence reliable because no evidence had been called to contradict Galway’s version of events. By reasoning in this way, the Appellant says, the Judge used the failure of the Appellant to testify as a piece of evidence to shore up the prosecution’s case and to establish the Appellant’s guilt. The Appellant contends further that, although the Judge did refer to the principles of *W. (D.)*, above, he failed to apply those principles properly because he did not consider whether Galway’s evidence was sufficient to meet the standard of proof beyond a reasonable doubt.

[59] The Respondent takes the position that the Judge instructed himself properly on the onus and standard of proof and did not betray those principles in reaching his conclusion of guilt. The Judge did not shift or reverse the onus of proof nor did he treat the failure of the Appellant to testify as an item of evidence supportive of guilt. The Judge’s comment about the evidence being uncontradicted was only an observation on the state of the evidence, not a shift in the onus of proof.

## (3) The governing principles

[60] In any criminal case, the ultimate issue for the trier of fact to decide is whether the prosecution has established the essential elements of the offence charged beyond a reasonable doubt. Where exculpatory evidence is introduced before the trier of fact, judges routinely instruct themselves or juries, in terms or in substance, in accordance with the regime proposed by Cory J. in *W. (D.)*. In cases in which no exculpatory evidence has been introduced, it may be open to question whether any reference to the substance of the *W. (D.)* formula is necessary, provided the jury or self-instruction on the onus and standard of proof and their application are correct.

## (2) Les arguments présentés en appel

[58] L’appelante prétend que le juge a eu tort d’« estimer » que l’adjudant Galway était crédible et que son témoignage était fiable parce qu’aucune preuve n’avait été produite pour contredire la version des événements donnée par l’adjudant Galway. En raisonnant de cette façon, affirme l’appelante, le juge a considéré le fait que l’appelante n’avait pas témoigné comme un élément de preuve renforçant la preuve du ministère public et établissant la culpabilité de l’appelante. De plus, celle-ci soutient que, même si le juge a renvoyé aux principes énoncés dans l’arrêt *W. (D.)*, précité, il ne les a toutefois pas bien appliqués, parce qu’il ne s’est pas demandé si le témoignage de l’adjudant Galway était suffisant pour satisfaire à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable.

[59] Selon l’intimée, le juge s’est fondé sur les bonnes règles de droit relatives au fardeau de la preuve et à la norme de la preuve et il est resté fidèle à ces principes pour parvenir à sa conclusion quant à la culpabilité. Le juge n’a ni déplacé ni renversé le fardeau de la preuve, ni considéré le choix de l’appelante de ne pas témoigner comme un élément de preuve à l’appui de sa culpabilité. Le commentaire du juge selon lequel le témoignage n’avait pas été contredit n’était qu’une observation sur l’état de la preuve et non un déplacement du fardeau de la preuve.

## (3) Les principes applicables

[60] Dans toute affaire criminelle, il appartient en dernier ressort au juge des faits de déterminer si la poursuite a établi, hors de tout doute raisonnable, les éléments essentiels de l’infraction reprochée. Lorsqu’une preuve disculpatoire est présentée au juge des faits, le juge, normalement, fonde sa décision, ou fait son exposé à l’intention du jury, essentiellement en se fondant sur le régime proposé par le juge Cory dans l’arrêt *W. (D.)*. Dans les instances où aucune preuve disculpatoire n’est présentée, il y a lieu de se demander si le renvoi aux principes énoncés dans l’arrêt *W. (D.)* est nécessaire, pourvu que l’exposé du juge ou les directives au jury sur le fardeau et la norme de la preuve ainsi que leur application soient adéquats.

[61] Second, the right to silence and the presumption of innocence preclude the trier of fact from using an accused's silence in arriving at its belief in guilt beyond a reasonable doubt. In other words, the trier of fact is not entitled to place independent weight on an accused's failure to testify in deciding that an accused's guilt has been proven beyond a reasonable doubt: *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874, (*Noble*), at paragraph 53. The failure of an accused to testify is not an independent item of evidence in the prosecution's case supportive of an accused's guilt.

