



**COUR SUPRÊME DU CANADA**

**RÉFÉRENCE :** Bent *c.* Platnick, 2020 CSC 23

**APPELS ENTENDUS :** 12 novembre 2019

**JUGEMENT RENDU :** 10 septembre 2020

**DOSSIER :** 38374

**ENTRE :**

**Maia Bent**  
Appelante

et

**Howard Platnick**  
Intimé

**ET ENTRE :**

**Lerners LLP**  
Appelante

et

**Howard Platnick**  
Intimé

- et -

**British Columbia Civil Liberties Association, Greenpeace Canada, Canadian Constitution Foundation, Ecojustice Canada Society, West Coast Legal Education and Action Fund, Atira Women’s Resource Society, B.W.S.S. Battered Women’s Support Services Association, Women Against Violence Against Women Rape Crisis Center, Association canadienne des libertés civiles, Société Radio-Canada, Barbra Schlifer Commemorative Clinic, Ad IDEM / Canadian Media Lawyers Association, Canadian Journalists for Free Expression, CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, Réseau de télévision des peuples autochtones et Postmedia Network Inc.**

Intervenants

**TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE**

**CORAM :** Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer

**MOTIFS DE JUGEMENT :** La juge Côté (avec l'accord du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Brown et Rowe)  
(par. 1 à 179)

**MOTIFS DISSIDENTS :** La juge Abella (avec l'accord des juges Karakatsanis, Martin et Kasirer)  
(par. 180 à 301)

**NOTE :** Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

---

BENT c. PLATNICK

**Maia Bent**

*Appelante*

*c.*

**Howard Platnick**

*Intimé*

- et -

**Lerners LLP**

*Appelante*

*c.*

**Howard Platnick**

*Intimé*

et

**British Columbia Civil Liberties Association,  
Greenpeace Canada,  
Canadian Constitution Foundation,  
Ecojustice Canada Society,  
West Coast Legal Education and Action Fund,  
Atira Women's Resource Society,  
B.W.S.S. Battered Women's Support Services Association,  
Women Against Violence Against Women Rape Crisis Center,  
Association canadienne des libertés civiles,  
Société Radio-Canada,  
Barbra Schlifer Commemorative Clinic,  
Ad IDEM / Canadian Media Lawyers Association,  
Canadian Journalists for Free Expression,**

**CTV, une division de Bell Média inc.,  
Global News, a division of Corus Television Limited Partnership,  
Réseau de télévision des peuples autochtones et  
Postmedia Network Inc.**

*Intervenants*

**Répertoire : Bent c. Platnick**

**2020 CSC 23**

N<sup>o</sup> du greffe : 38374.

2019 : 12 novembre; 2020 : 10 septembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Tribunaux — Rejet d'une instance limitant les débats — Liberté d'expression — Affaires d'intérêt public — Application du cadre d'analyse ontarien relatif au rejet des poursuites stratégiques contre la mobilisation publique (poursuite-bâillon ou SLAPP) à une action en diffamation — L'action en diffamation intentée contre une avocate pour des affirmations formulées dans un courriel selon lesquelles un médecin aurait modifié de façon inappropriée des rapports médicaux devrait-elle être rejetée en application de la loi contre les poursuites-bâillons? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, c. C-43, art. 137.1.*

*Preuve — Nouveaux éléments de preuve — Requête en production de nouveaux éléments de preuve présentée à la Cour suprême du Canada — Les nouveaux éléments de preuve doivent-ils être admis?*

B est avocate et associée au sein d'un cabinet d'avocats en Ontario. Elle est aussi membre de l'Ontario Trial Lawyers Association (« OTLA »), et était à l'époque pertinente présidente élue de cette organisation. L'OTLA se compose de professionnels du droit qui représentent les personnes blessées dans des accidents d'automobile. P est un médecin généraliste dont les services sont régulièrement retenus par des compagnies d'assurance pour examiner les évaluations médicales que d'autres médecins spécialistes réalisent sur des personnes blessées dans des accidents d'automobile, et pour préparer un rapport final comprenant une évaluation définitive du degré de déficience de la victime de l'accident. À la suite de deux différends en matière d'assurance dans lesquels B agissait comme avocate pour une victime d'accident, B a envoyé un courriel à un serveur de liste (c.-à-d. une liste de diffusion de courriels) d'environ 670 membres de l'OTLA, dans lequel elle faisait deux affirmations mentionnant expressément le nom de P et alléguait que, dans le contexte de ces différends, P avait « altéré » les rapports des médecins et « changé » la décision d'un médecin en ce qui a trait au degré de déficience de la victime. Le courriel de B a fini par être l'objet d'une fuite anonyme de la part d'un membre de l'OTLA et en conséquence, un article reproduisant intégralement le courriel de B et renvoyant à son témoignage a été publié dans un magazine.

P a intenté une poursuite en diffamation à la fois contre B et contre son cabinet, réclamant 16,3 millions de dollars en dommages-intérêts. B a présenté une motion en vertu de l'art. 137.1 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* (« *LTJ* ») pour demander le rejet de la poursuite. Le juge de la motion a accueilli la motion de B et a rejeté la poursuite en diffamation de P. La Cour d'appel a annulé la décision du juge de la motion, rejeté la motion de B et renvoyé l'action en diffamation de P à la Cour supérieure pour examen.

*Arrêt* (les juges Abella, Karakatsanis, Martin et Kasirer sont dissidents) :

Les pourvois sont rejetés.

*Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe :*

Bien que la Cour reconnaisse l'importance de la liberté d'expression en tant que pierre angulaire d'une démocratie pluraliste dans l'arrêt *1704604 Ontario Ltd. c. Pointes Protection Assn.*, 2020 CSC 22, la liberté d'expression n'autorise pas à ternir les réputations. En conséquence, en plus de protéger l'expression sur des affaires d'intérêt public, l'art. 137.1 de la *LTJ* doit également faire en sorte qu'un demandeur dont la demande est légitime ne soit pas indûment privé de la possibilité de la poursuivre. Si l'on applique le cadre d'analyse de l'art. 137.1 élaboré dans l'arrêt *Pointes Protection* aux présents pourvois, la motion de B fondée sur l'art. 137.1 doit être rejetée et l'action en diffamation de P doit pouvoir aller de l'avant. L'action de P mérite d'être tranchée sur le fond, et non d'être écartée sommairement à ce stade précoce.

