

F.H. *Appellant*

v.

Ian Hugh McDougall *Respondent*

- and -

F.H. *Appellant*

v.

**The Order of the Oblates of Mary
Immaculate in the Province of British
Columbia** *Respondent*

- and -

F.H. *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of
Canada as represented by the Minister
of Indian Affairs and Northern
Development** *Respondent***INDEXED AS: F.H. v. MCDOUGALL****Neutral citation: 2008 SCC 53.**

File No.: 32085.

2008: May 15; 2008: October 2.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish,
Abella, Charron and Rothstein JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA***Evidence — Standard of proof — Allegations of
sexual assault in a civil case — Inconsistencies in com-
plainant's testimony — Whether Court of Appeal erred
in holding trial judge to standard of proof higher than
balance of probabilities.***F.H.** *Appelant*

c.

Ian Hugh McDougall *Intimé*

- et -

F.H. *Appelant*

c.

**The Order of the Oblates of Mary
Immaculate in the Province of British
Columbia** *Intimé*

- et -

F.H. *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du
Canada, représentée par le ministre
des Affaires indiennes et du Nord
canadien** *Intimée***RÉPERTORIÉ : F.H. c. MCDOUGALL****Référence neutre : 2008 CSC 53.**

N° du greffe : 32085.

2008 : 15 mai; 2008 : 2 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE***Preuve — Norme de preuve — Allégations d'agression
sexuelle formulées dans une instance civile — Contra-
dictions dans le témoignage du demandeur — La Cour
d'appel a-t-elle eu tort de conclure que la juge du procès
aurait dû appliquer une norme de preuve plus stricte que
celle de la prépondérance des probabilités?*

Evidence — Corroborative evidence — Allegations of sexual assault in a civil case — Whether victim must provide independent corroborating evidence.

Appeals — Standard of review — Applicable standard of appellate review on questions of fact and credibility.

From 1966 to 1974, H was a resident of the Sechelt Indian Residential School in British Columbia, an institution operated by the Oblates of Mary Immaculate and funded by the Canadian government. M was an Oblate Brother at the school and also the junior and intermediate boys' supervisor from 1965 to 1969. H claimed to have been sexually assaulted by M in the supervisors' washroom when he was approximately 10 years of age. These assaults were alleged to have occurred when the children were lined up and brought, one by one, into the washroom to be inspected by the supervisors for cleanliness. H told no one about the assaults until 2000, when he confided in his wife. He then commenced this action against the respondents. Despite inconsistencies in his testimony as to the frequency and gravity of the sexual assaults, the trial judge found that H was a credible witness and concluded that he had been anally raped by M on four occasions during the 1968-69 school year. In addition, she found that M had physically assaulted H by strapping him on numerous occasions. A majority of the Court of Appeal overturned the decision with respect to the sexual assaults on the grounds that the trial judge had failed to consider the serious inconsistencies in H's testimony in determining whether the alleged sexual assaults had been proven to the standard of proof that was "commensurate with the allegation", and had failed to scrutinize the evidence in the manner required.

Held: The appeal should be allowed and the trial judge's decision restored.

There is only one standard of proof in a civil case and that is proof on a balance of probabilities. Although there has been some suggestion in the case law that the criminal burden applies or that there is a shifting standard of proof, where, as here, criminal or morally blameworthy conduct is alleged, in Canada, there are no degrees of probability within that civil standard. If a trial judge expressly states the correct standard of proof, or does not express one at all, it will be presumed that the correct standard was applied unless it can be demonstrated that an incorrect standard was applied. Further, the appellate court must ensure that it does not substitute its own view of the facts with that of the trial judge in determining whether the correct standard was

Preuve — Corroboration — Allégations d'agression sexuelle formulées dans une instance civile — Le témoignage de la victime doit-il faire l'objet d'une corroboration indépendante?

Appels — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable en appel aux questions de fait et de crédibilité.

De 1966 à 1974, H a été pensionnaire au Pensionnat indien de Sechelt, en Colombie-Britannique, un établissement dirigé par les Oblats de Marie Immaculée et financé par l'État canadien. Frère oblat au pensionnat, M a été surveillant des garçons les plus jeunes et de ceux d'âge intermédiaire de 1965 à 1969. H a prétendu qu'à l'âge d'environ 10 ans, M l'avait agressé sexuellement dans les toilettes des surveillants. Selon son témoignage, les enfants formaient des rangs et étaient emmenés à tour de rôle dans les toilettes pour que le surveillant s'assure de leur propreté : c'est alors qu'ils étaient agressés sexuellement. H n'a révélé les agressions subies qu'en 2000, se confiant alors à son épouse. Il a ensuite intenté son action contre les intimés. Malgré les contradictions de son témoignage quant à la fréquence et à la gravité des agressions sexuelles, la juge du procès a conclu à sa crédibilité en tant que témoin et déterminé que M l'avait sodomisé quatre fois pendant l'année scolaire 1968-1969. Elle a par ailleurs conclu que M avait agressé H physiquement en le frappant avec une lanière en cuir à de nombreuses occasions. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont infirmé sa décision quant aux agressions sexuelles au motif qu'elle avait omis de prendre en compte les contradictions importantes du témoignage de H pour déterminer si les agressions sexuelles avaient été prouvées suivant la norme de preuve « proportionnée à l'allégation » et qu'elle n'avait pas examiné la preuve aussi attentivement qu'elle l'aurait dû.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la décision de la juge de première instance est rétablie.

Dans une instance civile, une seule norme de preuve s'applique, celle de la prépondérance des probabilités. Bien que la jurisprudence ait donné à penser que la norme pénale ou une norme variable s'applique lorsque, comme en l'espèce, un comportement criminel ou moralement répréhensible est allégué, au Canada, la norme de preuve civile ne comporte pas de degrés de probabilité. Lorsque le juge du procès énonce expressément la bonne norme de preuve ou qu'il ne renvoie à aucune, il est présumé avoir appliqué la bonne, sauf preuve du contraire. Aussi, lorsqu'elle détermine si la bonne norme a été appliquée, la cour d'appel doit veiller à ne pas substituer sa propre interprétation des faits à celle du juge du procès. Dans toute instance civile, le

applied. In every civil case, a judge should be mindful of, and, depending on the circumstances, may take into account, the seriousness of the allegations or consequences or inherent improbabilities, but these considerations do not alter the standard of proof. One legal rule applies in all cases and that is that the evidence must be scrutinized with care by the trial judge in deciding whether it is more likely than not that an alleged event has occurred. Further, the evidence must always be clear, convincing and cogent in order to satisfy the balance of probabilities test. In serious cases such as this one, where there is little other evidence than that of the plaintiff and the defendant, and the alleged events took place long ago, the judge is required to make a decision, even though this may be difficult. Appellate courts must accept that if a responsible trial judge finds for the plaintiff, the evidence was sufficiently clear, convincing and cogent to that judge that the plaintiff satisfied the balance of probabilities test. In this case, the Court of Appeal erred in holding the trial judge to a higher standard of proof. This is sufficient to decide the appeal. [30] [40] [44-46] [49] [53-54]

In finding that the trial judge failed to scrutinize H's evidence in the manner required by law, in light of the inconsistencies in his evidence and the lack of support from the surrounding circumstances, the Court of Appeal also incorrectly substituted its credibility assessment for that of the trial judge. Assessing credibility is clearly in the bailiwick of the trial judge for which he or she must be accorded a heightened degree of deference. Where proof is on a balance of probabilities, there is no rule as to when inconsistencies in the evidence of a plaintiff will cause a trial judge to conclude that the plaintiff's evidence is not credible or reliable. The trial judge must not consider the plaintiff's evidence in isolation, but should consider the totality of the evidence in the case, and assess the impact of any inconsistencies on questions of credibility and reliability pertaining to the core issue in the case. It is apparent from her reasons that the trial judge recognized this obligation upon her, and while she did not deal with every inconsistency, she did address in a general way the arguments put forward by the defence. Despite significant inconsistencies in his testimony concerning the frequency and severity of the sexual assaults, and the differences between his trial evidence and answers on previous occasions, the trial judge found that H was nevertheless a credible witness. Where a trial judge demonstrates that he or she is alive to the inconsistencies but still concludes that the witness was nonetheless credible, in the absence of palpable and overriding error, there is no basis for interference by the appellate court. Here, the Court of Appeal

juge doit avoir présentes à l'esprit — et, selon les circonstances, il peut les prendre en compte — la gravité des allégations ou de leurs conséquences, ou encore, l'improbabilité intrinsèque, mais ces considérations ne modifient pas la norme de preuve. Une seule règle de droit vaut dans tous les cas : le juge du procès doit examiner attentivement la preuve pour décider si, selon toute vraisemblance, l'événement allégué a eu lieu. En outre, la preuve doit toujours être claire et convaincante pour satisfaire au critère de la prépondérance des probabilités. Dans le cas d'une allégation grave comme celle considérée en l'espèce, lorsque la preuve consiste essentiellement dans les témoignages du demandeur et du défendeur, et que les faits allégués se sont produits longtemps auparavant, aussi difficile que puisse être sa tâche, le juge doit trancher. Lorsqu'un juge consciencieux ajoute foi à la thèse du demandeur, la cour d'appel doit tenir pour acquis que la preuve était suffisamment claire et convaincante pour qu'il conclue au respect du critère de la prépondérance des probabilités. En l'espèce, la Cour d'appel a statué à tort que la juge du procès aurait dû appliquer une norme plus stricte. Cette conclusion suffit pour statuer sur le présent pourvoi. [30] [40] [44-46] [49] [53-54]

En concluant que la juge du procès avait omis d'examiner le témoignage de H aussi attentivement qu'elle l'aurait dû légalement, à la lumière des contradictions du témoignage et de l'absence d'élément circonstanciel le corroborant, la Cour d'appel a également substitué à tort son appréciation de la crédibilité à celle de la juge du procès. Il incombe clairement au juge du procès d'apprécier la crédibilité d'un témoin, de sorte que sa décision à cet égard justifie une grande déférence. Lorsque la norme de preuve applicable est celle de la prépondérance des probabilités, il n'y a pas de règle quant aux circonstances dans lesquelles les contradictions relevées dans le témoignage du demandeur amèneront le juge du procès à conclure que le témoignage n'est pas crédible ou digne de foi. En première instance, le juge ne doit pas considérer le témoignage du demandeur en vase clos. Il doit plutôt examiner l'ensemble de la preuve et déterminer l'incidence des contradictions sur les questions de crédibilité touchant au cœur du litige. Il appert de ses motifs que la juge du procès a reconnu cette obligation, et bien qu'elle n'ait pas considéré chacune des contradictions, elle a examiné de façon générale les arguments de la défense. Malgré les contradictions importantes du témoignage de H sur la fréquence et la gravité des agressions sexuelles, ainsi que les divergences entre son témoignage au procès et les réponses données précédemment, la juge du procès a estimé que H était un témoin digne de foi. Lorsque le juge du procès est conscient des contradictions, mais qu'il arrive quand même à la conclusion que le témoin

identified no such error. [52] [58-59] [70] [72-73] [75-76]

In addition, while it is helpful and strengthens the evidence of the party relying on it, as a matter of law, in cases of oath against oath, there is no requirement that a sexual assault victim must provide independent corroborating evidence. Such evidence may not be available, especially where the alleged incidents took place decades earlier. Also, incidents of sexual assault normally occur in private. Requiring corroboration would elevate the evidentiary requirement in a civil case above that in a criminal case. Trial judges faced with allegations of sexual assault may find that they are required to make a decision on the basis of whether they believe the plaintiff or the defendant and as difficult as that may be, they are required to assess the evidence and make their determination without imposing a legal requirement for corroboration. In civil cases in which there is conflicting testimony, the judge must decide whether a fact occurred on a balance of probabilities, and provided the judge has not ignored evidence, finding the evidence of one party credible may well be conclusive of the result on an important issue because that evidence is inconsistent with that of the other party. In such cases, believing one party will mean explicitly or implicitly that the other party was not believed on an important issue. That may be especially true where a plaintiff makes allegations that are altogether denied by the defendant, as in this case. Here, the Court of Appeal was correct in finding that the trial judge did not ignore M's evidence or marginalize him, but simply believed H on essential matters rather than M. [77] [80-81] [86] [96]

Finally, an unsuccessful party may well be dissatisfied with the reasons of a trial judge, especially where he or she was not believed. Where findings of credibility must be made, it must be recognized that it may be very difficult for the trial judge to put into words the process by which the decision is arrived at, but that does not make the reasons inadequate. Nor are reasons inadequate because in hindsight, it may be possible to say that the reasons were not as clear and comprehensive as they might have been. The Court of Appeal found that the trial judge's reasons showed why she arrived at her conclusion that H had been sexually assaulted by M. Its conclusion that the trial judge's reasons were adequate should not be disturbed. [100-101]

Cases Cited

Applied: *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320;

était digne de foi, sauf erreur manifeste et dominante, rien ne justifie l'intervention de la cour d'appel. En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas relevé pareille erreur. [52] [58-59] [70] [72-73] [75-76]

Par ailleurs, même si la corroboration indépendante est utile et étoffe la preuve offerte, elle ne s'impose pas légalement lorsque, dans une affaire d'agression sexuelle, c'est la parole de la victime contre celle du défendeur. Il est possible qu'il ne puisse y avoir de corroboration, surtout lorsque les faits allégués se sont produits quelques décennies auparavant. Sans compter que les agressions sexuelles ont généralement lieu en privé. Exiger la corroboration rendrait la norme de preuve en matière civile plus stricte que celle appliquée en matière pénale. Dans une affaire d'agression sexuelle, la décision du juge du procès peut dépendre du fait qu'il ajoute foi au témoignage du demandeur ou à celui du défendeur, mais malgré ce dilemme, le juge doit apprécier la preuve et se prononcer sans exiger de corroboration. Au civil, lorsque les témoignages sont contradictoires, le juge est appelé à se prononcer sur la véracité du fait allégué selon la prépondérance des probabilités. S'il tient compte de tous les éléments de preuve, sa conclusion que le témoignage d'une partie est crédible peut fort bien être décisive, ce témoignage étant incompatible avec celui de l'autre partie. Croire une partie suppose alors explicitement ou non que l'on ne croit pas l'autre sur le point important en litige. C'est particulièrement le cas lorsque, comme en l'espèce, le demandeur formule des allégations que le défendeur nie en bloc. La Cour d'appel a eu raison de conclure que la juge du procès n'avait pas ignoré le témoignage de M ni marginalisé ce dernier, mais qu'elle avait simplement cru H plutôt que M sur des points importants. [77] [80-81] [86] [96]

Enfin, la partie qui n'a pas gain de cause peut juger insuffisants les motifs du juge du procès, surtout s'il ne l'a pas crue. Il faut reconnaître qu'il peut être très difficile au juge appelé à tirer des conclusions sur la crédibilité des témoins de préciser le raisonnement qui est à l'origine de sa décision, mais ses motifs ne sont pas insuffisants pour autant. Les motifs ne sont pas non plus insuffisants parce que, avec le recul, on peut dire qu'ils ne sont pas aussi clairs et exhaustifs qu'ils auraient pu l'être. La Cour d'appel a conclu que les motifs de la juge du procès expliquaient les raisons pour lesquelles elle avait conclu que H avait été agressé sexuellement par M. Les motifs de la juge du procès étaient suffisants et ils ne doivent pas être modifiés. [100-101]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Hanes c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154; *R. c. Lifchus*, [1997]

H.L. v. Canada (Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *R. v. Walker*, [2008] 2 S.C.R. 245, 2008 SCC 34; *R. v. R.E.M.*, [2008] 3 S.C.R. 3, 2008 SCC 51; **referred to:** *H.F. v. Canada (Attorney General)*, [2002] B.C.J. No. 436 (QL), 2002 BCSC 325; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164; *Heath v. College of Physicians & Surgeons (Ontario)* (1997), 6 Admin. L.R. (3d) 304; *R (McCann) v. Crown Court at Manchester*, [2003] 1 A.C. 787, [2002] UKHL 39; *In re H. (Minors)* (*Sexual Abuse: Standard of Proof*), [1996] A.C. 563; *In re B (Children)*, [2008] 3 W.L.R. 1, [2008] UKHL 35; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *R. v. R.W.B.* (1993), 24 B.C.A.C. 1; *R. v. J.H.S.*, [2008] 2 S.C.R. 152, 2008 SCC 30; *Faryna v. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof, S.C. 1980-81-82-83, c. 125.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 139(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 274.
Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 3(4)(l).

Authors Cited

Rothstein, Linda R., Robert A. Centa and Eric Adams. "Balancing Probabilities: The Overlooked Complexity of the Civil Standard of Proof", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003: The Law of Evidence*. Toronto: Irwin Law, 2004, 455.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Rowles and Ryan JJ.) (2007), 68 B.C.L.R. (4th) 203 (*sub nom. C. (R.) v. McDougall*), [2007] 9 W.W.R. 256, 41 C.P.C. (6th) 213, 239 B.C.A.C. 222, 396 W.A.C. 222, [2007] B.C.J. No. 721 (QL), 2007 CarswellBC 723, 2007 BCCA 212, allowing the appeal against Gill J.'s decision in the case of sexual assault but dismissing the appeal from her finding of physical assault, [2005] B.C.J. No. 2358 (QL) (*sub nom. R.C. v. McDougall*), 2005 CarswellBC 2578, 2005 BCSC 1518. Appeal allowed.