[62] On the other hand, the silence of an accused means that the prosecution's evidence is uncontradicted. This means, in turn, that the trier of fact must evaluate the prosecution's evidence on this basis without regard for any explanation of those facts that does not arise from the facts themselves: *Noble*, above, at paragraphs 79 and 82. A trier of fact may conclude from an accused's failure to testify that there is no unspoken, innocent explanation about which the trier of fact must speculate in deciding whether guilt has been proven beyond a reasonable doubt. However, the trier of fact must not use silence to strengthen a case that otherwise falls short of proving guilt beyond a reasonable doubt: *Noble*, at paragraph 87; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654, at paragraph 29; and *R. v. Wang* (2001), 153 CCC (3d) 321, 144 O.A.C. 115, at paragraph 44.

(4) The principles applied

[63] On this issue, I regard this case as falling very close to the line that divides permissible observation about an unspoken, innocent explanation from impermissible use of silence to strengthen a case that otherwise falls short of the criminal standard of proof. On its own, this ground of appeal may not be adequate to require this Court's intervention. That said, it provides context for an overall assessment of the impact of other errors in the evaluation of the adequacy of the prosecution's proof of guilt.

[64] The Judge's reasons could be read as simply pointing out that Galway's evidence about the disclosures was uncontradicted, thereby removing an alternative

[61] Deuxièmement, le droit au silence et la présomption d'innocence interdisent au juge des faits de s'appuyer sur le silence de l'accusé pour le déclarer coupable hors de tout doute raisonnable. Autrement dit, le juge des faits n'a pas le droit d'accorder un poids particulier au fait que l'accusé n'a pas témoigné pour décider que sa culpabilité a été prouvée hors de tout doute raisonnable : *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874 (*Noble*), au paragraphe 53. Le fait qu'un accusé n'a pas témoigné n'est pas un élément de preuve particulier dans la preuve du ministère public pour étayer la culpabilité de l'accusé.

[62] En revanche, le silence d'un accusé signifie que la preuve du ministère public n'est pas contredite et qu'elle doit donc être évaluée comme telle, sans tenir compte de quelque explication des faits mis en preuve qui ne ressort pas des faits eux-mêmes : arrêt *Noble*, précité, aux paragraphes 79 et 82. Le juge des faits peut se fonder sur le choix de l'accusé de ne pas témoigner pour conclure à l'absence d'une explication inexprimée tendant à innocenter l'accusé et sur laquelle le juge des faits doit conjecturer pour décider si la culpabilité a été prouvée hors de tout doute raisonnable. Toutefois, il est interdit au juge des faits d'utiliser le silence pour renforcer une preuve qui, à d'autres égards, n'établit pas hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé : arrêts *Noble*, au paragraphe 87; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654, au paragraphe 29; *R. v. Wang* (2001), 153 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 321, 144 O.A.C. 115, au paragraphe 44.

(4) Les principes appliqués

[63] Sur cette question, j'estime que la présente affaire est un cas limite de ce qui distingue une observation permise sur une explication inexprimée, tendant à innocenter l'accusé, de l'utilisation interdite du silence pour renforcer une preuve qui, à d'autres égards, ne respecte pas la norme de la preuve au pénal. Ce moyen d'appel ne justifie peut-être pas à lui seul l'intervention de la Cour. Cela dit, il fournit un contexte pour apprécier globalement l'incidence des autres erreurs dans l'évaluation de la valeur de la preuve du ministère public au regard de la culpabilité de l'accusée.

[64] On pourrait considérer que le juge, dans ses motifs, souligne simplement que le témoignage de l'adjudant Galway sur les divulgations n'était pas contredit,



explanation, a denial of disclosure, from consideration. This interpretation would not reflect error.

[65] On the other hand, the same passage could be read as implicitly imposing a burden of explanation on the Appellant, requiring her to adduce evidence of a denial, and concluding from her failure to do so that Galway was credible, his evidence reliable, and the Appellant's guilt proven beyond reasonable doubt. This interpretation would reflect error.