En premier lieu, B s'est acquittée du fardeau que lui impose le par. 137.1(3) puisque le courriel de B constitue une expression relative à une affaire d'intérêt public, et que l'action en diffamation intentée par P découle du fait de cette expression. Le courriel de B répond à la définition du terme « expression » se trouvant au par. 137.1(2) qui vise toute communication, même si elle est non verbale, et même si elle est faite en privé. Il est évident que l'instance sous-jacente « découle du fait » de cette expression, puisque le courriel de B est le fondement de la poursuite en diffamation de P. Qui plus est, le courriel de B soulève des préoccupations concernant la véracité, la fiabilité et l'intégrité des rapports médicaux déposés pour le compte d'assureurs dans le processus d'arbitrage, qui, du coup, soulève des préoccupations concernant l'intégrité du processus d'arbitrage lui-même et la saine administration de la justice. La question de savoir si les allégations ou les préoccupations de B sont fondées est sans importance à cette étape de l'analyse. De plus, le courriel s'adresse à un nombre de personnes non négligeable qui ont un intérêt particulier, en tant que membres de l'OTLA, à représenter les intérêts des victimes d'accidents d'automobile, ce qui constitue en soi un intérêt public. En conséquence, le courriel de B constitue une expression relative à une affaire d'intérêt public.

Puisque B s'est acquittée de son fardeau sur la question préliminaire, il incombe à P de démontrer, d'une part, qu'il existe des motifs de croire au bien-fondé substantiel de son action en diffamation et, d'autre part, que B n'a pas de défense valable à lui opposer aux termes de l'al. 137.1(4)a) de la *LTJ*. Une norme de « motifs

de croire » suppose qu'il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit, eu égard au stade de l'instance, pour conclure en ce sens. Cela veut dire que n'importe quel fondement à lui seul, dans le dossier et le droit, suffira pour autant qu'il soit défendable sur le plan juridique et raisonnablement digne de foi.

P a satisfait au fardeau qui lui incombe en vertu du sous-al. 137.1(4)a(i) et a établi qu'il existe des motifs de croire que le bien-fondé de son action en diffamation est substantiel. La diffamation fait l'objet d'un test clairement formulé qui exige le respect de trois critères et ces trois critères sont facilement rencontrés en l'espèce : les mots reprochés ont été diffusés, car B a rédigé un courriel et l'a envoyé à 670 membres de l'OTLA; les mots reprochés visent précisément P; et les mots reprochés sont diffamatoires, puisqu'une allégation d'inconduite professionnelle tendrait à ternir la réputation de P aux yeux d'une personne raisonnable.

P a également satisfait au fardeau qui lui incombe en vertu du sous-al. 137.1(4)a(ii) et a établi qu'il existe des motifs de croire que B n'a pas de défense valable à son action en diffamation. Autrement dit, il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit — eu égard au stade de l'instance —, pour conclure que les moyens de défense mis en jeu par B ne tendent pas à pencher davantage en sa faveur.

En premier lieu, il existe des motifs de croire que la défense de justification de B n'est pas valable. Pour établir une défense de justification au procès, le défendeur a le fardeau de prouver la vérité substantielle de « l'aspect offensant », ou l'idée maîtresse, des propos diffamatoires. Appliquant ce qui précède



aux faits de l'espèce, les « propos offensants » dans le courriel de B sont l'allégation d'inconduite professionnelle. Par conséquent, les deux allégations de B sont des parties constituantes des mêmes propos offensants relatifs à l'inconduite professionnelle et la véracité d'une seule d'entre elles sera, dans les faits, insuffisante pour que la défense soit retenue puisque les deux allégations de B sont liées et indissociables. Par conséquent, indépendamment de la question de savoir si la première allégation de B à l'égard de modifications apportées à un rapport par P est vraie, si la deuxième allégation de B selon laquelle P a « changé » la décision du médecin n'est pas substantiellement vraie, cela suffit pour écarter sa défense de justification en application du sous-al. 137.1(4)a)(ii). En l'espèce, il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit, pour conclure que l'allégation selon laquelle P a « changé la décision du médecin » n'est pas substantiellement vraie, et qu'on ne peut donc pas considérer que la défense de justification penche suffisamment en faveur de B pour qu'on la dise « valable » au sens du sous-al. 137.1(4)a)(ii).

En deuxième lieu, il existe des motifs de croire que la défense d'immunité relative que fait valoir B n'est pas valable. Il existe une situation d'immunité relative si l'auteur d'une communication a un devoir de — ou un intérêt à — diffuser l'information en cause à la personne à qui il la diffuse, et si le destinataire de cette communication a un devoir de — ou un intérêt réciproque à — la recevoir. Toutefois, l'immunité est relative en ce sens qu'elle peut cesser d'exister. Ce sera le cas en particulier dans deux situations : lorsque l'auteur des propos était insouciant quant à la véracité des propos tenus, ou lorsque la portée de la situation d'immunité a

été outrepassée. En l'espèce, même en tenant pour acquis sans trancher la question que l'immunité se rattache à la situation dans laquelle le courriel de B a été envoyé, il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit, pour conclure que la portée de l'immunité a été outrepassée et que la défense ne tend donc pas à pencher davantage en faveur de B. Il en est ainsi car il n'était peut-être pas nécessaire de mentionner expressément P pour l'exécution du devoir donnant lieu à l'application de l'immunité. Autrement dit, B aurait pu communiquer ses préoccupations à l'égard de modifications apportées aux rapports médicaux sans nommer expressément P. De plus, le fait que le serveur de liste interdise expressément même les propos potentiellement diffamatoires pourrait permettre de penser que l'OTLA reconnaît que la publication de propos même potentiellement diffamatoires n'est pas nécessaire (ni même pertinente) pour ce qui est du devoir rattaché à la situation particulière en cause. Enfin, il ressort du dossier que B n'a pas vérifié les faits et qu'elle n'a pas fait preuve de diligence raisonnable avant de formuler de graves allégations. B n'a entrepris aucune démarche pour vérifier et corroborer ce qui était une allégation d'inconduite professionnelle, et s'est plutôt fiée à ce dont elle se souvenait relativement à une expression précise, dans un rapport précis, employée par une personne précise et concernant des faits précis survenus trois ans plus tôt, sans tenter de communiquer avec P et sans consulter ses propres notes. Vu l'attente élevée en matière de diligence raisonnable que la Cour a historiquement imposée aux avocats, l'immunité de B peut être écartée simplement au motif qu'elle a fait preuve d'indifférence ou d'insouciance à l'égard de la véracité de ses affirmations diffamatoires. Par conséquent, même en tenant pour acquis qu'une immunité relative

se rattache à la situation dans laquelle la communication de B a été faite, il existe des motifs de croire que la défense n'est pas valable au regard du sous-al. 137.1(4)a)(ii) parce qu'elle peut être écartée du fait que B a outrepassé le cadre de l'immunité, et a peut-être même fait preuve de mépris indifférent à l'égard de la vérité (c'est-à-dire de malveillance).