3 R.C.S. 320; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *R. c. Walker*, [2008] 2 R.C.S. 245, 2008 CSC 34; *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 R.C.S. 3, 2008 CSC 51; **arrêts mentionnés :** *H.F. c. Canada (Attorney General)*, [2002] B.C.J. No. 436 (QL), 2002 BCSC 325; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *Bater c. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164; *Heath c. College of Physicians & Surgeons (Ontario)* (1997), 6 Admin. L.R. (3d) 304; *R (McCann) c. Crown Court at Manchester*, [2003] 1 A.C. 787, [2002] UKHL 39; *In re H. (Minors)* (*Sexual Abuse : Standard of Proof*), [1996] A.C. 563; *In re B (Children)*, [2008] 3 W.L.R. 1, [2008] UKHL 35; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *R. c. R.W.B.* (1993), 24 B.C.A.C. 1; *R. c. J.H.S.*, [2008] 2 R.C.S. 152, 2008 CSC 30; *Faryna c. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 274.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 139(1).
Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 3(4)(l).
Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125.

Doctrine citée

Rothstein, Linda R., Robert A. Centa and Eric Adams. « Balancing Probabilities : The Overlooked Complexity of the Civil Standard of Proof », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003 : The Law of Evidence*. Toronto : Irwin Law, 2004, 455.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Rowles et Ryan) (2007), 68 B.C.L.R. (4th) 203 (*sub nom. C. (R.) c. McDougall*), [2007] 9 W.W.R. 256, 41 C.P.C. (6th) 213, 239 B.C.A.C. 222, 396 W.A.C. 222, [2007] B.C.J. No. 721 (QL), 2007 CarswellBC 723, 2007 BCCA 212, accueillant l'appel contre la décision de la juge Gill quant à l'allégation d'agression sexuelle, mais le rejetant quant à l'allégation d'agression physique, [2005] B.C.J. No. 2358 (QL) (*sub nom. R.C. c. McDougall*), 2005 CarswellBC 2578, 2005 BCSC 1518. Pourvoi accueilli.

Allan Donovan, Karim Ramji and Niki Sharma,
for the appellant.

Bronson Toy, for the respondent Ian Hugh
McDougall.

F. Mark Rowan, for the respondent The Order of
the Oblates of Mary Immaculate in the Province of
British Columbia.

Peter Southey and Christine Mohr, for the
respondent Her Majesty the Queen in Right of
Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — The Supreme Court of
British Columbia found in a civil action that the
respondent, Ian Hugh McDougall, a supervisor at
the Sechelt Indian Residential School, had sexually
assaulted the appellant, F.H., while he was a stu-
dent during the 1968-69 school year. A majority
of the British Columbia Court of Appeal allowed
the respondent's appeal in part, and reversed the
decision of the trial judge. I would allow the appeal
to this Court and restore the judgment of the trial
judge.

I. Facts

[2] The Sechelt Indian Residential School was
established in 1904 in British Columbia. It was
funded by the Canadian government and operated
by the Oblates of Mary Immaculate. F.H. was a res-
ident student at the school from September 1966
to March 1967 and again from September 1968
to June 1974. Ian Hugh McDougall was an Oblate
Brother until 1970 and was the junior and inter-
mediate boys' supervisor at the school from 1965
to 1969.

[3] The school building had three stories.
Dormitories for junior and senior boys were located
on the top floor. A supervisors' washroom was also
located on the top floor and was accessible through
a washroom for the boys. The intermediate boys'
dormitory was on the second floor. McDougall had
a room in the corner of that dormitory.

Allan Donovan, Karim Ramji et Niki Sharma,
pour l'appellant.

Bronson Toy, pour l'intimé Ian Hugh
McDougall.

F. Mark Rowan, pour l'intimé The Order of the
Oblates of Mary Immaculate in the Province of
British Columbia.

Peter Southey et Christine Mohr, pour l'intimée
Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu
par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — Dans le cadre d'une
poursuite au civil, la Cour suprême de la Colombie-
Britannique a conclu que pendant l'année sco-
laire 1968-1969, l'intimé Ian Hugh McDougall,
surveillant au Pensionnat indien de Sechelt, avait
agressé sexuellement l'appellant, F.H., un ancien
élève de l'établissement. Les juges majoritaires de
la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont
accueilli en partie l'appel de l'intimé et infirmé la
décision de la juge du procès. Je suis d'avis d'ac-
cueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de pre-
mière instance.

I. Faits

[2] Le Pensionnat indien de Sechelt a vu le jour
en Colombie-Britannique en 1904. Son finance-
ment était assuré par l'État canadien, et sa direc-
tion, par les Oblats de Marie Immaculée. F.H. y a
séjourné de septembre 1966 à mars 1967, ainsi que
de septembre 1968 à juin 1974. Frère Oblat jusqu'en
1970, Ian Hugh McDougall y a été surveillant des
garçons les plus jeunes et de ceux d'âge intermé-
diaire de 1965 à 1969.

[3] L'établissement comptait trois étages. Les dor-
toirs des garçons les plus jeunes et des plus âgés
étaient situés à l'étage supérieur. Les toilettes des
surveillants se trouvaient également à l'étage supé-
rieur et on pouvait y avoir accès par les toilettes des
pensionnaires. Le dortoir des garçons d'âge inter-
médiaire était situé au deuxième étage, et la cham-
bre de M. McDougall s'y trouvait dans un angle.

[4] F.H. claims to have been sexually assaulted by McDougall in the supervisors' washroom when he was approximately 10 years of age. At trial, he testified that McDougall sexually abused him on four occasions. The trial judge set out his evidence of these incidents at paras. 34-38 of her reasons:

As to the first occasion, F.H. had been in the dormitory with others. The defendant asked four boys to go upstairs to the main washroom where they were to wait before going to the supervisors' washroom for an examination. F.H. was the last to go into the washroom to be examined. When he went in, he was asked to remove his pyjamas and while facing the defendant, he was checked from head to toe. His penis was fondled. The defendant then turned him around, asked him to bend over and put his finger in his anus. He removed his clothing, grabbed F.H. around the waist, pulled him onto his lap and raped him. The defendant had put the cover of the toilet down and was using it as a seat. After the defendant ejaculated, he told the plaintiff to put on his pyjamas and leave the room.

F.H. was shocked. He did not cry or scream, nor did he say anything. When he went to the main communal washroom, he could see that he was bleeding. The next morning, he noticed blood in his pyjamas. He went downstairs to the boys' washroom and changed. The bloody pyjamas were rinsed and placed in his locker.

The second incident was approximately two weeks after the first. F.H. was in the dormitory getting ready for bed when the defendant asked him to go to the supervisors' washroom so he could do an examination. There were no other boys present. F.H. was asked to remove his pyjamas and again, he was raped. He went to the communal washroom to clean himself up. In the morning, he realized that his pyjamas were bloody. As it was laundry day, he threw his pyjamas in the laundry bin with the sheets.

The third incident occurred approximately one month later. F.H. testified that once again he was asked to go to the supervisors' washroom, remove his pyjamas and turn around. Again, the defendant grabbed him by the waist and raped him. He was bleeding, but could not recall whether there was blood on his pyjamas.

The fourth incident occurred approximately one month after the third. As he was getting ready for bed, the defendant grabbed him by the shoulder and took

[4] F.H. prétend qu'à l'âge d'environ 10 ans, M. McDougall l'a agressé sexuellement dans les toilettes des surveillants. Au procès, il a dit avoir subi quatre agressions. La juge du procès relate son témoignage aux par. 34-38 de ses motifs :

[TRADUCTION] La première fois, F.H. se trouvait dans le dortoir avec d'autres garçons. Le défendeur a demandé à quatre d'entre eux de se rendre aux toilettes principales à l'étage supérieur et d'attendre avant d'aller dans les toilettes des surveillants pour un examen. F.H. a été le dernier à s'y présenter. Le défendeur lui a demandé de retirer son pyjama et, alors que F.H. était de face, il l'a examiné des pieds à la tête. Il a caressé son pénis. Le défendeur l'a ensuite retourné, lui a demandé de se pencher et a inséré son doigt dans son anus. Le défendeur a enlevé ses vêtements, a empoigné F.H. par la taille, l'a mis sur ses genoux et l'a violé. Il avait rabattu le couvercle de la toilette, sur lequel il s'était assis. Après avoir éjaculé, il a dit au demandeur de remettre son pyjama et de quitter la pièce.

F.H. était sous le choc. Il n'a ni pleuré ni crié; il est demeuré silencieux. Lorsqu'il s'est rendu aux toilettes communes principales, il a constaté qu'il saignait. Le lendemain matin, il a remarqué la présence de sang dans son pyjama. Il est descendu aux toilettes des garçons et il s'est changé. Il a rincé son pyjama et l'a rangé dans son casier.

La deuxième agression s'est produite environ deux semaines plus tard. F.H. se trouvait dans le dortoir et se préparait à aller au lit lorsque le défendeur lui a dit de se rendre aux toilettes des surveillants pour un examen. Aucun autre garçon n'était présent. Il a demandé à F.H. d'enlever son pyjama, puis il l'a encore une fois violé. F.H. s'est rendu aux toilettes communes pour se laver. Le lendemain matin, il a constaté que son pyjama était taché de sang. Comme c'était jour de lessive, il a déposé son pyjama dans le panier à linge avec les draps.

La troisième agression a eu lieu environ un mois plus tard. Dans son témoignage, F.H. a dit qu'on lui avait une fois de plus demandé d'aller dans les toilettes des surveillants, d'enlever son pyjama et de se retourner. Encore une fois, le défendeur l'avait empoigné par la taille et l'avait violé. Il avait saigné, mais il ne se souvient pas s'il y avait des taches de sang sur son pyjama.

La quatrième agression est survenue environ un mois après la troisième. Alors que F.H. se préparait à aller au lit, le défendeur l'a saisi par les épaules et l'a emmené à

him upstairs to the supervisors' washroom. Another rape occurred.

([2005] B.C.J. No. 2358 (QL), 2005 BCSC 1518)

[5] F.H. did not tell anyone about the assaults until approximately the year 2000. He and his wife were having marital difficulties. She had learned of his extra-marital affair. He testified that because of the problems in his marriage he felt he had to tell his wife about his childhood experience. At his wife's recommendation, he sought counselling.

[6] F.H. commenced his action against the respondents on December 7, 2000, approximately 31 years after the alleged sexual assaults. In British Columbia there is no limitation period applicable to a cause of action based on sexual assault and the action may be brought at any time (see *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 3(4)(1)).

II. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court*, [2005] B.C.J. No. 2358 (QL), 2005 BCSC 1518

[7] F.H.'s action was joined with the action of R.C., another former resident of the school who made similar claims against the same parties. The parties agreed to have a trial on the following discrete issues of fact:

- (1) Was either plaintiff physically or sexually abused while he attended the school?
- (2) If the plaintiff was abused
 - (a) by whom was he abused?
 - (b) when did the abuse occur? and
 - (c) what are the particulars of the abuse?

[8] The trial judge, Gill J., began her reasons by noting that the answer to the questions agreed to by the parties depended on findings as to credibility and reliability. Few issues of law were raised. She referred to *H.F. v. Canada (Attorney General)*, [2002] B.C.J. No. 436 (QL), 2002 BCSC 325, in

l'étage supérieur dans les toilettes des surveillants. Un autre viol a été commis.

([2005] B.C.J. No. 2358 (QL), 2005 BCSC 1518)

[5] F.H. n'a révélé les agressions subies que vers l'année 2000. Il vivait à ce moment des difficultés conjugales après que son épouse eut appris son infidélité. Il a témoigné qu'il avait alors ressenti le besoin de confier ce qu'il avait vécu enfant. Sur les conseils de son épouse, il a consulté une thérapeute.

[6] F.H. a intenté son action contre les intimés le 7 décembre 2000, soit environ 31 ans après les agressions sexuelles alléguées. En Colombie-Britannique, aucun délai de prescription ne s'applique à la poursuite pour agression sexuelle, et celle-ci peut être intentée à tout moment (voir la *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266, al. 3(4)(1)).

II. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [2005] B.C.J. No. 2358 (QL), 2005 BCSC 1518

[7] L'action de F.H. et celle de R.C., un autre ancien pensionnaire ayant formulé des allégations apparentées contre les mêmes parties, ont été réunies. Les parties ont convenu que l'instruction porterait sur les questions de fait suivantes :

[TRADUCTION]

- (1) L'un ou l'autre des demandeurs a-t-il été agressé physiquement ou sexuellement alors qu'il était pensionnaire?
- (2) Dans l'affirmative,
 - a) qui l'a agressé,
 - b) à quel moment et
 - c) dans quelles circonstances?

[8] Après avoir présidé le procès, la juge Gill a d'abord fait remarquer dans ses motifs que la réponse à ces questions dépendait de la crédibilité attribuée aux témoignages. Peu de questions de droit étaient en cause. Elle a cité la décision *H.F. c. Canada (Attorney General)*, [2002] B.C.J.

which the court stated that in cases involving serious allegations and grave consequences, the civil standard of proof that is “commensurate with the occasion” applied (para. 4).

[9] The trial judge then went on to review the testimony of each plaintiff, McDougall and others who worked at the school or were former students. McDougall denied the allegations of sexual abuse and testified that he could not recall ever strapping F.H. He also denied ever conducting physical examinations of the boys and gave evidence that boys were not taken into the supervisors’ washroom.

[10] In determining whether F.H. was sexually assaulted, the trial judge dealt with the arguments of the defence that F.H.’s evidence was neither reliable nor credible. Gill J. rejected the defence’s position that F.H.’s inability to respond to certain questions should lead to an adverse conclusion regarding the reliability of his evidence. She found F.H.’s testimony credible while acknowledging that the commission of the assaults in the manner described by F.H. would have carried with it a risk of detection. Gill J. also rejected the contention of defence counsel that F.H.’s motive to lie must weigh heavily against his credibility. Rather she agreed with counsel for F.H. that the circumstances surrounding his disclosure were not suggestive of concoction.

[11] The trial judge pointed out areas of consistency and inconsistency between F.H.’s testimony and that of the other students at the school. She also noted that there were significant discrepancies in the evidence given by F.H. as to the frequency of the abuse. At trial, F.H. said there were four incidents. On previous occasions, he said the abuse occurred every two weeks or ten days. Despite these inconsistencies, the trial judge concluded F.H. was a credible witness and stated that his evidence about “the nature of the assaults, the location and the times they occurred” had been consistent (para. 112). She concluded that F.H. had been sexually abused by McDougall, the sexual assaults

No. 436 (QL), 2002 BCSC 325, établissant que dans un cas d’allégations graves aux conséquences sérieuses, il y avait lieu d’appliquer la norme de preuve civile qui est [TRADUCTION] « proportionnée aux circonstances » (par. 4).

[9] La juge du procès a ensuite considéré le témoignage de chacun des demandeurs, celui de M. McDougall et ceux d’autres personnes ayant travaillé au pensionnat ou y ayant séjourné. M. McDougall a nié les allégations d’agression sexuelle et dit ne pas se rappeler avoir même frappé F.H. une seule fois avec une lanière en cuir. Il a aussi nié avoir jamais procédé à des examens corporels et il a déclaré que les garçons n’étaient pas emmenés dans les toilettes des surveillants.

[10] Pour déterminer si F.H. avait été agressé sexuellement, la juge Gill a soupesé la prétention de la défense selon laquelle le témoignage de F.H. n’était ni fiable ni crédible. Elle a rejeté la thèse voulant que le tribunal doive conclure à la non-fiabilité du témoignage de F.H. en raison de l’incapacité de ce dernier de répondre à certaines questions. Elle a tenu le témoignage de F.H. pour digne de foi tout en reconnaissant que la perpétration des agressions de la manière décrite par F.H. était susceptible de détection. Elle a par ailleurs rejeté la prétention de la défense selon laquelle l’intérêt de F.H. à mentir minait grandement sa crédibilité. Elle a plutôt convenu avec le demandeur que les circonstances de la révélation des agressions ne suggéraient pas la fabrication.

[11] La juge a relevé les éléments de concordance et de divergence entre les témoignages de F.H. et ceux des autres pensionnaires. Elle a aussi noté des contradictions importantes dans le témoignage de F.H. sur la fréquence des agressions. Au procès, F.H. avait fait état de quatre agressions, alors qu’il avait dit auparavant qu’elles avaient eu lieu toutes les deux semaines ou tous les dix jours. La juge a néanmoins conclu à sa crédibilité en tant que témoin et à la constance de son témoignage concernant [TRADUCTION] « la nature des agressions ainsi que le lieu et les moments où elles se sont produites » (par. 112). À son avis, il y avait eu agressions sexuelles, M. McDougall ayant sodomisé F.H.

being four incidents of anal intercourse committed during the 1968-69 school year.

[12] In relation to the issue of physical abuse, the trial judge limited herself to deciding whether the plaintiffs had proved that they were strapped while at school. To answer this question, the trial judge reviewed the evidence of McDougall and the testimony of another Brother employed at the school as well as the testimony of several of F.H.'s fellow students. She concluded that strapping was a common form of discipline and that it was not used only in response to serious infractions. She concluded that F.H. was strapped by McDougall an undetermined number of times while at the school.

