

R. v. Laflamme, 2014 CMAC 7

CMAC 565

Master Corporal Laflamme

Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

Heard: Ottawa, Ontario, March 14, 2014.

Judgment: Ottawa, Ontario, June 13, 2014.

Present: Cournoyer, Mainville and Gagne J.J.A.

Appeal from two interlocutory rulings of a Standing Court Martial at 8 Wing Trenton, Ontario, on June 10, 2013.

Credibility — The rule in Browne v. Dunn — The Military Judge erred by applying the rule in Browne v. Dunn after finding it would have no effect — Improper principles applied insofar as credibility of witnesses.

The appellant appeals his conviction on two counts of obstruction of a peace officer under section 130 of the *National Defence Act* and paragraph 129(a) of the *Criminal Code*. The charges stem from an incident involving military police officers conducting an impaired driving operation. The appellant's appeal is premised on the alleged inadequacy of the Military Judge's reasons, and application of the rule in *Browne v. Dunn*.

Held: Appeal allowed, verdict set aside, new trial ordered.

Military Judge contradicted his previous finding on the rule in *Brown v. Dunn* in his decision. Having previously found the effect of the rule would be neutral, he based a negative credibility finding on it. Although the error with respect to the rule in *Brown v. Dunn* is sufficient to allow the appeal, the prosecution also erred by not fulfilling its duty to make inquiries into the question of the participation of a third officer in the incident.

R. c. Laflamme, 2014 CACM 7

CMAC 565

Caporal-chef Laflamme

Appelant,

c.

Sa Majesté la Reine

intimée.

Audience : Ottawa (Ontario), le 14 mars 2014.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 13 juin 2014.

Devant : Les juges Cournoyer, Mainville et Gagné, J.C.A.

Appel de deux décisions interlocutoires rendues par une cour martiale permanente à la 8^e Escadre Trenton, en Ontario, le 10 juin 2013.

Crédibilité — Règle énoncée dans Browne v. Dunn — Le juge militaire a commis une erreur en appliquant la règle énoncée dans Browne v. Dunn après avoir conclu qu'elle n'avait aucun effet — Application de principes erronés quant à la crédibilité des témoins.

L'appelant interjette appel de deux accusations d'entrave au travail d'un agent de la paix en application de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* et de l'alinéa 129a) du *Code criminel*. Les accusations découlent d'un incident mettant en cause des policiers militaires qui menaient une opération visant à détecter les conducteurs avec facultés affaiblies. L'appel de l'appelant est fondé sur la prétendue insuffisance des motifs du juge militaire et l'application de la règle énoncée dans l'arrêt *Browne v. Dunn*.

Arrêt : L'appel est accueilli, le verdict est annulé et un nouveau procès est ordonné.

Dans sa décision, le juge militaire a contredit sa conclusion antérieure sur la règle énoncée dans l'arrêt *Browne v. Dunn*. Ayant précédemment conclu que l'effet de la règle serait neutre, il a fondé sur celle-ci une conclusion négative sur la crédibilité. Bien que l'erreur relative à la règle énoncée dans l'arrêt *Browne v. Dunn* soit suffisante pour accueillir l'appel, la poursuite a également commis une erreur en ne s'acquittant pas de son obligation de faire enquête sur la question de la participation d'un troisième agent à l'incident.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 129(a).
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 130, 238(1).

CASES CITED

Browne v. Dunn (1893), 6 R. 67 (UK HL); *Pointejour Salomon c. R.*, 2011 QCCA 771, 94 W.C.B. (2d) 795; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, 172 N.R. 1; *R. v. Braich*, 2002 SCC 27, [2002] 1 S.C.R. 903; *R. v. C. (H.)*, 2009 ONCA 56, 241 C.C.C. (3d) 45; *R. v. Clark*, 2012 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 646; *R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175, 186 N.R. 49; *R. v. D. (B.)*, 2011 ONCA 51, 266 C.C.C. (3d) 197; *R. v. D. (J.J.R.)* (2006), 215 C.C.C. (3d) 252, 218 O.A.C. 37 (leave to appeal to SCC refused, [2007] 1 S.C.R. x); *R. v. Dexter*, 2013 ONCA 744, 313 O.A.C. 226; *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788; *R. v. F.E.E.*, 2011 ONCA 783, 108 O.R. (3d) 337; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, 212 N.R. 83; *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621; *R. v. J.H.S.*, 2008 SCC 30, [2008] 2 S.C.R. 152; *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197; *R. v. J.W.*, 2014 ONCA 322, 316 O.A.C. 395; *R. v. Maharaj (Y.M.)* (2004), 186 C.C.C. (3d) 247, 187 O.A.C. 101 (leave to appeal to SCC refused, [2005] 1 S.C.R. xiv); *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. Rodriguez*, 2014 ABCA 190, 113 W.C.B. (2d) 761; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, 177 N.R. 81; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *R. v. Taylor*, 2012 NLCA 33, 288 C.C.C. (3d) 268; *R. v. Taylor*, 2013 SCC 10, [2013] 1 S.C.R. 465; *R. v. Vuradin*, 2013 SCC 38, [2013] 2 S.C.R. 639; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, 122 N.R. 277; *R. v. Wadforth*, 2009 ONCA 716, 247 C.C.C. (3d) 466; *R. v. Wright*, 2009 ONCA 623, 247 C.C.C. (3d) 1; *S.D. v. Criminal Injuries Compensation Board*, 2010 ONSC 2562, 262 O.A.C. 216.

AUTHORS CITED

Gershman, Bennett L. “Witness Coaching by Prosecutors” (2002), 23 *Cardozo Law Review* 829.
 MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2009.
 Mewett, Alan W. and Peter J. Sankoff. *Witnesses*, Vol. 1, loose-leaf, updated 2012. Toronto: Carswell, 1991.
 Ontario. Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin. *Report of the Kaufman Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin (Kaufman Report)*. Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 1998.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 129a).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 130, 238(1).

JURISPRUDENCE CITÉE

Browne v. Dunn (1893), 6 R. 67 (UK HL); *Pointejour Salomon c. R.*, 2011 QCCA 771, 94 W.C.B. (2d) 795; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, 172 N.R. 1; *R. c. Braich*, 2002 CSC 27, [2002] 1 R.C.S. 903; *R. v. C. (H.)*, 2009 ONCA 56, 241 C.C.C. (3d) 45; *R. c. Clark*, 2012 CACM 3, 7 C.A.C.M. 646; *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175, 186 N.R. 49; *R. v. D. (B.)*, 2011 ONCA 51, 266 C.C.C. (3d) 197; *R. v. D. (J.J.R.)* (2006), 215 C.C.C. (3d) 252, 218 O.A.C. 37 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, [2007] 1 R.C.S. x); *R. v. Dexter*, 2013 ONCA 744, 313 O.A.C. 226; *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788; *R. v. F.E.E.*, 2011 ONCA 783, 108 O.R. (3d) 337; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, 212 N.R. 83; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621; *R. c. J.H.S.*, 2008 CSC 30, [2008] 2 R.C.S. 152; *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197; *R. v. J.W.*, 2014 ONCA 322, 316 O.A.C. 395; *R. v. Maharaj (Y.M.)* (2004), 186 C.C.C. (3d) 247, 187 O.A.C. 101 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, [2005] 1 R.C.S. xiv); *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. v. Rodriguez*, 2014 ABCA 190, 113 W.C.B. (2d) 761; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, 177 N.R. 81; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *R. v. Taylor*, 2012 NLCA 33, 288 C.C.C. (3d) 268; *R. c. Taylor*, 2013 CSC 10, [2013] 1 R.C.S. 465; *R. c. Vuradin*, 2013 CSC 38, [2013] 2 R.C.S. 639; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, 122 N.R. 277; *R. v. Wadforth*, 2009 ONCA 716, 247 C.C.C. (3d) 466; *R. v. Wright*, 2009 ONCA 623, 247 C.C.C. (3d) 1; *S.D. v. Criminal Injuries Compensation Board*, 2010 ONSC 2562, 262 O.A.C. 216.

DOCTRINE CITÉE

Gershman, Bennett L. « Witness Coaching by Prosecutors » (2002), 23 *Cardozo Law Review* 829.
 MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 5^e éd. Toronto, Carswell, 2009.
 Mewett, Alan W. et Peter J. Sankoff. *Witnesses*, vol. 1, feuilles mobiles, mise à jour 2012. Toronto, Carswell, 1991.
 Ontario. Commission d’enquête sur les poursuites contre Guy Paul Morin. *Rapport de la Commission Kaufman sur les poursuites contre Guy Paul Morin (Rapport Kaufman)*. Toronto, Ministère du Procureur général de l’Ontario, 1998.

COUNSEL

Michel Drapeau, for the appellant.
Major Éric Carrier RMP, for the respondent.

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

COURNOYER J.A.:

I. Introduction

[1] The appellant is appealing from a decision dated June 18, 2013 (2013 CM 4012) by the Standing Court Martial (Military Judge Jean-Guy Perron), which declared him guilty of two charges brought under section 130 of the *National Defence Act* (R.S.C. 1985, c. N-5), namely, obstruction of a peace officer contrary to paragraph 129(a) of the *Criminal Code* (R.S.C. 1985, c. C-46) of Canada.

[2] The obstruction of two military police officers apparently occurred in the area surrounding the military base in Trenton, Ontario within the context of a policing operation to identify impaired drivers.

[3] The appellant argues two grounds of appeal: (1) the Military Judge did not provide adequate reasons to justify the rejection of the defence; (2) the Military Judge erred by rejecting testimony based on the rule set out in *Browne v. Dunn* ((1893), 6 R. 67 (UK HL)) although he had already determined that it did not apply.

II. Background

[4] The two grounds of appeal are raised in the context where the appellant testified that a third police officer was present at the location of the intervention that led to the obstruction charges brought against him, whereas the prosecution had stated that there had been only two police officers at the scene. That police officer purportedly helped his colleagues hold the appellant on the ground, was apparently aggressive towards him and allegedly insulted him several times because the appellant was speaking French. A witness, Mr. Vivian, partially corroborated the appellant's testimony.

AVOCATS

Michel Drapeau, pour l'appellant.
Major Éric Carrier PMR, pour l'intimée.

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

LE JUGE COURNOYER, J.C.A. :

I. Introduction

[1] L'appellant se pourvoit à l'encontre d'une décision rendue le 18 juin 2013 (2013 CM 4012) par la Cour martiale permanente (le juge militaire Jean-Guy Perron) qui le déclare coupable de deux chefs d'accusation déposés en vertu de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* (L.R.C. 1985, ch. N-5), soit d'avoir entravé le travail d'un agent de la paix contrairement à l'alinéa 129a) du *Code criminel* (L.R.C. 1985, ch. C-46) du Canada.

[2] L'entrave au travail de deux policiers militaires aurait eu lieu aux approches de la base militaire de Trenton en Ontario dans le cadre d'une opération policière visant à détecter les conducteurs au volant de leur véhicule avec les facultés affaiblies.

