

R. v. Banting, 2020 CMAC 2

CMAC 598

Her Majesty the Queen

Appellant,

v.

Lieutenant J.C. Banting

Respondent.

Motion dealt in writing without appearance of the parties.

Judgment: Ottawa, Ontario, April 22, 2020.

Present: Bell C.J., Mosley and Scanlan J.J.A.

On application for costs following the acquittal by a General Court Martial held at Canadian Forces Base Petawawa, Ontario, on April 4, 2019 (2019 CM 2009).

Costs — Court Martial Appeal Court Rules, r. 21 — Application of the functus officio principle — Circumstances in which costs will be awarded to a successful accused appellant or respondent — Whether to award costs on a party-and-party basis or on a solicitor-client basis — Appellant's conduct not reaching levels of reprehensibility, scandal or outrageousness to justify an award of solicitor-client costs.

The respondent was acquitted by the General Court Martial of one count of conduct prejudicial to order and discipline contrary to section 129 of the *National Defence Act*. While he was instructing on emergency medical techniques to soldiers, the respondent used double entendre nuances, with some degree of sexual innuendo, as mnemonic devices. The Military Judge concluded the prosecution had not established a *prima facie* case, and dismissed the charge without referring the matter to the panel. The Crown appealed and this Court dismissed it without hearing the respondent. The respondent filed a motion pursuant to rule 21 of the *Court Martial Appeal Court Rules (CMAC Rules)* seeking costs at trial and on appeal, on a solicitor-client basis, for the reasons that the appellant made false and misleading statements, that the ground of appeal was frivolous, that there was no evidence to support the appellant's position, that the appellant committed an abuse of process and that the appellant used the legal system in an attempt to achieve a theoretical end.

R. c. Banting, 2020 CACM 2

CMAC 598

Sa Majesté la Reine

Appelante,

c.

Lieutenant J.C. Banting

Intimé.

Requête tranchée sur dossier sans comparution des parties.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 22 avril 2020.

Devant : Le juge en chef Bell et les juges Mosley et Scanlan, J.C.A.

Demande relative aux dépens à la suite de l'acquiescement rendu par la cour martiale générale à la Base des Forces canadiennes Petawawa (Ontario), le 4 avril 2019 (2019 CM 2009).

Dépens — Règles de la Cour d'appel de la cour martiale, r. 21 — Application de la règle du « functus officio » — Circonstances dans lesquelles les dépens sont adjugés à un accusé appellant ou intimé ayant eu gain de cause — Question de savoir s'il faut adjuger les dépens partie-partie ou les dépens procureur-client — La conduite de l'appelante n'a pas été suffisamment répréhensible, scandaleuse ou choquante pour justifier des dépens procureur-client.

L'intimé a été acquitté par la cour martiale générale d'un chef d'accusation de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline en violation de l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale*. Alors qu'il enseignait des techniques médicales d'urgence à des soldats, l'intimé a utilisé des expressions à double sens, avec des sous-entendus sexuels, comme moyens mnémotechniques. Le juge militaire a conclu que la poursuite n'avait pas établi de preuve *prima facie*, et a donc rejeté l'accusation sans renvoyer l'affaire au comité. La Couronne a interjeté appel et cette Cour l'a rejeté sans que l'intimé n'ait à présenter d'observations. L'intimé a déposé une requête au titre de la règle 21 des *Règles de la Cour d'appel de la cour martiale (Règles de la CACM)* afin d'obtenir des dépens procureur-client en première instance et en appel, aux motifs que l'appelante a fait des déclarations fausses et trompeuses, que le moyen d'appel était frivole, qu'aucun élément de preuve n'étayait la thèse de l'appelante, que l'appelante a commis un abus de procédure et que l'appelante a utilisé le système judiciaire pour tenter de parvenir à des fins théoriques.

Held: Application allowed.

The application is allowed and party-and-party costs are awarded. In this case, this Court is not *functus officio* on the issue of costs because neither party addressed that issue at the oral hearing. Rule 21 of the *CMAC Rules* permits the bringing of such a motion. This Court has been given a broad discretion to award costs; in some cases, costs have been routinely awarded to the successful accused appellant, and in other cases special circumstances were required. According to the Supreme Court of Canada jurisprudence, abuse of process constitutes a basis upon which a court may make an award of costs. In criminal matters, costs may be awarded, regardless of whether the accused is successful on the appeal, if there is anything remarkable about the case or whether the Crown conducted itself in an oppressive or improper manner, or where the issue raised is one important to the legal system as a whole. Provincial appellate jurisprudence largely mirrors that of the Supreme Court: costs have been awarded where the conduct of the prosecution merits sanction, or where other exceptional circumstances exist such that fairness requires that the individual litigant not carry the financial burden, such as where the Crown pursues a test case. Also, while the list is not closed, special circumstances include the following: Charter breaches, police or Crown misconduct, the institution of a frivolous or vexatious prosecution or appeal and unreasonable delay. In the circumstances, even if the appellant admitted it made misstatements, it acknowledged all errors and the respondent was never placed seriously in jeopardy. Then, even though prosecution authorities found themselves attempting to assess and define the parameters of *Golzari* and *Bannister* at the expense of the respondent, that does not lead to conclude the proceeding was frivolous or vexatious. However, this Court considers the prosecution and the subsequent appeal to have been questionable. Prosecution chose to pursue the case against the respondent in circumstances where a court would eventually conclude there existed no *prima facie* case, where the training material used an acronym more offensive than any of the double entendres employed by the respondent; he should not bear the costs of a test case with major implications across the whole of the military justice system. As the appellant's conduct was negligent, but not reprehensible, scandalous or outrageous, party-and-party costs are awarded, but not solicitor-client costs.

Jugement : Demande accueillie.

La demande est accueillie et des dépens partie-partie pour l'appel sont adjugés. En l'espèce, la règle du *functus officio* ne s'applique pas relativement à l'adjudication des dépens car aucune des parties n'a abordé cette question à l'audience. La règle 21 des *Règles de la CACM* permet une telle requête. Cette Cour dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour adjuger des dépens; dans certains cas ils ont été systématiquement adjugés à l'accusé qui a eu gain de cause, tandis que dans d'autres cas il devait y avoir des circonstances particulières. Selon la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, un abus de procédure peut justifier l'adjudication des dépens. Dans les affaires pénales, les dépens peuvent être adjugés, que l'accusé ait gain de cause ou non, si l'affaire soulève quelque chose d'exceptionnel ou si la Couronne s'est conduite de façon oppressive ou injuste, ou encore lorsque la question soulevée intéresse l'ensemble du système juridique. La jurisprudence des cours d'appel provinciales ressemble beaucoup à celle de la Cour suprême : des dépens peuvent être adjugés lorsque la conduite de la poursuite justifie une sanction, ou d'autres circonstances exceptionnelles font en sorte que l'équité exige que le particulier ne supporte pas le fardeau financier, par exemple lorsque la Couronne entreprend une cause type. Aussi, les circonstances spéciales comprennent, sans s'y limiter, les violations de la Charte, l'inconduite de la police ou de la Couronne, les poursuites ou les appels frivoles ou vexatoires, ou encore les retards déraisonnables. En l'espèce, bien que la Couronne ait admis avoir fait des déclarations inexactes, elle a cependant reconnu toutes ses erreurs et l'intimé n'en a pas subi de préjudice grave. Ensuite, bien que la Couronne ait tenté d'évaluer et de définir les limites établies par les arrêts *Golzari* et *Bannister* de cette Cour aux dépens de l'intimé, cela n'amène pas à conclure que l'instance était futile ou vexatoire. Toutefois, la présente Cour conclut que la poursuite et l'appel subséquents étaient douteux. La poursuite a choisi d'engager des poursuites contre l'intimé dans une situation telle que la Cour a fini par conclure qu'il n'existait pas de preuve *prima facie*, alors que le matériel de formation utilisait un acronyme plus grossier que n'importe quelle des expressions à double sens employées par l'intimé; ce dernier ne devrait pas supporter les dépens d'une cause type ayant des répercussions importantes sur l'ensemble du système de justice militaire. Comme la conduite de l'appelante a été négligente, sans être répréhensible, scandaleuse ou choquante, des dépens partie-partie sont adjugés, mais non des dépens procureur-client.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Court Martial Appeal Court Rules, SOR/86-959, r. 21.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 683(3), 826, 839(3).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 683(3), 826, 839(3).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26.