[66] Where a passage in a trial judge's reasons is open to two interpretations, one consistent with the judge's presumed knowledge of relevant legal principles and the other suggestive of a misapprehension or misapplication of those principles, I ought to prefer the former over the latter: *Morrissey*, above, at page 203 and 204.

[67] In this case, I have already found that the impugned passages reflect error in another and related respect. In light of that error, it may be questionable whether I should accord the same reasons the benevolent interpretation to which they would otherwise be entitled.

### C. Ground #3: The scrutiny of Galway's evidence

[68] The next ground of appeal contests the adequacy of the Judge's scrutiny of Galway's evidence as reflected in his reasons for judgment.

#### (1) The evidentiary background

[69] Galway's evidence was essential to the prosecution's proof of the Appellant's guilt. The Judge described Galway's testimony as "generally vague" and characterized Galway as a witness who did not "want to reveal all the information as to how he obtained a copy of the draft PER".

[70] MWO Bélanger described Galway as evasive when she pressed him for details about his knowledge

écartant ainsi la possibilité de tenir compte d'une autre explication, ou d'une dénégation de la divulgation. Une telle interprétation ne serait pas erronée.

[65] Par contre, le même passage pourrait être interprété d'une manière qui impose implicitement à l'appelante le fardeau de fournir une explication, l'oblige à prouver sa dénégation et porte à conclure que son impossibilité de le faire signifie que l'adjudant Galway était crédible, que son témoignage était fiable et que la culpabilité de l'appelante était prouvée hors de tout doute raisonnable. Une telle interprétation serait erronée.

[66] Lorsqu'un passage des motifs du juge du procès ouvre la voie à deux interprétations possibles, l'une conforme aux connaissances présumées du juge des principes juridiques applicables, l'autre donnant à penser qu'il y a eu méprise sur ces principes ou application erronée de ceux-ci, je préfère m'en remettre à la première qu'à la deuxième : arrêt *Morrissey*, précité, aux pages 203 et 204.

[67] En l'espèce, j'ai déjà conclu que les passages contestés sont erronés sous un autre aspect connexe. À la lumière de cette erreur, je doute que je puisse accorder aux mêmes motifs l'interprétation bienveillante à laquelle ils auraient droit dans d'autres circonstances.

### C. Troisième moyen : l'examen approfondi du témoignage de l'adjudant Galway

[68] Dans ce moyen d'appel, l'appelante fait valoir que l'examen du témoignage de l'adjudant Galway auquel s'est livré le juge n'était pas suffisant, comme en font foi les motifs de son jugement.

#### (1) Contexte factuel

[69] Le témoignage de l'adjudant Galway était essentiel pour permettre au ministère public de prouver la culpabilité de l'appelante. Le juge a décrit le témoignage de l'adjudant Galway comme étant « dans l'ensemble vague » et a dit de ce témoin qu'il « ne [voulait] pas dévoiler tous les renseignements sur la façon dont il a obtenu une copie du RAP préliminaire ».

[70] L'adjudant-maître Bélanger a qualifié l'adjudant Galway d'évasif lorsqu'elle a fait pression pour obtenir

of the contents of the draft PER. He initially claimed that he had a copy of the draft document, then resiled from such a claim. His ultimate version, that he found a copy “all balled up” in a trash can, emerged somewhat later, seems inherently implausible, and is inconsistent with the state of the document that he attached to his grievance.

(2) The arguments on appeal

[71] The Appellant assails the adequacy of the Judge’s reasons in his assessment of Galway’s evidence. The reasons, she submits, fail to address the frailties in Galway’s evidence and do not come to grips with the inadequacies of the investigation that followed Galway’s allegations. No statements were taken. No notes were made of interviews. The Judge failed to adequately explain his unqualified acceptance of Galway’s uncorroborated account of an implausible series of events: that an officer of undoubted integrity, who had no personal relationship to Galway, would contravene a direct order of her superior shortly after it was made. The reasons, according to the Appellant, were not responsive to the real issues in the case and never analyzed the critical inconsistencies and improbabilities in Galway’s account.