[13] With respect to the claims made by R.C., the trial judge found that he had not proven that he had been sexually assaulted, but found that he had been strapped by a person other than McDougall.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2007), 68 B.C.L.R. (4th) 203, 2007 BCCA 212

[14] The decision of the Court of Appeal was delivered by Rowles J.A., with Southin J.A. concurring. Ryan J.A. dissented.

(1) Reasons of Rowles J.A.

[15] Rowles J.A. concluded that McDougall's appeal from that part of the order finding that he had sexually assaulted F.H. should be allowed; however his appeal from that part of the order finding that he had strapped F.H. should be dismissed.

[16] Rowles J.A. found that it was obvious that the trial judge was aware of the case authorities that have considered the standard of proof to be applied in cases where allegations of morally blameworthy conduct have been made, i.e. proof that is "commensurate with the occasion". However, in her view, the trial judge was bound to consider the serious inconsistencies in the evidence of F.H. in determining whether the alleged sexual assaults had been proven to the standard "commensurate with the allegation". She found that the trial judge did

à quatre reprises pendant l'année scolaire 1968-1969.

[12] Pour ce qui est des sévices physiques, la juge du procès s'est seulement demandé si les demandeurs avaient prouvé les coups infligés avec une lanière en cuir pendant leur séjour au pensionnat. Elle a considéré le témoignage de M. McDougall, celui d'un autre frère employé au pensionnat, ainsi que ceux d'autres anciens pensionnaires. Elle a conclu qu'il s'agissait d'un châtiment courant au pensionnat, qu'il n'était pas réservé aux auteurs de manquements graves et que M. McDougall l'avait infligé à F.H. un nombre indéterminé de fois.

[13] En ce qui concerne R.C., la juge du procès a conclu qu'il n'avait pas prouvé les agressions sexuelles alléguées et qu'une autre personne que M. McDougall l'avait frappé avec une lanière en cuir.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2007), 68 B.C.L.R. (4th) 203, 2007 BCCA 212

[14] La décision de la Cour d'appel a été rendue par la juge Rowles, avec l'appui de la juge Southin, la juge Ryan inscrivant sa dissidence.

(1) Motifs de la juge Rowles

[15] La juge Rowles a conclu qu'il y avait lieu d'accueillir l'appel interjeté par M. McDougall quant à la conclusion qu'il avait agressé sexuellement F.H., mais non quant à celle qu'il l'avait frappé avec une lanière en cuir.

[16] Selon elle, la juge du procès connaissait manifestement la jurisprudence sur la norme de preuve applicable dans une affaire d'allégations d'actes moralement répréhensibles, à savoir une norme « proportionnée aux circonstances ». Toutefois, à son avis, elle aurait dû prendre en compte les contradictions importantes du témoignage de F.H. pour déterminer si les agressions sexuelles alléguées avaient été prouvées suivant la norme de preuve « proportionnée à l'allégation ». Elle a conclu que la juge du procès n'avait pas examiné la

not scrutinize the evidence in the manner required and thereby erred in law.

[17] In allowing the appeal in respect of the sexual assaults alleged by F.H., Rowles J.A. was of the opinion that in view of the state of the evidence on that issue, no practical purpose would be served by ordering a new trial.

(2) Concurring Reasons of Southin J.A.

[18] In her concurring reasons, Southin J.A. discussed the “troubling aspect” of the case — “how, in a civil case, is the evidence to be evaluated when it is oath against oath, and what is the relationship of the evaluation of the evidence to the burden of proof?” (para. 84).

[19] Southin J.A. held that it was of central importance that the gravity of the allegations be forefront in the trier of fact’s approach to the evidence. It was not enough, in her view, to choose the testimony of the plaintiff over that of the defendant. Instead, “[t]o choose one over the other . . . requires . . . an articulated reason founded in evidence other than that of the plaintiff” (para. 106). Moreover, Southin J.A. found that Cory J.’s rejection in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, of the “either/or” approach to evaluating evidence of the Crown and the accused as to the conduct of the accused in criminal cases also applied to civil cases.

[20] In the end, she could not find in the trial judge’s reasons a “legally acceptable articulated reason for accepting the plaintiff’s evidence and rejecting the defendants’ evidence” (para. 112).

(3) Dissenting Reasons of Ryan J.A.

[21] While sharing the concerns of the majority about “the perils of assigning liability in cases where the events have occurred so long ago”, Ryan J.A. disagreed with the conclusion that the trial judge did not apply the proper standard of proof to her assessment of the evidence (para. 115).

preuve aussi attentivement qu’elle l’aurait dû, d’où l’erreur de droit.

[17] En accueillant l’appel quant aux agressions sexuelles alléguées, la juge Rowles a estimé qu’il n’était pas utile d’ordonner la tenue d’un nouveau procès étant donné la teneur de la preuve offerte à cet égard.

(2) Motifs concordants de la juge Southin

[18] Dans ses motifs concordants, la juge Southin se penche sur l’[TRADUCTION] « aspect préoccupant » de l’affaire : « dans une instance civile, comment doit-on apprécier la preuve constituée de témoignages opposés et quelle relation doit s’établir entre l’appréciation de la preuve et le fardeau de la preuve? » (par. 84).

[19] Selon la juge Southin, il importait au plus haut point que le juge appelé à apprécier la preuve demeure conscient de la gravité des allégations. Il ne suffisait pas de préférer le témoignage du demandeur à celui du défendeur, car [TRADUCTION] « préférer [ce] témoignage à [l’]autre [. . .] exige [. . .] qu’un motif convaincant fondé sur un autre élément de preuve que le témoignage du demandeur le justifie » (par. 106). De plus, elle a statué que dans l’arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, la conclusion du juge Cory selon laquelle il n’y avait pas d’obligation de choisir entre la preuve de la poursuite et celle de l’accusé s’appliquait également en matière civile.

[20] Finalement, elle n’a pas relevé dans les motifs de la juge du procès [TRADUCTION] « de motif convaincant et valable en droit d’ajouter foi au témoignage du demandeur et d’écarter ceux des défendeurs » (par. 112).

(3) Motifs dissidents de la juge Ryan

[21] Même si elle partage les préoccupations des juges majoritaires concernant [TRADUCTION] « le risque d’imputer une responsabilité pour des faits survenus il y a aussi longtemps », la juge Ryan se refuse à conclure que la juge du procès n’a pas appliqué la bonne norme de preuve (par. 115).

[22] Ryan J.A. noted that the trial judge set out the test — a standard of proof commensurate with the occasion — early in her reasons. “Having set out the proper test, we must assume that she properly applied it, unless her reasons demonstrate otherwise” (para. 116).

[23] In the view of Ryan J.A., alleging that the trial judge misapplied the standard of proof to her assessment of the evidence was to say that the trial judge erred in her findings of fact. To overturn the trial judge’s findings of fact, the appellate court must find that the trial judge made a manifest error, ignored conclusive or relevant evidence or drew unreasonable conclusions from it.

[24] Ryan J.A. was of the view that the trial judge had made no such error. The trial judge had acknowledged the most troubling aspect of F.H.’s testimony — that it was not consistent with earlier descriptions of the abuse — and decided that at its core, the testimony was consistent and truthful. The inconsistencies were not overlooked by the trial judge.

[25] Having found no error in the reasons for judgment, Ryan J.A. was of the view that the Court of Appeal should have deferred to the conclusions of the trial judge. Accordingly, she would have dismissed the appeal.

III. Analysis

A. *The Standard of Proof*

(1) Canadian Jurisprudence

[26] Much has been written as judges have attempted to reconcile the tension between the civil standard of proof on a balance of probabilities and cases in which allegations made against a defendant are particularly grave. Such cases include allegations of fraud, professional misconduct, and criminal conduct, particularly sexual assault against minors. As explained by L. R. Rothstein, R. A. Centa and E. Adams, in “Balancing Probabilities: The Overlooked Complexity of the Civil Standard

[22] Elle signale qu’au début de ses motifs, la juge du procès énonce le critère applicable, celui de la norme de preuve proportionnée aux circonstances : [TRADUCTION] « une fois le bon critère établi, il faut supposer qu’elle l’a correctement appliqué, à moins que ses motifs n’indiquent le contraire » (par. 116).

[23] Selon elle, prétendre que la juge du procès a mal appliqué la norme aux faits mis en preuve revient à dire qu’elle a tiré des conclusions de fait erronées. Or, pour infirmer des conclusions de fait, une cour d’appel doit constater qu’une erreur manifeste a été commise, qu’un élément de preuve déterminant ou pertinent n’a pas été pris en compte ou que des conclusions déraisonnables ont été tirées de la preuve.

[24] La juge Ryan estime que la juge du procès n’a pas commis de telles erreurs. Cette dernière a reconnu l’aspect le plus préoccupant du témoignage de F.H. — sa divergence avec les descriptions antérieures des agressions — et elle a conclu que, pour l’essentiel, le témoignage était constant et digne de foi. Elle n’a donc pas fait abstraction des contradictions.

[25] À défaut d’erreur entachant les motifs de la décision contestée, la juge Ryan a conclu que la Cour d’appel aurait dû respecter les conclusions de la juge du procès. Elle était donc d’avis de rejeter l’appel.

III. Analyse

A. *La norme de preuve*

(1) La jurisprudence canadienne

[26] Les efforts des tribunaux pour résoudre les difficultés que pose l’application de la norme de preuve civile de la prépondérance des probabilités dans une affaire où les faits reprochés au défendeur sont particulièrement graves — comme la fraude, la faute professionnelle ou le comportement criminel, en particulier l’agression sexuelle d’un mineur — ont suscité de nombreux commentaires. Comme l’expliquent L. R. Rothstein, R. A. Centa et E. Adams dans leur article intitulé « Balancing

of Proof” in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003: The Law of Evidence* (2004), 455, at p. 456:

These types of allegations are considered unique because they carry a moral stigma that will continue to have an impact on the individual after the completion of the case.

[27] Courts in British Columbia have tended to follow the approach of Lord Denning in *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.). Lord Denning was of the view that within the civil standard of proof on a balance of probabilities “there may be degrees of probability within that standard” (p. 459), depending upon the subject matter. He stated:

It does not adopt so high a degree as a criminal court, even when it is considering a charge of a criminal nature, but still it does require a degree of probability which is commensurate with the occasion. [p. 459]

[28] In the present case the trial judge referred to *H.F. v. Canada (Attorney General)*, at para. 154, in which Neilson J. stated:

The court is justified in imposing a higher degree of probability which is “commensurate with the occasion”:

[29] In the constitutional context, Dickson C.J. adopted the *Bater* approach in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In his view a “very high degree of probability” required that the evidence be cogent and persuasive and make clear the consequences of the decision one way or the other. He wrote at p. 138:

Having regard to the fact that s. 1 is being invoked for the purpose of justifying a violation of the constitutional rights and freedoms the *Charter* was designed to protect, a very high degree of probability will be, in the words of Lord Denning, “commensurate with the occasion”. Where evidence is required in order to prove the constituent elements of a s. 1 inquiry, and this will generally be the case, it should be cogent and persuasive and make clear to the Court the consequences of imposing or not imposing the limit.

Probabilities : The Overlooked Complexity of the Civil Standard of Proof », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003 : The Law of Evidence* (2004), 455, p. 456 :

[TRADUCTION] Les allégations de cette nature sont jugées uniques parce qu’elles continuent de frapper l’intéressé d’un opprobre moral même après le dénouement de l’instance.

[27] Les tribunaux de la Colombie-Britannique se sont généralement rangés à l’avis exprimé par lord Denning dans l’arrêt *Bater c. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), à savoir que la norme civile de la prépondérance des probabilités [TRADUCTION] « peut comporter des degrés de probabilité » (p. 459), selon l’objet du litige. Voici ce qu’il a dit :

[TRADUCTION] [Une cour civile] n’adopte pas une norme aussi sévère que le ferait une cour criminelle, même en examinant une accusation de nature criminelle, mais il reste qu’elle exige un degré de probabilité proportionné aux circonstances. [p. 459]

[28] En l’espèce, la juge du procès a cité les propos suivants de la juge Neilson dans la décision *H.F. c. Canada (Attorney General)*, par. 154 :

[TRADUCTION] La cour est justifiée d’exiger un degré de probabilité plus élevé qui soit « proportionné aux circonstances » :

[29] Dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, portant sur une question d’ordre constitutionnel, le juge en chef Dickson s’est rallié à l’approche formulée dans l’arrêt *Bater*. À son avis, un « degré très élevé de probabilité » exigeait que la preuve soit forte et persuasive et qu’elle fasse ressortir nettement les conséquences de la décision quelle qu’elle soit (p. 138) :

Compte tenu du fait que l’article premier est invoqué afin de justifier une violation des droits et libertés constitutionnels que la *Charte* vise à protéger, un degré très élevé de probabilité sera, pour reprendre l’expression de lord Denning, « proportionné aux circonstances ». Lorsqu’une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d’une analyse en vertu de l’article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d’une décision d’imposer ou de ne pas imposer la restriction.

[30] However, a “shifting standard” of probability has not been universally accepted. In *Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164, Laskin C.J. rejected a “shifting standard”. Rather, to take account of the seriousness of the allegation, he was of the view that a trial judge should scrutinize the evidence with “greater care”. At pp. 169-71 he stated:

Where there is an allegation of conduct that is morally blameworthy or that could have a criminal or penal aspect and the allegation is made in civil litigation, the relevant burden of proof remains proof on a balance of probabilities. . . .

. . . There is necessarily a matter of judgment involved in weighing evidence that goes to the burden of proof, and a trial judge is justified in scrutinizing evidence with greater care if there are serious allegations to be established by the proof that is offered. . . .

I do not regard such an approach (the *Bater* approach) as a departure from a standard of proof based on a balance of probabilities nor as supporting a shifting standard. The question in all civil cases is what evidence with what weight that is accorded to it will move the court to conclude that proof on a balance of probabilities has been established.

[31] In Ontario Professional Discipline cases, the balance of probabilities requires that proof be “clear and convincing and based upon cogent evidence” (see *Heath v. College of Physicians & Surgeons (Ontario)* (1997), 6 Admin. L.R. (3d) 304 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 53).

(2) Recent United Kingdom Jurisprudence

[32] In the United Kingdom some decisions have indicated that depending upon the seriousness of the matters involved, even in civil cases, the criminal standard of proof should apply. In *R (McCann) v. Crown Court at Manchester*, [2003] 1 A.C. 787, [2002] UKHL 39, Lord Steyn said at para. 37:

. . . I agree that, given the seriousness of matters involved, at least some reference to the heightened civil

[30] Une « norme variable » de probabilité n’a toutefois pas fait l’unanimité. Dans l’arrêt *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164, le juge en chef Laskin l’a en effet écartée. À son avis, pour tenir compte de la gravité de l’allégation, le juge du procès devait plutôt examiner la preuve « plus attentivement » (p. 169-171) :

Chaque fois qu’il y a une allégation de conduite moralement blâmable ou qui peut revêtir un aspect criminel ou pénal et que l’allégation se présente dans le cadre d’un litige civil, le fardeau de la preuve qui s’applique est toujours celui de la preuve suivant la prépondérance des probabilités. . . .

. . . L’appréciation des éléments de preuve se rapportant au fardeau de la preuve implique nécessairement une question de jugement, et un juge de première instance est fondé à examiner la preuve plus attentivement si la preuve offerte doit établir des allégations sérieuses. . . .

Je n’estime pas que ce point de vue [celui de l’arrêt *Bater*] s’écarte du principe d’une norme de preuve fondée sur la prépondérance des probabilités ni qu’il appuie une norme variable. La question dans toutes les affaires civiles est de savoir quelle preuve il faut apporter et quel poids lui accorder pour que la cour conclue qu’on a fait la preuve suivant la prépondérance des probabilités.

[31] Suivant les décisions ontariennes rendues en matière de discipline professionnelle, la norme de la prépondérance des probabilités exige que la preuve soit [TRADUCTION] « claire et persuasive et qu’elle se fonde sur des éléments solides » (voir *Heath c. College of Physicians & Surgeons (Ontario)* (1997), 6 Admin. L.R. (3d) 304 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 53).

(2) La jurisprudence britannique récente

[32] Au Royaume-Uni, il appert de certaines décisions que, selon la gravité des questions en jeu, la norme de preuve pénale s’applique même dans une affaire civile. Dans l’arrêt *R (McCann) c. Crown Court at Manchester*, [2003] 1 A.C. 787, [2002] UKHL 39, lord Steyn s’exprime comme suit au par. 37 :

[TRADUCTION] . . . je conviens qu’en raison de la gravité des questions en jeu, il serait normalement nécessaire

standard would usually be necessary: *In re H (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)* [1996] AC 563, 586 D-H, per Lord Nicholls of Birkenhead. For essentially practical reasons, the Recorder of Manchester decided to apply the criminal standard. The Court of Appeal said that would usually be the right course to adopt. Lord Bingham of Cornhill has observed that the heightened civil standard and the criminal standard are virtually indistinguishable. I do not disagree with any of these views. But in my view pragmatism dictates that the task of magistrates should be made more straightforward by ruling that they must in all cases under section 1 apply the criminal standard.