National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 129.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 51.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26.

Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 129.
Règles de la Cour d'appel de la cour martiale, DORS/86-959, r. 21.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, r. 51.

CASES CITED

Behn v. Moulton Contracting Ltd., 2013 SCC 26, [2013] 2 S.C.R. 227; *Canada (Attorney General) v. Foster*, 215 C.C.C. (3d) 59, 2006 CanLII 38732 (ON CA); *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, 62 D.L.R. (4th) 577; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Gonzalez v. Gonzalez*, 2016 BCCA 376, 91 B.C.L.R. (5th) 221; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303; *Laval (Ville) c. Gagnon*, 147 C.C.C. (3d) 184, 2000 CanLII 8148 (QC CA); *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Olan v. The Queen*, S.C.C., No. 14000, October 11, 1977; *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147; *R. v. Bannister*, 2019 CMAC 2, 8 C.M.A.R. 327; *R. v. Baptista*, 2006 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 92; *R. v. Boivin*, 6 C.M.A.R. 65, 1998 CanLII 19171; *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537, 113 C.C.C. (3d) 481; *R. v. Dominie*, 2002 CMAC 8, 6 C.M.A.R. 286; *R. v. Garcia* (2005), 194 C.C.C. (3d) 361, 195 O.A.C. 64; *R. v. Golzari*, 2017 CMAC 3, 8 C.M.A.R. 106; *R. v. Haryett & Company (Representing the Interests of Legal Aid Alberta)*, 2019 ABCA 369, 50 M.V.R. (7th) 177; *R. v. King*, 26 C.C.C. (3d) 349, 1986 CanLII 1156 (BC CA); *R. v. Laflamme*, 2014 CMAC 11, 7 C.M.A.R. 990; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, 105 C.C.C. (3d) 327; *R. v. Munkonda*, 2015 ONCA 309, 324 C.C.C. (3d) 9; *R. v. Osborn*, [1971] S.C.R. 184, 15 D.L.R. (3d) 85; *R. v. Rose*, 2005 CMAC 4-2, 7 C.M.A.R. 56; *R. v. Scott*, 2004 CMAC 2, 6 C.M.A.R. 341; *R. v. Trask*, [1987] 2 S.C.R. 304, 79 N.R. 145; *R. v. Walsh*, 5 C.M.A.R. 222, 1993 CanLII 8749; *R. v. Yang*, 2017 BCCA 349, 142 W.C.B. (2d) 172 (leave to appeal to the SCC refused, Court file number: 37091); *Reekie v. Messervey*, [1990] 1 S.C.R. 219, 66 D.L.R. (4th) 765; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, 108 D.L.R. (4th) 193.

AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto, Irwin Law, 2016.

JURISPRUDENCE CITÉE

Behn c. Moulton Contracting Ltd., 2013 CSC 26, [2013] 2 R.C.S. 227; *Canada (Attorney General) v. Foster*, 215 C.C.C. (3^d) 59, 2006 CanLII 38732 (ON CA); *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, 62 D.L.R. (4th) 577; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Gonzalez v. Gonzalez*, 2016 BCCA 376, 91 B.C.L.R. (5th) 221; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303; *Laval (Ville) c. Gagnon*, 147 C.C.C. (3^d) 184, 2000 CanLII 8148 (QC CA); *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Olan c. La Reine*, C.S.C., n° 14000, 11 octobre 1977; *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147; *R. c. Bannister*, 2019 CACM 2, 8 C.A.C.M. 327; *R. c. Baptista*, 2006 CACM 1, 7 C.A.C.M. 92; *R. v. Boivin*, 6 C.A.C.M. 65, 1998 CanLII 19171; *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, 113 C.C.C. (3^d) 481; *R. c. Dominie*, 2002 CACM 8, 6 C.A.C.M. 286; *R. v. Garcia* (2005), 194 C.C.C. (3^d) 361, 195 O.A.C. 64; *R. c. Golzari*, 2017 CACM 3, 8 C.A.C.M. 106; *R. v. Haryett & Company (Representing the Interests of Legal Aid Alberta)*, 2019 ABCA 369, 50 M.V.R. (7th) 177; *R. v. King*, 26 C.C.C. (3^d) 349, 1986 CanLII 1156 (BC CA); *R. c. Laflamme*, 2014 CACM 11, 7 C.A.C.M. 990; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, 105 C.C.C. (3^d) 327; *R. v. Munkonda*, 2015 ONCA 309, 324 C.C.C. (3^d) 9; *R. c. Osborn*, [1971] R.C.S. 184, 15 D.L.R. (3^d) 85; *R. c. Rose*, 2005 CACM 4-2, 7 C.A.C.M. 56; *R. c. Scott*, 2004 CACM 2, 6 C.A.C.M. 341; *R. c. Trask*, [1987] 2 R.C.S. 304, 79 N.R. 145; *R. c. Walsh*, 5 C.A.C.M. 222, 1993 CanLII 8749; *R. v. Yang*, 2017 BCCA 349, 142 W.C.B. (2^d) 172 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la Cour : 37091); *Reekie c. Messervey*, [1990] 1 R.C.S. 219, 66 D.L.R. (4th) 765; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 108 D.L.R. (4th) 193.

DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3^e éd. Toronto, Irwin Law, 2016.

COUNSEL

Major Stephan Poitras, for the appellant.
Mr. Joshua M. Juneau, for the respondent.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

THE COURT:

I. Background and position of the parties

[1] On April 4, 2019, Military Judge Sukstorf acquitted Lieutenant J.C. Banting of one count, which alleged he had conducted himself in a manner prejudicial to good order and discipline contrary to section 129 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5. The Crown based the charge upon comments made by Lieutenant Banting while he was instructing on emergency medical techniques that soldiers might be required to employ in a battlefield environment. During the course of the instruction, Lieutenant Banting used double entendre nuances, with some degree of sexual innuendo, as mnemonic devices. Military Judge Sukstorf concluded the prosecution had not established a *prima facie* case. She dismissed the charge without referring the matter to the trier of fact, the General Court Martial panel.

[2] The Crown appealed. In his written submission, respondent Lieutenant Banting sought dismissal of the appeal with costs. At the close of the appellant's oral argument, this Court advised Lieutenant Banting's counsel it did not need to hear from him. We dismissed the Crown appeal. This Court, neither in its oral reasons given from the Bench, its brief written reasons, nor in its formal judgment, addressed the issue of costs.

[3] On November 7, 2019, Lieutenant Banting filed a motion pursuant to rule 21 of the *Court Martial Appeal Court Rules*, SOR/86-959 (*CMAC Rules*) seeking costs at trial and on appeal, on a solicitor-client basis. The total amount claimed is \$61,155.00. The appellant filed its response on December 19, 2019. Both parties declined the opportunity to participate in an oral hearing on the issue of costs.

AVOCATS

Major Stephan Poitras, pour l'appelante.
M^e Joshua M. Juneau, pour l'intimé.