Enfin, l'étape relative à l'intérêt public de l'art. 137.1(4)b) constitue l'essence de l'analyse fondée sur l'art. 137.1. P doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que le préjudice qu'il subit ou a subi vraisemblablement du fait de l'expression est suffisamment grave pour que l'intérêt public à permettre la poursuite de son action en diffamation l'emporte sur l'intérêt public à protéger l'expression de B. En premier lieu, le préjudice subi par P est considérable et assez grave. Non seulement comprend-il un préjudice pécuniaire important qui dépasse la simple affirmation, le tort causé à la réputation est également tout à fait pertinent pour l'analyse du préjudice, même s'il n'est pas quantifiable à ce stade-ci, et il revêt encore plus d'importance quand il s'agit de la réputation professionnelle. En deuxième lieu, le préjudice subi par P l'a été du fait de l'expression de B. B peut être tenue responsable du préjudice qui a pu résulter de la fuite subséquente et/ou de la reproduction de son courriel dans le magazine puisque la republication était raisonnablement prévisible pour B et/ou autorisée par B, expressément ou tacitement. Même si B ne peut être tenue responsable de la republication, le lien de causalité n'est pas une affaire de tout ou rien, et il existe un lien de causalité suffisant entre la publication initiale du courriel et le préjudice subi par P. Aucune décision définitive

sur le préjudice ou le lien de causalité n'est requise à ce stade de l'instance. Par conséquent, la gravité du préjudice que P subit ou a subi vraisemblablement du fait de l'expression de B se situe près du haut de l'échelle et, en conséquence, l'intérêt public à permettre la poursuite de son action en diffamation s'y situe aussi.

Pour établir l'intérêt public à protéger l'expression de B, il doit être pris en compte le fait qu'elle s'est livrée à une attaque personnelle contre P, en mettant en doute la compétence professionnelle, l'intégrité et la réputation de celui-ci, même s'ils ne s'étaient jamais rencontrés et sans qu'il n'y ait eu vérification de ses allégations contre lui. En effet, il y aurait un intérêt public moindre à protéger une déclaration qui comporte des atteintes personnelles injustifiées et ce qui a motivé l'expression sera pertinent dans l'analyse. L'effet paralysant potentiel pour l'expression dans l'avenir et les effets indirects ou à plus grande échelle produits sur d'autres expressions relativement à des affaires d'intérêt public doivent également être pris en compte. Permettre que l'action en diffamation de P suive son cours dissuadera d'autres personnes non pas de dénoncer des pratiques partiales et injustes, mais de viser inutilement un particulier d'une manière qui a peu ou rien à voir avec l'intérêt public, et de tenir des propos diffamatoires à l'égard d'un particulier sans d'abord corroborer, ou tenter de corroborer, la véracité de leurs allégations. De cette façon, plutôt que de décourager les gens de dénoncer des pratiques injustes et partiales, cela les encouragera à faire preuve de diligence raisonnable. Par conséquent, dans son ensemble, l'intérêt public à protéger l'expression de B se situe quelque part au milieu de l'échelle : tandis que les remarques de B ciblant P se

trouvent au bas de l'échelle de ce qui mérite une protection, son courriel interprété largement comme ayant trait à l'administration de la justice en Ontario se situe plutôt vers le haut de cette échelle.

P a établi, selon la prépondérance des probabilités, que le préjudice qu'il subit ou a subi vraisemblablement du fait de l'expression de B est suffisamment grave pour que l'intérêt public à permettre la poursuite de son action en diffamation l'emporte sur l'intérêt public à protéger l'expression de B. Compte tenu de la vaste portée de l'al. 137.1(4)b), les tribunaux ont les moyens d'apprécier les tenants et aboutissants de l'affaire dont ils sont saisis. À première vue, il ne s'agit pas d'une affaire où une partie réduit l'autre partie au silence par vengeance ou dans un but stratégique; il s'agit d'une affaire où une partie tente d'obtenir réparation pour un préjudice apparemment légitime subi du fait d'une communication diffamatoire. Il ne s'agit pas du type d'affaires que le législateur considère comme faisant partie de celles qui méritent d'être sommairement rejetées à un stade précoce, et la présente affaire ne tombe pas non plus sous le coup des dispositions de la loi exigeant un tel rejet.

Qui plus est, la requête de P pour production de preuve nouvelle en vertu du par. 62(3) de la *Loi sur la Cour suprême* est accueillie en partie. La présente affaire revêt un caractère transitionnel : l'incertitude considérable qui entoure les motions fondées sur l'art. 137.1 — vu l'absence d'indications jurisprudentielles sur la norme à respecter pour obtenir le rejet d'une motion fondée sur l'art. 137.1 ainsi que

sur la nature ou le caractère exhaustif de la preuve exigée lors d'une telle motion — milite en faveur de l'admission partielle des nouveaux éléments de preuve fondée sur le test établi dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.

*Les juges Abella, Karakatsanis, Martin et Kasirer (dissidents) :* L'appel devrait être accueilli et l'action en diffamation de P devrait être rejetée en vertu de l'art. 137.1 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario. Nul ne conteste que l'action en diffamation de P était fondée sur l'expression d'une personne relativement à une affaire d'intérêt public, étant donné que le courriel de B abordait des questions importantes pour l'administration de la justice, particulièrement l'indépendance et l'impartialité des experts et des entreprises d'évaluation tierces engagées par les assureurs, et la précision dont ceux-ci font preuve. Les conditions prévues au par. 137.1(3) sont donc remplies et on peut présumer que l'action en diffamation de P doit être rejetée. Toutefois, en vertu du par. 137.1(4), l'instance introduite par P peut se poursuivre s'il convainc un juge que les trois critères qui suivent sont remplis : il existe des motifs de croire que le bien-fondé de l'instance est substantiel, B n'a pas de défense valable dans l'instance, et le préjudice qu'il a vraisemblablement subi est assez grave pour l'emporter sur l'intérêt public à ce que l'expression de B soit protégée. En l'espèce, B dispose d'une défense valable d'immunité relative et a par conséquent droit à la réparation prévue au par. 137.1(3), en l'occurrence le rejet de l'action en diffamation de P.

Un moyen de défense n'est valable que s'il a une possibilité réelle de succès, ce qui signifie qu'il doit être juridiquement défendable, prendre appui sur des éléments de preuve raisonnablement dignes de foi et avoir une possibilité de succès qui, sans équivaloir à une vraisemblance de succès démontrée, tend à pencher davantage en faveur de la personne qui est poursuivie. Il incombe au demandeur de démontrer qu'on peut dire que le moyen de défense n'a aucune possibilité réelle de succès. La défense d'immunité relative s'applique dans des circonstances où la personne qui communique des renseignements a un intérêt ou une obligation légale, sociale ou morale, de les donner à la personne à qui elle les fournit, et la personne qui les reçoit a un intérêt ou une obligation correspondants de les recevoir. L'immunité relative peut toutefois être mise en échec si la communication débordait le cadre des fins de l'immunité ou si la communication était principalement motivée par la malveillance. Un défendeur outrepassera les objectifs de l'immunité si l'information communiquée n'est pas raisonnablement appropriée, c'est-à-dire qu'elle se rapporte à l'exécution du devoir, à l'exercice du droit ou à la sauvegarde de l'intérêt qui crée l'immunité. La question n'est pas de savoir si les déclarations étaient strictement nécessaires. Une approche fondée sur la nécessité aurait des répercussions dangereuses et restrictives pour la défense d'immunité relative. Dans les faits, elle exclurait de la défense les déclarations contenant des exemples précis d'inconduite, car les déclarations comme celles dont il est question peuvent presque toujours être dépouillées des détails et reconstruites sans les exemples inutiles qu'elles contenaient auparavant. L'immunité relative vise à reconnaître l'effet bénéfique de l'expression utile pour la protection de l'intérêt public, y compris la protection du public contre la perpétuation d'actes

répréhensibles ou d'injustices. Les exposés généraux d'inconduite, qui ne désignent personne en particulier, n'exigent pas la protection de l'immunité relative. Ce moyen de défense ne s'applique nécessairement que si quelqu'un est identifié.