[3] L'appellant fait valoir deux moyens d'appel : 1) le juge militaire n'a pas fourni de motifs suffisants pour justifier le rejet de la défense; 2) le juge militaire a commis une erreur en rejetant un témoignage en se fondant sur la règle énoncée dans l'arrêt *Browne v. Dunn* ((1893), 6 R. 67 (UK HL)) alors qu'il avait décidé qu'elle ne s'appliquait pas.

II. Le contexte

[4] Les deux moyens d'appel se soulèvent dans le contexte où l'appellant a témoigné qu'un troisième policier militaire aurait été présent sur les lieux de l'intervention menant aux accusations d'entrave portées contre lui, alors que la poursuite n'avait fait mention que de la présence de deux policiers sur les lieux. Ce policier aurait aidé ses collègues à maintenir l'appellant au sol, aurait été agressif envers lui et l'aurait injurié à plusieurs reprises parce que l'appellant parlait français. Un témoin, M. Vivian, a corroboré en partie le témoignage de l'appellant.

[5] The content of the testimony submitted by the defence raises the issue of the use of excessive force to restrain the appellant.

[6] That evidence was such that it would lead to an acquittal if it was believed or if it raised a reasonable doubt in the mind of the Military Judge because, as correctly noted in the respondent's memorandum, [TRANSLATION] "it would be difficult for the Military Judge to grant credibility to police officers who provided inconsistent testimony in respect of the personnel present".

[7] Furthermore, the respondent concedes that, if that were the case, the police officers would have thus omitted significant facts in their testimony, even proof of criminal conduct by the third police officer, and that it would consequently be difficult [TRANSLATION] "to give them sufficient credence to support a conviction". That doubt is likely to arise with respect to the two charges without distinction because it is the honesty of the police officers that is called into question.

[8] Having described the general context, I now propose to refer briefly to the facts and reproduce the trial judge's findings on the two charges. I will then examine the principles of law involved and describe the Military Judge's decisions on the application of the rule set out in *Browne v. Dunn*, above. It will then be possible to apply the relevant principles of law.

[9] In my opinion, doing this will clearly show why it is necessary to order a new trial. Essentially, the Military Judge could not decide to not apply the rule set out in *Browne v. Dunn* and then apply it in his judgment when assessing the credibility of the witnesses. In doing so, it is no longer possible to explain the verdict or to determine whether the principle of reasonable doubt was applied correctly.

III. Relevant provisions

[10] For ease of understanding, I reproduce the applicable provisions in this case, that is, paragraph 130(1)(a) of the *National Defence Act* and paragraph 129(a) of the *Criminal Code*.

[5] La teneur des témoignages rendus en défense soulève la question de l'utilisation d'une force excessive pour maîtriser l'appelant.

[6] Cette preuve était de nature à conduire à l'acquiescement si elle était crue ou si elle soulevait un doute raisonnable dans l'esprit du juge militaire, car comme le souligne avec justesse l'intimée dans son mémoire, « le juge militaire pouvait difficilement accorder de la crédibilité aux policiers ayant témoigné de manière incompatible en ce qui concerne le personnel présent ».

[7] De plus, l'intimée admet avec raison que si tel était le cas, les policiers auraient ainsi omis dans leur témoignage des faits significatifs, voire la preuve d'une conduite criminelle de la part de ce troisième policier, et qu'il serait conséquemment difficile « de leur conférer une crédibilité suffisante pour justifier une condamnation ». Ce doute est susceptible de se soulever à l'égard des deux chefs d'accusation sans distinction, puisque c'est l'honnêteté des policiers qui est mise en doute.

[8] Le contexte général ayant été décrit, je me propose maintenant de référer brièvement aux faits et de reproduire les conclusions du juge d'instance à l'égard de sa conclusion au sujet des deux chefs d'accusations. J'examinerai ensuite les principes de droit en cause et décrirai les décisions du juge militaire au sujet de l'application de la règle de *Browne v. Dunn*, précité. Il sera alors possible d'appliquer les principes de droit pertinents.

[9] À mon avis, cela fera ressortir clairement pourquoi il est nécessaire d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Essentiellement, le juge militaire ne pouvait à la fois décider qu'il n'appliquerait pas la règle de *Browne v. Dunn* et ensuite l'appliquer dans son jugement lors de l'évaluation de la crédibilité des témoins. Ce faisant, il n'est plus possible d'expliquer le verdict, non plus que de déterminer si le principe du doute raisonnable a été appliqué correctement.

III. Les dispositions pertinentes

[10] Pour faciliter la compréhension, je reproduis les dispositions trouvant application en l'espèce, soit le paragraphe 130(1)a) de la *Loi sur la défense nationale* et le paragraphe 129a) du *Code criminel*.

Service trial of civil offences

Procès militaire pour infractions civiles

130. (1) An act or omission

130. (1) Constitue une infraction à la présente section tout acte ou omission :

(a) that takes place in Canada and is punishable under Part VII, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament, or

a) survenu au Canada et punissable sous le régime de la partie VII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale;

...

[...]

Offences relating to public or peace officer

Infractions relatives aux agents de la paix

129. Every one who

129. Quiconque, selon le cas :

(a) resists or wilfully obstructs a public officer or peace officer in the execution of his duty or any person lawfully acting in aid of such an officer,

a) volontairement entrave un fonctionnaire public ou un agent de la paix dans l'exécution de ses fonctions ou toute personne prêtant légalement main-forte à un tel fonctionnaire ou agent, ou lui résiste en pareil cas;

...

[...]

is guilty of

est coupable :

(d) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years, or

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

(e) an offence punishable on summary conviction.

e) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

IV. The facts

IV. Les faits

[11] The circumstances that gave rise to the charges against the appellant are described as follows by the Military Judge:

[11] Les circonstances ayant donné lieu aux accusations portées contre l'appelant sont décrites ainsi par le juge militaire :

[12] The evidence clearly indicates that Master Corporal Laflamme was driving his car at around 1 a.m. on February 5, 2012, when he was leaving the corporals' and privates' mess of the 8th Squadron and that he was heading for the base exit. The military police section of the squadron was conducting a RIDE (Reduce Impaired Driving Everywhere) operation on Anson Street, leading to the base exit to identify impaired drivers. This RIDE operation was planned because there was a special event at the corporals' and privates' mess in the evening of February 4, i.e. the viewing of UFC fights. This operation began around 11:30 p.m. on February 4. Corporals Ryan and Bains conducted this RIDE operation. All the events of this case took place at a defence facility.

[12] La preuve indique clairement que le caporal-chef Laflamme conduisait son automobile vers une heure le 5 février 2012 alors qu'il quittait le mess des caporaux et soldats de la 8e Escadre et qu'il se dirigeait vers la sortie de la base. La section de police militaire de l'escadre effectuait une opération RIDE (Reduce Impaired Driving Everywhere) sur la rue Anson menant à la sortie de la base pour ainsi déceler les conducteurs avec facultés affaiblies. Cette opération RIDE avait été planifiée car il y avait une soirée spéciale au mess des caporaux et soldats au cours de la soirée du 4 février, soit le visionnement de combats UFC. Cette opération débuta vers 23 h 30 le 4 février. Les caporaux Ryan et Bains effectuaient cette opération RIDE. Tous les événements de cette cause ont eu lieu sur un établissement de la défense.

V. Trial judgment

[12] The Military Judge found the appellant guilty of obstructing two military police officers.

A. *First charge*

[13] The Military Judge stated the following with respect to the first charge:

[44] Master Corporal Laflamme showed his driver's licence to Corporal Ryan but he did not give it to her. It is not very important whether Corporal Ryan asked him to show or give her his driver's licence. Given the facts of our case, i.e. a police officer signalling twice with a flashlight to a driver at around 1 a.m. on a Canadian Forces base while a police car with its beacon lights on blocked the road leading to the base exit, common sense is that a person should stop and give the police officer his or her driver's license when he or she asks to see it. The term "produce" does not simply mean to show one's licence, but to produce it, i.e. to present it on request. Master Corporal Laflamme did not do this. Corporal Ryan was not able to identify him at that time. The fact of not giving his licence impeded Corporal Ryan's work and made it more difficult.

[14] The Military Judge rejected the appellant's testimony as follows:

[58] Master Corporal Laflamme testified that he had not understood that Corporal Ryan was motioning to him to stop. Further, Mr. Vivian and the other stopped driver close to Corporal Ryan seemed to not have had any difficulty in understanding that they had to stop. Master Corporal Laflamme stated that he always co-operated with the police. Moreover, his testimony shows very little co-operation with Corporal Ryan.

[59] Master Corporal Laflamme testified that he saw a patrol car with its beacon lights lit, blocking the road close to the base exit, that a police officer lit his car with a flashlight and that he understood that he should turn in the direction of the police officer but he did not understand that all this meant that he had to stop in the parking lot like the car stopped close to the police officer.

[60] Master Corporal Laflamme only offered excuses to explain why he did not stop and he did not give his licence

V. Le jugement d'instance

[12] Le juge militaire a trouvé l'appelant coupable d'avoir entravé le travail des deux policiers militaires.

A. *Premier chef d'accusation*

[13] Le juge militaire s'exprime ainsi à l'égard du premier chef d'accusation :

[44] Le caporal-chef Laflamme a montré son permis de conduire au caporal Ryan mais il ne lui a pas donné. Il est peu important que la caporale Ryan lui ait demandé de lui montrer ou de lui donner son permis de conduire. Compte tenu des faits de notre cause, soit de se faire signaler avec une lampe de poche à deux reprises par une policière vers une heure du matin sur une base des Forces canadiennes alors qu'une auto de police avec ses gyrophares allumés bloque la route menant à la sortie de la base, le simple bon sens veut qu'une personne s'arrête et donne à la policière son permis de conduire quand celle-ci lui demande de le voir. Le terme exhiber ne signifie pas simplement montrer son permis mais bien de le produire, c'est-à-dire le présenter sur demande. Le caporal-chef Laflamme ne l'a pas fait. La caporale Ryan n'a pas pu l'identifier à ce moment. Le fait de ne pas donner son permis a nuit et rendu plus difficile le travail du caporal Ryan.

[14] Le juge militaire rejette le témoignage de l'appelant en ces termes :

[58] Le caporal-chef Laflamme témoigna qu'il n'avait pas compris que la caporale Ryan lui indiquait de s'arrêter. Par ailleurs, monsieur Vivian ainsi que l'autre automobiliste immobilisé près du caporal Ryan ne semblaient pas avoir eu de difficulté à comprendre qu'il fallait s'arrêter. Le caporal-chef Laflamme dit avoir toujours coopéré avec la police. Par ailleurs son témoignage démontre très peu de coopération avec la caporale Ryan.

[59] Le caporal-chef Laflamme témoigne qu'il voit une auto de patrouille avec ses gyrophares allumés qui bloque la route vers la sortie de la base, qu'une policière illumine son auto avec une lampe de poche et qu'il comprend qu'il doit tourner dans la direction de la policière mais il ne comprend pas que tout cela signifie qu'il doit s'immobiliser dans le stationnement tout comme l'auto immobilisée près de la policière.