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

LA COUR :

I. Le contexte et les thèses des parties

[1] Le 4 avril 2019, la juge militaire Sukstorf a acquitté le lieutenant J.C. Banting d'un chef d'accusation de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline, l'infraction visée à l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5. La Couronne a fondé l'accusation sur des commentaires faits par le lieutenant Banting alors qu'il enseignait des techniques médicales d'urgence que les soldats peuvent avoir à utiliser sur un champ de bataille. Pendant la formation, le lieutenant Banting a utilisé des expressions à double sens, avec des sous-entendus sexuels, comme moyens mnémotechniques. La juge militaire Sukstorf a conclu que la poursuite n'avait pas établi de preuve *prima facie*. Elle a rejeté l'accusation sans renvoyer l'affaire au juge des faits, le comité de la cour martiale générale.

[2] La Couronne a interjeté appel. Dans ses observations écrites, l'intimé, le lieutenant Banting, a demandé le rejet de l'appel avec dépens. À la fin des plaidoiries de l'appelante, notre Cour a informé l'avocat du lieutenant Banting qu'il n'était pas nécessaire qu'il présente d'observations. Nous avons rejeté l'appel. La Cour n'a abordé l'adjudication des dépens ni dans ses motifs oraux prononcés à l'audience, ni dans ses brefs motifs écrits, ni dans son jugement officiel.

[3] Le 7 novembre 2019, le lieutenant Banting a déposé une requête au titre de la règle 21 des *Règles de la Cour d'appel de la cour martiale*, DORS/86-959 (*Règles de la CACM*), afin d'obtenir des dépens procureur-client en première instance et en appel. Le montant demandé est de 61 155 \$. L'appelante a déposé sa réponse le 19 décembre 2019. Les deux parties ont renoncé à une audience sur l'adjudication des dépens.

[4] Lieutenant Banting contends costs on a solicitor-client basis are appropriate in the circumstances for the following reasons: (1) the appellant made many false and misleading statements in its oral and written submissions; (2) the ground of appeal was frivolous; (3) there was no evidence to support the appellant's position; (4) the appellant committed an abuse of process; (5) and, finally, the appellant "improperly used the legal system in an attempt to achieve a theoretical end, and this has caused prejudice to the respondent, in terms of cost, time and additional reputational and professional damage". Lieutenant Banting contends an abuse of process results in this case, because, among other considerations, the appellant requested this Court to infer prejudice, from an "inferred harm", visited upon an "inferred victim, who never came forward".

[5] The appellant contends this Court is without jurisdiction to consider the motion given that it is now *functus officio*, having already decided the appeal and having failed to make an order of costs. In the alternative, the appellant acknowledges there were misstatements contained within both its written and oral submissions, but contends it corrected them at the beginning, and in the course of, the oral hearing. In the event this Court should decide to award costs, the appellant contends they should be limited to party-and-party costs on the appeal.

[6] For the reasons set out below, we are of the view an award of party-and-party costs on appeal is appropriate in the circumstances.

II. Analysis

A. *Is the Court functus officio?*

[7] In *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, the Supreme Court of Canada held that a decision cannot be re-visited simply because a court has changed its mind, made an error within its jurisdiction or because there has been a change of circumstances. It can only do so if authorized by statute, there has been a slip in preparing the decision, or there has been an error in expressing the manifest

[4] Le lieutenant Banting soutient qu'il convient d'adjudger des dépens procureur-client dans les circonstances pour les motifs suivants : 1) l'appelante a fait de nombreuses déclarations fausses et trompeuses dans ses observations orales et écrites; 2) le moyen d'appel était frivole; 3) aucun élément de preuve n'étayait la thèse de l'appelante; 4) l'appelante a commis un abus de procédure; 5) enfin, l'appelante [TRADUCTION] « a utilisé le système judiciaire de façon inappropriée pour tenter de parvenir à des fins théoriques, ce qui a causé à l'intimé un préjudice à l'égard des frais et du temps et, en outre, un préjudice professionnel et une atteinte à sa réputation ». Le lieutenant Banting affirme qu'il y a eu un abus de procédure, notamment parce que l'appelante a demandé que la Cour infère l'existence d'un préjudice en se fondant sur un [TRADUCTION] « préjudice supposé » à une [TRADUCTION] « victime supposée qui ne s'est jamais manifestée ».

[5] L'appelante affirme que la Cour n'a pas compétence pour examiner la requête étant donné que la règle du « *functus officio* » s'applique, puisque la Cour a déjà rendu son jugement et n'a pas adjugé de dépens. Subsidiairement, l'appelante reconnaît que ses observations écrites et orales comprenaient des déclarations inexactes, mais elle affirme les avoir corrigées au début de l'audience et au cours de celle-ci. Si la Cour décidait d'adjudger des dépens, l'appelante affirme qu'elle ne devrait adjuger que les dépens partie-partie de l'appel.

[6] Pour les motifs énoncés ci-dessous, nous sommes d'avis qu'il convient, dans les circonstances, d'adjudger des dépens partie-partie pour l'appel.

II. Analyse

A. *La règle du « functus officio » s'applique-t-elle?*

[7] Dans l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, la Cour suprême du Canada a conclu qu'un tribunal ne peut revenir sur sa décision simplement parce qu'il a changé d'avis, parce qu'il a commis une erreur qui relève de sa compétence, ou parce que les circonstances ont changé. Il ne peut le faire que si la loi le lui permet ou si un lapsus a été commis en rédigeant la décision ou s'il y a eu une

intention of the court. *Chandler* instructs as follows (at page 860.):

The general rule that a final decision of a court cannot be reopened derives from the decision of the English Court of Appeal in *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88. The basis for it was that the power to rehear was transferred by the *Judicature Acts* to the appellate division. The rule applied only after the formal judgment had been drawn up, issued and entered, and was subject to two exceptions: (1) where there had been a slip in drawing it up, and, (2) where there was an error in expressing the manifest intention of the court. See *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] S.C.R. 186.

[8] The principle of *functus officio* prevents courts from continually hearing applications to change their decisions. See, *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147, at paragraph 65; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paragraph 79; *Reekie v. Messervey*, [1990] 1 S.C.R. 219, at pages 222 and 23.

[9] This Court is not *functus officio* on the issue of costs. Neither party addressed that issue at the oral hearing. Neither the reasons from the Bench, the brief written reasons, nor the Court's formal judgment make any reference to costs. Furthermore, rule 21 of the *CMAC Rules* permits the bringing of such a motion. In the absence of a decision on the matter, we consider the motion for costs to be properly before the Court. We note that a similar situation arose before the Supreme Court in *R. v. Trask*, [1987] 2 S.C.R. 304 (*Trask*). In *Trask*, the order granting the accused leave to appeal provided that "costs of this application are to be decided upon the hearing of the appeal". On the appellant's motion under rule 51 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, the Court ordered a re-hearing, limited to the question of costs. No issue was raised as to whether the Court was *functus officio* because it had failed to address the question on the "hearing of the appeal".

erreur dans l'expression de l'intention manifeste du tribunal. Dans *Chandler*, la Cour suprême affirme ce qui suit (à la page 860) :

La règle générale portant qu'on ne saurait revenir sur une décision judiciaire définitive découle de la décision de la Court of Appeal d'Angleterre dans *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88. La cour y avait conclu que le pouvoir d'entendre à nouveau une affaire avait été transféré à la division d'appel en vertu des *Judicature Acts*. La règle ne s'appliquait que si le jugement avait été rédigé, prononcé et inscrit, et elle souffrait deux exceptions : (1) lorsqu'il y avait eu lapsus en la rédigeant ou (2) lorsqu'il y avait une erreur dans l'expression de l'intention manifeste de la cour. Voir *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] R.C.S. 186.

[8] Le principe du *functus officio* empêche les tribunaux d'entendre continuellement les demandes pour modifier leurs décisions. Voir l'arrêt *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147, au paragraphe 65; l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 79; et l'arrêt *Reekie c. Messervey*, [1990] 1 R.C.S. 219, aux pages 222 et 223.