La conclusion suivant laquelle B a envoyé son courriel dans des circonstances protégées par l'immunité relative est étayée par des éléments de preuve raisonnablement dignes de foi et suffisamment convaincants pour donner à la défense la vraisemblance de succès nécessaire. En tant que présidente élue de l'Ontario Trial Lawyers Association (« OTLA »), B était clairement tenue d'informer les membres de cette association de l'existence de rapports d'experts sélectifs et trompeurs défavorisant les personnes mêmes que ceux-ci défendent et représentent, et était également tenue de recommander aux membres de l'OTLA des moyens de protéger les intérêts de leurs clients contre les pratiques déloyales utilisées par les experts et les entreprises d'évaluation. B avait en outre l'obligation professionnelle, en tant qu'avocate, de contribuer à améliorer l'administration de la justice et de communiquer les pratiques exemplaires. Les membres de l'OTLA inscrits au serveur de liste — qui étaient tous des avocats représentant des demandeurs victimes de préjudices personnels — avaient incontestablement une obligation réciproque de recevoir cette communication de B, de même qu'un intérêt à en prendre connaissance. Il était important sur le plan professionnel, en particulier pour leurs clients, qu'ils soient mis au courant des agissements douteux des experts et des compagnies d'évaluation et qu'ils soient conseillés sur les moyens de se protéger contre de tels agissements. B ou ses collègues ne se sont pas soustraits à leur obligation



professionnelle d'échanger de tels renseignements en se joignant au serveur de liste. En conséquence, la communication de B a été faite par une personne qui avait une obligation professionnelle de communiquer ces renseignements à ses collègues et un intérêt à le faire, et ces derniers avaient un devoir correspondant de les recevoir et un intérêt à le faire. Cela permet de conclure que sa défense d'immunité relative avait une possibilité réelle de succès autant dans les faits qu'en droit. Il est par ailleurs difficile de concevoir de quelle façon B aurait pu outrepasser les limites de son obligation d'informer les membres de l'OTLA de l'existence de rapports d'experts sélectifs et trompeurs en identifiant l'expert qu'elle soupçonnait raisonnablement de s'être livré précisément à ce comportement. Il était manifestement pertinent et approprié, pour que B s'acquitte de son obligation de protéger ses collègues et leurs clients, qu'elle identifie P, un expert dont les services étaient fréquemment retenus dans des dossiers où il s'était avéré spécialement important d'obtenir la divulgation intégrale des dossiers de l'assureur. Il serait contraire à l'objet de l'immunité relative de refuser à B la possibilité d'invoquer cette défense parce qu'elle a choisi d'identifier P par son nom.

De plus, B a envoyé son courriel alors qu'elle était présidente élue de l'OTLA au moyen du serveur de liste qui ne comprenait que les membres de l'OTLA représentant des demandeurs dans des litiges en matière de préjudices personnels. Les membres du serveur de liste étaient tenus, aux termes d'un engagement d'une vaste portée, de protéger le caractère strictement confidentiel des renseignements. En tant qu'avocats, les membres du serveur de liste étaient également tenus, par le *Code de*

*déontologie*, de rigoureusement et scrupuleusement respecter tous leurs engagements. B n'avait aucune raison de s'attendre à ce que les membres du serveur de liste ne respectent pas ces engagements et qu'ils manqueraient ainsi à leurs obligations professionnelles. De plus, il n'y a rien au dossier qui permette de conclure que B a fait preuve de malveillance, que ce soit pour cause d'insouciance ou autre. En outre, le juge de la motion a conclu qu'aucun élément de preuve ne permettait raisonnablement de conclure que B avait agi avec malveillance en publiant son courriel, conclusion amplement justifiée au vu du dossier, et cette conclusion commande la déférence.

En l'espèce, la protection de l'expression de B sur des affaires d'intérêt public l'emporte sur le préjudice causé à la réputation de P. Tout préjudice découlant de la fuite du courriel de B a été causé par une communication imprévue et imprévisible d'autres personnes et non de B, qui a envoyé le courriel aux personnes à qui il était destiné, en l'occurrence les avocats inscrits au serveur de liste. Le courriel de B abordait des questions d'une importance capitale pour l'administration de la justice et il y a un intérêt public plus large à protéger l'expression de B, puisque permettre qu'un procès en diffamation ait lieu entraînerait un effet paralysant considérable.

La requête présentée par P en vue de faire admettre de nouveaux éléments de preuve devrait être rejetée. La plupart des éléments qu'il cherche à faire admettre en preuve ne sont de toute évidence ni pertinents ni admissibles. Il ne reste

donc que deux lettres envoyées par courriel non attestées sous serment envoyées par un avocat à l'autre dans le cadre d'une affaire connexe. Les courriels se rapportent à des questions qui, à partir du moment où P a intenté son action en diffamation, étaient d'actualité et faisaient l'objet d'un débat sérieux mais qu'il n'avait ni contestées ni explorées, courriels qui ont aussi été rejetés en tant que nouveaux éléments de preuve quatre ans plus tôt par le juge de la motion. Si l'on admettait les courriels en preuve, il faudrait que la Cour intervienne dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de la motion, qu'elle ne tienne pas compte de l'absence de diligence raisonnable démontrable dont aurait fait preuve P et qu'elle accepte une preuve par oui-dire non attestée sous serment et non vérifiée, le tout dans le but d'obtenir des éléments d'information qui n'auraient de toute façon pas influé sur le résultat de la demande présentée par B en vue de faire rejeter l'action. Un tel résultat irait non seulement à l'encontre des objets de l'art. 137.1, mais s'écarterait de façon inexplicable de la jurisprudence de la Cour sur l'admission de nouveaux éléments de preuve.