[60] Le caporal-chef Laflamme n'offre que des excuses pour expliquer pourquoi il ne s'est pas arrêté et il n'a pas

to Corporal Ryan. His testimony regarding his conduct, the interpretation of Corporal Ryan's actions and words and the situation in general is improbable and makes no sense.

[61] Master Corporal Laflamme is not a credible witness. The court concluded that the evidence proves beyond any reasonable doubt that Master Corporal Laflamme voluntarily refused to stop his car and identify himself by not giving his driver's licence to Corporal Ryan. The court thus finds that the evidence proves beyond any reasonable doubt that Master Corporal Laflamme obstructed the work of Corporal Ryan.

B. *Second charge*

[15] Regarding the second charge, the Military Judge arrived at the following conclusion:

[62] The court will now concentrate on the second charge. Did Master Corporal Laflamme obstruct the work of Corporal Bains? The prosecutor argues that the obstruction is composed of one or more of the following acts: not exiting the car, not giving his driver's licence so that Corporal Bains could identify him and resisting arrest at the time that he was handcuffed.

[63] Master Corporal Laflamme testified that on Corporal Bains's arrival at his car, Corporal Bains asked to see his licence in a calm voice. Master Corporal Laflamme showed him as he had done with Corporal Ryan. Corporal Bains pointed his flashlight on the licence to see it and apparently came closer. There was very little light in this location. Corporal Bains then allegedly asked him to give him his licence and his wallet in a hysterical and aggressive tone and he gave them to him. Corporal Bains asked a commissionaire to translate that Master Corporal Laflamme was under arrest for drunk driving, trying to avoid a RIDE program and for not co-operating with police. Corporal Bains then asked him to get out of the car and he got out immediately. Corporal Bains told him to turn to face his car and Corporal Bains searched him. Following this, Corporal Bains asked him to put his left hand behind him to put handcuffs on him. When he tried to put his right hand behind him, he had trouble because his arm was not flexible and his arm tensed. He turned his head to talk to Corporal Bains. It was at this moment that he was put face-down on the ground.

donné son permis au caporal Ryan. Son témoignage sur son comportement, l'interprétation des gestes et des mots du caporal Ryan ainsi que de la situation en général est invraisemblable et n'a aucun bon sens.

[61] Le caporal-chef Laflamme n'est pas un témoin crédible. La cour en conclut que la preuve prouve hors de tout doute raisonnable que le caporal-chef Laflamme a volontairement refusé d'immobiliser son automobile et de s'identifier en ne donnant pas son permis de conduire au caporal Ryan. La cour en conclut que la preuve prouve hors de tout doute raisonnable que le caporal-chef Laflamme a entravé le travail du caporal Ryan.

B. *Deuxième chef d'accusation*

[15] À l'égard du deuxième chef d'accusation, le juge militaire formule sa conclusion de la façon suivante :

[62] La cour va maintenant se concentrer sur la deuxième accusation. Est-ce que le caporal-chef Laflamme a entravé le travail du caporal Bains? Le procureur argumente que l'entrave est composée d'une ou des actes suivants : de ne pas sortir de l'auto, de ne pas avoir donné son permis de conduire de façon à ce que le caporal Bains puisse l'identifier et de résister à l'arrestation au moment où on lui a mis les menottes aux poignets.

[63] Le caporal-chef Laflamme témoigna qu'à son arrivée à l'auto du caporal-chef Laflamme, le caporal Bains lui demanda de voir son permis d'un ton calme. Le caporal-chef Laflamme lui montra tout comme il l'avait fait avec la caporale Ryan. Le caporal Bains pointa sa lampe de poche sur le permis pour le voir et se serait approché. Il y avait peu de lumière à cet endroit. Le caporal Bains lui aurait alors demandé de lui donner son permis et son porte-monnaie d'un ton hystérique et agressif et il les lui aurait donnés. Le caporal Bains aurait demandé à un commissionaire de traduire que le caporal-chef Laflamme était sous arrestation pour conduite en état d'ébriété, d'avoir essayé d'éviter un programme RIDE et de ne pas coopérer avec la police. Le caporal Bains lui aurait ensuite demandé de sortir de l'automobile et il serait sorti immédiatement. Le caporal Bains lui dit de se tourner pour faire face à son auto et le caporal Bains le fouilla. Suite à cela, le caporal Bains lui demanda de mettre sa main gauche derrière lui pour lui placer les menottes. Le caporal-chef Laflamme lui donna sa main gauche. Alors qu'il essayait de placer sa main droite derrière lui, il eut de la difficulté car son bras n'était pas flexible et son bras s'est raidi. Il se tourna la tête pour parler au caporal Bains. C'est à ce moment qu'il fut placé au sol avec le visage faisant face au sol.

[64] Corporal Bains testified that he came on the scene after Corporal Ryan had called him. He identified himself to Master Corporal Laflamme and asked him to get out of his vehicle. Master Corporal Laflamme asked him why. He asked him again to get out of his vehicle about three other times and Master Corporal Laflamme answered no and why. Master Corporal Laflamme got out of his vehicle. Corporal Bains asked Master Corporal Laflamme to give him a piece of identification. Master Corporal Laflamme answered why. Corporal Bains asked three or four times before Master Corporal Laflamme took out his ID card from his wallet to show it to him. Bains tried to take the card but Master Corporal Laflamme placed it behind his back. Corporal Bains contacted the dispatcher so that he could inform Master Corporal Laflamme in French that he would be put under arrest because he had not identified himself.

[65] Corporal Bains took Master Corporal Laflamme's wallet and gave it to Corporal Ryan. He asked Master Corporal Laflamme to turn toward his car and place his hands on the vehicle, which Master Corporal Laflamme did. He asked Master Corporal Laflamme to place his hands behind his back so that he could put the handcuffs on him but Master Corporal Laflamme resisted by keeping his arms tense and pushing back from the vehicle in Corporal Bains's direction. Master Corporal Laflamme turned around and faced Corporal Bains and seemed angry. Corporal Ryan's testimony on these events was similar.

[66] During his cross-examination, Master Corporal Laflamme testified that he had not gotten out of his car when Corporal Ryan had asked him at the time of his first contact with her. He asked her why she was asking him to do this and she answered because he had not stopped for the RIDE program.

[67] Master Corporal Laflamme and Mr. Vivian told the court that another male police officer was present during the arrest of Master Corporal Laflamme. Corporal Ryan and Bains testified that they were the only police officers on the scene. It appears that Mr. Vivian, wanting to inform his chain of command that he had observed troubling events the night of February 5, had spoken about this briefly with Master Corporal Laflamme in the days following. Master Corporal Laflamme apparently told him not to speak to him about it, but to speak to his lawyer in the near future. Mr. Vivian therefore made no complaint or any official statement. The court has difficulty in understanding why Master Corporal Laflamme did not tell Mr. Vivian to give an official statement when he learned that a witness could describe how he was

[64] Le caporal Bains témoigna qu'il s'est présenté sur scène après que la caporale Ryan l'avait appelé. Il se présenta au caporal-chef Laflamme et lui demanda de sortir de son véhicule. Le caporal-chef Laflamme lui demanda pourquoi. Il lui demanda encore de sortir de son véhicule environ trois autres fois et le caporal-chef Laflamme répondait non et pourquoi. Le caporal-chef Laflamme sorti de son véhicule. Le caporal Bains demanda au caporal-chef Laflamme de lui donner une pièce d'identité. Le caporal-chef Laflamme répondit pourquoi. Caporal Bains demanda trois ou quatre fois avant que le caporal-chef Laflamme ne sorte sa carte d'identité de son porte-monnaie pour lui montrer. Bains essaya de prendre la carte mais le caporal-chef Laflamme la plaça derrière son dos. Le caporal Bains contacta le répartiteur pour que celui-ci informe le caporal-chef Laflamme en français qu'il serait placé sous arrestation parce qu'il ne s'était pas identifié.

[65] Le caporal Bains a pris le porte-monnaie du caporal-chef Laflamme et le donna au caporal Ryan. Il demanda au caporal-chef Laflamme de se retourner vers son auto de placer ses mains sur le véhicule ce que fit le caporal-chef Laflamme. Il demanda au caporal-chef Laflamme de placer ses mains derrière son dos pour qu'il puisse lui placer les menottes mais le caporal-chef Laflamme résista en gardant ses bras rigides et en se repoussant du véhicule en direction du caporal Bains. Le caporal-chef Laflamme se retourna et fit face au caporal Bains et il semblait en colère. La caporale Ryan témoigna aussi sur ces événements de façon similaire.

[66] Au cours de son contre-interrogatoire, le caporal-chef Laflamme témoigna qu'il n'avait pas descendu de sa voiture quand la caporale Ryan lui avait demandé au moment de son premier contact avec elle. Il lui demanda pourquoi elle lui demandait ceci et elle lui avait répondu parce qu'il n'avait pas arrêté au programme RIDE.

[67] Le caporal-chef Laflamme et monsieur Vivian ont indiqué à la cour qu'un autre policier mâle était présent lors de l'arrestation du caporal-chef Laflamme. Les caporaux Ryan et Bains ont témoigné qu'ils étaient les seuls policiers sur la scène. Il appert que monsieur Vivian, voulant informer sa chaîne de commandement qu'il avait observé des événements troublants la nuit du 5 février, avait donc parlé brièvement de ceci avec le caporal-chef Laflamme dans les jours suivants. Le caporal-chef Laflamme lui aurait dit de ne pas lui en parler mais d'en parler à son avocat dans un futur rapproché. Monsieur Vivian n'a donc fait aucune plainte ou aucune déclaration officielle. La cour a bien du mal à comprendre pourquoi le caporal-chef Laflamme n'a pas indiqué à monsieur Vivian de donner une déclaration officielle quant il apprit qu'un témoin pouvait décrire

allegedly mistreated by the police officers. The court does not believe this evidence.

[68] Given the decision of the court on the application of the rule in *Browne v. Dunn*, the court gives little weight to this testimony. The court considers that Corporals Ryan and Bains are credible.

[69] This is a situation caused by the attitude and conduct of Master Corporal Laflamme. The sequence of events started when Master Corporal Laflamme decided not to stop in the parking lot. By refusing to give his driver's licence to Corporal Ryan as she had asked, he was causing increased tension. He testified that [translation] "the more that Corporal Bains yelled, the more time I took to turn around".

[70] Although Corporal Bains repeated his order three times, Master Corporal Laflamme came out of his car. The court found that the evidence accepted by the court prove beyond a reasonable doubt that Master Corporal Laflamme did not give his driver's licence in a way that would allow Corporal Bains to identify him and that he resisted arrest. [Emphasis added.]