[9] La Cour n'est pas visée par la règle du *functus officio* relativement à l'adjudication des dépens. Ni l'une ni l'autre des parties n'a abordé cette question à l'audience. Il n'y a aucune mention des dépens dans les motifs prononcés à l'audience, les brefs motifs écrits ou le jugement officiel de la Cour. En outre, la règle 21 des *Règles de la CACM* permet une telle requête. En l'absence d'une décision sur la question, nous estimons que la Cour est valablement saisie de la requête visant à obtenir des dépens. Nous notons qu'une situation semblable s'est produite à la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Trask*, [1987] 2 R.C.S. 304 (*Trask*). Dans *Trask*, l'ordonnance autorisant l'appel de l'accusé prévoyait que [TRADUCTION] « l'adjudication de dépens à l'égard de la présente requête soit réglée à l'audition du pourvoi ». Lors de la requête de l'appelant au titre de la règle 51 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, la Cour a ordonné la tenue d'une nouvelle audience limitée à la question des dépens. On n'a pas invoqué la règle du *functus officio*, en affirmant que la Cour n'avait pas abordé la question lors de l'« audition du pourvoi ».

B. This Court's jurisprudence on the issue of costs to a successful accused appellant or respondent

[10] This Court has not spoken consistently regarding the circumstances in which costs will be awarded. In some cases, costs seem to have been awarded routinely, while in others, special circumstances were required before making such an award.

[11] In *R. v. Walsh* (1993), 5 C.M.A.R. 222, in a decision allowing an appeal from sentence, the Court simply allowed the appeal with costs. The Court undertook no analysis to determine whether there existed special or other circumstances to justify the award. In *R. v. Boivin* (1998), 6 C.M.A.R. 65, the Court awarded “costs to be taxed in accordance with these reasons”. While there is no analysis as to why costs were awarded, it can be inferred that the award resulted from an unreasonable verdict at trial following the misapplication of the hearsay rule. A successful appeal on such a basis is not, in our view, extraordinary. In *R. v. Scott*, 2004 CMAC 2, 6 C.M.A.R. 341, although the appeal involved a Charter violation based upon religion, it does not appear that violation resulted in the cost award. The unanimous Court simply stated “since his appeal succeeds, he should have his costs on the appeal ...”. Finally, in *R. v. Baptista*, 2006 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 92, the Court allowed an appeal from sentence. The Court undertook no analysis regarding costs. However, the concluding paragraph reads “[t]he appellant is entitled to costs to be assessed under the Federal Court Tariff”.

[12] In *Walsh*, *Boivin*, *Scott*, and *Baptista*, this Court appears to have routinely awarded costs to the successful accused appellant.

[13] In contrast, other decisions of this Court required special circumstances before making such an award. In *R. v. Laflamme*, 2014 CMAC 11, 7 C.M.A.R.

B. La jurisprudence de la Cour sur l'adjudication des dépens à un accusé appellant ou intimé ayant eu gain de cause

[10] Notre Cour s'est prononcée de diverses façons sur la question des circonstances dans lesquelles elle adjudgera les dépens. Dans certains cas, les dépens ont été adjugés systématiquement, tandis que dans d'autres cas, il devait y avoir des circonstances particulières pour qu'on adjuge les dépens.

[11] Dans l'arrêt *R. c. Walsh* (1993), 5 C.A.C.M 22, dans une décision accueillant l'appel d'une peine, la Cour a simplement accueilli l'appel avec dépens. La Cour n'a entrepris aucune analyse pour déterminer s'il existait des circonstances particulières ou d'autres circonstances justifiant l'adjudication. Dans l'arrêt *R. c. Boivin* (1998), 6 C.A.C.M. 65, la Cour a adjugé des « dépens à être taxés conformément au présent motif ». Bien qu'il n'y ait eu aucune analyse quant aux raisons de l'adjudication des dépens, il est possible de déduire que l'adjudication découlait d'un verdict déraisonnable en première instance, par suite d'une application erronée de la règle du ouï-dire. Selon nous, obtenir gain de cause en appel sur ce fondement n'est pas extraordinaire. Dans l'arrêt *R. c. Scott*, 2004 CACM 2, 6 C.A.C.M 341, même si l'appel portait sur une violation de la Charte fondée sur la religion, il ne semble pas que la violation soit la raison pour laquelle on ait adjugé des dépens. La Cour unanime a simplement affirmé : « Comme il a eu gain de cause en appel, il devrait avoir droit aux dépens de l'appel [...] ». Enfin, dans l'arrêt *R. c. Baptista*, 2006 CACM 1, 7 C.A.C.M. 92, la Cour a accueilli l'appel à l'encontre de la peine. La Cour n'a pas entrepris d'analyse des dépens. Toutefois, le dernier paragraphe indique : « L'appellant a droit aux dépens, lesquels seront taxés en conformité avec le tarif de la Cour fédérale. »

[12] Dans *Walsh*, *Boivin*, *Scott*, et *Baptista*, la Cour a systématiquement adjugé des dépens à l'accusé appellant ayant eu gain de cause.

[13] En revanche, dans d'autres décisions de notre Cour, il devait y avoir des circonstances particulières pour adjuger les dépens. Dans l'arrêt *R. c. Laflamme*,

990, the Court refused to award costs to the successful accused appellant. The Court stated (at paragraph 2):

[2] An accused is generally not entitled to costs, whether he or she is successful or unsuccessful on the merits of the case. A court of appeal will deny costs to an accused who has successfully appealed a criminal matter except where the case of the accused is remarkable or where there is oppressive or improper conduct on the part of the prosecution. See *R. v. M. (C.A.)* 1996 1 S.C.R. 500, para. 97; *R. v. Trask* 1987 2 S.C.R. 304; *Tele-Mobile co. v. Ontario* 2008 1 S.C.R. 305, 2008 SCC 12, para. 55; *Attorney General v. Foster* (2006), 215 C.C.C. (3d) 59 (Ont. C.A.), paras 62-69.

[14] Similarly, in *R. v. Rose*, 2005 CMAC 4-2, 7 C.M.A.R. 56 (September 28, 2005), the Court refused to award costs to a successful accused appellant. McFadyen, J.A., for the Court, stated (at paragraph 2):

[2] Under Rule 21(2) of the Court Martial Appeal Rules, the Court has discretion to award costs. Although the Rule gives the Court a broad discretion, the Court does not award costs routinely. Nothing in the conduct of this prosecution, nor in the complexity of the issues raised, takes this case out of the ordinary so as to persuade us to award costs.

[15] Finally, in *R. v. Dominie*, 2002 CMAC 8, 6 C.M.A.R. 286, the Court allowed the accused's appeal, but only with respect to costs. Following a finding of misconduct on the part of the police and the prosecutor, the Court awarded "costs in the amount of \$3,000.00 because of the egregious conduct of the military police and participation in that conduct by the prosecutor's efforts in tendering that evidence on a futile voir dire" (at paragraph 8).

C. Supreme Court of Canada guidance on the issue of costs to a successful accused

[16] In considering the Supreme Court's jurisprudence on costs, it is important to consider the different

2014 CACM 11, 7 C.A.C.M. 990, la Cour a refusé d'adjudger des dépens à l'accusé appelant ayant eu gain de cause. La Cour a déclaré ce qui suit (au paragraphe 2.) :

[2] L'accusé n'a généralement pas droit aux dépens, qu'il obtienne ou non gain de cause sur le fond. Une cour d'appel refuse d'accorder les dépens à l'accusé qui a obtenu gain de cause en appel dans une affaire criminelle sauf si l'affaire soulève une question exceptionnelle ou si la poursuite s'est conduite de façon oppressive et injuste. Voir *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, paragr. 97; *R. c. Trask*, [1987] 2 R.C.S. 304; *Société Télé-Mobile c. Ontario*, [2008] 1 R.C.S. 305, 2008 CSC 12, paragr. 55; (*Attorney General*) *c. Foster* (2006), 215 C.C.C. (3^d) 59 (C.A. Ont.), paragr. 62-69.