## **Jurisprudence**

Citée par la juge Côté

**Arrêt appliqué :** *1704604 Ontario Ltd. c. Pointes Protection Association*, 2020 CSC 22; **arrêts mentionnés :** *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *People ex rel. Karlin c. Culkin*, 162 N.E. 487 (N.Y. 1928); *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R.P. c. R.C.*, 2011 CSC 65, [2011] 3 R.C.S. 819; *May c.*

*Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809; *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, 2001 CSC 21, [2001] 1 R.C.S. 616; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *Platnick c. Bent (No. 2)*, 2016 ONSC 7474; *Kuczera (Re)*, 2018 ONCA 322, 58 C.B.R. (6th) 227; *Calaheson c. Gift Lake Metis Settlement*, 2016 ABCA 185, 38 Alta. L.R. (6th) 30; *R. c. 1275729 Ontario Inc. (2005)*, 205 O.A.C. 359; *Elliott c. Sagl*, 2019 ONSC 2490; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *R. c. Moucho*, 2019 ONSC 3463, 53 M.V.R. (7th) 131; *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *RTC Engineering Consultants Ltd. c. Ontario (Solicitor General) (2002)*, 58 O.R. (3d) 726; *Adam c. Ward*, [1917] A.C. 309; *Rubin c. Ross*, 2013 SKCA 21, 409 Sask. R. 202, autorisation d'appel refusée, [2013] 3 R.C.S. x; *Young c. Toronto Star Newspapers Ltd. (2005)*, 77 O.R. (3d) 680; *Awan c. Levant*, 2016 ONCA 970, 133 O.R. (3d) 401; *Walker c. CFTO Ltd. (1987)*, 59 O.R. (2d) 104; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*1704604 Ontario Ltd. c. Pointes Protection Association*, 2020 CSC 22;  
*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3; *Adam c. Ward*, [1917] A.C. 309;

*White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182; *MacDonald c. Sun Life Assurance Company of Canada*, 2006 CanLII 41669; *Burwash c. Williams*, 2014 ONSC 6828; *Daggitt c. Campbell*, 2016 ONSC 2742, 131 O.R. (3d) 423; *Douglas c. Tucker*, [1952] 1 R.C.S. 275; *Netupsky c. Craig*, [1973] R.C.S. 55; *McLoughlin c. Kutasy*, [1979] 2 R.C.S. 311; *Merit Consultants International Ltd. c. Chandler*, 2014 BCCA 121, 60 B.C.L.R. (5th) 214; *Wang c. British Columbia Medical Assn.*, 2014 BCCA 162, 57 B.C.L.R. (5th) 217; *RTC Engineering Consultants Ltd. c. Ontario (Solicitor General) (2002)*, 58 O.R. (3d) 726; *Chohan c. Cadsky*, 2009 ABCA 334, 464 A.R. 57; *Laufer c. Bucklaschuk (1999)*, 145 Man. R. (2d) 1; *Board of Trustees of the City of Saint John Employee Pension Plan c. Ferguson*, 2008 NBCA 24, 328 N.B.R. (2d) 319; *Cush c. Dillon*, [2011] HCA 30, 243 C.L.R. 298; *Birchwood Homes Limited c. Robertson*, [2003] EWHC 293; *Tsatsi c. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan*, 2018 SKCA 53; *Foulidis c. Baker*, 2014 ONCA 529, 323 O.A.C. 258; *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067; *Jerome c. Anderson*, [1964] R.C.S. 291; *Hodgson c. Canadian Newspapers Co. (2000)*, 49 O.R. (3d) 161; *Smith c. Cross*, 2009 BCCA 529, 99 B.C.L.R. (4th) 214; *Martin c. Lavigne*, 2011 BCCA 104, 17 B.C.L.R. (5th) 132; *Cimolai c. Hall*, 2007 BCCA 225, 240 B.C.A.C. 53; *Davies & Davies Ltd. c. Kott*, [1979] 2 R.C.S. 686; *Korach c. Moore (1991)*, 1 O.R. (3d) 275; *Wells c. Sears*, 2007 NLCA 21, 264 Nfld. & P.E.I.R. 171; *Horrocks c. Lowe*, [1975] A.C. 135; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Crookes c. Newton*, 2011 CSC 47, [2011] 3 R.C.S. 269; *Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666; *Platnick c. Bent*

(No. 2), 2016 ONSC 7474; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423; *McDonald c. Brookfield Asset Management Inc.*, 2016 ABCA 375; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44; *Bukshtynov c. McMaster University*, 2019 ONCA 1027; *R. c. M.(P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *Iroquois Falls Power Corp. c. Ontario Electricity Financial Corp.*, 2016 ONCA 271, 398 D.L.R. (4th) 652.

### **Lois et règlements cités**

*Annexe sur les indemnités d'accident légales — en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2010*, Règl. de l'Ont. 370/10, art. 3.

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2b).

*Code de déontologie* [pris en vertu de la *Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, c. L.8], règles 2.1-2, 3.1-1, 5.1-6, 5.6-1, 7.2-1, 7.2-4, 7.2-11, 7.5-1.

*Loi de 2015 sur la protection du droit à la participation aux affaires publiques*, L.O. 2015, c. 23.

*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 62(3).

*Loi sur la diffamation*, L.R.O. 1990, c. L. 12, art. 22.

*Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, c. I.8.

*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 137.1, 137.2, 137.3.

*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, règle 47.

*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 30.10, 31.10.

### **Doctrines et autres documents cités**

- Brown, Donald J. M., with the assistance of David Fairlie. *Civil Appeals*, Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated December 2019, release 4).
- Brown, Raymond E. *Brown on Defamation : Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States*, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2020, release 2).
- Downard, Peter A. *The Law of Libel in Canada*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Ontario. Ministère des Finances. *Système de règlement des différends de l'assurance-automobile en Ontario : Rapport final*, Toronto, 2014.
- Ontario. Ministère du Procureur général. *Comité consultatif pour contrer les poursuites-bâillons : Rapport à l'intention du Procureur général*, Toronto, 2010.
- Scott, Michaelin, and Chris Tollefson. « Strategic Lawsuits Against Public Participation : The British Columbia Experience » (2010), 19 *RECIEL* 45.
- Underwood, Graham, and Jonathan Penner. *Electronic Evidence in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2019, release 1).
- Young, Hilary. « Rethinking Canadian Defamation Law as Applied to Corporate Plaintiffs » (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 529.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Brown et Huscroft), 2018 ONCA 687, 419 C.R.R. (2d) 61, 417 C.R.R. (2d) 350, 82 C.C.L.I. (5th) 191, 23 C.P.C. (8th) 275, 426 D.L.R. (4th) 60, [2018] O.J. No. 4445 (QL), 2018 CarswellOnt 14124 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Dunphy, 2016 ONSC 7340, 136 O.R. (3d) 339, 369 C.R.R. (2d) 243, 405 D.L.R. (4th) 674, 62 C.C.L.I. (5th) 115, 95 C.P.C. (7th) 326, [2016] O.J. No. 6223 (QL), 2016 CarswellOnt 19079 (WL Can.). Pourvois rejetés, les juges Abella, Karakatsanis, Martin et Kasirer sont dissidents.