[72] The Respondent sees it differently. The reasons, he submits, are adequate to permit meaningful appellate review. The Judge was *not* required to itemize each piece of evidence he considered or to record every discrete finding of fact he made. The Judge’s reasons responded to the live issues in the case. Galway’s evidence contained no significant inconsistencies and the Judge was not required to consider alleged inadequacies in the investigation in resolving the adequacy of the prosecution’s proof.

(3) The governing principles

[73] The crux of this ground of appeal concerns the adequacy of the Judge’s reasons for accepting and relying

de lui de plus amples détails sur ce qu’il savait du contenu du RAP préliminaire. Il a d’abord prétendu détenir une copie du document préliminaire, puis s’est rétracté. Il n’a fourni sa dernière version, selon laquelle il avait trouvé une copie « toute froissée » dans une poubelle, que plus tard; elle semble en soi peu vraisemblable et elle ne concorde pas avec l’état du document qu’il a joint à son grief.

(2) Les arguments présentés en appel

[71] L’appelante conteste le caractère suffisant des motifs du juge relativement à son appréciation du témoignage de l’adjutant Galway. Les motifs, soutient-elle, ne relèvent pas les points faibles du témoignage de l’adjutant Galway et ne résolvent en rien les insuffisances de l’enquête qui a suivi les allégations de l’adjutant Galway. Aucune déclaration n’a été consignée et il n’existe aucun compte rendu des entrevues. Le juge n’a pas expliqué adéquatement son acceptation sans réserve du récit non corroboré qu’a fait l’adjutant Galway d’une série d’événements peu crédibles : un officier réputé pour son intégrité, qui n’entretenait aucune relation personnelle avec lui, aurait contrevenu à un ordre direct de son supérieur peu après l’avoir reçu. Les motifs, selon l’appelante, ne tiennent pas compte des véritables questions soulevées dans l’affaire et ne contiennent aucune analyse des principales incohérences et invraisemblances que contient le récit de l’adjutant Galway.

[72] L’avocat de l’intimée voit les choses différemment. Il avance que la décision est suffisamment motivée pour être révisée adéquatement en appel. Le juge n’était *pas* tenu de revoir en détail chaque élément de preuve qu’il avait pris en considération ou d’exposer chacune des conclusions de fait qu’il avait tirées. Les motifs du juge répondent, en l’espèce, aux questions en litige. Le témoignage de l’adjutant Galway ne contenait pas d’incohérences significatives et le juge n’était nullement tenu de tenir compte des insuffisances de l’enquête pour établir le caractère adéquat de la preuve de la poursuite.

(3) Les principes applicables

[73] L’essence de ce moyen d’appel porte sur la validité des motifs donnés par le juge pour accepter le

upon Galway's evidence in recording the convictions of the Appellant. Several principles govern my decision.

[74] First, it is essential that I consider the Judge's reasons on this issue as a whole to determine whether they are sufficient to permit adequate appellate review. I am disentitled to parse the individual linguistic components of the Judge's reasons, rather I am assigned the task of assessing their overall, common sense meaning: *Gagnon*, above, at paragraph 19.

[75] Second, deficiencies in a trial judge's credibility analysis, as expressed in the reasons for judgment, will rarely merit appellate intervention. Yet a failure to sufficiently articulate how credibility concerns have been resolved may constitute reviewable error: *Dinardo*, above, at paragraphs 26 and 27; *Braich*, above, at paragraph 23. The degree of detail required to explain credibility findings may also vary with the evidentiary record and the dynamics of the trial involved: *R.E.M.*, above, at paragraph 51.

[76] Third, what is required is that the reasons of the Judge, read as a whole in the context of the record and the submissions on the live issues in the case, demonstrate that the trial judge has seized the substance of the case: *R.E.M.*, at paragraph 43.

#### (4) The principles applied

[77] I would not give effect to this ground of appeal, although I do not wish to be taken as suggesting that the reasons represent the ideal.