[14] De même, dans *R. c. Rose*, 2005 CACM 4-2, 7 C.A.C.M. 56 (28 septembre 2005), la Cour a refusé d'adjudger des dépens à l'accusé appelant ayant eu gain de cause. La juge McFadyen, au nom de la Cour, a déclaré ce qui suit (au paragraphe 2) :

[2] Selon le paragraphe 21(2) des *Règles de la Cour d'appel de la cour martiale*, la Cour a le pouvoir discrétionnaire d'adjudger les dépens. Cette disposition donne à la Cour un large pouvoir discrétionnaire; cependant, la Cour n'adjuge pas les dépens de manière systématique. Rien dans l'exercice de la poursuite, ni dans la complexité des questions soulevées ne fait de cette cause une affaire exceptionnelle et ne nous convainc d'adjudger les dépens.

[15] Enfin, dans *R. c. Dominie*, 2002 CACM 8, 6 C.A.C.M. 286, la Cour a accueilli l'appel de l'accusé, mais uniquement en ce qui concerne les dépens. Après avoir conclu à une inconduite de la police et de l'avocat de la poursuite, la Cour a accordé « les dépens pour la somme de 3 000,00 \$, compte tenu de la conduite totalement inacceptable de la police militaire et de la participation de l'avocat de la poursuite dans cette conduite, par suite de ses efforts pour présenter cette preuve dans une procédure futile de voir dire » (au paragraphe 8).

C. Les directives de la Cour suprême du Canada quant à l'adjudication des dépens à un accusé qui a obtenu gain de cause

[16] En examinant la jurisprudence de la Cour suprême en matière de dépens, il est important de tenir

language employed by the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26 and the *CMAC Rules* regarding each court's jurisdiction to award costs. The differing versions are set out below:

compte des libellés différents de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, et des *Règles de la CACM* concernant la compétence de chaque Cour en matière d'adjudication des dépens. Les différents libellés sont reproduits ci-dessous :

Supreme Court Act

Payment of costs

47 The Court may, in its discretion, order the payment of the costs of the court appealed from, of the court of original jurisdiction, and of the appeal, or any part thereof, whether the judgment is affirmed, or is varied or reversed.

CMAC Rules

Fees and Costs

Rule 21 (1) Where a party other than the Minister is represented by counsel, the Court may direct that all or any of the counsel's fees in relation to the appeal or application be paid, as taxed by an assessment officer in accordance with the applicable tariff of the *Federal Court Rules, 1998*.

(2) The Court may direct that all or any of the party's costs in the Court in relation to the appeal or application be paid, as taxed by an assessment officer in accordance with the applicable tariff of the *Federal Court Rules, 1998*.

Loi sur la Cour suprême

Paielement des frais

47 La Cour a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement des dépens des juridictions inférieures, y compris du tribunal de première instance, ainsi que des frais d'appel, en tout ou en partie, quelle que soit sa décision finale sur le fond.

Règles de la CACM

Honoraire et dépens

Règle 21 (1) Si une partie, autre que le ministre, est représentée par avocat, la Cour peut ordonner que soient payés tout ou partie des honoraires de l'avocat relatifs à l'appel ou à la demande taxés par l'officier taxateur selon le tarif applicable des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

(2) La Cour peut ordonner que soient payés tout ou partie des dépens d'une partie relatifs à l'appel ou à la demande taxés par l'officier taxateur selon le tarif applicable des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

[17] It is common ground that words in a statute are to be given their plain meaning unless the context requires otherwise: see, Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 3rd ed. (Toronto: Irwin Law, 2016) at pages 59 and 60. Nothing in the context of the *CMAC Rules* would suggest the Court apply other than a plain meaning approach to interpretation in this case. In fact, the context supports a plain meaning interpretation. The *Supreme Court Act*, above, demonstrates that it is clothed with jurisdiction to award costs "of the court appealed from, of the court of original jurisdiction, and of the appeal". In contrast, no such jurisdiction appears to exist in this Court. Based upon both context and a plain reading of rule 21 of the *CMAC Rules*, costs are limited to counsel fees in

[17] Il est admis qu'il faut donner aux termes de la loi leur sens ordinaire, à moins que le contexte n'exige une interprétation différente : voir l'ouvrage de Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 3^e éd. (Toronto, Irwin Law, 2016), aux pages 59 et 60. Rien du contexte des *Règles de la CACM* n'indique que la Cour doit donner aux termes des *Règles de la CACM* un sens autre que leur sens ordinaire. En fait, le contexte appuie une interprétation selon le sens ordinaire. La *Loi sur la Cour suprême*, précitée, montre qu'elle a compétence en matière d'adjudication des dépens « des juridictions inférieures, y compris du tribunal de première instance, ainsi que des frais d'appel ». En revanche, notre Cour n'a aucune compétence de la sorte. Compte tenu du contexte et du sens ordinaire

relation to the appeal or application. I also note that in this case, no costs were sought at trial, nor were any awarded.

[18] Abuse of process constitutes a basis upon which a court may make an award of costs in a civil matter. Abuse of process is defined by the Supreme Court of Canada as the bringing of proceedings that are unfair to the point they are “contrary to the interest of justice” or could be considered as “oppressive treatment”. See *Behn v. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 SCC 26, [2013] 2 S.C.R. 227, at paragraph 39; *Gonzalez v. Gonzalez*, 2016 BCCA 376, at paragraph 18. In *Behn*, Justice LeBel states the following (at paragraph 41):

[41] As can be seen from the case law, the administration of justice and fairness are at the heart of the doctrine of abuse of process. In *Canam Enterprises* and in *C.U.P.E.*, the doctrine was used to preclude relitigation of an issue in circumstances in which the requirements for issue estoppel were not met. But it is not limited to preventing relitigation. For example, in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, the Court held that an unreasonable delay that causes serious prejudice could amount to an abuse of process (paras. 101-21). The doctrine of abuse of process is flexible, and it exists to ensure that the administration of justice is not brought into disrepute.

[19] Similarly, the Supreme Court has held that costs may be awarded in criminal matters, regardless of whether the accused is successful on the appeal. In conducting its analysis, the Court is to consider whether there is anything remarkable about the case or whether the Crown conducted itself in an oppressive or improper manner. In *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at paragraph 97, Lamer CJC stated as follows:

97 Finally, the respondent has filed a request for costs on a solicitor-client basis under this Court’s discretionary authority under s. 47 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26. We have previously acknowledged that this discretionary power extends to

de la règle 21 des *Règles de la CACM*, les dépens se limitent aux honoraires d’avocats liés à l’appel ou à la demande. Je note aussi qu’en l’espèce, on n’a pas demandé l’adjudication des dépens en première instance, et ceux-ci n’ont pas été adjugés.

[18] Un abus de procédure peut justifier que la Cour adjuge des dépens dans une affaire civile. L’abus de procédure est défini par la Cour suprême du Canada comme étant des procédures injustes au point qu’elles sont « contraires à l’intérêt de la justice » ou pouvaient être considérées comme un traitement oppressif. Voir *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, [2013] 2 R.C.S. 227, au paragraphe 39, et *Gonzalez v. Gonzalez*, 2016 BCCA 376, au paragraphe 18. Dans *Behn*, le juge LeBel affirme ce qui suit (au paragraphe 41) :

[41] Comme il ressort de la jurisprudence, l’administration de la justice et la notion d’équité se trouvent au cœur de la doctrine de l’abus de procédure. Dans les arrêts *Canam Enterprises* et *S.C.F.P.*, cette doctrine a été appliquée pour empêcher la réouverture de litiges dans des circonstances où les exigences de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée n’étaient pas respectées. Toutefois, l’application de la doctrine ne se limite pas à empêcher la réouverture d’un litige. À titre d’exemple, dans *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, la Cour a conclu qu’un délai déraisonnable causant un préjudice grave pouvait constituer un abus de procédure (par. 101-121). La doctrine de l’abus de procédure est souple et permet d’éviter que l’administration de la justice soit déconsidérée.