[33] Yet another consideration, that of “inherent probability or improbability of an event” was discussed by Lord Nicholls in *In re H. (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)*, [1996] A.C. 563 (H.L.), at p. 586:

... the inherent probability or improbability of an event is itself a matter to be taken into account when weighing the probabilities and deciding whether, on balance, the event occurred. The more improbable the event, the stronger must be the evidence that it did occur before, on the balance of probability, its occurrence will be established.

[34] Most recently in *In re B (Children)*, [2008] 3 W.L.R. 1, [2008] UKHL 35, a June 11, 2008 decision, the U.K. House of Lords again canvassed the issue of standard of proof. Subsequent to the hearing of the appeal, Mr. Southey, counsel for the Attorney General of Canada, with no objection from other counsel, brought this case to the attention of the Court.

[35] Lord Hoffmann addressed the “confusion” in the United Kingdom courts over this issue. He stated at para. 5:

Some confusion has however been caused by dicta which suggest that the standard of proof may vary with the gravity of the misconduct alleged or even the seriousness of the consequences for the person concerned. The cases in which such statements have been made fall into three categories. First, there are cases in which the court has for one purpose classified the proceedings as civil (for example, for the purposes of article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) but nevertheless thought that, because of the serious consequences of the

de faire appel, dans une certaine mesure, à la norme de preuve civile plus stricte : *In re H (Minors) (Sexual Abuse : Standard of Proof)* [1996] AC 563, 586 D-H, lord Nicholls of Birkenhead. Essentiellement pour des raisons d'ordre pratique, le recorder de Manchester a décidé d'appliquer la norme pénale. La Cour d'appel a indiqué que ce choix est opportun dans la plupart des cas. Lord Bingham of Cornhill a fait remarquer que la norme civile plus stricte est presque identique à la norme appliquée au pénal. Je ne rejette aucun de ces points de vue. Mais à mon avis, le pragmatisme commande de faciliter la tâche des tribunaux en leur enjoignant d'appliquer la norme pénale dans toute affaire relative à l'article premier.

[33] Dans l'arrêt *In re H. (Minors) (Sexual Abuse : Standard of Proof)*, [1996] A.C. 563 (H.L.), lord Nicholls aborde un autre aspect, celui de [TRADUCTION] « la probabilité ou [de] l'improbabilité intrinsèque d'un événement » (p. 586) :

[TRADUCTION] ... la probabilité ou l'improbabilité intrinsèque d'un événement est un élément à prendre en compte pour soupeser les probabilités et décider si, tout bien considéré, l'événement a eu lieu. Plus l'événement est improbable, plus la preuve offerte doit être forte pour l'établir suivant la prépondérance des probabilités.

[34] Plus récemment, dans l'arrêt *In re B (Children)*, [2008] 3 W.L.R. 1, [2008] UKHL 35, rendu le 11 juin 2008, la Chambre des lords s'est de nouveau penchée sur la question de la norme de preuve. Après l'audition du présent pourvoi, l'avocat du procureur général du Canada, M^e Southey, a porté cet arrêt à l'attention de notre Cour sans que les avocats des autres parties ne s'y opposent.

[35] Lord Hoffmann y fait état de la « confusion » qui règne au sein des tribunaux britanniques sur le sujet (par. 5) :

[TRADUCTION] Une certaine confusion a toutefois été créée par des décisions donnant à penser que la norme de preuve peut varier selon la gravité de la faute alléguée, voire celle des conséquences pour l'intéressé. Ces décisions appartiennent à trois catégories. Dans la première, le tribunal qualifie l'affaire de civile à une fin donnée (p. ex., pour l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales), mais il estime néanmoins, vu la gravité des conséquences de l'instance, que la norme de preuve pénale ou l'équivalent devrait s'appliquer. Dans

proceedings, the criminal standard of proof or something like it should be applied. Secondly, there are cases in which it has been observed that when some event is inherently improbable, strong evidence may be needed to persuade a tribunal that it more probably happened than not. Thirdly, there are cases in which judges are simply confused about whether they are talking about the standard of proof or about the role of inherent probabilities in deciding whether the burden of proving a fact to a given standard has been discharged.

[36] The unanimous conclusion of the House of Lords was that there is only one civil standard of proof. At para. 13, Lord Hoffmann states:

I think that the time has come to say, once and for all, that there is only one civil standard of proof and that is proof that the fact in issue more probably occurred than not.

However, Lord Hoffmann did not disapprove of application of the criminal standard depending upon the issue involved. Following his very clear statement that there is only one civil standard of proof, he somewhat enigmatically wrote, still in para. 13:

I do not intend to disapprove any of the cases in what I have called the first category, but I agree with the observation of Lord Steyn in *McCann's* case, at p. 812, that clarity would be greatly enhanced if the courts said simply that although the proceedings were civil, the nature of the particular issue involved made it appropriate to apply the criminal standard.

[37] Lord Hoffmann went on to express the view that taking account of inherent probabilities was not a rule of law. At para. 15 he stated:

I wish to lay some stress upon the words I have italicised [“to whatever extent is appropriate in the particular case”]. Lord Nicholls [*In re H*] was not laying down any rule of law. There is only one rule of law, namely that the occurrence of the fact in issue must be proved to have been more probable than not. Common sense, not law, requires that in deciding this question, regard should be had, to whatever extent appropriate, to inherent probabilities.

[38] *In re B* is a child case under the United Kingdom *Children Act 1989*. While her comments on standard of proof are confined to the 1989 Act, Baroness Hale explained that neither the seriousness of the allegation nor the seriousness of the

la deuxième catégorie, le tribunal opine que lorsqu'un événement est intrinsèquement improbable, de solides éléments de preuve peuvent être nécessaires pour le convaincre qu'il est plus probable que l'événement se soit produit que le contraire. Dans la troisième catégorie, le juge confond simplement la norme de preuve et le rôle de la probabilité intrinsèque pour décider si une partie s'est acquittée ou non du fardeau de la preuve au regard de la norme applicable.

[36] La Chambre des lords a conclu à l'unanimité à l'existence d'une seule norme de preuve en matière civile. Lord Hoffmann dit au par. 13 :

[TRADUCTION] Je pense que le temps est venu d'affirmer une fois pour toutes qu'il n'y a en matière civile qu'une seule norme de preuve : il doit être plus probable que le fait allégué s'est produit que le contraire.

Or, lord Hoffmann n'a pas désapprouvé l'application de la norme pénale selon la question en jeu. Après avoir très clairement énoncé qu'une seule norme de preuve s'appliquait en matière civile, il poursuit au par. 13 en tenant des propos plutôt énigmatiques :

[TRADUCTION] Je n'entends pas désapprouver l'une ou l'autre des décisions comprises dans la première catégorie, mais je conviens avec lord Steyn dans *McCann's*, p. 812 que ce serait beaucoup plus clair si les tribunaux disaient simplement que, même s'il s'agit d'une instance civile, vu la nature de la question en jeu, il est indiqué d'appliquer la norme pénale.

[37] Lord Hoffmann ajoute que la prise en compte de la probabilité intrinsèque ne constitue pas une règle de droit (par. 15) :

[TRADUCTION] J'insiste sur les mots que j'ai mis en italiques [« dans la mesure où cela est indiqué dans les circonstances »]. Lord Nicholls [dans *In re H*] n'a pas énoncé une règle de droit. Il n'existe qu'une seule règle de droit : il faut prouver qu'il est plus probable que le fait a eu lieu que le contraire. Le sens commun — et non le droit — exige, pour trancher à cet égard, qu'on tienne compte, dans la mesure où cela est indiqué, de la probabilité intrinsèque.

[38] L'arrêt *In re B* a été rendu sous le régime de la *Children Act 1989* du Royaume-Uni. Bien que ses observations sur la norme de preuve applicable ne valent que pour cette loi, la baronne Hale explique que ni la gravité de l'allégation ni celle

consequences should make any difference to the standard of proof to be applied in determining the facts. At paras. 70-72, she stated:

My Lords, for that reason I would go further and announce loud and clear that the standard of proof in finding the facts necessary to establish the threshold under section 31(2) or the welfare considerations in section I of the 1989 Act is the simple balance of probabilities, neither more nor less. Neither the seriousness of the allegation nor the seriousness of the consequences should make any difference to the standard of proof to be applied in determining the facts. The inherent probabilities are simply something to be taken into account, where relevant, in deciding where the truth lies.

As to the seriousness of the consequences, they are serious either way. A child may find her relationship with her family seriously disrupted; or she may find herself still at risk of suffering serious harm. A parent may find his relationship with his child seriously disrupted; or he may find himself still at liberty to maltreat this or other children in the future.

As to the seriousness of the allegation, there is no logical or necessary connection between seriousness and probability. Some seriously harmful behaviour, such as murder, is sufficiently rare to be inherently improbable in most circumstances. Even then there are circumstances, such as a body with its throat cut and no weapon to hand, where it is not at all improbable. Other seriously harmful behaviour, such as alcohol or drug abuse, is regrettably all too common and not at all improbable.

(3) Summary of Various Approaches

[39] I summarize the various approaches in civil cases where criminal or morally blameworthy conduct is alleged as I understand them:

- (1) The criminal standard of proof applies in civil cases depending upon the seriousness of the allegation;
- (2) An intermediate standard of proof between the civil standard and the criminal standard commensurate with the occasion applies to civil cases;
- (3) No heightened standard of proof applies in civil cases, but the evidence must be scrutinized with greater care where the allegation is serious;

des conséquences possibles ne devraient modifier la norme de preuve appliquée pour établir les faits. Voici ce qu'elle dit aux par. 70-72 :

[TRADUCTION] Vos seigneuries, pour cette raison, j'irais plus loin et je clamerais haut et fort que la norme de preuve applicable pour établir les faits nécessaires au respect du critère du par. 31(2) ou à l'application des considérations liées au bien-être de l'article premier de la loi de 1989 est simplement la prépondérance des probabilités, ni plus ni moins. Ni la gravité de l'allégation, ni celle des conséquences ne devraient modifier la norme de preuve appliquée pour établir les faits. La probabilité intrinsèque ne doit être prise en compte, s'il y a lieu, que pour découvrir la vérité.

Pour ce qui est des conséquences, elles sont toujours sérieuses quelle que soit l'issue de l'instance. L'enfant peut voir sa relation avec sa famille sérieusement compromise ou s'exposer encore à un préjudice important. À l'inverse, le père ou la mère peut voir sa relation avec l'enfant sérieusement compromise ou avoir encore la possibilité de maltraiter cet enfant ou un autre.

Pour ce qui est de la gravité de l'allégation, il n'y a pas de lien logique ou nécessaire entre gravité et probabilité. Le comportement gravement préjudiciable — comme le meurtre — est suffisamment rare pour être la plupart du temps intrinsèquement improbable. Malgré cela, lorsque, par exemple, on découvre un corps à la gorge tranchée, mais aucune arme à proximité, le meurtre est loin d'être improbable. D'autres comportements gravement préjudiciables, comme l'alcoolisme ou la toxicomanie, sont malheureusement trop répandus et loin d'être improbables.

(3) Résumé des différentes approches

[39] Voici en résumé quelles sont selon moi les différentes approches possibles dans une affaire civile où un comportement criminel ou moralement répréhensible est allégué :

- (1) La norme de preuve pénale s'applique selon la gravité de l'allégation.
- (2) Une norme de preuve intermédiaire se situant entre la civile et la pénale, proportionnée aux circonstances, s'applique.
- (3) Lorsque l'allégation est grave, la norme de preuve n'est pas plus stricte, mais la preuve doit faire l'objet d'un examen plus attentif.

- | | |
|--|--|
| <p>(4) No heightened standard of proof applies in civil cases, but evidence must be clear, convincing and cogent; and</p> <p>(5) No heightened standard of proof applies in civil cases, but the more improbable the event, the stronger the evidence is needed to meet the balance of probabilities test.</p> <p>(4) <u>The Approach Canadian Courts Should Now Adopt</u></p> | <p>(4) La norme de preuve n'est pas plus stricte, mais la preuve doit être claire et convaincante.</p> <p>(5) La norme de preuve n'est pas plus stricte, mais plus l'événement est improbable, plus la preuve doit être solide pour satisfaire au critère de la prépondérance des probabilités.</p> <p>(4) <u>L'approche qui devrait désormais être celle des cours de justice canadiennes</u></p> |
|--|--|

[40] Like the House of Lords, I think it is time to say, once and for all in Canada, that there is only one civil standard of proof at common law and that is proof on a balance of probabilities. Of course, context is all important and a judge should not be unmindful, where appropriate, of inherent probabilities or improbabilities or the seriousness of the allegations or consequences. However, these considerations do not change the standard of proof. I am of the respectful opinion that the alternatives I have listed above should be rejected for the reasons that follow.

[41] Since *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154, at pp. 158-64, it has been clear that the criminal standard is not to be applied to civil cases in Canada. The criminal standard of proof beyond a reasonable doubt is linked to the presumption of innocence in criminal trials. The burden of proof always remains with the prosecution. As explained by Cory J. in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 27:

First, it must be made clear to the jury that the standard of proof beyond a reasonable doubt is vitally important since it is inextricably linked to that basic premise which is fundamental to all criminal trials: the presumption of innocence. The two concepts are forever as closely linked as Romeo with Juliet or Oberon with Titania and they must be presented together as a unit. If the presumption of innocence is the golden thread of criminal justice then proof beyond a reasonable doubt is the silver and these two threads are forever intertwined in the fabric of criminal law. Jurors must be reminded that the burden of proving beyond a reasonable doubt

[40] Comme l'a fait la Chambre des lords, notre Cour devrait selon moi affirmer une fois pour toutes qu'il n'existe au Canada, en common law, qu'une seule norme de preuve en matière civile, celle de la prépondérance des probabilités. Le contexte constitue évidemment un élément important et le juge ne doit pas faire abstraction, lorsque les circonstances s'y prêtent, de la probabilité ou de l'improbabilité intrinsèque des faits allégués non plus que de la gravité des allégations ou de leurs conséquences. Toutefois, ces considérations ne modifient en rien la norme de preuve. À mon humble avis, pour les motifs qui suivent, il faut écarter les approches énumérées précédemment.

[41] L'arrêt *Hanes c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154, p. 158-164, a clairement établi que la norme pénale ne s'applique pas en matière civile au Canada. La preuve hors de tout doute raisonnable exigée en matière criminelle est liée à la présomption d'innocence dont bénéficie l'accusé dans un procès pénal. Le fardeau de la preuve incombe toujours à la poursuite. Comme l'a expliqué le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 27 :

Premièrement, il faut indiquer clairement au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable a une importance vitale puisqu'elle est inextricablement liée au principe fondamental de tous les procès pénaux : la présomption d'innocence. Ces deux concepts sont pour toujours intimement liés l'un à l'autre, comme Roméo et Juliette ou Oberon et Titania, et ils doivent être présentés comme formant un tout. Si la présomption d'innocence est le fil d'or de la justice pénale, alors la preuve hors de tout doute raisonnable en est le fil d'argent, et ces deux fils sont pour toujours entrelacés pour former la trame du droit pénal. Il faut

that the accused committed the crime rests with the prosecution throughout the trial and never shifts to the accused.

[42] By contrast, in civil cases, there is no presumption of innocence. As explained by J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 154:

Since society is indifferent to whether the plaintiff or the defendant wins a particular civil suit, it is unnecessary to protect against an erroneous result by requiring a standard of proof higher than a balance of probabilities.

It is true that there may be serious consequences to a finding of liability in a civil case that continue past the end of the case. However, the civil case does not involve the government's power to penalize or take away the liberty of the individual.

[43] An intermediate standard of proof presents practical problems. As expressed by Rothstein, Centa and Adams, at pp. 466-67:

As well, suggesting that the standard of proof is "higher" than the "mere balance of probabilities" inevitably leads one to inquire: what percentage of probability must be met? This is unhelpful because while the concept of "51 percent probability," or "more likely than not" can be understood by decisionmakers, the concept of 60 percent or 70 percent probability cannot.

[44] Put another way, it would seem incongruous for a judge to conclude that it was more likely than not that an event occurred, but not sufficiently likely to some unspecified standard and therefore that it did not occur. As Lord Hoffmann explained in *In re B* at para. 2:

If a legal rule requires a fact to be proved (a "fact in issue"), a judge or jury must decide whether or not it happened. There is no room for a finding that it might have happened. The law operates a binary system in which the only values are zero and one. The fact either happened or it did not. If the tribunal is left in doubt, the doubt is resolved by a rule that one party or the other

rappeler aux jurés que le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le crime incombe à la poursuite tout au long du procès, et qu'il ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé.

[42] À l'opposé, dans une affaire civile, nulle présomption d'innocence ne s'applique. L'explication en est donnée dans J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 154 :

[TRADUCTION] Comme il importe peu à la société que le demandeur ou le défendeur ait gain de cause dans une instance civile, il n'y a pas lieu de prévenir un jugement erroné en appliquant une norme de preuve plus stricte que celle de la prépondérance des probabilités.