VI. Applicable principles

A. *Reasons for judgment*

[16] The principles in respect of the reasons for judgment, the burden and the standard of proof are well known. The judge must explain why he is rejecting testimony. This proposition is not a matter of controversy (*R. v. D. (J.J.R.)* (2006), 215 C.C.C. (3d) 252, at paragraphs 34 to 39 (ON CA) (leave to appeal to SCC refused, [2007] 1 S.C.R. x). Justice Charron referred to that decision approvingly in *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788, at paragraph 25). The judge must provide reasons for the judgment and not simply his or her conclusion (*R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at paragraph 32; *R. v. Maharaj (Y.M.)* (2004), 186 C.C.C. (3d) 247, at paragraph 23 (ON CA) (leave to appeal to SCC refused, [2005] 1 S.C.R. xiv)) because "the accused is entitled to know why the trial judge is left with no reasonable doubt" (*R. v. Dinardo*, above, at paragraph 26; *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621).

[17] The judge must explain the basis of his or her decision because a failure "to sufficiently articulate how

comment il aurait été malmené par les policiers. La cour ne croit pas cette preuve.

[68] Compte tenu de la décision de la cour quant à l'application de la règle *Browne vs Dunn*, la cour ne donne peu de poids à ce témoignage. La cour considère que les caporaux Ryan et Bains sont crédibles.

[69] Il s'agit d'une situation causée par l'attitude et le comportement du caporal-chef Laflamme. La séquence d'évènements débuta quand le caporal-chef Laflamme décida de ne pas s'arrêter dans le stationnement. En refusant de donner son permis de conduire au caporal Ryan telle qu'elle le demandait, il faisait augmenter la tension. Il témoigna que « plus que le caporal Bains gueulait, plus je prenais mon temps pour me tourner »

[70] Bien que le caporal Bains ait répété son ordre trois fois, le caporal-chef Laflamme a sorti de son auto. La cour en conclut que la preuve acceptée par la cour prouve hors de tout doute raisonnable que le caporal-chef Laflamme n'a pas donné son permis de conduire de façon à ce que le caporal Bains puisse l'identifier et qu'il a résisté à son arrestation. [Je souligne.]

VI. Les principes applicables

A. *La motivation du jugement*

[16] Les principes à l'égard de la motivation d'un jugement, du fardeau et de la norme de preuve sont bien connus. Le juge doit expliquer pourquoi il rejette un témoignage. Cette proposition n'est pas sujette à controverse (*R. v. D. (J.J.R.)* (2006), 215 C.C.C. (3^d) 252, aux paragraphes 34 à 39 (ON CA) (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, [2007] 1 R.C.S. x). La juge Charron réfère à cette décision avec approbation dans *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788, au paragraphe 25). Le juge doit énoncer les motifs du jugement et non simplement sa conclusion (*R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, au paragraphe 32; *R. v. Maharaj (Y.M.)* (2004), 186 C.C.C. (3^d) 247, au paragraphe 23 (ON CA) (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, [2005] 1 R.C.S. xiv)), car « l'accusé est en droit de savoir pourquoi le juge du procès écarte le doute raisonnable » (*R. c. Dinardo*, précité, au paragraphe 26; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621).

[17] Le juge doit expliquer les fondements de sa décision car son défaut « d'expliquer adéquatement comment

credibility concerns were resolved may constitute reversible error” (*R. v. Dinardo*, above, at paragraph 26. See also *R. v. Braich*, 2002 SCC 27, [2002] 1 S.C.R. 903, at paragraph 23). That is particularly crucial when the trial judge must resolve confused and contradictory evidence on a key issue (*R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at paragraph 55; *R. v. Dinardo*, above, at paragraph 27; *R. v. Wadforth*, 2009 ONCA 716, at paragraph 65).

[18] Furthermore, in this case, “a trial judge’s failure to explain why he rejected an accused’s plausible denial of the charges does not mean the reasons are deficient as long as the reasons generally demonstrate that, where the [police officers’] evidence and the [appellant’s] evidence conflicted, the trial judge accepted the [police officers’] evidence. No further explanation for rejecting the accused’s evidence is required as the convictions themselves raise a reasonable inference that the accused’s denial failed to raise a reasonable doubt” (*R. v. Vuradin*, 2013 SCC 38, [2013] 2 S.C.R. 639, at paragraph 13). I will determine in my conclusion whether that is the case.

[19] That said, it must however be noted that a court of appeal will examine the sufficiency of reasons using a functional test.

[20] The scope of that test set out by the Supreme Court of Canada in *R. v. Sheppard* (above) is summarized as follows by Justice Charron in *R. v. Dinardo* (above, at paragraph 25):

Sheppard instructs appeal courts to adopt a functional approach to reviewing the sufficiency of reasons (para. 55). The inquiry should not be conducted in the abstract, but should be directed at whether the reasons respond to the case’s live issues, having regard to the evidence as a whole and the submissions of counsel (*R. v. D. (J.J.R.)* (2006), 215 C.C.C. (3d) 252 (Ont. C.A.), at para. 32). An appeal based on insufficient reasons will only be allowed where the trial judge’s reasons are so deficient that they foreclose meaningful appellate review: *Sheppard*, at para. 25.

[21] Ultimately, if the deficiencies in the judge’s reasons do not foreclose meaningful appellate review and

il a résolu les questions de crédibilité peut constituer une erreur justifiant l’annulation de la décision » (*R. c. Dinardo*, précité, au paragraphe 26. Voir aussi *R. c. Braich*, 2002 CSC 27, [2002] 1 R.C.S. 903, au paragraphe 23). Cela est particulièrement crucial lorsque le juge d’instance doit démêler des éléments de preuve embrouillés et contradictoires sur une question clé (*R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, au paragraphe 55; *R. c. Dinardo*, précité, au paragraphe 27; *R. v. Wadforth*, 2009 ONCA 716, au paragraphe 65).

[18] Par ailleurs, en l’espèce, « l’omission du juge du procès d’expliquer pourquoi il a écarté une dénégation plausible des accusations par l’accusé ne rend pas les motifs déficients, pourvu que ceux-ci démontrent, de façon générale, que lorsque les témoignages [des policiers] et de [l’appelant] se contredisaient, il a retenu celui [des policiers]. Aucun autre motif n’est nécessaire pour justifier le rejet du témoignage de l’accusé puisque les déclarations de culpabilité elles-mêmes permettent d’inférer raisonnablement que l’accusé n’a pas réussi à soulever un doute raisonnable en niant les accusations » (*R. c. Vuradin*, 2013 CSC 38, [2013] 2 R.C.S. 639, au paragraphe 13). Je déterminerai en conclusion si tel est le cas.

[19] Cela dit, il faut cependant se rappeler qu’une cour d’appel examinera la suffisance de la motivation à partir d’un critère fonctionnel.

[20] La portée de ce critère énoncé par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Sheppard* (précité) est ainsi résumée par la juge Charron dans *R. c. Dinardo* (précité, au paragraphe 25) :

L’arrêt *Sheppard* commande aux juridictions d’appel d’appliquer un critère fonctionnel pour déterminer si une décision est suffisamment motivée (par. 55). Il ne s’agit pas de se livrer à un exercice abstrait, mais de se demander si les motifs répondent bien aux questions en litige, compte tenu de l’ensemble de la preuve et des observations des avocats (*R. v. D. (J.J.R.)* (2006), 215 C.C.C. (3d) 252 (C.A. Ont.), par. 32). Un appel fondé sur l’insuffisance des motifs ne sera accueilli que si les lacunes des motifs exprimés par le juge du procès font obstacle à un examen valable en appel : *Sheppard*, par. 25.

[21] En définitive, si les lacunes dans les motifs énoncés par le juge ne font pas obstacle à un examen véritable

the verdict can be explained, there is no need to order a new trial.

[22] Alternatively, the appellant also argues that the standard and burden of proof were not correctly applied by the Military Judge.

B. *Assessing the credibility and reliability of witnesses*

[23] In *R. v. Clark* (2012 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 646), our colleague Justice Watt summarized the relevant principles for assessing the credibility and reliability of witnesses:

[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, 243 CCC (3d) 230, at para 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: *Aguilera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 507, at para 39; *R.K.L. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 116, at paras 9-11.

[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.

[24] There is also a need to make the distinction between the concept of the credibility of a witness and the concept of the reliability of a witness. Justice Watt provided the following distinction in *R. v. C. (H.)* (2009

en appel et que le verdict peut s’expliquer, il n’y aura pas lieu d’ordonner un nouveau procès.

[22] L’appelant fait également valoir de façon subsidiaire que la norme et le fardeau de la preuve n’ont pas été correctement appliqués par le juge militaire.

B. *L’évaluation de la crédibilité et de la fiabilité des témoins*

[23] Dans l’arrêt *R. c. Clark* (2012 CACM 3, 7 C.A.C.M. 646), notre collègue le juge Watt résume les principes pertinents à l’évaluation de la crédibilité et de la fiabilité des témoins :

[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. c. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 CCC (3d) 230, au paragraphe 32.

[41] Deuxièmement, le juge des faits n’est pas nécessairement 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 sens commun et la rationalité pour rejeter tout élément de preuve non contredit : *Aguilera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 507, au paragraphe 39; *R.K.L. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CFPI 116, 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.

[24] Il y a également lieu de faire la distinction entre les concepts de crédibilité et de fiabilité du témoin. Le juge Watt énonce ainsi ces distinctions dans *R. v. C. (H.)* (2009 ONCA 56, au paragraphe 41. Voir aussi *Pointejour*

ONCA 56, at paragraph 41. See also *Pointejour Salomon v. R.*, 2011 QCCA 771, at paragraphs 40 and 41):

Credibility and reliability are different. Credibility has to do with a witness's veracity, reliability with the accuracy of the witness's testimony. Accuracy engages consideration of the witness's ability to accurately

- i. observe;
- ii. recall; and
- iii. recount

events in issue. Any witness whose evidence on an issue is not credible cannot give reliable evidence on the same point. Credibility, on the other hand, is not a proxy for reliability: a credible witness may give unreliable evidence: *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514, at 526 (C.A.). [Emphasis added.]

[25] The Divisional Court of the Ontario Superior Court provided the following distinction between the two concepts in *S.D. v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (2010 ONSC 2562, at paragraph 13):

Credibility involves an assessment of whether a witness is telling the truth as opposed to lying. Reliability relates to whether an honest witness may nevertheless be mistaken in what he or she believes to be the truth.

C. The rule set out in Browne v. Dunn

[26] Our colleague Justice Weiler of the Court of Appeal for Ontario recently summarized the principles set out in *Browne v. Dunn*, above, in *R. v. Dexter* (2013 ONCA 744).