[19] De même, la Cour suprême a conclu que les dépens peuvent être adjugés dans des affaires pénales, que l’accusé ait gain de cause en appel ou non. Dans son analyse, la Cour doit examiner si l’affaire soulève quelque chose d’exceptionnel ou si la Couronne s’est conduite de façon oppressive ou injuste. Dans l’arrêt *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au paragraphe 97, le juge en chef Lamer a affirmé ce qui suit :

97 Enfin, l’intimé a déposé une requête en vue d’obtenir le paiement des dépens entre avocat et client en vertu du pouvoir discrétionnaire conféré à notre Cour par l’art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Nous avons déjà reconnu que ce pouvoir

making an order for costs in a criminal case, including both summary conviction matters (*R. v. Trask*, [1987] 2 S.C.R. 304 (costs denied)) and indictable matters (*R. v. Olan*, No. 14000, October 11, 1977 (costs allowed)). But the prevailing convention of criminal practice is that whether the criminal defendant is successful or unsuccessful on the merits of the case, he or she is generally not entitled to costs. See *Berry v. British Transport Commission* (1961), [1962] 1 Q.B. 306 (C.A.), at p. 326, *per* Devlin L.C.J. The *Criminal Code* codifies this convention as a matter of appellate practice before provincial courts of appeal in cases involving indictable offences. See s. 683(3) of the *Code*, but see s. 839(3) regarding summary conviction cases. Consistent with this established convention, in *Trask*, we denied costs under s. 47 to a criminal defendant following a successful appeal of a summary conviction matter, as there was nothing “remarkable” about the defendant’s case, nor was there any “oppressive or improper conduct” alleged against the Crown (At pp. 307-308.)

[20] In *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537, at paragraphs 13 and 14, the Supreme Court awarded costs to the accused, despite the dismissal of his appeal, in order to compensate him for the financial burden of his legal fees. While the Court found that such costs should ordinarily be borne by those charged with criminal offences, the unique circumstances of that case merited a costs award. The delays and much of the legal costs arose from systemic problems that were, to a large extent, caused by the words and actions of the trial judge. The trial judge’s conduct resulted in a reasonable apprehension of bias over which the accused had no control. See also, *Olan v. The Queen*, S.C.C., No. 14000, October 11, 1977 (unreported) where the Court awarded costs against the Crown in an appeal arising from an indictable offence.

[21] In addition, costs may be awarded in a criminal matter, in favour of an accused, where the issue raised, either by the Crown or the accused, is one important to the legal system as a whole. The Court has held that

discrétionnaire permet de rendre une ordonnance relative aux dépens dans les affaires criminelles, tant en matière de déclaration de culpabilité par procédure sommaire (*R. c. Trask*, [1987] 2 R.C.S. 304 (dépens refusés)) qu’en matière de déclaration de culpabilité par voie de mise en accusation (*Olan c. La Reine*, n° 14000, 11 octobre 1977 (dépens accordés)). Toutefois, selon la convention courante en matière de pratique pénale, que le défendeur obtienne ou non gain de cause sur le fond, il n’a généralement pas droit aux dépens. Voir *Berry c. British Transport Commission*, [1962] 1 Q.B. 306 (C.A.), à la p. 326, le lord juge en chef Devlin. Le *Code criminel* a codifié cette convention et en a fait une pratique dans les appels formés devant les cours d’appel provinciales en matière d’actes criminels. Voir le par. 683(3) du *Code*, mais aussi le par. 839(3) en ce qui concerne les poursuites sommaires. Conformément à cette convention établie, nous avons, dans l’arrêt *Trask*, refusé d’accorder les dépens en vertu de l’art. 47 à un défendeur qui avait obtenu gain de cause en appel dans une affaire criminelle concernant une déclaration sommaire de culpabilité, car le cas du défendeur ne soulevait rien d’« exceptionnel », et on n’alléguait pas que le ministère public « s’était » conduit de façon oppressive et injuste ». (p. 307-308.)

[20] Dans l’arrêt *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, aux paragraphes 13 et 14, la Cour suprême a adjugé les dépens à l’accusé, malgré le rejet de son appel, afin de l’aider à supporter le fardeau financier des honoraires d’avocat. Bien que la Cour ait conclu que ces dépens doivent normalement être supportés par les personnes accusées d’infractions criminelles, les circonstances exceptionnelles de cette affaire justifiaient l’adjudication des dépens. Les retards, de même que la majorité des frais judiciaires, découlaient de problèmes systémiques causés, dans une large mesure, par ce qu’a fait et dit le juge de première instance. La conduite de ce dernier a donné lieu à une crainte raisonnable de partialité sur laquelle l’accusé n’avait aucun contrôle. Voir également l’arrêt *Olan c. La Reine*, C.S.C., n° 14000, 11 octobre 1977 (inédit), dans lequel la Cour a ordonné à la Couronne de verser des dépens dans un appel concernant un acte criminel punissable par mise en accusation.

[21] En outre, il est possible d’adjuger des dépens à l’accusé dans une affaire pénale lorsque la question soulevée, qu’elle le soit par la Couronne ou par l’accusé, intéresse l’ensemble du système juridique. La

costs of litigating such an issue should not be borne by an individual accused or defendant. This, even if the accused is unsuccessful on appeal. See *R. v. Osborn*, [1971] S.C.R. 184; *Trask*, above, at paragraph 7; *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511 (*Caron*), at paragraphs 110 to 114.

D. Provincial Courts of Appeal guidance on the issue of costs to a successful accused

[22] Provincial courts of appeal are bound by costs provisions in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (*Criminal Code*). Those appellate courts are precluded from awarding costs in indictable offence appeals by application of subsection 683(3) of the *Criminal Code*. However, they may award costs in summary conviction appeals pursuant to section 826 and subsection 839(3):

Procedure on Appeal

Costs

826 Where an appeal is heard and determined or is abandoned or is dismissed for want of prosecution, the appeal court may make any order with respect to costs that it considers just and reasonable.

...

Appeals to Court of Appeal

Costs

839 (3) Notwithstanding subsection (2), the court of appeal may make any order with respect to costs that it considers proper in relation to an appeal under this section.

[23] Provincial appellate jurisprudence in this regard largely mirrors that of the Supreme Court of Canada. Although the basis for awarding costs is not exhaustive, they have generally been awarded in one of two circumstances. First, where the conduct of the prosecution merits sanction, such as when it

Cour a conclu que les coûts d'un tel litige ne devraient pas être supportés par l'accusé ou le défendeur, et ce, même si l'appel de l'accusé est rejeté. Voir les arrêts *R. c. Osborn*, [1971] R.C.S. 184; *Trask*, précité, au paragraphe 7; *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511 (*Caron*), aux paragraphes 110 à 114.

D. Les indications des cours d'appel provinciales quant à l'adjudication des dépens à un accusé qui a obtenu gain de cause

[22] Les cours d'appel provinciales sont liées par les dispositions en matière de dépens énoncées dans le *Code criminel*, L.R.C 1985, ch. C-46 (*Code criminel*). Ces cours d'appel ne peuvent pas adjuger de dépens dans des appels concernant des actes punissables par mise en accusation, en raison du paragraphe 683(3) du *Code criminel*. Elles peuvent cependant le faire dans des appels concernant des actes punissables par procédure sommaire, aux termes de l'article 826 et du paragraphe 839(3) du *Code criminel* :

Procédure sur appel

Frais

826 Lorsqu'un appel est entendu et décidé ou est abandonné ou est rejeté faute de poursuite, la cour d'appel peut rendre, relativement aux frais, toute ordonnance qu'elle estime juste et raisonnable.