*Howard Winkler et Eryn Pond*, pour l'appelante Maia Bent.

*Terrence J. O'Sullivan, Andrew Winton et Paul Michell*, pour l'appelante  
Lerners LLP.

*Timothy S. B. Danson et Marjan Delavar*, pour l'intimé.

*Peter Kolla, Amanda Bertucci et Maia Tsurumi*, pour l'intervenante  
British Columbia Civil Liberties Association.

*Nader R. Hasan et Priyanka Vittal*, pour l'intervenante Greenpeace  
Canada.

*Adam Goldenberg et Simon Cameron*, pour l'intervenante Canadian  
Constitution Foundation.

*Julia Croome, Joshua Ginsberg et Sue Tan*, pour l'intervenante  
Ecojustice Canada Society.

*David Wotherspoon, Rajit Mittal et Amber Prince*, pour les intervenants  
West Coast Legal Education and Action Fund, Atira Women's Resource Society,  
B.W.S.S. Battered Women's Support Services Association et Women Against  
Violence Against Women Rape Crisis Center.

*Alexi N. Wood et Jennifer P. Saville*, pour l'intervenante l'Association  
canadienne des libertés civiles.



*Sean A. Moreman et Katarina Germani*, pour l'intervenante la Société Radio-Canada.

*Joanna Birenbaum et Alicja Putcha*, pour l'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

*Iain A. C. MacKinnon et Justin Linden*, pour les intervenants Ad IDEM / Canadian Media Lawyers Association, Canadian Journalists for Free Expression, CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, Réseau de télévision des peuples autochtones et Postmedia Network Inc.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

## I. Introduction

[1] La relation entre la liberté d'expression et la protection de la réputation a toujours fait l'objet d'une mise en balance assidue et judicieuse dans la jurisprudence de notre Cour. Bien qu'elle reconnaisse l'importance de la liberté d'expression en tant que pierre angulaire d'une démocratie pluraliste, dans l'arrêt *1704604 Ontario Ltd. c.*

*Pointes Protection*, 2020 CSC 22, notre Cour reconnaît également que la liberté d’expression n’est pas absolue — « [e]lle est limitée notamment par le droit en matière de diffamation, qui protège la réputation personnelle contre les attaques injustifiées » (*Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, par. 2, la juge en chef McLachlin). En effet, « la liberté d’expression n’autorise pas à ternir les réputations » (par. 58). Il en est ainsi parce que notre Cour assimile la réputation à [TRADUCTION] « une plante à croissance délicate qu’il est difficile de faire refleurir, une fois les fleurs tombées » (*People ex rel. Karlin c. Culkin*, 162 N.E. 487 (N.Y. 1928), p. 492, le juge Cardozo, cité par le juge Cory dans l’arrêt *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3, par. 92). Comme toute valeur, la liberté d’expression appelle des considérations qui la contrebalancent.

[2] Dans les présents pourvois, la Cour doit appliquer le cadre d’analyse élaboré dans l’arrêt *Pointes Protection* pour décider si l’action en diffamation intentée par l’intimé contre les appelants peut suivre son cours ou si elle doit être rejetée en application de l’art. 137.1 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43 (« *LTJ* »). De fait, notre Cour doit considérer l’équilibre délicat entre deux valeurs fondamentales dans une société démocratique — la liberté d’expression et la protection de la réputation — eu égard à la *Loi de 2015 sur la protection du droit à la participation aux affaires publiques*, L.O. 2015, c. 23.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter les pourvois formés devant notre Cour et, par conséquent, je rejetterais la motion fondée sur l’art. 137.1 et

je permettrais à la poursuite en diffamation intentée par l'intimé de suivre son cours. Bien que l'appelante, madame Maia Bent (« M<sup>e</sup> Bent »), se soit acquittée du fardeau initial que lui impose le par. 137.1(3), l'intimé, D<sup>f</sup> Howard Platnick (« D<sup>f</sup> Platnick »), a franchi avec succès les étapes du bien-fondé et de l'intérêt public prévues respectivement aux al. 137.1(4)a) et 137.1(4)b).

[4] Par ailleurs, afin d'éviter tout malentendu, il importe d'entrée de jeu de rappeler que la décision prise à l'issue d'une motion fondée sur l'art. 137.1 ne tranche en rien le fond de l'affaire (*Pointes Protection*, par. 37, 50, 52 et 71). Au contraire, la portée des conclusions que j'énonce dans les présents motifs est bien simple : D<sup>f</sup> Platnick mérite de se faire entendre par un tribunal pour défendre et potentiellement préserver sa réputation — « une valeur fondamentale en soi dans une démocratie » (par. 81). Lors d'un procès, le tribunal dispose de pouvoirs d'examen plus étendus, des témoignages de vive voix peuvent être rendus et la crédibilité peut être appréciée de manière définitive. Les présents motifs ne sauraient d'aucune façon être considérés comme préjugant, en fait ou en droit, le bien-fondé de l'action sous-jacente en diffamation intentée par D<sup>f</sup> Platnick. En résumé, ma réponse à la présente motion fondée sur l'art. 137.1 signifie seulement que l'action de D<sup>f</sup> Platnick mérite d'être tranchée sur le fond, et non d'être écartée sommairement à ce stade précoce.

## II. Contexte

### A. *Aperçu des faits*

[5] L'appelante, M<sup>e</sup> Bent, est avocate et associée au sein du cabinet d'avocats Lerner LLP (« Lerner »), qui est aussi appelant devant notre Cour. Membre de l'Ontario Trial Lawyers Association (« OTLA »), M<sup>e</sup> Bent était à l'époque pertinente présidente élue de cette organisation. L'OTLA se compose d'avocats et avocates, de parajuristes et d'étudiants et étudiantes en droit qui représentent les personnes blessées dans des accidents d'automobile. Elle compte quelque 1 600 membres.

[6] L'intimé, D<sup>r</sup> Platnick, est un médecin généraliste qui a travaillé comme médecin de famille de 1988 à 2011. Depuis 1991, ses services sont régulièrement retenus par des compagnies d'assurance pour examiner les évaluations médicales que d'autres médecins spécialistes réalisent sur des personnes blessées dans des accidents d'automobile, et pour préparer un rapport final comprenant une évaluation définitive — comme celui dont il est question en l'espèce.

[7] D<sup>r</sup> Platnick a intenté contre M<sup>e</sup> Bent et contre Lerner une poursuite dans laquelle il allègue être l'objet de diffamation et réclame 16,3 millions de dollars en dommages-intérêts. Il s'agit en l'espèce de la procédure sous-jacente que M<sup>e</sup> Bent demande à notre Cour de rejeter en vertu de l'art. 137.1 de la *LTJ*.