[27] Because of the issue's importance in this case, I reproduce her summary in full:

17 The rule in *Browne v. Dunn* is not merely a procedural rule; it is a rule of trial fairness. The rule was summarized by this court in *R. v. Henderson* (1999), 44 O.R. (3d) 628 (C.A.), at p. 636 as follows:

This well-known rule stands for the proposition that if counsel is going to challenge the credibility of a witness by calling contradictory evidence, the witness must be given the chance to address the contradictory

Salomon c. R., 2011 QCCA 771, aux paragraphes 40 et 41) :

Credibility and reliability are different. Credibility has to do with a witness's veracity, reliability with the accuracy of the witness's testimony. Accuracy engages consideration of the witness's ability to accurately

- i. observe;
- ii. recall; and
- iii. recount

events in issue. Any witness whose evidence on an issue is not credible cannot give reliable evidence on the same point. Credibility, on the other hand, is not a proxy for reliability: a credible witness may give unreliable evidence: *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514, at 526 (C.A.). [Je souligne.]

[25] La Cour divisionnaire de la Cour supérieure de l'Ontario formule ainsi la distinction entre les deux concepts dans *S.D. v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (2010 ONSC 2562, au paragraphe 13) :

Credibility involves an assessment of whether a witness is telling the truth as opposed to lying. Reliability relates to whether an honest witness may nevertheless be mistaken in what he or she believes to be the truth.

C. La règle formulée dans Browne v. Dunn

[26] Notre collègue la juge Weiler de la Cour d'appel de l'Ontario a récemment résumé les principes de l'arrêt *Browne v. Dunn*, précité, dans *R. v. Dexter* (2013 ONCA 744).

[27] En raison de l'importance de cette question dans la présente affaire, je reproduis intégralement son résumé :

17 The rule in *Browne v. Dunn* is not merely a procedural rule; it is a rule of trial fairness. The rule was summarized by this court in *R. v. Henderson* (1999), 44 O.R. (3d) 628 (C.A.), at p. 636 as follows:

This well-known rule stands for the proposition that if counsel is going to challenge the credibility of a witness by calling contradictory evidence, the witness must be given the chance to address the contradictory

evidence in cross-examination while he or she is in the witness-box.

The cross-examiner gives notice by first putting questions to the witness in cross-examination that are sufficient to alert the witness that the cross-examiner intends to impeach his or her evidence, and second, by giving the witness an opportunity to explain why the contradictory evidence, or the inferences to be drawn from it, should not be accepted: see the comments of Lord Herschell in *Browne v. Dunn*, at pp. 70-71.

18 The application of the rule prevents a witness from being “ambushed”. However, it does not require the cross-examiner to “slog through a witness’s evidence-in-chief putting him on notice of every detail the defence does not accept”: see *R. v. Verney* (1993), 67 O.A.C. 279, at para. 28. Only the nature of the proposed contradictory evidence and its significant aspects need be put to the witness.

19 The rule is also a rule of common sense. By enabling the trial judge to observe and assess the witness when he or she is confronted with contradictory evidence and given an opportunity to explain his or her position, the rule promotes the accuracy of the fact-finding process. In doing so, it enhances public confidence in the justice system.

20 The effect that a court should give to a breach of the rule in *Browne v. Dunn* will depend on a number of factors. In deciding how to address a breach, a trial judge may consider:

- The seriousness of the breach;
- The context in which the breach occurred;
- The stage in the proceedings when an objection to the breach was raised;
- The response by counsel, if any, to the objection;
- Any request by counsel to re-open its case so that the witness whose evidence has been impugned can offer an explanation;
- The availability of the witness to be recalled; and
- In the case of a jury trial, whether a correcting instruction and explanation of the rule is sufficient or whether trial fairness has been so impaired that a motion for a mistrial should be entertained.

evidence in cross-examination while he or she is in the witness-box.

The cross-examiner gives notice by first putting questions to the witness in cross-examination that are sufficient to alert the witness that the cross-examiner intends to impeach his or her evidence, and second, by giving the witness an opportunity to explain why the contradictory evidence, or the inferences to be drawn from it, should not be accepted: see the comments of Lord Herschell in *Browne v. Dunn*, at pp. 70-71.

18 The application of the rule prevents a witness from being “ambushed”. However, it does not require the cross-examiner to “slog through a witness’s evidence-in-chief putting him on notice of every detail the defence does not accept”: see *R. v. Verney* (1993), 67 O.A.C. 279, at para. 28. Only the nature of the proposed contradictory evidence and its significant aspects need be put to the witness.

19 The rule is also a rule of common sense. By enabling the trial judge to observe and assess the witness when he or she is confronted with contradictory evidence and given an opportunity to explain his or her position, the rule promotes the accuracy of the fact-finding process. In doing so, it enhances public confidence in the justice system.

20 The effect that a court should give to a breach of the rule in *Browne v. Dunn* will depend on a number of factors. In deciding how to address a breach, a trial judge may consider:

- The seriousness of the breach;
- The context in which the breach occurred;
- The stage in the proceedings when an objection to the breach was raised;
- The response by counsel, if any, to the objection;
- Any request by counsel to re-open its case so that the witness whose evidence has been impugned can offer an explanation;
- The availability of the witness to be recalled; and
- In the case of a jury trial, whether a correcting instruction and explanation of the rule is sufficient or whether trial fairness has been so impaired that a motion for a mistrial should be entertained.

Thus, the extent of the rule's application is within the discretion of the trial judge after taking into account the circumstances of the case: see *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, at para. 65; *R. v. Werkman*, 2007 ABCA 130, 404 A.R. 378, at para. 9.

21 There are at least two permissive options to rectify the breach. One is for the trial judge to take into account the failure to cross-examine when assessing a witness's credibility and deciding the weight to be given to that witness's evidence: see *Werkman*, at paras. 9-11; *R. v. Paris* (2000), 138 O.A.C. 287, at para. 22. Another is to allow counsel to recall the witness whose evidence has been impeached without notice. As Moldaver J.A. explained in *R. v. McNeill* (2000), 48 O.R. (3d) 212 (C.A.), at paras. 47-49, where the concern lies in the witness's inability to present his or her side of the story, if the witness is available and the trial judge is satisfied that recall is appropriate, the trial judge ought to offer the aggrieved party that opportunity. The mechanics of when and by whom the witness should be recalled should be left to the discretion of the trial judge. If the aggrieved party who is offered this option declines it, then the trier of fact would simply decide whether to believe all, part or none of the [later] witness's evidence regardless of whether the evidence was uncontradicted.

22 Deference is owed to a trial judge's exercise of discretion in deciding how to deal with a breach of the rule unless error in principle is shown: see *R. v. Blom* (2002), 61 OR (3d) 51 (C.A.), at para. 20. [Emphasis added.]

VII. Application of the principles

[28] Before proceeding with the application of all of these principles, it is essential to describe the circumstances in which the issue of the rule set out in *Browne v. Dunn* was raised during the trial.

[29] After the defence closed its case, the prosecution applied to call rebuttal evidence because of testimony concerning the presence of a third police officer. It justified its application by raising the rule set out in *Browne v. Dunn*.

[30] Counsel for the appellant maintained that he cross-examined the military police officers with respect to the number of police officers involved in the appellant's arrest and the restraint imposed upon the appellant when he was placed on the ground.

Thus, the extent of the rule's application is within the discretion of the trial judge after taking into account the circumstances of the case: see *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, at para. 65; *R. v. Werkman*, 2007 ABCA 130, 404 A.R. 378, at para. 9.

21 There are at least two permissive options to rectify the breach. One is for the trial judge to take into account the failure to cross-examine when assessing a witness's credibility and deciding the weight to be given to that witness's evidence: see *Werkman*, at paras. 9-11; *R. v. Paris* (2000), 138 O.A.C. 287, at para. 22. Another is to allow counsel to recall the witness whose evidence has been impeached without notice. As Moldaver J.A. explained in *R. v. McNeill* (2000), 48 O.R. (3d) 212 (C.A.), at paras. 47-49, where the concern lies in the witness's inability to present his or her side of the story, if the witness is available and the trial judge is satisfied that recall is appropriate, the trial judge ought to offer the aggrieved party that opportunity. The mechanics of when and by whom the witness should be recalled should be left to the discretion of the trial judge. If the aggrieved party who is offered this option declines it, then the trier of fact would simply decide whether to believe all, part or none of the [later] witness's evidence regardless of whether the evidence was uncontradicted.

22 Deference is owed to a trial judge's exercise of discretion in deciding how to deal with a breach of the rule unless error in principle is shown: see *R. v. Blom* (2002), 61 OR (3d) 51 (C.A.), at para. 20. [Je souligne.]

VII. L'application des principes

[28] Avant de procéder à l'application de tous ces principes, il est essentiel de décrire les circonstances dans lesquelles la question de la règle de *Browne v. Dunn* a été soulevée lors du procès.

[29] Après que la défense ait déclaré sa preuve close, la poursuite a demandé de présenter une contre-preuve en raison des témoignages à l'égard de la présence d'un troisième policier. Elle a justifié sa demande en invoquant la règle de *Browne v. Dunn*.

[30] Le procureur de l'appelant a soutenu qu'il avait contre-interrogé les policiers militaires au sujet du nombre de policiers impliqués dans l'arrestation de l'appelant et le contrôle de celui-ci lorsqu'il a été placé au sol.

[31] The Military Judge recognized that the question of the presence of a third police officer is an important issue regarding the credibility of the prosecution's case, but he found that the questions asked of the police witnesses should have been more precise. However, he decided that it was not necessary to recall a police witness because the evidence could be assessed in light of the rule set out in *Browne v. Dunn*.

[32] However, the debate on this issue, far from resolved, proceeded during a suspension of the Military Judge's deliberation at the request of the parties (Appeal Book, Vol. II, at page 295).

[33] Counsel for the parties then informed the Military Judge that counsel for the appellant had sent the prosecutor who was responsible for the case at that time information on the presence of a third police officer, and that he had also told her that an independent witness was prepared to confirm that fact and provide a sworn statement in that respect (Appeal Book, Vol. II, at pages 296 and 297).

[34] The email exchanges in that respect were sent by counsel for the appellant to the prosecutor during the trial. They are not in the record before us.

[35] It was the prosecutor who was responsible for the case during the trial who made these clarifications to avoid a misunderstanding because he had justified his application to call rebuttal evidence by stating that the prosecution could not anticipate the nature of the testimony of the appellant and of Mr. Vivian, which, in light of the email previously received by the prosecution, was not consistent with the facts.

[36] On the basis of this new information, the Military Judge thus reviewed the previously rendered decision and made the following decision:

[TRANSLATION] The rule set out in *Browne v. Dunn*, that rule: ... establishes that if counsel seeks to challenge the credibility of a witness by calling [contradictory] evidence, the witness must be given the opportunity to address such evidence during cross-examination. The nature of the contradictory evidence must at least be put to the witness during cross-examination by counsel who plans to lead it.

[31] Le juge militaire reconnaît que la question de la présence d'un troisième policier est une question importante à l'égard de la crédibilité de la preuve de la poursuite, mais il estime que les questions posées aux témoins policiers auraient dû être plus précises. Il décide cependant qu'il n'est pas nécessaire de rappeler un témoin policier puisque la preuve pourra être évaluée à la lumière de la règle de *Browne v. Dunn*.