[...]

Pourvois devant la cour d'appel

Frais

839 (3) Nonobstant le paragraphe (2), la cour d'appel peut rendre toute ordonnance, quant aux frais, qu'elle estime appropriée relativement à un appel prévu par le présent article.

[23] La jurisprudence des cours d'appel provinciales à cet égard ressemble beaucoup à celle de la Cour suprême du Canada. Bien que les raisons pour l'adjudication de dépens ne soient pas exhaustives, les dépens ont généralement été adjugés dans l'une ou l'autre des situations suivantes. Premièrement, lorsque

acts in a manner that is a marked and unacceptable departure from the reasonable standards expected of it, or, it acts in bad faith. In such a case, the costs are punitive (*Laval (Ville) c. Gagnon*, 2000 CanLII 8148 (QC CA) (*Gagnon*), at paragraph 19). Second, where other exceptional circumstances exist such that fairness requires that the individual litigant not carry the financial burden, such as where the Crown pursues a test case. Generally, costs in this category are awarded where there is high public interest in the question to be resolved, little or no personal significance to the party awarded costs, and an element of fairness favouring the party awarded costs (*R. v. Haryett & Company (Representing the Interests of Legal Aid Alberta)*, 2019 ABCA 369 (*Haryett & Company*), at paragraphs 11 and 17; *R. v. Garcia* (2005), 194 C.C.C. (3d) 361 (ON CA) (*Garcia*), at paragraph 26). In this second category, the costs are considered compensatory (*Gagnon*, above, at paragraph 19). In general, see, *Haryett & Company*, above, at paragraphs 7, 11 to 13 and 17; *R. v. Yang*, 2017 BCCA 349, at paragraph 12, leave to appeal to the SCC refused, Court file number: 37091 (19 April 2018); *R. v. Munkonda*, 2015 ONCA 309 (*Munkonda*), at paragraphs 142 to 144; *Garcia*, above, at paragraph 13; *Gagnon*, above, at paragraph 23. Regardless, these two categories cannot be considered exhaustive. In both Ontario and British Columbia, courts of appeal have been reluctant to set limits as to the scope of circumstances which may result in an award of costs in the criminal law context (*Haryett & Company*, above, at paragraph 12 citing *Canada (Attorney General) v. Foster* (2006), 215 C.C.C. (3d) 59 at paragraphs 66 and 69 (ON CA); *Munkonda*, above, at paragraph 142 citing *R. v. King* (1986), 26 C.C.C. (3d) 349 (BC CA)).

E. Application of the jurisprudence to the case at bar

[24] We are satisfied that costs should not be routinely awarded, either at trial or on appeal, in favour of a successful accused. There must be some evidence assessed by the military judge or this Court, as the

la conduite de la poursuite justifie une sanction, par exemple quand la poursuite agit d'une manière qui constitue une dérogation marquée et inacceptable aux normes raisonnables qu'on s'attend qu'elle respecte, ou quand elle agit de mauvaise foi. Dans un tel cas, il s'agira de dépens punitifs (*Laval (Ville) c. Gagnon*, 2000 CanLII 8148 (QC CA) (*Gagnon*), au paragraphe 19). Deuxièmement, lorsque d'autres circonstances exceptionnelles font en sorte que l'équité exige que le particulier ne supporte pas le fardeau financier, par exemple lorsque la Couronne entreprend une cause type. En général, les dépens sont adjugés pour ce motif lorsque l'intérêt du public quant à la question à trancher est élevé, que la question a peu d'importance personnelle à la partie à laquelle on adjuge les dépens, et qu'un souci d'équité favorise que les dépens soient adjugés à la partie (*R. v. Haryett & Company (Representing the Interests of Legal Aid Alberta)*, 2019 ABCA 369 (*Haryett & Company*), au paragraphe 11 et 17; *R. v. Garcia* (2005), 194 C.C.C. (3^d) 361 (ON CA) (*Garcia*), au paragraphe 26). Dans le cas de cette deuxième catégorie, on considère que les dépens sont compensatoires (*Gagnon*, précité, au paragraphe 19). Voir, en général, *Haryett & Company*, précité, aux paragraphes 7, 11 à 13 et 17; *R. v. Yang*, 2017 BCCA 349, au paragraphe 12, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la Cour : 37091 (19 avril 2018); *R. c. Munkonda*, 2015 ONCA 309 (*Munkonda*), aux paragraphes 142 à 144; *Garcia*, précité, au paragraphe 13; *Gagnon*, précité, au paragraphe 23. Quoi qu'il en soit, on ne peut considérer que ces deux catégories sont exhaustives. Les cours d'appel de l'Ontario et de la Colombie-Britannique ont hésité à délimiter les circonstances susceptibles de donner lieu à une adjudication de dépens en matière pénale (*Haryett & Company*, précité, au paragraphe 12, qui renvoie à *Canada (Attorney General) v. Foster* (2006), 215 C.C.C. (3^d) 59 (ON CA), aux paragraphes 66 et 69; *Munkonda*, précité, au paragraphe 142, qui renvoie à *R. v. King* (1986), 26 C.C.C. (3^d) 349 (BC CA)).

E. Application de la jurisprudence à l'espèce

[24] Nous concluons qu'il ne faut pas, en première instance ou en appel, adjuger systématiquement les dépens à l'accusé qui a obtenu gain de cause. Il faut que le juge militaire ou notre Cour, selon le cas, ait

case may be, which creates special circumstances that justify an award of costs. While the list is not closed, special circumstances include the following: Charter breaches; police or Crown misconduct; the institution of a frivolous or vexatious prosecution or appeal; unreasonable delay, all of which may, otherwise be described, as oppressive conduct by the Crown. Special circumstances may also include the pursuit of a “test case” where the Crown, even in good faith, is unsuccessful in its efforts to settle an area of law that will have major implications across the whole of the military justice system. In the case of the latter example, it would be unfair to expect a successful individual litigant to bear all of his or her costs.

[25] We now turn to the facts we consider relevant to this motion. First, the appellant admits it made misstatements both in its written and oral submissions before this Court. However, the appellant acknowledged all errors, either at the outset of the hearing or in the course of responding to questions from the Court. The respondent accused was never seriously placed in jeopardy by those misstatements. The proof lay in the fact the Court dismissed the appeal without the necessity of calling upon respondent’s counsel. Second, both at trial and on appeal, there were clearly weaknesses in the approach taken by the appellant. The invitation to apply inferential reasoning in circumstances where it was clearly inappropriate is but one example. However, unsuccessful advocacy, provided there is no evidence of bad faith, should not form the basis of a costs award against the Crown.

[26] In the circumstances, there is no evidence of a Charter violation, police or Crown misconduct, nor is there any evidence of unreasonable delay on the part of the Crown.

[27] We now turn to whether the prosecution of Lieutenant Banting, and the subsequent appeal brought by the Crown, amount to frivolous or vexatious conduct. In considering this issue, the Court is

examiné des éléments de preuve qui indiquent que des circonstances spéciales justifient l’adjudication des dépens. Les circonstances spéciales comprennent, sans s’y limiter, les violations de la Charte, l’inconduite de la police ou de la Couronne, les poursuites ou les appels frivoles ou vexatoires, ou encore les retards déraisonnables; toutes ces circonstances peuvent être qualifiées de conduite oppressive de la Couronne. Les circonstances spéciales peuvent également comprendre les « causes types » lorsque la Couronne, même de bonne foi, ne parvient pas à faire trancher une question de droit qui aura des répercussions importantes sur l’ensemble du système de justice militaire. Dans ce dernier exemple, il serait injuste de s’attendre à ce qu’un particulier qui a gain de cause supporte tous les dépens.