Il est vrai qu'une conclusion de responsabilité tirée dans une affaire civile peut avoir des conséquences sérieuses qui continuent de se faire sentir après l'instance. Mais il demeure qu'une affaire civile ne fait pas intervenir le pouvoir de l'État de punir une personne ou de la priver de sa liberté.

[43] Le recours à une norme de preuve intermédiaire présente des difficultés d'ordre pratique. Comme le disent Rothstein, Centa et Adams (p. 466-467) :

[TRADUCTION] De même, laisser entendre que la norme de preuve applicable est « plus stricte » que la « simple prépondérance des probabilités » soulève nécessairement la question du pourcentage de probabilité à établir? Ce qui n'est d'aucune utilité, car le décideur pourra se représenter une probabilité de « 51 p. 100 » ou une « probabilité plus grande », mais non une probabilité de 60 p. 100 ou de 70 p. 100.

[44] Autrement dit, il semblerait incongru qu'un juge conclue qu'il est probable, mais pas assez probable suivant une norme non précisée, qu'un événement ait eu lieu et, par conséquent, que cet événement ne s'est pas produit. Comme l'explique lord Hoffmann dans l'arrêt *In re B*, para. 2 :

[TRADUCTION] Lorsqu'une règle de droit exige la preuve d'un fait (le « fait en litige »), le juge ou le jury doit déterminer si le fait s'est ou non produit. Il ne saurait conclure qu'il a pu se produire. Le droit est un système binaire, les seules valeurs possibles étant zéro et un. Ou bien le fait s'est produit, ou bien il ne s'est pas produit. Lorsqu'un doute subsiste, la règle selon laquelle

carries the burden of proof. If the party who bears the burden of proof fails to discharge it, a value of zero is returned and the fact is treated as not having happened. If he does discharge it, a value of one is returned and the fact is treated as having happened.

In my view, the only practical way in which to reach a factual conclusion in a civil case is to decide whether it is more likely than not that the event occurred.

[45] To suggest that depending upon the seriousness, the evidence in the civil case must be scrutinized with greater care implies that in less serious cases the evidence need not be scrutinized with such care. I think it is inappropriate to say that there are legally recognized different levels of scrutiny of the evidence depending upon the seriousness of the case. There is only one legal rule and that is that in all cases, evidence must be scrutinized with care by the trial judge.

[46] Similarly, evidence must always be sufficiently clear, convincing and cogent to satisfy the balance of probabilities test. But again, there is no objective standard to measure sufficiency. In serious cases, like the present, judges may be faced with evidence of events that are alleged to have occurred many years before, where there is little other evidence than that of the plaintiff and defendant. As difficult as the task may be, the judge must make a decision. If a responsible judge finds for the plaintiff, it must be accepted that the evidence was sufficiently clear, convincing and cogent to that judge that the plaintiff satisfied the balance of probabilities test.

[47] Finally there may be cases in which there is an inherent improbability that an event occurred. Inherent improbability will always depend upon the circumstances. As Baroness Hale stated in *In re B*, at para. 72:

Consider the famous example of the animal seen in Regent's Park. If it is seen outside the zoo on a stretch of greensward regularly used for walking dogs, then of course it is more likely to be a dog than a lion. If it is

le fardeau de la preuve incombe à l'une ou l'autre des parties permet de trancher. Lorsque la partie à laquelle incombe la preuve ne s'acquitte pas de son obligation, la valeur est de zéro et le fait est réputé ne pas avoir eu lieu. Lorsqu'elle s'en acquitte, la valeur est de un, et le fait est réputé s'être produit.

À mon avis, la seule façon possible d'arriver à une conclusion de fait dans une instance civile consiste à déterminer si, selon toute vraisemblance, l'événement a eu lieu.

[45] Laisser entendre que lorsqu'une allégation formulée dans une affaire civile est grave, la preuve offerte doit être examinée plus attentivement suppose que l'examen peut être moins rigoureux dans le cas d'une allégation moins grave. Je crois qu'il est erroné de dire que notre régime juridique admet différents degrés d'examen de la preuve selon la gravité de l'affaire. Il n'existe qu'une seule règle de droit : le juge du procès doit examiner la preuve attentivement.

[46] De même, la preuve doit toujours être claire et convaincante pour satisfaire au critère de la prépondérance des probabilités. Mais, je le répète, aucune norme objective ne permet de déterminer qu'elle l'est suffisamment. Dans le cas d'une allégation grave comme celle considérée en l'espèce, le juge peut être appelé à apprécier la preuve de faits qui se seraient produits de nombreuses années auparavant, une preuve constituée essentiellement des témoignages du demandeur et du défendeur. Aussi difficile que puisse être sa tâche, le juge doit trancher. Lorsqu'un juge consciencieux ajoute foi à la thèse du demandeur, il faut tenir pour acquis que la preuve était à ses yeux suffisamment claire et convaincante pour conclure au respect du critère de la prépondérance des probabilités.

[47] Enfin, il peut arriver que le fait soit intrinsèquement improbable. L'improbabilité intrinsèque dépend toujours des circonstances. Comme le dit la baronne Hale dans l'arrêt *In re B*, par. 72 :

[TRADUCTION] Prenons l'exemple bien connu de l'animal aperçu dans Regent's Park. S'il est vu à l'extérieur du zoo, dans un lieu où l'on promène habituellement son chien, alors il est plus vraisemblable qu'il s'agisse d'un

seen in the zoo next to the lions' enclosure when the door is open, then it may well be more likely to be a lion than a dog.

[48] Some alleged events may be highly improbable. Others less so. There can be no rule as to when and to what extent inherent improbability must be taken into account by a trial judge. As Lord Hoffmann observed at para. 15 of *In re B*:

Common sense, not law, requires that in deciding this question, regard should be had, to whatever extent appropriate, to inherent probabilities.

It will be for the trial judge to decide to what extent, if any, the circumstances suggest that an allegation is inherently improbable and where appropriate, that may be taken into account in the assessment of whether the evidence establishes that it is more likely than not that the event occurred. However, there can be no rule of law imposing such a formula.

(5) Conclusion on Standard of Proof

[49] In the result, I would reaffirm that in civil cases there is only one standard of proof and that is proof on a balance of probabilities. In all civil cases, the trial judge must scrutinize the relevant evidence with care to determine whether it is more likely than not that an alleged event occurred.

[50] I turn now to the issues particular to this case.

B. *The Concerns of the Court of Appeal Respecting Inconsistency in the Evidence of F.H.*

[51] The level of scrutiny required in cases of sexual assault was central to the analysis of the Court of Appeal. According to Rowles J.A. at para. 72, one of the issues was “whether the trial judge, in light of the standard of proof that had to be applied in a case such as this, failed to consider

chien que d'un lion. S'il est vu à l'intérieur du zoo, près de l'enclos des lions, dont la porte est ouverte, il se peut fort bien qu'il soit plus vraisemblable qu'il s'agisse d'un lion que d'un chien.

[48] Un fait allégué peut être très improbable, un autre moins. Il ne saurait y avoir de règle permettant de déterminer dans quelles circonstances et jusqu'à quel point le juge du procès doit tenir compte de l'improbabilité intrinsèque. Dans l'arrêt *In re B*, lord Hoffmann fait remarquer ce qui suit (par. 15) :

[TRADUCTION] Le sens commun — et non le droit — exige, pour trancher à cet égard, qu'on tienne compte, dans la mesure où cela est indiqué, de la probabilité intrinsèque.

Il revient au juge du procès de décider dans quelle mesure, le cas échéant, les circonstances donnent à penser que le fait allégué est intrinsèquement improbable et, s'il l'estime indiqué, il peut en tenir compte pour déterminer si la preuve établit que, selon toute vraisemblance, l'événement s'est produit. Or, aucune règle de droit ne saurait le lui imposer.

(5) Conclusion sur la norme de preuve

[49] En conséquence, je suis d'avis de confirmer que dans une instance civile, une seule norme de preuve s'applique, celle de la prépondérance des probabilités. Dans toute affaire civile, le juge du procès doit examiner la preuve pertinente attentivement pour déterminer si, selon toute vraisemblance, le fait allégué a eu lieu.

[50] Je passe maintenant aux questions particulières que soulève le présent pourvoi.

B. *Les préoccupations de la Cour d'appel concernant les contradictions relevées dans le témoignage de F.H.*

[51] La rigueur de l'examen qui s'impose dans une affaire d'agression sexuelle est au cœur de l'analyse de la Cour d'appel. Selon la juge Rowles, celle-ci devait notamment déterminer [TRADUCTION] « si la juge du procès, compte tenu de la norme de preuve applicable dans une affaire de cette nature,

the problems or troublesome aspects of [F.H.]’s evidence”. The “troublesome aspects” of F.H.’s evidence related to, amongst others, inconsistencies as to the frequency of the alleged sexual assaults as between F.H.’s evidence on discovery and at trial, as well as to an inconsistency between the original statement of claim alleging attempted anal intercourse and the evidence given at trial of actual penetration.

[52] In the absence of support from the surrounding circumstances, when considering the evidence of F.H. on its own, the majority of the Court of Appeal concluded that the trial judge had failed to consider whether the facts had been proven “to the standard commensurate with the allegation” and had failed to “scrutinize the evidence in the manner required and thereby erred in law” (para. 79).

[53] As I have explained, there is only one civil standard of proof — proof on a balance of probabilities. Although understandable in view of the state of the jurisprudence at the time of its decision, the Court of Appeal was in error in holding the trial judge to a higher standard. While that conclusion is sufficient to decide this appeal, nonetheless, I think it is important for future guidance to make some further comments on the approach of the majority of the Court of Appeal.

[54] Rowles J.A. was correct that failure by a trial judge to apply the correct standard of proof in assessing evidence would constitute an error of law. The question is how such failure may be apparent in the reasons of a trial judge. Obviously in the remote example of a trial judge expressly stating an incorrect standard of proof, it will be presumed that the incorrect standard was applied. Where the trial judge expressly states the correct standard of proof, it will be presumed that it was applied. Where the trial judge does not express a particular standard of proof, it will also be presumed that the correct standard was applied:

Trial judges are presumed to know the law with which they work day in and day out.

(*R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664, *per* McLachlin J. (as she then was))

a omis de prendre en compte les lacunes du témoignage de [F.H.] ou ses aspects préoccupants » (par. 72). Ces « aspects préoccupants » englobaient les déclarations contradictoires de F.H. à l’interrogatoire préalable et au procès concernant la fréquence des agressions sexuelles alléguées, de même que la divergence entre l’allégation initiale de tentative de relation anale et l’affirmation au procès qu’il y avait eu pénétration.

[52] Vu l’absence d’un élément circonstanciel étayant le témoignage de F.H., les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que la juge du procès avait omis de se demander si les faits avaient été prouvés [TRADUCTION] « selon la norme proportionnée à l’allégation » et qu’elle n’avait pas « examiné la preuve aussi attentivement qu’elle l’aurait dû, d’où l’erreur de droit » (par. 79).

[53] Je le répète, une seule norme de preuve s’applique en matière civile, celle de la prépondérance des probabilités. Bien que la jurisprudence du moment puisse expliquer sa décision, la Cour d’appel a statué à tort que la juge du procès aurait dû appliquer une norme plus stricte. Cette conclusion suffit pour statuer sur le présent pourvoi, mais j’estime important pour l’avenir de faire quelques observations supplémentaires sur le raisonnement des juges majoritaires de la Cour d’appel.

[54] La juge Rowles a eu raison de conclure que l’omission d’un juge de première instance d’appliquer la bonne norme de preuve constitue une erreur de droit. La question est de savoir dans quelle mesure une telle omission peut ressortir des motifs du juge. Évidemment, dans le cas improbable où le juge du procès formule expressément une norme de preuve incorrecte, il est présumé l’avoir appliquée. Lorsqu’il énonce expressément la bonne norme de preuve, il est présumé l’avoir appliquée. Dans le cas où le juge ne renvoie à aucune norme de preuve particulière, on présume également qu’il a appliqué la bonne :

Les juges du procès sont censés connaître le droit qu’ils appliquent tous les jours.

(*R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, p. 664, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef))

Whether the correct standard was expressly stated or not, the presumption of correct application will apply unless it can be demonstrated by the analysis conducted that the incorrect standard was applied. However, in determining whether the correct standard has indeed been applied, an appellate court must take care not to substitute its own view of the facts for that of the trial judge.

[55] An appellate court is only permitted to interfere with factual findings when “the trial judge [has] shown to have committed a palpable and overriding error or made findings of fact that are clearly wrong, unreasonable or unsupported by the evidence” (*H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at para. 4 (emphasis deleted), *per* Fish J.). Rowles J.A. correctly acknowledged as much (para. 27). She also recognized that where there is some evidence to support an inference drawn by the trial judge, an appellate court will be hard pressed to find a palpable and overriding error. Indeed, she quoted the now well-known words to this effect in the judgment of Iacobucci and Major JJ. in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, at para. 27 of her reasons (para. 22 of *Housen*).

[56] Rowles J.A. was satisfied that the trial judge was aware of the standard of proof that had heretofore been applied in cases of moral blameworthiness. At para. 35 of her reasons she stated:

From her reasons it is obvious that the judge was aware of the case authorities that have considered the standard of proof to be applied in cases where allegations of morally blameworthy conduct have been made.

That should have satisfied the Court of Appeal that the trial judge understood and applied the standard of proof they thought to be applicable to this case.

C. *The Inconsistency in the Evidence of F.H.*

[57] At para. 5 of her reasons, the trial judge had regard for the judgment of Rowles J.A. in *R. v. R.W.B.* (1993), 24 B.C.A.C. 1, at paras. 28-29, dealing with the reliability and credibility of witnesses in the case of inconsistencies and an absence of

Que la norme applicable ait été précisée ou non, on présume qu'elle a été appliquée, sauf lorsque l'analyse révèle le contraire. Toutefois, lorsqu'elle détermine si la bonne norme a effectivement été appliquée, la cour d'appel doit prendre garde de ne pas substituer son interprétation des faits à celle du juge du procès.

[55] La cour d'appel ne peut infirmer une conclusion de fait que « lorsqu'il est établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ou tiré des conclusions de fait manifestement erronées, déraisonnables ou non étayées par la preuve » (*H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 4 (soulignement omis), le juge Fish). La juge Rowles le reconnaît à juste titre (par. 27). Elle ajoute que lorsque le juge du procès s'appuie sur quelque élément de preuve pour tirer une conclusion, la cour d'appel peut difficilement conclure à l'existence d'une erreur manifeste et dominante. D'ailleurs, toujours au par. 27, elle renvoie à l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 22, et aux propos maintes fois cités depuis qu'y tiennent à ce sujet les juges Iacobucci et Major.

[56] La juge Rowles était convaincue que la juge du procès savait quelle norme de preuve avait été appliquée jusqu'alors aux allégations d'actes moralement répréhensibles. Elle dit au par. 35 :

[TRADUCTION] Il appert de ses motifs que la juge était au fait de la jurisprudence sur la norme de preuve applicable à des allégations d'actes moralement répréhensibles.

Cela aurait dû convaincre la Cour d'appel que la juge du procès avait compris et appliqué la norme de preuve qu'elles tenaient pour applicable en l'espèce.

C. *Les contradictions du témoignage de F.H.*

[57] Au paragraphe 5 de ses motifs, la juge du procès tient compte du jugement de la juge Rowles dans l'affaire *R. c. R.W.B.* (1993), 24 B.C.A.C. 1, par. 28-29, portant sur la crédibilité d'un témoignage qui est entaché de contradictions et que la

supporting evidence. Although *R.W.B.* was a criminal case, I, like the trial judge, think the words of Rowles J.A. are apt for the purposes of this case:

In this case there were a number of inconsistencies in the complainant's own evidence and a number of inconsistencies between the complainant's evidence and the testimony of other witnesses. While it is true that minor inconsistencies may not diminish the credibility of a witness unduly, a series of inconsistencies may become quite significant and cause the trier of fact to have a reasonable doubt about the reliability of the witness' evidence. There is no rule as to when, in the face of inconsistency, such doubt may arise but at the least the trier of fact should look to the totality of the inconsistencies in order to assess whether the witness' evidence is reliable. This is particularly so when there is no supporting evidence on the central issue, which was the case here. [para. 29]

[58] As Rowles J.A. found in the context of the criminal standard of proof, where proof is on a balance of probabilities there is likewise no rule as to when inconsistencies in the evidence of a plaintiff will cause a trial judge to conclude that the plaintiff's evidence is not credible or reliable. The trial judge should not consider the plaintiff's evidence in isolation, but must look at the totality of the evidence to assess the impact of the inconsistencies in that evidence on questions of credibility and reliability pertaining to the core issue in the case.

[59] It is apparent from her reasons that the trial judge recognized the obligation upon her to have regard for the inconsistencies in the evidence of F.H. and to consider them in light of the totality of the evidence to the extent that was possible. While she did not deal with every inconsistency, as she explained at para. 100, she did address in a general way the arguments put forward by the defence.