[78] First, this was a simple case. For all practical purposes, the full burden of the prosecution's case fell on Galway. It was not, as in many instances where the first two steps of *W. (D.)* are engaged, a case of oath pitted against oath. The resolution of this case came down to findings of fact about Galway's credibility and the reliability of his evidence, and an assessment of whether that

témoignage de l'adjudant Galway et pour se fonder sur ce témoignage pour rendre un verdict de culpabilité à l'égard de l'appelante. Ma décision repose sur plusieurs principes.

[74] Premièrement, il est essentiel que je considère dans leur ensemble les motifs du juge sur ce point pour déterminer si la décision était suffisamment motivée pour être révisée adéquatement en appel. Il est exclu que je me livre à l'analyse des composantes linguistiques individuelles des motifs du juge, ma tâche étant plutôt de déterminer le sens général et ordinaire de ceux-ci : arrêt *Gagnon*, précité, au paragraphe 19.

[75] Deuxièmement, les lacunes de l'analyse de la crédibilité effectuée par le juge du procès, tel qu'il l'expose dans ses motifs, ne justifient que rarement l'intervention de la cour d'appel. Cependant, le défaut d'expliquer adéquatement comment il a résolu les questions de crédibilité peut constituer une erreur qui justifie l'annulation de la décision : arrêt *Dinardo*, précité, aux paragraphes 26 et 27; arrêt *Braich*, précité, au paragraphe 23. Le niveau de détail requis pour expliquer les conclusions relatives à la crédibilité peut aussi varier selon la preuve versée au dossier et la dynamique du procès : arrêt *R.E.M.*, précité, au paragraphe 51.

[76] Troisièmement, ce qui compte, c'est qu'il ressorte des motifs du juge, considérés dans leur ensemble, dans le contexte du dossier et des observations sur les questions en litige, que le juge a compris l'essentiel de l'affaire : arrêt *R.E.M.*, au paragraphe 43.

#### (4) Les principes appliqués

[77] Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel. Cependant, je ne voudrais pas que l'on en conclue que ces motifs sont des motifs idéaux.

[78] Premièrement, l'affaire est simple en l'espèce. Tout compte fait, c'est à l'adjudant Galway qu'incombe l'intégralité du fardeau de la poursuite. Il ne s'agissait pas, comme dans plusieurs instances où les deux premières étapes énoncées dans l'arrêt *W. (D.)* sont franchies, d'un témoignage opposé à un autre. La résolution de la présente instance revenait à tirer des conclusions

evidence met the stringent standard of proof required in a criminal case.

[79] Second, rarely will deficiencies in the analysis of the credibility of witnesses warrant appellate intervention, although a failure to articulate how credibility, and I would add, reliability concerns have been involved may constitute error: *Dinardo*, above, at paragraph 26; *Braich*, above, at paragraph 23.

[80] Third, despite the somewhat conclusory, even formulaic nature of portions of the reasons, I am not satisfied that the deficiencies rise to the level required to warrant my intervention. That said, it is worthy of reminder that reasons should explain how significant inconsistencies have been treated and concerns about reliability addressed and resolved.

[81] Fourth, I am satisfied from a review of the reasons as a whole, that the trial judge seized the substance of the case and appreciated the need for careful scrutiny of Galway's evidence. That he might have expressed himself better affords me no authority to interfere.

#### D. Ground #4: Unreasonable verdict

[82] The final ground of appeal alleges that the convictions are unreasonable and cannot be supported by the evidence. The evidentiary underpinnings upon which the convictions are founded have been canvassed in connection with the previous grounds of appeal and need not be repeated.

##### (1) The arguments on appeal

[83] The Appellant contends that the convictions are unreasonable. Galway's evidence, that the Appellant showed him the draft PER despite his warnings against doing so and disclosed his ranking at the Board, contrary to Major Flight's Order, is inherently improbable. His account is riddled with inconsistencies, incompatible with objective facts, and, self-evidently, fashioned of whole cloth.

de fait sur la crédibilité de l'adjudant Galway et sur la fiabilité de son témoignage et à déterminer si la preuve respectait rigoureusement la norme de preuve exigée dans une affaire criminelle.