[32] Toutefois, le débat sur cette question, loin d'être clos, se poursuivra lors d'une suspension du délibéré du juge militaire à la demande des parties (dossier d'appel, vol. II, à la page 295).

[33] Les procureurs des parties ont alors informé le juge militaire que l'avocat de l'appellant avait fait parvenir à la procureure de la poursuite, agissant alors dans le dossier, des informations au sujet de la présence d'un troisième policier, et qu'il l'avait également avisée qu'un témoin indépendant était disposé à confirmer ce fait et à fournir une déclaration assermentée à cet égard (dossier d'appel, vol. II, aux pages 296 et 297).

[34] Les échanges de courriels à ce sujet ont été transmis par le procureur de l'appellant à l'avocat de la poursuite lors du procès. Ceux-ci ne sont pas au dossier devant nous.

[35] C'est le procureur de la poursuite agissant lors du procès qui a tenu à apporter ces précisions afin d'éviter une méprise, car il avait justifié sa demande de présenter une contre-preuve en affirmant que la poursuite ne pouvait pas anticiper la nature du témoignage de l'appellant et du témoin M. Vivian, ce qui à la lumière du courriel reçu antérieurement par la poursuite n'était pas conforme aux faits.

[36] En raison de cette nouvelle information, le juge militaire révisé alors la décision rendue antérieurement et rend la décision suivante :

La règle énoncée dans *Browne c. Dunn*, cette règle : [...] établit que lorsqu'un avocat tente de contester la crédibilité d'un témoin en produisant une preuve [contraire], ce témoin doit avoir la possibilité de parler de cette preuve en contre-interrogatoire. La nature de la preuve contradictoire doit au moins être soumise au témoin lors du contre-interrogatoire, par l'avocat qui entend la produire.

Here, I refer to paragraph 107 of *R. v. McCarroll*, 2008 ONCA 715. It is a rule of fairness, fairness towards the witness. And certainly, every rule of evidence must be evaluated in the context in which such rule must be used.

What is the context here? The existence of a third police officer on the scene is an important issue for the defence. It is an issue that concerns the credibility of the prosecution witnesses. Credibility is an important element in this case. The accused and a defence witness testified to that effect, that is, that there was a third police officer involved in the interactions with Master Corporal Laflamme. In an email to the prosecution in September 2012, defence counsel stated that he had information about a third police officer and that he had a witness in that regard. So, nevertheless, defence counsel—and defence counsel also mentioned, while discussing the third police officer, mentioned collusion—if I understood the term collusion correctly—

DEFENCE COUNSEL: Possibility.

MILITARY JUDGE: —possibility of collusion, OK, thank you—in argument on this issue this afternoon. So, nevertheless, defence counsel asked Corporal Ryan and Corporal Bains practically all questions except whether there was a third police officer on the scene and the fact that witnesses could present proof that there was a third police officer on the scene.

My initial decision regarding the rule set out in *Browne v. Dunn* shall remain unchanged. That is, that the Court finds that defence counsel did not respect that rule. However, the prosecution was aware of the defence's position. The prosecution was aware that the defence had evidence or could present evidence regarding a third police officer. Even though Major Carrier, the current prosecutor, claims that he was not personally aware of that fact at the time, the prosecution was aware of that fact. It was the prosecution's duty to ensure that counsel holding the position of prosecutor during the trial be aware of each important element in this case. Had Major Carrier had that knowledge, he likely, possibly, could have conducted a cross-examination in the re-examination on that aspect. I cannot—the Court cannot confirm that that is what he would have done, but he would have been fully aware of the questions asked and of the significance of the questions that were asked by defence counsel. He could have then rehabilitated his witness or—which he did not do, which he did not do because he did not have the information to do so.

Ici, je fais référence au paragraphe 107 de *R. c. McCarroll*, 2008 ONCA 715. Il s'agit d'une règle d'équité, d'équité envers le témoin. Et bien entendu, toute règle de preuve doit s'évaluer dans le contexte dans lequel on doit utiliser cette règle de preuve.

Ici, quel est le contexte? L'existence d'un troisième policier sur la scène est un thème important de la défense. C'est un thème qui touche à la crédibilité des témoins de la poursuite. La crédibilité est un élément important dans cette cause. L'accusé et un témoin de la défense ont témoigné à cet effet, c'est-à-dire qu'il y avait un troisième policier d'impliqué dans les interactions avec le caporal-chef Laflamme. L'avocat de la défense a informé la poursuite en septembre 2012 dans un courrier électronique à l'effet qu'il avait de l'information au sujet d'un troisième policier et qu'il avait un témoin à ce sujet. Alors malgré tout cela, l'avocat de la défense — et l'avocat de la défense a aussi fait mention, alors qu'il parlait du troisième policier, il a fait une mention de collusion — si j'ai bien compris le terme collusion —

AVOCAT DE LA DÉFENSE : Possibilité.

JUGE MILITAIRE : — possibilité de collusion, d'accord, merci — au cours de la plaidoirie sur cette question cet après-midi. Donc malgré tout cela, l'avocat de la défense a posé pratiquement toutes les questions au caporal Ryan et au caporal Bains sauf celle à savoir s'il y avait un troisième policier sur place et le fait que des témoins pourraient apporter de la preuve à savoir qu'il y avait un troisième policier sur place.

Ma décision initiale quant à la règle de *Browne c. Dunn* demeure inchangée. C'est-à-dire que la cour considère que l'avocat de la défense n'a pas respecté cette règle. Par contre, la poursuite était au courant de cette position de la défense. La poursuite était au courant que la défense avait de la preuve ou pourrait apporter de la preuve quant à un troisième policier. Bien que le major Carrier, l'avocat de la poursuite présentement, n'était pas au courant personnellement à ce moment-ci tel qu'il l'a indiqué, la poursuite était au courant. C'était le devoir de la poursuite de s'assurer que l'avocat qui occupait le poste de procureur de la poursuite lors du procès soit au courant de chaque élément important de cette cause. Si le major Carrier aurait été courant, probablement, possiblement, il aurait alors pu contre-interroger lors du ré-interrogatoire sur cet aspect. Je ne — la cour ne peut pas confirmer que c'est ceci qu'il aurait fait, mais il aurait été pleinement conscient des questions posées et de la signification des questions qui étaient posées par l'avocat de la défense. Il aurait pu alors réhabiliter son témoin ou — chose qu'il n'a pas fait, chose qu'il n'aurait pas fait car il n'avait pas cette information pour le faire.

So even if the Court finds that defence counsel did not follow the rule set out in *Browne v. Dunn* as stated by law, there was misconduct by the prosecution as well. Therefore, at this time, instead of simply—instead of finding that my assessment of the evidence submitted by the defence would be influenced by the breach of the rule set out in *Browne v. Dunn*, the impact will be neutral. There will be no negative impact on the assessment of the defence evidence with respect to the breach of that rule. [Emphasis added.]

[37] I agree with the Military Judge that, in the circumstances, he should not be making a negative finding in the assessment of the evidence submitted by the appellant. However, that is not what he did in his judgment.

[38] I again reproduce the relevant passages of the trial judgment:

[67] Master Corporal Laflamme and Mr. Vivian told the court that another male police officer was present during the arrest of Master Corporal Laflamme. Corporal Ryan and Bains testified that they were the only police officers on the scene. It appears that Mr. Vivian, wanting to inform his chain of command that he had observed troubling events the night of February 5, had spoken about this briefly with Master Corporal Laflamme in the days following. Master Corporal Laflamme apparently told him not to speak to him about it, but to speak to his lawyer in the near future. Mr. Vivian therefore made no complaint or any official statement. The court has difficulty in understanding why Master Corporal Laflamme did not tell Mr. Vivian to give an official statement when he learned that a witness could describe how he was allegedly mistreated by the police officers. The court does not believe this evidence.

[68] Given the decision of the court on the application of the rule in *Browne v. Dunn*, the court gives little weight to this testimony. The court considers that Corporals Ryan and Bains are credible. [Emphasis added.]

[39] In my view, that decision directly contradicts the Military Judge's previous decision that the impact of the rule set out in *Browne v. Dunn* would be neutral in the circumstances and would have no negative effect on the assessment of the defence evidence. That suffices to allow the appeal.

[40] But there is more. In fact, in my opinion, given the specific circumstances of this case, the prosecution was

Alors même si la cour considère que l'avocat de la défense n'a pas suivi la règle de *Browne c. Dunn* telle que la loi l'indique, il y a eu faute de la poursuite aussi. Donc à ce moment-ci, au lieu de simplement — au lieu de décider que mon évaluation de la preuve produite par la défense serait influencée par le bris de la règle de *Browne c. Dunn*, l'impact sera neutre. Il n'y aura pas d'impact négatif sur l'évaluation de la preuve de la défense par rapport au bris de cette règle. [Je souligne.]

[37] Je partage l'avis du juge militaire selon lequel, dans les circonstances, il ne devait pas tirer de conclusion défavorable dans l'évaluation de la preuve présentée par l'appellant. Or, ce n'est pas ce qu'il a fait dans son jugement.

[38] Je reproduis de nouveau les passages pertinents du jugement d'instance :

[67] Le caporal-chef Laflamme et monsieur Vivian ont indiqué à la cour qu'un autre policier mâle était présent lors de l'arrestation du caporal-chef Laflamme. Les caporaux Ryan et Bains ont témoigné qu'ils étaient les seuls policiers sur la scène. Il appert que monsieur Vivian, voulant informer sa chaîne de commandement qu'il avait observé des événements troublants la nuit du 5 février, avait donc parlé brièvement de ceci avec le caporal-chef Laflamme dans les jours suivants. Le caporal-chef Laflamme lui aurait dit de ne pas lui en parler mais d'en parler à son avocat dans un futur rapproché. Monsieur Vivian n'a donc fait aucune plainte ou aucune déclaration officielle. La cour a bien du mal à comprendre pourquoi le caporal-chef Laflamme n'a pas indiqué à monsieur Vivian de donner une déclaration officielle quant il apprit qu'un témoin pouvait décrire comment il aurait été malmené par les policiers. La cour ne croit pas cette preuve.

[68] Compte tenu de la décision de la cour quant à l'application de la règle *Browne vs Dunn*, la cour ne donne peu de poids à ce témoignage. La cour considère que les caporaux Ryan et Bains sont crédibles. [Je souligne.]

[39] Il s'agit là, à mon avis, d'une décision qui contredit directement la décision antérieure du juge militaire à l'effet que l'impact de la règle de *Browne c. Dunn* serait neutre dans les circonstances et n'aurait pas d'effet négatif sur l'évaluation de la preuve de la défense. Cela suffit pour accueillir l'appel.

[40] Mais il y a plus. En effet, quant à moi, compte tenu des circonstances particulières de ce dossier, la

also required to make inquiries into the participation of a third police officer.

[41] In fact, even if the issue was not addressed in this light by the parties before the Military Judge, regard must be had to the prosecution's fundamental duty to inquire when information that questions the honesty or reliability of its witnesses is brought to its attention.