[60] The trial judge specifically dealt with some of what the Court of Appeal identified as the troublesome aspects of F.H.'s evidence. For example, Rowles J.A. stated at para. 77 that F.H.'s evidence with respect to inspections in the supervisors' washroom was not consistent with the testimony of other witnesses:

preuve n'étaye pas par ailleurs. Même si la juge Rowles se prononçait dans le contexte pénal, à l'instar de la juge du procès, j'estime que ses remarques sont pertinentes dans le cas présent :

[TRANSDUCTION] En l'espèce, il existait un certain nombre de contradictions dans le témoignage de la plaignante de même qu'entre son témoignage et celui d'autres témoins. Bien que de légères contradictions n'entachent pas indûment la crédibilité d'un témoin, une suite de contradictions peut constituer un facteur non négligeable et semer un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la crédibilité du témoignage. Aucune règle ne permet de déterminer dans quels cas des contradictions susciteront un tel doute, mais le juge des faits doit à tout le moins les examiner dans leur ensemble pour déterminer si le témoignage en question est digne de foi. C'est particulièrement vrai en l'absence de corroboration sur la principale question en litige, comme c'était le cas en l'espèce. [par. 29]

[58] Comme l'a estimé la juge Rowles à l'égard de la norme de preuve pénale, lorsque la norme applicable est la prépondérance des probabilités, il n'y a pas non plus de règle quant aux circonstances dans lesquelles les contradictions relevées dans le témoignage du demandeur amèneront le juge du procès à conclure que le témoignage n'est pas crédible ou digne de foi. En première instance, le juge ne doit pas considérer le témoignage du demandeur en vase clos. Il doit plutôt examiner l'ensemble de la preuve pour déterminer l'incidence des contradictions sur les questions de crédibilité touchant au cœur du litige.

[59] Il appert de ses motifs que la juge du procès a reconnu son obligation de tenir compte des contradictions du témoignage de F.H. et de les confronter avec l'ensemble de la preuve dans la mesure du possible. Bien qu'elle n'ait pas considéré chacune des contradictions, elle a examiné de façon générale les arguments de la défense, ce qu'elle explique au par. 100.

[60] La juge du procès se penche expressément sur certains aspects du témoignage de F.H. tenus pour préoccupants par la Cour d'appel. À titre d'exemple, la juge Rowles dit au par. 77 que le témoignage de F.H. concernant les inspections effectuées dans les toilettes des surveillants contredisait celui d'autres témoins :

There was no corroborative evidence from the witnesses who had been students at the School of other boys having lined up and being examined by McDougall in the supervisor[s'] washroom so as to lend support to the respondent's recollection of events. In fact, the defence evidence was to the opposite effect, that is, the boys did not line up outside the staff washroom for any reason or at any time.

[61] However, Gill J. dealt with the washroom inspections as well as the inconsistent recollection of the witnesses regarding these inspections. She also made a finding of fact that inspections were performed and were routine at the school. At para. 106 of her reasons she stated:

It was argued that the evidence of F.H. was not consistent with the evidence of others. No inspections were done in the supervisors' washroom or in the way that F.H. described. I agree that no other witness described inspections being done in the supervisors' washroom. However, evidence about inspections was given by defence witnesses. I have already referred to the evidence of Mr. Paul. I accept that inspections were done in the manner he described. The boys were sometimes inspected on shower days and supervisors regularly checked to ensure that they had washed themselves thoroughly. Admittedly, Mr. Paul did not say that the defendant had conducted such examinations, but he described the inspections as a routine of the school. In fact, Mr. Paul's evidence is not consistent with the evidence of the defendant, who stated that the only examination of the boys was for head lice and it was done by the nurse.

[62] In this passage of her reasons, the trial judge dealt with the inconsistency between the evidence of F.H. and other witnesses. She also considered McDougall's testimony in light of other evidence given by witnesses for the defence. From the evidence of Mr. Paul she concluded that examinations were routinely carried out. She found that Mr. Paul's evidence about examinations was not consistent with that of McDougall who had testified that examinations were only for head lice and were carried out by the nurse. The necessary inference is that she found McDougall not to be credible on this issue.

[63] The majority of the Court of Appeal was also concerned with the testimony of F.H., that each time he was sexually assaulted by McDougall,

[TRADUCTION] Nul témoin ayant fréquenté le pensionnat n'a confirmé que d'autres garçons avaient formé des rangs puis avaient été examinés par M. McDougall dans les toilettes des surveillants de manière à étayer la version des faits de l'intimé. En fait, la preuve offerte par la défense établissait le contraire, c'est-à-dire que les garçons n'avaient jamais fait la file à l'extérieur des toilettes des surveillants pour quelque raison que ce soit.

[61] Or, la juge Gill traite des inspections dans les toilettes et du fait que les souvenirs des témoins à leur sujet sont contradictoires. Elle tire aussi la conclusion de fait que des inspections avaient lieu périodiquement au pensionnat. Voici ce qu'elle dit au par. 106 :

[TRADUCTION] On a soutenu que le témoignage de F.H. ne concordait pas avec celui d'autres témoins. Aucune inspection n'avait lieu dans les toilettes des surveillants ou de la façon indiquée par F.H. Je conviens qu'aucun autre témoin n'a fait état d'inspections effectuées dans les toilettes des surveillants; toutefois, des témoins de la défense ont confirmé l'existence d'inspections. J'ai déjà fait référence au témoignage de M. Paul. Je conclus que des inspections ont été effectuées de la manière qu'il a décrite. Les garçons subissaient parfois un examen le jour de la douche et les surveillants s'assuraient régulièrement que les garçons s'étaient bien lavés. Certes, M. Paul n'a pas affirmé que le défendeur avait effectué de tels examens, mais il a dit que ceux-ci étaient courants. En fait, le témoignage de M. Paul ne corrobore pas celui du défendeur selon lequel les inspections visaient seulement la détection de poux et relevaient de l'infirmière.

[62] Dans ce passage de ses motifs, la juge du procès relève la divergence entre le témoignage de F.H. et ceux des autres témoins. Elle examine aussi le témoignage de M. McDougall à la lumière de ceux des autres témoins de la défense. Elle conclut du témoignage de M. Paul que des inspections avaient lieu couramment. Elle constate que son témoignage n'est pas compatible avec celui de M. McDougall selon lequel les inspections visaient seulement la détection de poux et relevaient de l'infirmière. Il s'ensuit nécessairement qu'à son avis, le témoignage de M. McDougall n'était pas digne de foi sur ce point.

[63] Les juges majoritaires de la Cour d'appel se disent également préoccupées par le témoignage de F.H. selon lequel chaque fois qu'il avait été agressé

he would go upstairs from his dorm to the supervisors' washroom. At para. 77 of her reasons, Rowles J.A. stated:

However, [F.H.] was a junior boy rather than an intermediate one at the relevant time and his dorm would have been on the top floor. Based on the evidence of where the boys slept, [McDougall] could not have taken [F.H.] "upstairs" from his dorm.

Counsel for F.H. points out that in his evidence at trial, F.H. testified that he was an intermediate boy when the sexual assaults occurred and that as an intermediate boy he would have to go upstairs to the supervisors' washroom. Although there was contradictory evidence, there was evidence upon which F.H. could have been believed.

[64] It is true that Gill J. did not deal with F.H.'s inconsistency as to the frequency of the inspections inside the supervisors' washroom as identified by Rowles J.A. at para. 75:

The respondent also told Ms. Stone that the young boys regularly lined up outside the staff washroom, which they referred to as the "examination room", every second week in order to be examined. At trial he testified this lining up only happened the first time he was sexually assaulted. Again, this is a substantial change in the respondent's recounting of events.

Nor did Gill J. specifically address the change in the allegations of attempted anal intercourse and genital fondling in the original statement of claim and the evidence of F.H. at trial of actual penetration. Rowles J.A. stated at para. 76:

The respondent's original statement of claim only alleged attempted anal intercourse and genital fondling. There was no allegation about the appellant actually inserting his finger in F.H.'s anus or having forced anal intercourse. The respondent's evidence at trial was of actual penetration. As the trial judge found, the respondent acknowledged that he had reviewed the statement of claim, including the paragraphs which particularized the alleged assaults, and that he was aware of the difference between actually doing something and attempting to do something.

sexuellement par M. McDougall, il s'était rendu aux toilettes des surveillants situées à l'étage supérieur de son dortoir. La juge Rowles dit ce qui suit au par. 77 :

[TRADUCTION] Or, [F.H.] faisait alors partie des plus jeunes garçons et non de ceux d'âge intermédiaire, de sorte que son dortoir aurait dû se situer à l'étage supérieur. Vu la preuve relative au lieu où dormaient les garçons, [M. McDougall] ne pouvait pas « faire monter » [F.H.]

L'avocat de l'appelant fait observer qu'au procès, F.H. a déclaré qu'il faisait partie des garçons d'âge intermédiaire lors des agressions sexuelles et que, par conséquent, il devait monter pour se rendre aux toilettes des surveillants. Malgré les contradictions, des éléments de preuve permettaient d'ajouter foi au témoignage de F.H.

[64] Il est vrai que la juge Gill ne traite pas de l'incohérence du témoignage de F.H. concernant la fréquence des inspections dans les toilettes des surveillants, contrairement à la juge Rowles qui la relève au par. 75 :

[TRADUCTION] L'intimé a aussi dit à M^{me} Stone que, toutes les deux semaines, les jeunes garçons se plaçaient à l'extérieur des toilettes des surveillants, qu'ils appelaient la « salle d'examen », pour y être examinés. Au procès, il a témoigné que la mise en rang n'avait eu lieu que lors de la première agression sexuelle. Encore une fois, il s'agit d'une modification importante de sa relation des événements.

La juge Gill ne mentionne pas expressément le fait que les allégations de tentative de relation anale et d'attouchement des organes génitaux figurant dans la déclaration initiale différaient du témoignage de F.H. au procès selon lequel il y avait eu pénétration. La juge Rowles dit au par. 76 :

[TRADUCTION] Dans sa déclaration initiale, l'intimé alléguait seulement la tentative de relation anale et l'attouchement des organes génitaux, nullement que l'appelant avait inséré son doigt dans son anus ou qu'il l'avait contraint à une relation anale. Au procès, il a affirmé qu'il y avait eu pénétration. Comme l'a dit la juge du procès, l'intimé a reconnu avoir lu la déclaration, y compris les paragraphes détaillant les agressions alléguées, et qu'il était conscient de la différence entre faire quelque chose et tenter de faire quelque chose.

[65] However, at paras. 46 and 48 of her reasons, Gill J. had recounted these inconsistencies as raised in cross-examination. Her reasons indicate she was aware of the inconsistencies.

[66] As for the inconsistency relating to the frequency of the sexual assaults, Rowles J.A. stated at para. 73:

At his examination for discovery the respondent said that the sexual assaults took place “weekly”, “frequently”, and “every ten days or so” over the entire time he was at the School. The respondent admitted at trial that he had said on discovery that he had told the counsellor, Ms. Nellie Stone, that the sexual assaults by the appellant had taken place over the entire time he was at the School, while he was between the ages of eight and fourteen years. At trial, the respondent testified that the sexual assaults occurred on only four occasions over a period of two-and-a-half months. [Emphasis added.]

[67] Counsel for F.H. points out that F.H.’s evidence was that he was subjected to physical and sexual abuse while he was at the residential school perpetrated by more than one person, that the question to which he was responding mixed both sexual and physical abuse and that the majority of the Court of Appeal wrongly narrowed F.H.’s statement only to assaults perpetrated by McDougall. Counsel says that F.H. was commenting on all of the physical and sexual abuse he experienced at the school which involved more than McDougall and took place over his six years of attendance.

[68] The Court of Appeal appears to have interpreted his evidence on discovery that he was sexually assaulted by McDougall over the entire time he was at the school, while in his evidence at trial it was only four times over two and a half months. Although the evidence is not without doubt, it is open to be interpreted in the way counsel for F.H. asserts and that there was no inconsistency between F.H.’s evidence on discovery and at trial.

[69] As to the frequency of the alleged sexual assaults by McDougall, the trial judge did not

[65] Or, aux paragraphes 46 et 48 de ses motifs, la juge Gill a fait état de ces contradictions soulevées en contre-interrogatoire. Il s’ensuit donc qu’elle en était consciente.

[66] En ce qui concerne les divergences relatives à la fréquence des agressions sexuelles, la juge Rowles dit ce qui suit au par. 73 :

[TRADUCTION] À l’interrogatoire préalable, l’intimé a déclaré que les agressions sexuelles s’étaient produites « chaque semaine », « fréquemment » et « environ tous les dix jours » pendant toute la durée de son séjour au pensionnat. Au procès, il a reconnu avoir déclaré à l’interrogatoire préalable qu’il avait dit à sa thérapeute, M^{me} Nellie Stone, que les agressions sexuelles perpétrées par l’appelant avaient eu lieu pendant toute la durée de son séjour au pensionnat, de l’âge de huit à quatorze ans. Or, au procès, il a précisé que les agressions sexuelles ne s’étaient produites qu’à quatre occasions sur une période de deux mois et demi. [Je souligne.]

[67] L’avocat de F.H. fait remarquer que son client a témoigné que plus d’une personne l’avaient agressé physiquement et sexuellement pendant son séjour au pensionnat, que la question à laquelle il a répondu portait à la fois sur les agressions sexuelles et les sévices physiques et que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont considéré à tort que sa déclaration ne visait que les agressions perpétrées par M. McDougall. Il fait valoir que les propos de F.H. s’appliquaient à toutes les agressions physiques et sexuelles subies au cours des six années de son séjour au pensionnat, et pas seulement à celles commises par M. McDougall.

[68] La Cour d’appel semble conclure que F.H. a témoigné à l’interrogatoire préalable que M. McDougall l’avait agressé sexuellement pendant toute la période qu’il avait été pensionnaire, alors qu’il a dit au procès qu’il y avait eu quatre agressions sur une période de deux mois et demi. Bien que le témoignage ne soit pas sans soulever de doute, il est possible de l’interpréter de la manière prônée par l’avocat de F.H. et de conclure à l’absence de contradiction entre le témoignage à l’interrogatoire préalable et celui offert au procès.

[69] En ce qui concerne la fréquence des agressions sexuelles qu’aurait perpétrées M. McDougall,

ignore inconsistencies in the evidence of F.H. In spite of the inconsistencies, she found him to be credible. At para. 112 of her reasons, she stated:

There are, however, some inconsistencies in the evidence of F.H. As the defence has also argued, his evidence about the frequency of the abuse has not been consistent and there are differences between what he admittedly told Ms. Stone, what he said at his examination for discovery and his evidence at trial. At trial, he said there were four incidents. On previous occasions, he said that this occurred every two weeks or ten days. That is a difference of significance. However, his evidence about the nature of the assaults, the location and the times they occurred has been consistent. Despite differences about frequency, it is my view that F.H. was a credible witness.

[70] The trial judge was not obliged to find that F.H. was not credible or that his evidence at trial was unreliable because of inconsistency between his trial evidence and the evidence he gave on prior occasions. Where a trial judge demonstrates that she is alive to the inconsistencies but still concludes that the witness was nonetheless credible, in the absence of palpable and overriding error, there is no basis for interference by the appellate court.

[71] All of this is not to say that the concerns expressed by Rowles J.A. were unfounded. There are troubling aspects of F.H.'s evidence. However, the trial judge was not oblivious to the inconsistencies in his evidence. The events occurred more than 30 years before the trial. Where the trial judge refers to the inconsistencies and deals expressly with a number of them, it must be assumed that she took them into account in assessing the balance of probabilities. Notwithstanding its own misgivings, it was not for the Court of Appeal to second guess the trial judge in the absence of finding a palpable and overriding error.

[72] With respect, I cannot interpret the reasons of the majority of the Court of Appeal other than that it disagreed with the trial judge's credibility assessment of F.H. in light of the inconsistencies in his evidence and the lack of support from the surrounding circumstances. Assessing credibility

la juge du procès tient compte des contradictions dans le témoignage de F.H, mais elle ajoute tout de même foi à celui-ci (par. 112) :

[TRANSLATION] Des contradictions entachent toutefois le témoignage de F.H. Comme l'a aussi fait valoir la défense, son témoignage sur la fréquence des agressions n'a pas été invariable et il y a des différences entre ce qu'il a reconnu avoir dit à M^{me} Stone, son témoignage en interrogatoire préalable et ce qu'il a affirmé au procès. Pendant le procès, il a déclaré qu'il y avait eu quatre agressions. Auparavant, il avait affirmé que les agressions se produisaient toutes les deux semaines ou tous les dix jours. C'est là une différence importante. Toutefois, son témoignage concernant la nature des agressions, ainsi que le lieu et les moments où elles se sont produites n'a pas varié. Malgré les divergences quant à la fréquence des agressions, je suis d'avis que F.H. était un témoin digne de foi.

[70] La juge du procès n'avait pas à conclure à la non-crédibilité de F.H. ou à la non-fiabilité de son témoignage au procès parce que celui-ci contredisait ses déclarations antérieures. Lorsque le juge du procès est conscient des contradictions, mais qu'il arrive quand même à la conclusion que le témoin était digne de foi, sauf erreur manifeste et dominante, rien ne justifie l'intervention de la cour d'appel.