[79] Deuxièmement, l'analyse de la crédibilité d'un témoin justifie rarement l'intervention de la cour d'appel, bien que le défaut d'expliquer adéquatement la façon de prendre en compte les questions de crédibilité et, j'ajouterais, de fiabilité, puisse constituer une erreur justifiant l'annulation de la décision : arrêt *Dinardo*, précité, au paragraphe 26; arrêt *Braich*, précité, au paragraphe 23.

[80] Troisièmement, malgré le caractère catégorique, voire stéréotypé, de certaines parties des motifs, je ne suis pas convaincu que les défauts soient suffisants pour justifier mon intervention. Cela dit, il convient de rappeler que les motifs devraient expliquer comment les incohérences importantes ont été traitées et les questions sur la fiabilité, prises en compte et dissipées.

[81] Quatrièmement, après avoir examiné les motifs dans leur ensemble, je suis convaincu que le juge du procès a compris l'essentiel de l'affaire et reconnu le besoin d'un examen rigoureux du témoignage de l'adjudant Galway. Le fait qu'il aurait pu mieux s'exprimer ne me confère aucun pouvoir d'intervention.

#### D. Quatrième moyen : Verdict déraisonnable

[82] Dans son dernier moyen d'appel, l'appelante allègue que les déclarations de culpabilité sont déraisonnables et ne s'appuient sur aucune preuve. J'ai déjà examiné, dans les moyens d'appel ci-dessus, les éléments probants sous-jacents sur lesquels le verdict est fondé, et il n'y a pas lieu de les répéter.

##### (1) Les arguments présentés en appel

[83] L'appelante soutient que le jugement est déraisonnable. Le témoignage de l'adjudant Galway, selon lequel l'appelante lui a montré le RAP préliminaire malgré qu'il l'eût avertie de ne pas le faire et lui a divulgué son classement au conseil, en contravention de l'ordre du major Flight, est fondamentalement invraisemblable. Son récit est criblé d'incohérences, incompatible avec les faits objectifs et, de toute évidence, fabriqué de toutes pièces.

[84] The Respondent takes a contrary position. Whether findings are reasonable requires an examination of the totality of the evidence adduced at trial. In this case, a relevant factor to consider in the assessment is the absence of any evidence contradictory of Galway's account. The Appellant, the only person who could have provided that evidence, did not testify. The Respondent points out further that the Appellant does not suggest that the verdict is unreasonable because the Judge reached it irrationally or illogically or misapprehended the evidence in coming to his conclusions.

(2) The governing principles

[85] Subparagraph 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, permits an appellate court to set aside a verdict on the ground that the verdict is unreasonable or that it cannot be supported by the evidence adduced at trial. This provision and the jurisprudence that interprets it controls my decision on this ground of appeal. Several principles emerge.

[86] First, a verdict is not unreasonable simply because we, individually or together, would have decided the case differently than did the Judge. The test or standard by which we are to adjudge whether the verdict is unreasonable is whether the verdict rendered is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered: *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381 [*Biniaris*], at paragraph 36; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at page 185; and *Corbett v. R.*, [1975] 2 S.C.R. 275, at page 282.

[87] Second, application of this statutory standard involves an assessment of the court martial record that is at once objective and subjective. A reviewing court must determine what verdict a reasonable jury, properly instructed, could reach and, in doing so, review, analyze and, within the limits of appellate disadvantage, reweigh the evidence properly admitted at trial: *Biniaris*, above, at paragraph 36.

[84] L'avocat de l'intimée fait valoir un argument contraire. Pour déterminer si les conclusions sont raisonnables, il faut examiner l'ensemble de la preuve présentée au procès. En l'espèce, un facteur pertinent à considérer dans l'évaluation est l'absence de toute preuve contredisant le récit de l'adjudant Galway. L'appelante est la seule personne qui aurait pu fournir cette preuve, et elle n'a pas témoigné. L'avocat de l'intimée fait observer en outre que l'appelant ne donne pas à entendre que le verdict est déraisonnable parce que le juge y est parvenu de manière irrationnelle ou illogique ou parce qu'il a mal interprété la preuve pour tirer ses conclusions.