[42] That duty was analyzed by the Supreme Court of Canada in *R. v. McNeil* (2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66) in the context of the prosecution's disclosure obligations.

[43] The prosecution's duty to inquire is described as follows by Justice Charron:

[49] The Crown is not an ordinary litigant. As a minister of justice, the Crown's undivided loyalty is to the proper administration of justice. As such, Crown counsel who is put on notice of the existence of relevant information cannot simply disregard the matter. Unless the notice appears unfounded, Crown counsel will not be able to fully assess the merits of the case and fulfill its duty as an officer of the court without inquiring further and obtaining the information if it is reasonably feasible to do so. Ryan J.A. in *R. v. Arsenault* (1994), 153 N.B.R. (2d) 81 (C.A.), aptly described the Crown's obligation to make reasonable inquiries of other Crown agencies or departments. He stated as follows:

When disclosure is demanded or requested, Crown counsel have a duty to make reasonable inquiries of other Crown agencies or departments that could reasonably be considered to be in possession of evidence. Counsel cannot be excused for any failure to make reasonable inquiries when to the knowledge of the prosecutor or the police there has been another Crown agency involved in the investigation. Relevancy cannot be left to be determined by the uninitiated. If Crown counsel is denied access to another agency's file, then this should be disclosed to the defence so that the defence may pursue whatever course is deemed to be in the best interests of the accused. This also applies to cases where the accused or defendant, as the case may be, is unrepresented ... [para. 15]

poursuite avait également l'obligation de se renseigner sur la participation d'un troisième policier.

[41] En effet, même si la question n'a pas été abordée sous cet angle par les parties devant le juge militaire, il faut tenir compte de l'obligation fondamentale de la poursuite de se renseigner lorsqu'on porte à son attention des informations qui mettent en cause l'honnêteté ou la fiabilité de ses témoins.

[42] Cette obligation a été analysée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. McNeil* (2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66) dans le contexte des devoirs de la poursuite en matière de communication de la preuve.

[43] L'obligation de la poursuite de se renseigner est ainsi décrite par la juge Charron :

[49] Le ministère public n'est pas une partie comme les autres. En effet, en tant qu'officier de justice, le représentant du ministère public doit œuvrer sans réserve à la bonne administration de la justice. Ainsi, lorsqu'il est informé de l'existence de renseignements pertinents, il ne peut se contenter de n'en faire aucun cas. À moins que l'information ne semble pas fondée, l'avocat du ministère public ne saurait apprécier pleinement le bien-fondé de l'affaire et s'acquitter de son obligation d'officier de justice s'il ne s'informe pas davantage et ne tente pas raisonnablement d'obtenir les renseignements en question. Dans *R. c. Arsenault* (1994), 153 R.N.-B. (2e) 81 (C.A.), le juge Ryan a décrit avec justesse l'obligation du ministère public de se renseigner suffisamment auprès des autres organismes ou ministères de la Couronne. Il s'est exprimé comme suit :

Lorsqu'une divulgation est demandée ou exigée, le procureur de la Couronne a l'obligation de se renseigner suffisamment auprès des autres organismes ou ministères de la Couronne qui pourraient logiquement avoir en leur possession des éléments de preuve. On ne peut excuser le procureur de la Couronne de ne pas se renseigner suffisamment lorsqu'à la connaissance du poursuivant ou de la police un autre organisme de la Couronne a participé à l'enquête. La question de la pertinence ne peut être laissée à la discrétion des profanes. Si le procureur de la Couronne ne peut avoir accès aux dossiers d'un autre organisme, il doit alors en aviser la défense de façon que celle-ci puisse entreprendre les mesures qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt de l'accusé. Ce principe s'appliquerait aussi dans les affaires dans lesquelles l'accusé ou le défendeur, selon le cas, n'est pas représenté par un avocat [...] [par. 15]

[50] The same duty to inquire applies when the Crown is informed of potentially relevant evidence pertaining to the credibility or reliability of the witnesses in a case. As the *amicus curiae* rightly states, “[t]he Crown and the defence are not adverse in interest in discovering the existence of an unreliable or unethical police officer” (factum, at para. 62) ... [Emphasis added.]

[44] In accordance with that duty, the prosecution had to make inquiries into the information that was communicated to it by counsel for the appellant in September 2012 with respect to the events in February 2012.

[45] The prosecution was required to determine whether the allegation brought to its attention was founded. Contrary to the respondent’s apparent position in her memorandum, the prosecution was required to make a certain number of inquiries. The prosecution could and should have first made inquiries, including with its police witnesses, into the number of police officers present and the force used by the police officers, and then determined whether any of the military police officers who could have been on duty the evening of the events matched the description that was provided by the witness, Mr. Vivian.

[46] According to the submissions of the parties before the Military Judge, it is not clear whether the prosecution even acted upon the information provided. However, the prosecution was obligated to do so. It must be noted that “[t]he course of an investigation, and the factors which influence it, are matters which are likely to be within the peculiar knowledge of the Crown” (*R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at page 566 (Justice Iacobucci). See also *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at page 210).

[47] Furthermore, contrary to the respondent’s claim, I believe that those inquiries could have been made in accordance with the prosecutor’s ethical and professional obligations while avoiding influencing the witnesses (Ontario. Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin. *Report of the Kaufman Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin (Kaufman Report)*. Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 1998, Recommendation #107; G. MacKenzie, *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2009, at pages 4-26.2(1) to 4-31; Mewett, Alan W. and Peter J. Sankoff. *Witnesses*, Vol. 1,

[50] Cette obligation de se renseigner s’applique lorsque le ministère public est informé de l’existence d’éléments de preuve potentiellement pertinents quant à la crédibilité ou à la fiabilité des témoins dans une affaire. Comme le précise à juste titre l’*amicus curiae*, [TRADUCTION] « [l]e ministère public et la défense ont tous les deux intérêt à découvrir qu’un policier n’est pas honnête ou fiable » (mémoire, par. 62) [...]. [Je souligne.]

[44] Conformément à cette obligation, la poursuite devait vérifier l’information qui lui avait été communiquée par l’avocat de l’appelant en septembre 2012 au sujet des événements de février 2012.

[45] Elle se devait de déterminer si l’allégation portée à sa connaissance était fondée. Contrairement à ce qui semble être la position de l’intimée dans son mémoire, la poursuite avait l’obligation de faire un certain nombre de vérifications. Elle pouvait et devait d’abord vérifier, y compris auprès de ses témoins policiers, le nombre de policiers présents et la force utilisée par les policiers, et ensuite déterminer si parmi les policiers militaires qui pouvaient avoir été en fonction le soir des événements, la description de l’un d’entre eux était compatible avec celle fournie par le témoin M. Vivian.

[46] Selon les observations des parties devant le juge militaire, il n’est pas clair si la poursuite a même donné suite aux informations transmises. Elle en avait toutefois le devoir. Il faut rappeler que « [l]e déroulement d’une enquête et les facteurs qui l’influencent sont des questions dont le ministère public devrait avoir une connaissance particulière » (*R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, à la page 566 (le juge Iacobucci). Voir aussi *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, à la page 210).

[47] De plus, contrairement à la prétention de l’intimée, j’estime que ces vérifications pouvaient se faire en respectant les obligations déontologiques et professionnelles du procureur de la poursuite tout en évitant d’influencer les témoins (Ontario. Commission d’enquête sur les poursuites contre Guy Paul Morin. *Rapport de la Commission Kaufman sur les poursuites contre Guy Paul Morin (Rapport Kaufman)*. Toronto, Ministère du Procureur général de l’Ontario, 1998, Recommandation #107; MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 5^e éd. Toronto, Carswell, 2009, aux pages 4-26.2(1) à 4-31; Mewett, Alan W. et

loose-leaf, updated 2012. Toronto: Carswell, 1991, at pages 6-2 to 6-9; Gershman, Bennett L. “Witness Coaching by Prosecutors” (2002), 23 *Cardozo Law Review* 829).

[48] In light of the prosecution’s duty to inquire, it was fundamentally unfair for the Military Judge to make, in his judgment, a negative finding with respect to the defence, regarding an issue in respect of which the prosecution had such a duty, and given the fact that the prosecution had been informed of it.

[49] Even if the rule set out in *Browne v. Dunn*, above, is one of fairness towards witnesses, in this case, it was necessary for the Military Judge to take the prosecution’s duty into account in the application of that rule. Here, that rule required a contextual adaptation. For that reason, the Military Judge was limited to his initial decision because it was the only possible fair conclusion under the circumstances.

[50] Having been informed of the appellant’s disclosure to the prosecution in September 2012, the Military Judge could not draw any unfavourable conclusion under the circumstances.

[51] In fact, even if an analogy between the situation in this case and the alibi defence is imperfect (*R. v. Taylor*, 2013 SCC 10, [2013] 1 S.C.R. 465, upholding the dissent of Justice Hoegg of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal: *R. v. Taylor*, 2012 NLCA 33, at paragraph 32), the prosecution had enough time to make inquiries into the information communicated by counsel for the appellant, and the information was precise enough to make it possible for the authorities to verify it in a timely fashion (*R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175, at paragraph 3). Therefore, it was not open to the Military Judge to make a negative finding (*R. v. Wright*, 2009 ONCA 623, at paragraph 20; *R. v. Dexter*, above, at paragraph 37).

[52] Furthermore, once the Military Judge informed the parties that the impact would be neutral, he deprived the appellant of the opportunity to ask witnesses to be recalled. The appellant had no reason to suspect that,

Peter J. Sankoff, *Witnesses*, vol. 1, feuilles mobiles, mise à jour 2012. Toronto, Carswell, 1991, aux pages 6-2 à 6-9; Gershman, Bennett L. « Witness Coaching by Prosecutors » (2002), 23 *Cardozo Law Review* 829).

[48] À la lumière de l’obligation de la poursuite de se renseigner, il était fondamentalement inéquitable pour le juge militaire de tirer dans son jugement une conclusion défavorable à l’égard de la défense, relativement à une question au sujet de laquelle la poursuite avait une telle obligation, et compte tenu du fait qu’elle en avait été informée.

[49] Même si la règle de *Browne v. Dunn*, précité, en est une d’équité envers les témoins, en l’espèce, le juge militaire devait nécessairement tenir compte de l’obligation de la poursuite dans l’application de cette règle. Cette règle exigeait ici une adaptation contextuelle. Pour cette raison, le juge militaire devait s’en tenir à la décision qu’il avait initialement annoncée, car il s’agissait de la seule conclusion équitable possible dans les circonstances.

[50] Informé de la communication des informations par l’appelant à la poursuite en septembre 2012, le juge militaire ne pouvait tirer aucune conclusion défavorable dans les circonstances.