[71] Il ne s'ensuit pas que les préoccupations de la juge Rowles n'étaient pas fondées. Certains éléments du témoignage de F.H. soulèvent des questions. Or, la juge du procès était consciente des contradictions du témoignage. Les événements sont survenus plus de 30 ans auparavant. Comme la juge du procès renvoie aux contradictions et considère expressément certaines d'entre elles, il faut présumer qu'elle en a tenu compte pour établir la prépondérance des probabilités. Malgré ses réserves, il n'appartenait pas à la Cour d'appel de revenir sur la décision de première instance en l'absence d'une erreur manifeste et dominante.

[72] En toute déférence, je ne peux voir dans les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel qu'un désaccord avec l'appréciation de la crédibilité de F.H. par la juge du procès à la lumière des contradictions et de l'absence d'élément circonstanciel corroborant le témoignage. Il incombe

is clearly in the bailiwick of the trial judge and thus heightened deference must be accorded to the trial judge on matters of credibility. As explained by Bastarache and Abella JJ. in *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17, at para. 20:

Assessing credibility is not a science. It is very difficult for a trial judge to articulate with precision the complex intermingling of impressions that emerge after watching and listening to witnesses and attempting to reconcile the various versions of events. That is why this Court decided, most recently in *H.L.*, that in the absence of a palpable and overriding error by the trial judge, his or her perceptions should be respected.

[73] As stated above, an appellate court is only permitted to intervene when “the trial judge is shown to have committed a palpable and overriding error or made findings of fact that are clearly wrong, unreasonable or unsupported by the evidence” (*H.L.*, at para. 4 (emphasis deleted)). The Court of Appeal made no such finding. With respect, in finding that the trial judge failed to scrutinize F.H.’s evidence in the manner required by law, it incorrectly substituted its credibility assessment for that of the trial judge.

D. *Palpable and Overriding Error*

[74] Notwithstanding that the Court of Appeal made no finding of palpable and overriding error, the Attorney General of Canada submits that the trial judge did indeed make such an error. This argument is based entirely on the inconsistencies in the evidence of F.H. The Attorney General says that in light of these inconsistencies, the trial judge was clearly wrong in finding F.H. credible.

[75] I do not minimize the inconsistencies in F.H.’s testimony. They are certainly relevant to an assessment of his credibility. Nonetheless, the trial judge was convinced, despite the inconsistencies, that F.H. was credible and that the four sexual assaults alleged to have been committed by McDougall did occur. From her reasons, it appears that the trial judge’s decision on the credibility of the witnesses was made in the context of the evidence as a whole.

clairement au juge du procès d’apprécier la crédibilité, de sorte que sa décision à cet égard justifie une grande déférence. Comme l’ont expliqué les juges Bastarache et Abella dans l’arrêt *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17, par. 20 :

Apprécier la crédibilité ne relève pas de la science exacte. Il est très difficile pour le juge de première instance de décrire avec précision l’enchevêtrement complexe des impressions qui se dégagent de l’observation et de l’audition des témoins, ainsi que des efforts de conciliation des différentes versions des faits. C’est pourquoi notre Cour a statué — la dernière fois dans l’arrêt *H.L.* — qu’il fallait respecter les perceptions du juge de première instance, sauf erreur manifeste et dominante.

[73] Je le répète, une cour d’appel ne peut intervenir que « lorsqu’il est établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ou tiré des conclusions de fait manifestement erronées, déraisonnables ou non étayées par la preuve » (*H.L.*, par. 4 (soulignement omis)). La Cour d’appel n’a pas opiné en ce sens. En toute déférence, en concluant que la juge du procès avait omis d’examiner le témoignage de F.H. aussi attentivement qu’elle l’aurait dû légalement, la Cour d’appel a substitué à tort son appréciation de la crédibilité à celle de la juge du procès.

D. *Erreur manifeste et dominante*

[74] Bien que la Cour d’appel n’ait pas relevé d’erreur manifeste et dominante, le procureur général du Canada soutient que la juge du procès en a de fait commis une. Sa prétention s’appuie entièrement sur les contradictions du témoignage de F.H. Selon lui, au vu de ces contradictions, la juge du procès aurait clairement eu tort de conclure que F.H. était digne de foi.

[75] Je ne veux pas minimiser les contradictions du témoignage de F.H. Elles sont certainement pertinentes pour l’appréciation de sa crédibilité. Or, malgré ces contradictions, la juge du procès était convaincue de la fiabilité du témoignage de F.H. et de la perpétration des quatre agressions sexuelles par M. McDougall. Il appert de ses motifs que la conclusion sur la crédibilité des témoins a été tirée au regard de l’ensemble de la preuve. La juge a tenu

She considered the layout of the school and the fact that the manner in which F.H. described the assaults as taking place would have carried with it the risk of detection. She also considered whether F.H.'s evidence about inspections taking place in the supervisors' washroom and the availability of sheets and pyjamas was consistent with evidence of other witnesses. She acknowledged that F.H. had a motive to lie to save his marriage and decided that the circumstances surrounding disclosure were not suggestive of concoction. She also factored into her analysis the demeanor of F.H.: that "[he] was not a witness who gave detailed answers, often responding simply with a yes or no, nor did he volunteer much information" (para. 110), and that "[w]hen [he] testified, he displayed no emotion but it was clear that he had few, if any, good memories of the school" (para. 113).

[76] In the end, believing the testimony of one witness and not the other is a matter of judgment. In light of the inconsistencies in F.H.'s testimony with respect to the frequency of the sexual assaults, it is easy to see how another trial judge may not have found F.H. to be a credible witness. However, Gill J. found him to be credible. It is important to bear in mind that the evidence in this case was of matters occurring over 30 years earlier when F.H. was approximately 10 years of age. As a matter of policy, the British Columbia legislature has eliminated the limitation period for claims of sexual assault. This was a policy choice for that legislative assembly. Nonetheless, it must be recognized that the task of trial judges assessing evidence in such cases is very difficult indeed. However, that does not open the door to an appellate court, being removed from the testimony and not seeing the witnesses, to reassess the credibility of the witnesses.

E. Corroboration

[77] The reasons of the majority of the Court of Appeal may be read as requiring, as a matter of law, that in cases of oath against oath in the context of sexual assault allegations, that a sexual assault victim must provide some independent

compte de l'aménagement du pensionnat et du fait que la perpétration des agressions de la manière décrite par F.H. était susceptible de détection. Elle s'est également demandé si le témoignage de F.H. concernant les inspections effectuées dans les toilettes des surveillants et l'accès aux draps et aux pyjamas concordait avec celui d'autres témoins. Elle a reconnu que F.H. avait intérêt à mentir pour préserver son mariage, mais elle a statué que les circonstances de la révélation ne suggéraient pas la fabrication. Dans son analyse, la juge du procès a aussi pris en considération l'attitude de F.H., à savoir qu'[TRADUCTION] « [il] ne s'agissait pas d'un témoin offrant des réponses détaillées, qu'il répondait souvent par un simple oui ou non, sans devancer les questions » (par. 110) et que « [p]endant son témoignage, il n'a manifesté aucune émotion, mais il était clair qu'il avait peu de bons souvenirs du pensionnat, voire aucun » (par. 113).

[76] En fin de compte, ajouter foi à un témoignage et non à un autre est affaire de jugement. Vu les contradictions du témoignage de F.H. au sujet de la fréquence des agressions sexuelles, on conçoit aisément qu'un autre juge n'aurait peut-être pas conclu que F.H. était un témoin digne de foi. Cependant, la juge Gill l'a trouvé crédible. Il importe de se rappeler que le témoignage portait sur des événements survenus plus de 30 ans auparavant et qu'à l'époque F.H. avait environ 10 ans. Pour des raisons de principe, le législateur de la Colombie-Britannique a cessé d'assujettir à un délai de prescription la poursuite pour agression sexuelle. Il lui était loisible de le faire. Néanmoins, il faut reconnaître que la tâche du juge du procès appelé à apprécier la preuve dans une affaire de cette nature est particulièrement ardue. Mais une cour d'appel qui n'a pas entendu les témoignages ni observé les témoins n'a pas pour autant le droit de réévaluer la fiabilité de ceux-ci.

E. Corroboration

[77] Les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel peuvent être interprétés comme établissant qu'une corroboration indépendante s'impose légalement lorsque, dans une affaire où une agression sexuelle est alléguée, c'est la parole de la victime

corroborating evidence. At para. 77 of her reasons, Rowles J.A. observed:

There was no corroborative evidence from the witnesses who had been students at the School of other boys having lined up and being examined by McDougall in the supervisor[s'] washroom so as to lend support to [F.H.]'s recollection of events.

At para. 79 she stated:

No support for [F.H.]'s testimony could be drawn from the surrounding circumstances.

[78] In her concurring reasons at para. 106, Southin J.A. stated:

To choose one over the other in cases of oath against oath requires, in my opinion, an articulated reason founded in evidence other than that of the plaintiff.

[79] The impression these passages may leave is that there is a legal requirement of corroboration in civil cases in which sexual assault is alleged. In an abundance of caution and to provide guidance for the future, I make the following comments.

[80] Corroborative evidence is always helpful and does strengthen the evidence of the party relying on it as I believe Rowles J.A. was implying in her comments. However, it is not a legal requirement and indeed may not be available, especially where the alleged incidents took place decades earlier. Incidents of sexual assault normally occur in private.

[81] Requiring corroboration would elevate the evidentiary requirement in a civil case above that in a criminal case. Modern criminal law has rejected the previous common law and later statutory requirement that allegations of sexual assault be corroborated in order to lead to a conviction (see *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 139(1), mandating the need for corroboration and its subsequent amendments removing this requirement (*Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125),

contre celle du défendeur. La juge Rowles fait observer au par. 77 :

[TRADUCTION] Nul témoin ayant fréquenté le pensionnat n'a confirmé que d'autres garçons avaient formé des rangs puis avaient été examinés par M. McDougall dans les toilettes des surveillants de manière à étayer la version des faits de [F.H.].

Elle ajoute (par. 79) :

[TRADUCTION] Aucun élément circonstanciel ne corrobore le témoignage de [F.H.].

[78] La juge Southin affirme pour sa part (par. 106, motifs concordants) :

[TRADUCTION] Préférer un témoignage à un autre exige, à mon avis, qu'un motif convaincant fondé sur un autre élément de preuve que le témoignage du demandeur le justifie.

[79] Ces extraits peuvent donner à penser qu'il existe en matière civile une exigence juridique de corroboration dès lorsqu'une agression sexuelle est alléguée. Par surcroît de prudence et afin d'offrir des repères pour l'avenir, j'ajoute les remarques suivantes.

[80] Un élément de corroboration est toujours utile et étoffe la preuve offerte. C'est à mon avis ce que voulait dire la juge Rowles. Or, il ne s'agit pas d'une exigence juridique, car il est possible qu'un tel élément n'existe pas, surtout lorsque les faits se sont produits quelques décennies auparavant. Sans compter que les agressions sexuelles ont généralement lieu en privé.

[81] Exiger la corroboration rendrait la norme de preuve en matière civile plus stricte que celle appliquée en matière pénale. Le droit criminel moderne a écarté l'exigence, d'abord établie par la common law puis par la loi, qu'une allégation d'agression sexuelle soit corroborée pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité (voir *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 139(1), prévoyant la nécessité d'une corroboration et ses modifications subséquentes supprimant cette exigence (*Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives*

as well as the current *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 274, stipulating that no corroboration is required for convictions in sexual assault cases). Trial judges faced with allegations of sexual assault may find that they are required to make a decision on the basis of whether they believe the plaintiff or the defendant and as difficult as that may be, they are required to assess the evidence and make their determination without imposing a legal requirement for corroboration.

F. *Is W. (D.) Applicable in Civil Cases in Which Credibility Is in Issue?*

[82] At paras. 107, 108 and 110 of her reasons, Southin J.A. stated:

It is not enough for the judge to say that I find the plaintiff credible and since he is credible the defendant must be lying.

What I have said so far is, to me, no more than an application to civil cases of *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742 (S.C.C.).

. . .

I see no logical reason why the rejection of “either/or” in criminal cases is not applicable in civil cases where the allegation is of crime, albeit that the burden of proof on the proponent is not beyond reasonable doubt but on a balance of probabilities.

[83] *W. (D.)* was a decision by this Court in which Cory J., at p. 758, established a three-step charge to the jury to help the jury assess conflicting evidence between the victim and the accused in cases of criminal prosecutions of sexual assaults:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are

à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125), ainsi que la version actuelle du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 274, portant que la corroboration n'est pas nécessaire pour déclarer une personne coupable d'agression sexuelle). Dans une affaire d'agression sexuelle, la décision du juge du procès peut dépendre du fait qu'il ajoute foi au témoignage du demandeur ou à celui du défendeur, mais malgré ce dilemme, il doit apprécier la preuve et se prononcer sans exiger de corroboration.

F. *L'arrêt W. (D.) s'applique-t-il au civil en matière de crédibilité?*

[82] La juge Southin dit ce qui suit aux par. 107, 108 et 110 :

[TRADUCTION] Le juge ne peut se contenter de dire qu'il trouve le demandeur crédible et, de ce fait, que le défendeur ment nécessairement.

Jusqu'ici mes motifs ne font qu'appliquer l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742 (C.S.C.), au contexte civil.

. . .

Je ne vois aucun motif rationnel de ne pas rejeter l'alternative en matière civile, tout comme en matière pénale, lorsque l'acte reproché constitue un acte criminel, même si la norme de preuve applicable est celle de la prépondérance des probabilités, et non celle de l'absence de tout doute raisonnable.

[83] Dans l'arrêt *W. (D.)*, par la voix du juge Cory, notre Cour a établi un exposé à trois volets afin d'aider le jury à évaluer les témoignages contradictoires de la victime et de l'accusé dans le cadre d'une poursuite criminelle pour agression sexuelle (p. 758) :

Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.

Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez,

convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused.

[84] These charges to the jury are not sacrosanct but were merely put in place as guideposts to the meaning of reasonable doubt, as recently explained by Binnie J. in *R. v. J.H.S.*, [2008] 2 S.C.R. 152, 2008 SCC 30, at paras. 9 and 13:

Essentially, *W. (D.)* simply unpacks for the benefit of the lay jury what reasonable doubt means in the context of evaluating conflicting testimonial accounts. It alerts the jury to the “credibility contest” error. It teaches that trial judges are required to impress on the jury that the burden never shifts from the Crown to prove every element of the offence beyond a reasonable doubt.

. . .

. . . In *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56, Major J. for the majority pointed out that in any case where credibility is important “[t]he question is really whether, in substance, the trial judge’s instructions left the jury with the impression that it had to choose between the two versions of events” (para. 19). The main point is that lack of credibility on the part of the accused does not equate to proof of his or her guilt beyond a reasonable doubt.

[85] The *W. (D.)* steps were developed as an aid to the determination of reasonable doubt in the criminal law context where a jury is faced with conflicting testimonial accounts. Lack of credibility on the part of an accused is not proof of guilt beyond a reasonable doubt.

[86] However, in civil cases in which there is conflicting testimony, the judge is deciding whether a fact occurred on a balance of probabilities. In such cases, provided the judge has not ignored evidence, finding the evidence of one party credible may well be conclusive of the result because that evidence is inconsistent with that of the other party. In such cases, believing one party will mean explicitly or implicitly that the other party was not believed on the important issue in the case. That may be especially true where a plaintiff makes allegations that

vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l’accusé.

[84] Cet exposé au jury n’est pas sacré. Il offre simplement des repères pour l’application du doute raisonnable, comme l’a récemment expliqué le juge Binnie dans l’arrêt *R. c. J.H.S.*, [2008] 2 R.C.S. 152, 2008 CSC 30, par. 9 et 13 :

Essentiellement, l’arrêt *W. (D.)* explique tout simplement au bénéfice des jurés profanes en quoi consiste un doute raisonnable dans le contexte de l’évaluation de témoignages contradictoires. Il attire l’attention des jurés sur l’erreur consistant à procéder à un « concours de crédibilité ». Il explique que les juges de première instance sont tenus de bien faire comprendre aux jurés que le ministère public n’est jamais dispensé du fardeau de prouver tous les éléments de l’infraction hors de tout doute raisonnable.

. . .

. . . Dans *R. c. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56, le juge Major qui s’exprimait au nom des juges de la majorité a souligné que, dans toutes les causes où la question de la crédibilité revêt de l’importance, « [c]e qu’il importe vraiment de déterminer, c’est essentiellement si les directives du juge du procès ont donné au jury l’impression qu’il devait choisir entre les deux versions des événements » (par. 19). L’essentiel c’est que le manque de crédibilité de l’accusé n’équivaut pas à une preuve de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

[85] La démarche proposée dans l’arrêt *W. (D.)* a été conçue pour aider le jury aux prises avec des témoignages contradictoires dans une affaire criminelle à déterminer s’il existe un doute raisonnable. La non-crédibilité de l’accusé ne prouve pas sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

[86] Toutefois, au civil, lorsque les témoignages sont contradictoires, le juge est appelé à se prononcer sur la véracité du fait allégué selon la prépondérance des probabilités. S’il tient compte de tous les éléments de preuve, sa conclusion que le témoignage d’une partie est crédible peut fort bien être décisive, ce témoignage étant incompatible avec celui de l’autre partie. Aussi, croire une partie suppose explicitement ou non que l’on ne croit pas l’autre sur le point important en litige. C’est particulièrement le cas lorsque, comme en l’espèce, le

are altogether denied by the defendant as in this case. *W. (D.)* is not an appropriate tool for evaluating evidence on the balance of probabilities in civil cases.