(2) Les principes applicables

[85] Le sous-alinéa 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, autorise une cour d'appel à rejeter un verdict au motif que le verdict est déraisonnable ou qu'il ne peut pas s'appuyer sur la preuve présentée au procès. Cette disposition et la jurisprudence qui la concerne guideront ma décision sur ce moyen d'appel. Plusieurs principes nous guident.

[86] Premièrement, un verdict n'est pas déraisonnable simplement parce que nous, individuellement ou collectivement, aurions tranché l'affaire différemment de ce qu'a fait le juge. Le critère ou la norme par laquelle nous jugeons si un verdict est déraisonnable consiste à nous demander si le verdict est l'un de ceux qu'un jury, ayant reçu les directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire, aurait pu raisonnablement rendre : *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381 (*Biniaris*), au paragraphe 36; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, à la page 185; et *R. c. Corbett*, [1975] 2 R.C.S. 275, à la page 282.

[87] Deuxièmement, l'application de cette norme de contrôle prévue par la loi suppose une évaluation à la fois objective et subjective du dossier de la cour martiale. La norme oblige le tribunal de révision à déterminer quel verdict un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, aurait pu rendre et, ce faisant, à examiner, à analyser et, dans la mesure où il est possible de le faire compte tenu de la situation désavantageuse dans laquelle se trouve une cour d'appel, à réévaluer la preuve qui a été régulièrement admise au procès : arrêt *Biniaris*, précité, au paragraphe 36.

[88] Third, in cases like this tried by a judge sitting without a jury, a reviewing court may identify a flaw in the evaluation of the evidence or in the judge's analysis that will serve to explain the unreasonable conclusion and warrant reversal: *Biniaris*, at paragraph 37.

[89] Fourth, in a judge alone trial, a misapprehension about the substance of the evidence on a material issue essential to the judge's reasoning may result in an unreasonable verdict and require a new trial: *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732 (*Lohrer*), at paragraph 2; and *R. v. Sinclair*, 2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3 (*Sinclair*), at paragraph 3.

[90] Finally, a verdict in a trial before a judge sitting alone may also be unreasonable if the trial judge makes findings of fact essential to the verdict that are plainly contradicted by evidence relied upon for that purpose by the trial judge, or demonstrably incompatible with evidence that is not contradicted or rejected by the trial judge: *Sinclair*, above, at paragraphs 16 and 19; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190 (*Beaudry*), at paragraph 79.

### (3) The principles applied

[91] I will not accede to this ground of appeal for three reasons that I will develop briefly.

[92] First, it simply cannot be said that the trial record is barren of any evidence upon which a properly instructed trier of fact, acting judicially, could reasonably have found the Appellant's guilt proven. Despite credibility concerns about Galway and the reliability of his evidence, his testimony, on its own, could found a conviction of the disclosure offence and, together with the testimony of Bélanger, establish the essential elements of the other charges.

[93] Second, the Appellant has not pointed to any misapprehension of the substance of any evidence adduced at trial on a material issue that was essential to the Judge's

[88] Troisièmement, dans les cas comme celui en l'espèce où le jugement contesté est celui d'un juge seul siégeant sans jury, un tribunal de révision peut déceler une lacune dans l'évaluation de la preuve ou dans l'analyse qui servira à expliquer la conclusion déraisonnable qui a été tirée, et à justifier l'annulation : arrêt *Biniaris*, au paragraphe 37.

[89] Quatrièmement, dans un procès présidé par un juge siégeant seul, une interprétation erronée de l'essence de la preuve sur une question litigieuse, importante et essentielle au raisonnement du juge peut se traduire par un verdict déraisonnable et justifier un nouveau procès : *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732 (*Lohrer*), au paragraphe 2; *R. c. Sinclair*, 2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3 (*Sinclair*), au paragraphe 3.