[51] En effet, même si une analogie entre la situation dans la présente affaire et la défense d’alibi est imparfaite (*R. c. Taylor*, 2013 CSC 10, [2013] 1 R.C.S. 465, confirmant la dissidence de la juge Hoegg de la Cour d’appel de Terre-Neuve et du Labrador : *R. v. Taylor*, 2012 NLCA 33, au paragraphe 32), la poursuite a eu suffisamment de temps pour vérifier l’information communiquée par le procureur de l’appelant, et celle-ci était suffisamment précise pour permettre sa vérification par les autorités en temps utile (*R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175, au paragraphe 3). Le juge militaire ne pouvait donc pas tirer une conclusion défavorable (*R. v. Wright*, 2009 ONCA 623, au paragraphe 20; *R. v. Dexter*, précité, au paragraphe 37).

[52] De plus, dès que le juge militaire eut informé les parties que l’impact serait neutre, il privait l’appelant de la possibilité de demander lui-même le rappel des témoins. Celui-ci ne pouvait pas soupçonner qu’à la suite

following that decision, the Military Judge would make a negative finding with respect to his evidence and in favour of the prosecution because of the alleged breach of the rule set out in *Browne v. Dunn*. That breach, under the circumstances, was no longer a breach.

[53] In my opinion, the failure to do a more extensive and detailed cross-examination of the defence no longer constituted a breach of the rule set out in *Browne v. Dunn* because of the prosecution's existing obligations in such a situation. Nonetheless, even if that was considered the case, that breach was minor and did not justify a negative finding.

[54] Moreover, I believe that the Military Judge also erred by making a negative finding because the appellant purportedly did not encourage the witness, Mr. Vivian, to make a statement to the authorities.

[55] First, there was no legal obligation in that sense, but that issue is moot and irrelevant given that the information was communicated to the prosecution several months before the trial.

[56] Second, the context must be considered. The witness, Mr. Vivian, described the tense atmosphere that existed in the unit following the events involving the appellant. He also explained that he had discussed this with the appellant, who asked him if he was willing to speak to his lawyer and provide a written statement.

[57] Eventually, counsel for the appellant contacted him and then the prosecution. Prior to that, there had been no improper conduct and nothing justifying a negative finding. The conduct of counsel for the appellant in this case was beyond reproach, fair, professional and consistent with the highest standards of professional courtesy. He did exactly what he was required to do.

[58] Furthermore, the Supreme Court of Canada recognized in *R. v. Taylor* (above, upholding the dissent of Justice Hoegg of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal: *R. v. Taylor*, 2012 NLCA 33, at paragraphs 31 to 33) that despite the absence of an obligation of a witness or the defence to inform the authorities of the

de cette décision, le juge militaire tirerait une conclusion défavorable à l'égard de sa preuve et favorable à la poursuite en raison de cet accroc allégué à la règle de *Browne v. Dunn*. Cette violation, dans les circonstances, n'en était plus une.

[53] À mon avis, l'omission de procéder à un contre-interrogatoire plus poussé et plus précis de la défense ne constituait plus une violation de la règle de *Browne v. Dunn* en raison des obligations de la poursuite qui existent dans une situation comme en l'espèce. Malgré tout, même si l'on considérait que c'était le cas, cette violation était mineure et ne justifiait pas une conclusion défavorable.

[54] J'estime par ailleurs que le juge militaire a également commis une erreur en tirant une conclusion défavorable parce que l'appellant n'aurait pas incité le témoin M. Vivian à faire une déclaration aux autorités.

[55] D'une part, il n'avait aucune obligation légale en ce sens, mais cette question est théorique et sans pertinence étant donné que l'information a été communiquée à la poursuite plusieurs mois avant la tenue du procès.

[56] D'autre part, il faut tenir compte du contexte. Le témoin M. Vivian a décrit le climat de tension qui existait au sein de l'unité à la suite des événements impliquant l'appellant. Il a aussi expliqué en avoir discuté avec l'appellant, lequel lui a demandé s'il était disposé à en parler à son avocat et à faire une déclaration écrite.

[57] Éventuellement, l'avocat de l'appellant a communiqué avec lui, et ensuite avec la poursuite. Il n'y a jusque-là rien d'inconvenant ou justifiant une conclusion défavorable. La conduite de l'avocat de l'appellant dans ce dossier était irréprochable, équitable, professionnelle et compatible avec les normes les plus élevées de courtoisie professionnelle. Il a fait exactement ce qu'il devait faire.

[58] Par ailleurs, la Cour suprême du Canada a reconnu dans *R. c. Taylor* (précité, confirmant la dissidence de la juge Hoegg de la Cour d'appel de Terre-Neuve et du Labrador : *R. v. Taylor*, 2012 NLCA 33, aux paragraphes 31 à 33) que malgré l'absence d'obligation d'un témoin ou de la défense d'informer les autorités

content of anticipated testimony, the trial judge may, in certain circumstances, make a negative finding with respect to a testimony when the circumstances warrant a finding of recent fabrication.

[59] That was certainly not the case here because of the disclosure of information in a timely fashion to the prosecution. That is especially true given the prosecution's duty to inquire. The basis of the rule justifying the very possibility of a negative finding was absent (*R. v. Wright*, above, at paragraphs 20 and 23).

[60] Finally, even if the Military Judge, in his judgment, referred to the principles set out in *R. v. W. (D.)* ([1991] 1 S.C.R. 742), he does not seem to have applied the concept of reasonable doubt in assessing the credibility of the witness, which is essential (*R. v. F.E.E.*, 2011 ONCA 783, at paragraph 104; *R. v. D. (B.)*, 2011 ONCA 51, at paragraph 114; *R. v. J.H.S.*, 2008 SCC 30, [2008] 2 S.C.R. 152, at paragraph 8). He stated that he believes the police officers and does not believe the appellant and the witness, Mr. Vivian, but he did not determine whether that evidence raises a reasonable doubt in his mind or whether all of the evidence raises a reasonable doubt (*R. v. J.W.*, 2014 ONCA 322, at paragraphs 25 to 27; *R. v. Rodriguez*, 2014 ABCA 190, at paragraphs 8 to 12). One must never lose sight of the fact that “lack of credibility on the part of the accused does not equate to proof of his or her guilt beyond a reasonable doubt” (*R. v. J.H.S.*, above, at paragraph 13).

[61] Certainly, in many cases, findings similar to those of the Military Judge with respect to the credibility of witnesses may be sufficient, but in the circumstances described above and for the reasons noted above, we cannot rely here on the Military Judge's peremptory statement that the police witnesses are credible.

[62] The credibility of the witnesses of the prosecution and the defence was central to this case with respect to the outcome of the trial. It cannot be said that the verdict would have been the same if a different finding had been made by the judge regarding the testimony of the police officers. If the evidence of prosecution witnesses was misjudged because improper principles were applied in

du contenu d'un témoignage anticipé, le juge du procès peut, dans certaines circonstances, tirer une conclusion défavorable à l'égard d'un témoignage lorsque celles-ci justifient une conclusion de fabrication récente.

[59] Or, cela n'était certainement pas le cas en l'espèce en raison de la communication de l'information en temps utile à la poursuite. Cela est d'autant plus vrai compte tenu de l'obligation de la poursuite de se renseigner. Le fondement de la règle justifiant la possibilité même d'une conclusion défavorable était absent (*R. v. Wright*, précité, aux paragraphes 20 et 23).

[60] J'ajoute en terminant que, même si le juge militaire réfère dans son jugement aux principes de l'arrêt *R. c. W. (D.)* ([1991] 1 R.C.S. 742), il ne paraît pas avoir appliqué la notion de doute raisonnable à l'évaluation de la crédibilité des témoins, ce qui est essentiel (*R. v. F.E.E.*, 2011 ONCA 783, au paragraphe 104; *R. v. D. (B.)*, 2011 ONCA 51, au paragraphe 114; *R. c. J.H.S.*, 2008 CSC 30, [2008] 2 R.C.S. 152, au paragraphe 8). Il affirme croire les policiers, ne pas croire l'appelant et le témoin M. Vivian, mais il ne détermine jamais si cette preuve suscite un doute raisonnable dans son esprit ou si l'ensemble de la preuve soulève un doute raisonnable (*R. v. J.W.*, 2014 ONCA 322, aux paragraphes 25 à 27; *R. v. Rodriguez*, 2014 ABCA 190, aux paragraphes 8 à 12). Il ne faut jamais perdre de vue que « le manque de crédibilité de l'accusé n'équivaut pas à une preuve de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable » (*R. c. J.H.S.*, précité, au paragraphe 13).

[61] Bien entendu, dans plusieurs dossiers, des conclusions semblables à celles du juge militaire à l'égard de la crédibilité des témoins peuvent être suffisantes, mais dans les circonstances que j'ai décrites et pour les motifs déjà évoqués, on ne peut s'en tenir ici à l'affirmation péremptoire du juge militaire que les témoins policiers sont crédibles.

[62] La crédibilité des témoins de la poursuite et de la défense était capitale dans ce dossier quant à l'issue du procès. On ne saurait dire que le verdict aurait été le même si une conclusion différente avait été tirée par le juge à l'égard des témoignages des policiers. Si les dépositions des témoins de la poursuite ont été mal évaluées parce que des principes erronés ont été appliqués

determining the weight to be given to it, the applicable criteria may have been something other than the test of reasonable doubt (See the principles set out in that respect by Justice Major in his dissent in *R. v. Cleghorn*, above, at paragraphs 39 to 41).

[63] The only reasonable and fair choice is to order a new trial where the evidence will be assessed in light of the appropriate principles. To the extent that the trial judge may accept some, all or none of a witness's evidence (*R. v. Clark*, above, at paragraph 42; *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, at paragraph 25), it is impossible to state that the verdict would have been the same if the evidence had been assessed according to the appropriate legal principles.

[64] For these reasons, and pursuant to subsection 238(1) of the *National Defence Act*, I propose to allow the appeal, to set aside the guilty verdicts with respect to the two charges, and to order a new trial on the two charges by Court Martial.

ROBERT MAINVILLE J.A.: I concur.

JOCELYNE GAGNÉ J.A.: I concur.

pour déterminer le poids à leur accorder, les critères applicables ont pu être autres que le critère du doute raisonnable (Voir les principes formulés à cet égard par le juge Major dans sa dissidence dans *R. c. Cleghorn*, précité, aux paragraphes 39 à 41).

[63] Le seul choix raisonnable et équitable est d'ordonner la tenue d'un nouveau procès où la preuve sera évaluée en tenant compte des principes appropriés. Dans la mesure où il est possible que le juge du procès accepte une partie de la déposition d'un témoin, sa totalité ou encore la rejette entièrement (*R. c. Clark*, précité, au paragraphe 42; *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, au paragraphe 25), il est impossible d'affirmer que le verdict aurait été le même si la preuve avait été évaluée selon les principes juridiques appropriés.

[64] Pour ces motifs, et conformément au paragraphe 238(1) de la *Loi sur la défense nationale*, je propose de faire droit à l'appel, d'infirmes les verdicts de culpabilité à l'égard des deux accusations, et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur les deux accusations devant une cour martiale.

ROBERT MAINVILLE, J.C.A. : Je suis d'accord.

JOCELYNE GAGNÉ, J.C.A. : Je suis d'accord.