[8] Le courriel reproduit ci-dessous a été envoyé par M<sup>e</sup> Bent à un serveur de liste (c'est-à-dire une liste de diffusion de courriels, dont j'explique en détail les paramètres plus loin dans les présents motifs) auquel sont inscrits environ 670 membres de l'OTLA. Il constitue le fondement de l'action en diffamation intentée par D<sup>r</sup> Platnick et revêt une importance cruciale dans les présents pourvois :

[TRADUCTION]

Objet : Sibley altère des rapports de médecins

Date : le 10 novembre 2014<sup>1</sup>

...

Chers collègues,

Je participe à un arbitrage sur la question d'une déficience invalidante dans lequel Sibley, alias SLR Assessments, a effectué des évaluations pluridisciplinaires pour TD Assurance. Jeudi dernier, en contre-interrogatoire, le neurologue expert indépendant, D<sup>r</sup> King, a affirmé dans son témoignage que de longs passages très importants du rapport qu'il avait présenté à Sibley avaient été retirés à son insu et sans son consentement. Ces passages étaient très favorables à notre cliente. D<sup>r</sup> King n'a jamais vu la version finale de son rapport qui nous a été envoyé et il ne l'a jamais approuvée en signant.

Il a aussi affirmé dans son témoignage qu'il n'avait jamais participé à une « réunion de consensus » et qu'il n'avait jamais vu ni approuvé le résumé rédigé par D<sup>r</sup> Platnick, lequel a été signé par D<sup>r</sup> Platnick comme représentant le consensus de toute l'équipe.

Ce n'est PAS le seul rapport à avoir été altéré. Nous avons obtenu des copies de tous le[s] dossier[s] et ébauches des médecins, et des traces documentaires révèlent que Sibley a réécrit les rapports des médecins pour substituer à la conclusion portant que notre cliente était affectée d'une déficience invalidante, la conclusion qu'elle n'était pas affectée d'une telle déficience.

Tous ces documents ont été produits avant l'arbitrage, mais pour une raison ou une autre, l'autre avocat ne semblait pas savoir ce qui se trouvait dans les dossiers (des milliers de pages ont été produites). Il a dû recevoir des directives de la compagnie d'assurance de mettre fin à cela à tout prix le jeudi soir, car la compagnie a offert un montant d'argent faramineux pour régler, que notre cliente a accepté.

Je suis déçue que ces agissements n'aient pas été rendus publics par la voie d'une décision, mais je voulais vous avertir, chers collègues, de toujours obtenir les dossiers de l'évaluateur et de Sibley. Ce n'est pas un cas isolé, puisque j'ai eu un autre dossier dans lequel D<sup>r</sup> Platnick avait

---

<sup>1</sup> Dans ses motifs, le juge Dunphy de la Cour supérieure de l'Ontario écrit que le courriel est daté du 14 novembre 2014 (2016 ONSC 7340, 136 O.R. (3d) 339). La date exacte est le 10 novembre 2014.

changé la décision du médecin, faisant passer la déficience de marquée à moyenne. [Je souligne.]

(d.a., vol. III, p. 31-32)

[9] Ainsi qu'il ressort clairement de la lecture du courriel, M<sup>e</sup> Bent fait deux affirmations dans lesquelles le nom de D<sup>r</sup> Platnick est expressément mentionné. Chacune de ces affirmations se rapporte à un contexte factuel distinct, mais renferme une allégation au même effet, à savoir que D<sup>r</sup> Platnick [TRADUCTION] « a altéré » des rapports. La première renvoie à ce que j'appellerai « l'affaire Carpenter », et la seconde à ce que j'appellerai « l'affaire Dua ». J'expose ci-après les faits pertinents à l'origine de chacune de ces affaires.

(1) L'affaire Carpenter, novembre 2014

[10] En novembre 2014, M<sup>e</sup> Bent agissait comme avocate dans un arbitrage portant sur un différend en matière d'assurance. La résolution de ce différend reposait sur la question de savoir si la cliente de M<sup>e</sup> Bent — D<sup>re</sup> Carpenter, qui avait été blessée dans un accident d'automobile — était affectée d'une « déficience invalidante ». Le terme technique de « déficience invalidante » désigne un statut dont la reconnaissance aurait permis à D<sup>re</sup> Carpenter de recevoir de son assureur des indemnités majorées, notamment pour frais médicaux. L'établissement de ce statut se fonde sur les directives et critères énoncés ou incorporés dans l'*Annexe sur les indemnités d'accident légales — en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2010*, Règl. de l'Ont.

370/10, art. 3 (« AIAL »), pris en application de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, c. I.8.

[11] Pour déterminer si un constat de déficience invalidante s'imposait dans le cas de D<sup>re</sup> Carpenter, l'assureur a pris des mesures en vue de lui faire subir une série d'examens médicaux indépendants par divers professionnels de la santé par l'entremise d'une entreprise d'évaluation appelée Sibley & Associates (« Sibley »)<sup>2</sup>. Bien que les professionnels de la santé qui effectuent ces examens possèdent une expertise considérable dans leurs champs de pratique respectifs, ils n'ont pas tous le même degré de compréhension et d'expertise à l'égard du régime de l'*AIAL*. En l'espèce, aucun des experts médicaux ne provenait de l'Ontario ou n'exerçait sa profession dans cette province. Le dossier révèle qu'ils n'étaient pas familiers avec le régime ontarien de l'*AIAL*, ni avec les classifications et les critères prévus par celui-ci pour établir qu'une personne est affectée d'une déficience invalidante. Ils ont néanmoins été engagés pour effectuer leurs propres évaluations médicales de D<sup>re</sup> Carpenter, et pour transmettre ces évaluations à Sibley.

[12] Sibley a en outre retenu les services de D<sup>r</sup> Platnick à titre de [TRADUCTION] « médecin principal » chargé de préparer le rapport final qui déciderait en définitive si le statut de déficience invalidante se justifiait dans le cas de D<sup>re</sup> Carpenter. D<sup>r</sup> Platnick, un médecin de l'Ontario qui avait agi à ce titre à de nombreuses occasions par le passé, possédait de l'expertise en ce qui concerne l'*AIAL*

---

<sup>2</sup> Sibley & Associates a également été désignée par les appellations Sibley SLR et SLR Assessments.

— un texte réglementaire ontarien — et les classifications et les formules qui y sont prévues pour établir les cas de déficience invalidante.