[90] Enfin, un verdict dans un procès devant juge seul pourrait aussi être déraisonnable si le juge du procès tire une conclusion de fait essentielle au verdict qui est clairement contredite par la preuve qu'il invoque à l'appui, ou dont on peut démontrer qu'elle est incompatible avec une preuve qui n'est pas contredite ou rejetée par le juge du procès : arrêt *Sinclair*, précité, aux paragraphes 16 et 19; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190 (*Beaudry*), au paragraphe 79.

### (3) Les principes appliqués

[91] Je ne retiens pas ce motif d'appel pour trois raisons que j'exposerai brièvement.

[92] Premièrement, on ne peut tout simplement pas dire que le dossier du procès est dépourvu de preuves sur lesquelles un juge des faits ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière judiciaire pouvait raisonnablement conclure à la culpabilité de l'appelante. Malgré les préoccupations quant à la crédibilité de l'adjudant Galway et à la fiabilité de son témoignage, celui-ci pourrait à lui seul justifier une déclaration de culpabilité pour l'infraction de divulgation et, avec le témoignage de l'adjudant-maître Bélanger, établir les éléments essentiels des autres infractions.

[93] Deuxièmement, l'appelante n'a pas relevé d'interprétation erronée de l'essence de la preuve sur une question litigieuse importante qui était essentielle au

reasoning process on route to his finding of guilt. It follows that the conclusions of guilt cannot be considered unreasonable on this basis: *Lohrer*, above, at paragraph 2; *Sinclair*, above, at paragraph 3

[94] Third, the convictions are not unreasonable because any finding of fact essential to the verdicts is plainly contradicted by evidence relied upon by the Judge for that purpose, or demonstrably incompatible with uncontradicted evidence or evidence rejected by the Judge: *Sinclair*, above, at paragraphs 16 and 19; *Beaudry*, above, at paragraph 79.

#### IV. Conclusion

[95] The credibility of Galway and the reliability of his evidence was crucial to the Judge's conclusions of guilt. The manner in which the Judge approached both issues was seriously flawed. The reasons also come uncomfortably close to shifting the onus of proof and using the Appellant's failure to testify as an item of evidence supportive of the prosecution's case. In the result, it is my view that the convictions cannot stand.

[96] For these reasons, judgment was issued allowing the appeal, setting aside the convictions, and ordering a new trial on the charges of which the Appellant was convicted.

SANDRA J. SIMPSON J.A.: I concur.

RICHARD G. MOSLEY J.A.: I concur.

raisonnement du juge, et qui l'a mené à prononcer le verdict de culpabilité. Il s'ensuit que, sur cette base, le verdict de culpabilité ne peut être considéré comme étant déraisonnable : arrêt *Lohrer*, précité, au paragraphe 2; arrêt *Sinclair*, précité, au paragraphe 3.

[94] Troisièmement, les condamnations ne sont pas déraisonnables parce que le juge du procès a tiré une conclusion de fait essentielle au prononcé des verdicts et que cette conclusion est manifestement contredite par la preuve qu'il invoque à l'appui ou dont on pourrait démontrer qu'elle est incompatible avec une preuve qui n'est pas contredite par d'autres éléments de preuve ni rejetée par le juge : arrêt *Sinclair*, précité, aux paragraphes 16 et 19; arrêt *Beaudry*, précité, au paragraphe 79.

#### IV. Conclusion

[95] La crédibilité de l'adjudant Galway et la fiabilité de son témoignage étaient cruciales pour permettre au juge de conclure à la culpabilité de l'appelante. La démarche suivie par le juge sur ces deux questions comportait de graves lacunes. Les motifs s'approchent trop d'un déplacement du fardeau de preuve vers l'appelante et de la possibilité que le juge se soit servi du choix de l'appelante de ne pas témoigner comme élément étayant la preuve de la poursuite. En conséquence, je suis d'avis que les déclarations de culpabilité sont mal fondées.

[96] Pour ces motifs, la Cour accueille l'appel, annule les déclarations de culpabilités et ordonne la tenue d'un nouveau procès relatif aux accusations pour lesquelles l'appelante a été déclarée coupable.

SANDRA J. SIMPSON, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

RICHARD G. MOSLEY, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.