[25] Examinons à présent les faits qui nous semblent pertinents pour la présente requête. Tout d’abord, l’appelante admet avoir fait des déclarations inexactes dans ses observations écrites et orales devant notre Cour. Elle a cependant reconnu toutes les erreurs, soit au début de l’audience, soit lorsqu’elle a répondu aux questions de la Cour. L’accusé intimé n’a jamais subi de préjudice grave en raison de ces déclarations inexactes. La preuve en est que la Cour a rejeté l’appel sans que l’avocat de l’intimé n’ait à faire d’observations. Ensuite, lors du procès tout comme en appel, l’approche suivie par l’appelante présentait clairement des faiblesses. C’était notamment le cas lorsqu’elle a invité la Cour à appliquer un raisonnement par déduction dans des circonstances où il n’était clairement pas pertinent de le faire. Cependant, le fait que la Cour n’ait pas retenu les observations de la Couronne — s’il n’y a pas de preuve de mauvaise foi — ne devrait pas servir de fondement pour condamner la Couronne à payer les dépens.

[26] En l’espèce, il n’y a aucune preuve de violation de la Charte, d’inconduite de la police ou de la Couronne, ou encore de retard déraisonnable de la part de la Couronne.

[27] Passons maintenant à la question de savoir si les poursuites contre le lieutenant Banting, ainsi que l’appel que la Couronne a interjeté par la suite, équivalent à une conduite frivole ou vexatoire. Dans son examen

mindful of its decisions in *R. v. Golzari*, 2017 CMAC 3, 8 C.M.A.R. 106 (*Golzari*) and *R. v. Bannister*, 2019 CMAC 2, 8 C.M.A.R. 327 (*Bannister*). Those decisions spawned discussion among members of the military bar and military judges regarding the parameters of the offence of conduct prejudicial to good order and discipline and disgraceful conduct. Prosecution authorities found themselves attempting to assess and define the parameters of *Golzari* and *Bannister* against the backdrop of Operation Honour, at the expense of Lieutenant Banting. That does not lead us to conclude the proceeding was frivolous or vexatious.

[28] That said, we do wish to state categorically that while the prosecution of Lieutenant Banting may not have risen to frivolous or vexatious conduct, we do consider the prosecution and the subsequent appeal, to have been questionable. It is apparent that military commanders and the prosecution intended to use Lieutenant Banting's circumstances to test the limits of this Court's reasoning in *Golzari* and *Bannister*, above. Those same commanders and the prosecution chose to use Lieutenant Banting's circumstances to test the reach of Operation Honour within the military justice context. They chose to pursue the case against Lieutenant Banting in circumstances where a court would eventually conclude there existed no *prima facie* case and where the Canadian Armed Forces training manual authorized the acronym F.U.C.K. (Fight the fight; Uncontrolled bleeding; Communicate; Keep moving) as a mnemonic device. Based upon the subjective sensibilities of at least one of the perceived "complainants" in this case, that acronym would seem more offensive than any of the double entendres employed by Lieutenant Banting. The test case failed miserably. Only one question arises: should Lieutenant Banting's costs be borne exclusively by him? We conclude they should not. The successful accused in this case should not bear the costs of a test case with major implications across the whole of the military justice system.

de la question, la Cour garde à l'esprit les jugements qu'elle a rendus dans les arrêts *R. c. Golzari*, 2017 CACM 3, 8 C.A.C.M. 106 (*Golzari*) et *R. c. Bannister*, 2019 CACM 2, 8 C.A.C.M. 327 (*Bannister*). Ces arrêts ont suscité des discussions parmi les juges militaires et les avocats spécialisés en droit militaire quant aux limites des infractions de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline et de conduite déshonorante. Les responsables de la Couronne ont tenté d'évaluer et de définir les limites établies par les arrêts *Golzari* et *Bannister*, en tenant compte de l'opération « Honour », aux dépens du lieutenant Banting. Cela ne nous amène pas à conclure que l'instance était futile ou vexatoire.

[28] Ceci dit, nous souhaitons affirmer catégoriquement que même si les poursuites contre le lieutenant Banting n'ont pas été frivoles ou vexatoires, nous estimons que la poursuite et l'appel subséquent étaient douteux. Il est évident que les commandants militaires et la Couronne avaient l'intention de se servir de la situation du lieutenant Banting pour éprouver les limites du raisonnement suivi par notre Cour dans les arrêts *Golzari* et *Bannister*, précités. Ils ont également choisi d'utiliser la situation du lieutenant Banting pour examiner la portée de l'opération « Honour » sur la justice militaire. Ils ont choisi d'engager des poursuites contre le lieutenant Banting dans une situation telle que la Cour a fini par conclure qu'il n'existait pas de preuve *prima facie*, alors que la version anglaise du manuel de formation des Forces armées canadiennes permettait l'utilisation de l'acronyme « F.U.C.K. » (*Fight the fight; Uncontrolled bleeding; Communicate; Keep moving*) ([TRADUCTION] mener la bataille; saignement incontrôlé; communiquer; continuer d'avancer) comme moyen mnémotechnique. À en croire les sensibilités subjectives d'au moins une des supposées « plaignantes » en l'espèce, cet acronyme semble plus grossier que n'importe quelle des expressions à double sens employées par le lieutenant Banting. La cause type a lamentablement échoué. Une seule question se pose : le lieutenant Banting devrait-il supporter seul ses dépens? Notre réponse à cette question est non. L'accusé qui a obtenu gain de cause en l'espèce ne devrait pas supporter les dépens d'une cause type ayant des répercussions importantes sur l'ensemble du système de justice militaire.

[29] The remaining question is whether to award costs on a party-and-party basis or on a solicitor-client basis. Party-and-party costs are intended to produce a partial indemnity, whereas costs on a solicitor-client scale are intended to result in full indemnity to the beneficiary of the award. Solicitor-client costs are generally awarded on those very rare occasions where there has been reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties (*Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at page 134; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303, at paragraph 26; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at paragraph 86; *Caron*, above, at paragraphs 112 and 113).

[30] Although the appellant's conduct was negligent at best, we are satisfied it does not reach levels of reprehensibility, scandal or outrageousness to justify an award of solicitor-client costs. We are of the view that a significant award of party-and-party costs, which will partially compensate Lieutenant Banting, is appropriate in this test case. We are satisfied that an award of \$10,000 of costs on appeal, all inclusive of disbursements, is reasonable in the circumstances.

BELL C.J.

MOSLEY J.A.

SCANLAN J.A.

[29] La dernière question est de savoir s'il faut adjuger les dépens partie-partie ou les dépens procureur-client. Le but des dépens partie-partie est de donner lieu à une indemnisation partielle, tandis que les dépens procureur-client visent une indemnisation complète de la personne à laquelle ils sont adjugés. Les dépens procureur-client sont généralement adjugés dans les très rares cas où une des parties a eu une conduite répréhensible, scandaleuse ou choquante (*Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, à la page 134; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303, au paragraphe 26; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, au paragraphe 86; *Caron*, précité, aux paragraphes 112 et 113).

[30] Même si la conduite de l'appelante a été, au mieux, négligente, nous estimons qu'elle n'a pas été suffisamment répréhensible, scandaleuse ou choquante pour justifier des dépens procureur-client. Il nous semble approprié, dans la présente cause type, d'adjuger des dépens partie-partie considérables et, ainsi, d'indemniser partiellement le lieutenant Banting. Nous concluons que des dépens de 10 000 \$ en appel, débours compris, sont raisonnables compte tenu des circonstances.

LE JUGE EN CHEF BELL

LE JUGE MOSLEY, J.C.A.

LE JUGE SCANLAN, J.C.A.