G. *Did the Trial Judge Ignore the Evidence of McDougall?*

[87] In an argument related to *W. (D.)*, the Attorney General of Canada says, at para. 44 of its factum, that “[s]imply believing the testimony of one witness, without assessing the evidence of the other witness, marginalizes that other witness” since he has no way of knowing whether he was disbelieved or simply ignored.

[88] The Attorney General bases his argument on the well-known passage in *Faryna v. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354 (B.C.C.A.), which concludes at p. 357:

... a Court of Appeal must be satisfied that the trial Judge’s finding of credibility is based not on one element only to the exclusion of others, but is based on all the elements by which it can be tested in the particular case.

[89] Thus, the Attorney General contends, at para. 47 of its factum, that:

In a civil proceeding alleging a sexual assault, if the trier of fact accepts the plaintiff’s evidence and simply ignores the defendant’s evidence, that conclusion would breach the requirement described in *Faryna*, that every element of the evidence must be considered.

[90] I agree that it would be an error for the trial judge to ignore the evidence of the defendant and simply concentrate on the evidence submitted by the plaintiff. But that is not the case here.

[91] The trial judge described the testimony given by McDougall with respect to his vocational beliefs, his subsequent marriage, his role at the school, the routine at the school, the laundry procedure and his denials as to having sexually assaulted either R.C. or F.H. She also dealt with the defence arguments

demandeur formule des allégations que le défendeur nie en bloc. La démarche préconisée dans l’arrêt *W. (D.)* ne convient pas pour évaluer la preuve au regard de la prépondérance des probabilités dans une instance civile.

G. *La juge du procès a-t-elle ignoré le témoignage de M. McDougall?*

[87] Dans sa plaidoirie relative à l’arrêt *W. (D.)*, le procureur général du Canada indique au par. 44 de son mémoire que [TRADUCTION] « [l]e simple fait de croire un témoin, sans apprécier le témoignage de l’autre témoin, a pour effet de marginaliser cet autre témoin » puisqu’il n’a aucun moyen de savoir si le juge ne l’a pas cru ou s’il a simplement ignoré son témoignage.

[88] La thèse du procureur général repose sur un extrait souvent cité de l’arrêt *Faryna c. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354 (C.A.C.-B.), p. 357. La Cour d’appel y conclut :

[TRADUCTION] ... une cour d’appel doit être convaincue que la conclusion sur la crédibilité tirée en première instance repose non pas sur un seul élément de preuve, à l’exclusion de tout autre, mais bien sur l’ensemble des éléments permettant d’apprécier la crédibilité dans le cas considéré.

[89] Le procureur général soutient donc au par. 47 de son mémoire :

[TRADUCTION] Dans une instance civile où une agression sexuelle est alléguée, le juge des faits qui ajoute foi au témoignage du demandeur et ignore simplement celui du défendeur ne satisfait pas à l’exigence, établie dans l’arrêt *Faryna*, que chacun des éléments de la preuve soit examiné.

[90] Je conviens que le juge du procès qui considère le seul témoignage du demandeur, à l’exclusion de celui du défendeur, commet une erreur. Or, ce n’est pas ce qui s’est passé en l’espèce.

[91] La juge du procès a relaté le témoignage de M. McDougall concernant sa foi et sa vocation, son mariage subséquent, sa fonction au pensionnat, la vie quotidienne dans l’établissement, l’entretien des vêtements et de la literie et sa dénégation des allégations d’agression sexuelle formulées par

with respect to the credibility and reliability of the testimony of R.C. and F.H. regarding the sexual assaults. Indeed, she found that R.C. did not prove he was sexually assaulted by McDougall.

[92] In determining whether McDougall had ever strapped R.C. or F.H., she summarized McDougall's evidence as follows at para. 131:

As stated, it was the defendant's evidence that during his years at the school, he administered the strap to only five or six intermediate boys. He did so as punishment for behaviour such as fighting or swearing. It was always to the hand and was always done in the dorm. He denied the evidence of Mr. Jeffries that he had frequently disciplined him for the reasons Mr. Jeffries described. He denied going to his grandmother's home or mocking him about wanting to visit his grandmother. He denied the evidence of F.H.

[93] She also highlighted a contradiction in McDougall's testimony at para. 135:

It is also my view that the defendant minimized his use of the strap as a form of discipline. Further, while he testified that no child was ever strapped in his room, when testifying about one specific incident, he said that he brought the boy "upstairs to my room and I administered the strap three times to his right hand".

Although McDougall later "corrected himself" to say that he had strapped the boy in the dorm and not in his room, it was open to the trial judge to believe his first statement and not his "correction".

[94] And as earlier discussed, at para. 106 of her reasons, she pointed out inconsistency between the evidence of McDougall and one of the defence witnesses, Mr. Paul, on the issue of routine physical inspections of the students.

[95] At para. 66 of her reasons for the majority of the Court of Appeal, Rowles J.A. stated:

R.C. et F.H. Elle s'est également penchée sur les prétentions de la défense au sujet de la crédibilité des témoignages de R.C. et de F.H. concernant les agressions sexuelles. Elle a d'ailleurs conclu que R.C. n'avait pas prouvé que M. McDougall l'avait agressé sexuellement.

[92] Pour déterminer si M. McDougall avait jamais frappé R.C. ou F.H. avec une lanière en cuir, elle a résumé son témoignage comme suit (par. 131) :

[TRADUCTION] Ainsi, selon le témoignage du défendeur, pendant les années qu'il a passées au pensionnat, il n'aurait frappé avec une lanière en cuir que cinq ou six garçons d'âge intermédiaire. Il l'aurait fait parce qu'ils s'étaient battus ou qu'ils avaient blasphémé. Il visait toujours les mains et la correction était toujours administrée dans le dortoir. Il a rejeté le témoignage de M. Jeffries selon lequel il l'avait fréquemment puni pour les motifs précisés par M. Jeffries. Il a nié être allé chez la grand-mère de M. Jeffries ou s'être moqué de lui parce qu'il voulait rendre visite à sa grand-mère. Il a nié les allégations de F.H.

[93] Elle a par ailleurs relevé une contradiction dans le témoignage de M. McDougall (par. 135) :

[TRADUCTION] Je suis aussi d'avis que le défendeur a minimisé son recours à la lanière en cuir pour corriger les pensionnaires. Par ailleurs, bien qu'il ait déclaré n'avoir jamais infligé ce châtement dans sa chambre, lorsqu'il a témoigné sur un incident en particulier, il a dit avoir « fait monter le garçon dans [sa] chambre et l'avoir frappé à la main droite trois fois avec une lanière en cuir ».

M. McDougall avait ensuite rectifié les faits : il avait dit avoir frappé le garçon dans le dortoir, et non dans sa chambre. Or, il était loisible à la juge du procès d'ajouter foi à la première version plutôt qu'à la seconde.

[94] Et, je le rappelle, la juge du procès relève au par. 106 la divergence entre les propos de M. McDougall et ceux d'un témoin de la défense, M. Paul, au sujet des inspections corporelles périodiques des garçons.

[95] Au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, la juge Rowles indique ce qui suit (par. 66) :

From the reasons the trial judge gave for finding that the appellant had strapped the respondent, one can infer that the judge did not accept the appellant's evidence on that issue. Disbelief of a witness's evidence on one issue may well taint the witness's evidence on other issues but an unfavourable credibility finding against a witness does not, of itself, constitute evidence that can be used to prove a fact in issue.

[96] I agree with Rowles J.A. However, the trial judge's unfavourable credibility findings with respect to McDougall's strapping evidence together with her belief in Paul's evidence in preference to that of McDougall with respect to routine physical inspections, indicates that she did not ignore McDougall's evidence or marginalize him. She simply believed F.H. on essential matters rather than McDougall.

H. *Were the Reasons of the Trial Judge Adequate?*

[97] The Attorney General alleges that the reasons of the trial judge are inadequate. The same argument was not accepted by the Court of Appeal. At para. 61, Rowles J.A. stated:

Generally speaking, if a judge's reasons reveal the path the judge took to reach a conclusion on the matter in dispute, the reasons are adequate for the purposes of appellate review. To succeed in an argument that the trial judge did not give adequate reasons, an appellant does not have to demonstrate that there is a flaw in the reasoning that led to the result. In this case, the judge's reasons are adequate to show how she arrived at her conclusion that the respondent had been sexually assaulted.

Where the Court of Appeal expresses itself as being satisfied that it can discern why the trial judge arrived at her conclusion, a party faces a serious obstacle to convince this Court that the reasons are nonetheless inadequate.

[98] The meaning of adequacy of reasons is explained in *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26. In *R. v. Walker*, [2008] 2 S.C.R. 245, 2008 SCC 34, Binnie J. summarized the duty to give adequate reasons:

[TRANSDUCTION] On peut inférer des motifs qu'elle invoque pour conclure que l'appelant a frappé l'intimé avec une lanière en cuir que la juge du procès n'a pas ajouté foi au témoignage de l'appelant sur ce point. Le fait de ne pas croire un témoin sur un point peut bien ternir son témoignage sur un autre sujet, mais une conclusion sur la crédibilité qui est défavorable à un témoin ne saurait à elle seule établir un fait en litige.

[96] Je suis d'accord avec la juge Rowles. Toutefois, les conclusions défavorables tirées par la juge du procès sur la crédibilité du témoignage de M. McDougall au sujet du recours à la lanière en cuir et le fait qu'elle a ajouté foi au témoignage de M. Paul plutôt qu'à celui de M. McDougall au sujet des inspections corporelles périodiques montrent qu'elle n'a pas ignoré le témoignage de M. McDougall et qu'elle ne l'a pas marginalisé. Elle a simplement cru F.H. plutôt que M. McDougall sur des points importants.

H. *Les motifs de la juge du procès étaient-ils suffisants?*

[97] Le procureur général soutient que les motifs de la juge du procès ne sont pas suffisants. La Cour d'appel a rejeté cette prétention (par. 61, la juge Rowles) :

[TRANSDUCTION] De façon générale, lorsque le juge précise le raisonnement à l'issue duquel il a tiré sa conclusion sur la question en litige, ses motifs sont suffisants aux fins d'un examen en appel. Pour qu'ils soient jugés insuffisants, point n'est besoin d'établir qu'un vice entache le raisonnement ayant mené à la conclusion. En l'espèce, les motifs de la juge permettent de comprendre comment elle est arrivée à la conclusion que l'intimé avait été agressé sexuellement.

Dans la mesure où la Cour d'appel dit pouvoir discerner les raisons pour lesquelles la juge du procès a tiré sa conclusion, la partie qui souhaite convaincre notre Cour que les motifs sont néanmoins insuffisants doit surmonter un obstacle de taille.

[98] Dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, notre Cour explique la notion de suffisance des motifs. Dans l'arrêt *R. c. Walker*, [2008] 2 R.C.S. 245, 2008 CSC 34, le juge Binnie résume comme suit la teneur de l'obligation de motiver une décision :

- | | |
|---|---|
| (1) To justify and explain the result; | (1) justifier et expliquer le résultat; |
| (2) To tell the losing party why he or she lost; | (2) indiquer à la partie qui n'a pas gain de cause pourquoi elle a perdu; |
| (3) To provide for informed consideration of the grounds of appeal; and | (3) permettre un examen éclairé des moyens d'appel; |
| (4) To satisfy the public that justice has been done. | (4) convaincre le public que justice a été rendue. |

[99] However, an appeal court cannot intervene merely because it believes the trial judge did a poor job of expressing herself. Nor, is a failure to give adequate reasons a free standing basis for appeal. At para. 20 of *Walker*, Binnie J. states:

Equally, however, *Sheppard* holds that “[t]he appellate court is not given the power to intervene simply because it thinks the trial court did a poor job of expressing itself” (para. 26). Reasons are sufficient if they are responsive to the case’s live issues and the parties’ key arguments. Their sufficiency should be measured not in the abstract, but as they respond to the substance of what was in issue. . . . The duty to give reasons “should be given a functional and purposeful interpretation” and the failure to live up to the duty does not provide “a free-standing right of appeal” or “in itself conf[er] entitlement to appellate intervention” (para. 53).

[100] An unsuccessful party may well be dissatisfied with the reasons of a trial judge, especially where he or she was not believed. Where findings of credibility must be made, it must be recognized that it may be very difficult for the trial judge to put into words the process by which the decision is arrived at (see *Gagnon*). But that does not make the reasons inadequate. In *R. v. R.E.M.*, [2008] 3 S.C.R. 3, 2008 SCC 51, released at the same time as this decision, McLachlin C.J. has explained that credibility findings may involve factors that are difficult to verbalize:

While it is useful for a judge to attempt to articulate the reasons for believing a witness and disbelieving another in general or on a particular point, the fact remains that the exercise may not be purely intellectual and may involve factors that are difficult to verbalize. Furthermore, embellishing why a particular witness’s evidence is rejected may involve the judge in saying

[99] Cependant, une cour d’appel n’est pas admise à intervenir au seul motif que le juge du procès s’est mal exprimé. L’omission de fournir des motifs suffisants ne constitue pas non plus un motif d’appel distinct. Au par. 20 de l’arrêt *Walker*, le juge Binnie dit ce qui suit :

L’arrêt *Sheppard* établit toutefois que « [l]a cour d’appel n’est pas habilitée à intervenir simplement parce qu’elle estime que le juge du procès s’est mal exprimé » (par. 26). Les motifs sont suffisants s’ils répondent aux questions en litige et aux principaux arguments des parties. Leur suffisance doit être mesurée non pas dans l’abstrait, mais d’après la réponse qu’ils apportent aux éléments essentiels du litige. [. . .] L’obligation de fournir des motifs « devrait recevoir une interprétation fonctionnelle et fondée sur l’objet » et l’inobservation de cette obligation n’a pas pour effet de créer « un droit d’appel distinct » ou de conférer « en soi le droit à l’intervention d’une cour d’appel » (par. 53).

[100] La partie qui n’a pas gain de cause peut juger insuffisants les motifs du juge du procès, surtout s’il ne l’a pas crue. Il faut reconnaître qu’il peut être très difficile au juge appelé à tirer des conclusions sur la crédibilité des témoins de préciser le raisonnement qui est à l’origine de sa décision (voir l’arrêt *Gagnon*). Ses motifs ne sont pas insuffisants pour autant. Dans l’arrêt *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 R.C.S. 3, 2008 CSC 51, rendu concurremment avec la présente décision, la juge en chef McLachlin explique que les conclusions relatives à la crédibilité peuvent faire intervenir des éléments difficiles à exprimer :

Bien qu’il soit utile que le juge tente d’exposer clairement les motifs qui l’ont amené à croire un témoin plutôt qu’un autre, en général ou sur un point en particulier, il demeure que cet exercice n’est pas nécessairement purement intellectuel et peut impliquer des facteurs difficiles à énoncer. De plus, pour expliquer en détail pourquoi un témoignage a été écarté, il se peut

unflattering things about the witness; judges may wish to spare the accused who takes the stand to deny the crime, for example, the indignity of not only rejecting his evidence in convicting him, but adding negative comments about his demeanor. In short, assessing credibility is a difficult and delicate matter that does not always lend itself to precise and complete verbalization. [para. 49]

Nor are reasons inadequate because in hindsight, it may be possible to say that the reasons were not as clear and comprehensive as they might have been.

[101] Rowles J.A. found that the reasons of the trial judge showed why she arrived at her conclusion that F.H. had been sexually assaulted by McDougall. I agree with her that the reasons of the trial judge were adequate.

IV. Conclusion

[102] I am of the respectful opinion that the majority of the Court of Appeal erred in reversing the decision of the trial judge. The appeal should be allowed with costs. The decision of the Court of Appeal of British Columbia should be set aside and the decision of the trial judge restored.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Donovan & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent Ian Hugh McDougall: Forstrom Jackson, Vancouver.

Solicitors for the respondent The Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia: Macaulay McColl, Vancouver.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

que le juge doive tenir des propos peu flatteurs sur le témoin. Or, le juge voudra peut-être épargner à l'accusé, qui a témoigné pour nier le crime, la honte de subir des commentaires négatifs sur son comportement, en plus de celle de voir son témoignage écarté et d'être déclaré coupable. Bref, l'appréciation de la crédibilité est un exercice difficile et délicat qui ne se prête pas toujours à une énonciation complète et précise. [par. 49]

De même, les motifs ne sont pas insuffisants parce que, avec le recul, on peut dire qu'ils ne sont pas aussi clairs et exhaustifs qu'ils auraient pu l'être.

[101] La juge Rowles a conclu que les motifs de la juge du procès expliquaient les raisons pour lesquelles elle avait conclu que F.H. avait été agressé sexuellement par M. McDougall. Je conviens avec elle que les motifs de la juge du procès étaient suffisants.

IV. Conclusion

[102] En toute déférence, je suis d'avis que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu tort d'annuler la décision de la juge du procès. Le pourvoi est accueilli avec dépens. La décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est annulée, et celle de la juge du procès rétablie.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Donovan & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Ian Hugh McDougall : Forstrom Jackson, Vancouver.

Procureurs de l'intimé The Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia: Macaulay McColl, Vancouver.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.