[13] Par conséquent, le rapport de D<sup>f</sup> Platnick sur l'évaluation de la déficience invalidante de D<sup>re</sup> Carpenter devait reposer sur les critères applicables énoncés dans l'*AIAL*. D<sup>f</sup> Platnick, n'ayant pas examiné lui-même et n'ayant d'ailleurs pas pour rôle d'examiner lui-même D<sup>re</sup> Carpenter, a fondé son rapport sur les données recueillies par l'équipe d'experts médicaux engagés par Sibley pour procéder aux évaluations médicales de D<sup>re</sup> Carpenter. Comme il a été mentionné plus tôt, ces experts médicaux ont transmis leurs évaluations à Sibley, puisqu'ils avaient été retenus *par* elle — ils n'ont pas correspondu avec D<sup>f</sup> Platnick. Par la suite, Sibley a transmis ces évaluations médicales et ces rapports d'expertise à D<sup>f</sup> Platnick pour la préparation du rapport final que ce dernier devait lui faire parvenir.

[14] Le contenu du rapport de D<sup>f</sup> Platnick est un élément important dans les présents pourvois. Celui-ci s'intitule [TRADUCTION] « Décision relative à la déficience invalidante » et commence par la phrase suivante, rédigée en caractères gras : « Mes calculs, décrits en détail ci-dessous, incorporent et prennent en compte les constatations de tous les membres de l'Équipe d'évaluation d'une déficience invalidante » (d.a., vol. IV, p. 187). Dans son rapport de cinq pages, D<sup>f</sup> Platnick a examiné les divers critères de l'*AIAL* pertinents pour déterminer si D<sup>re</sup> Carpenter était affectée d'une déficience invalidante, en se référant abondamment aux évaluations médicales effectuées par les spécialistes retenus par Sibley et en formulant à



l'occasion *ses propres* conclusions au regard des divers critères : en effet, D<sup>f</sup> Platnick s'est exprimé en des termes tels que « Je conclurais que » ou « Je n'ai pas été capable d'identifier » (p. 189). À la dernière page du rapport, sous le titre « Calcul de la déficience », D<sup>f</sup> Platnick a écrit : « J'établis le calcul suivant », puis a ajouté, sur la base de ce calcul, « Je conclurais » que D<sup>re</sup> Carpenter « n'atteint pas le degré d'invalidité requis suivant l'*AIAL* et le formulaire FDIO-19 » (p. 191). Un élément crucial en l'espèce est le fait qu'après avoir formulé sa conclusion, D<sup>f</sup> Platnick a écrit : « [I]a conclusion par voie de consensus qui se dégage de la présente évaluation est que [D<sup>re</sup> Carpenter] n'obtient pas une cote de déficience invalidante suivant l'*AIAL* » (p. 191 (je souligne)).

[15] D<sup>f</sup> Platnick a envoyé son rapport à Sibley, comme il devait le faire. Il y a annexé une page de confirmation comportant un espace où les quatre spécialistes qui avaient évalué D<sup>re</sup> Carpenter pouvaient apposer leur signature respective afin de confirmer que le rapport de D<sup>f</sup> Platnick reflétait la [TRADUCTION] « conclusion par voie de consensus qui se dégage de la présente évaluation » (p. 192). D<sup>f</sup> Platnick a transmis le rapport à Sibley sans aucune signature. Comme je l'ai mentionné plus tôt, les experts médicaux qui ont évalué D<sup>re</sup> Carpenter avaient été engagés par Sibley, et ils n'ont en aucun moment été en contact avec D<sup>f</sup> Platnick. Dans le cours normal des choses, Sibley était censée obtenir ces signatures.

[16] Elle n'a toutefois pas obtenu de signatures et a plutôt fourni à l'assureur et à M<sup>c</sup> Bent un document intitulé [TRADUCTION] « Résumé de la décision relative à la

déficiences invalidantes » (p. 180-185). Ce document était identique au rapport de D<sup>r</sup> Platnick, mais sans la page de confirmation et avec une page titre différente. En temps opportun, M<sup>e</sup> Bent a reçu une copie du rapport original de D<sup>r</sup> Platnick avec la page de confirmation non signée, ainsi que les évaluations individuelles effectuées par les spécialistes.

[17] Le 6 novembre 2014, lors de l'audition de l'arbitrage par de la Commission des services financiers de l'Ontario, un des experts médicaux retenus par Sibley pour effectuer l'évaluation neurologique de D<sup>re</sup> Carpenter a témoigné. Fait pertinent à signaler, ce témoin, D<sup>r</sup> King, a affirmé en contre-interrogatoire que des parties de son rapport final d'évaluation avaient été retirées à son insu et sans son consentement du rapport final de D<sup>r</sup> Platnick, qu'il n'avait ni vu ni signé ce rapport final et qu'il ne s'était jamais [TRADUCTION] « rallié à un consensus » (d.a., vol. V, p. 35).

[18] Le 7 novembre 2014, l'arbitrage concernant D<sup>re</sup> Carpenter a été réglé à l'amiable. En vertu des stipulations du règlement, D<sup>re</sup> Carpenter s'est vu reconnaître une déficience invalidante et a obtenu le rétablissement des indemnités et le paiement des frais médicaux et de réadaptation déjà engagés, avec intérêts. L'assureur a également accepté d'indemniser intégralement D<sup>re</sup> Carpenter pour ses frais et débours.

[19] Le 10 novembre 2014, M<sup>e</sup> Bent a envoyé le courriel dit diffamatoire par le serveur de liste de l'OTLA. Le contexte factuel décrit ci-dessus revêt une

importance particulièrement cruciale en ce qui concerne l'allégation suivante formulée par M<sup>e</sup> Bent dans son courriel :

[D<sup>r</sup> King] a aussi affirmé dans son témoignage qu'il n'avait jamais participé à une « réunion de consensus » et qu'il n'avait jamais vu ni approuvé le résumé rédigé par D<sup>r</sup> Platnick, lequel a été signé par D<sup>r</sup> Platnick comme représentant le consensus de toute l'équipe.

(2) L'affaire Dua, novembre 2011

[20] Comme je l'ai mentionné précédemment, le courriel du 10 novembre 2014 envoyé par M<sup>e</sup> Bent au serveur de liste de l'OTLA référait également à une autre affaire, survenue en novembre 2011, trois ans avant l'envoi du courriel.

[21] Dans cette affaire, tout comme dans l'affaire Carpenter, D<sup>r</sup> Platnick avait été retenu pour rédiger un rapport relatif à une [TRADUCTION] « Décision en matière de déficience invalidante » sur la question de savoir si une victime d'accident d'automobile était affectée d'une déficience invalidante.

[22] D<sup>re</sup> Varinder Dua était l'une des médecins spécialistes retenue pour évaluer l'état de la victime. Comme dans l'affaire Carpenter, le rapport final de D<sup>r</sup> Platnick devait s'appuyer sur l'évaluation effectuée par D<sup>re</sup> Dua. Dans son rapport, D<sup>re</sup> Dua a conclu que [TRADUCTION] « [g]lobalement, [la victime était] affectée d'une déficience moyenne (classe 4) », et que la reconnaissance d'une déficience invalidante était par conséquent justifiée (d.a., vol.V, p. 214).

[23] Je souligne ici qu'il a été porté à l'attention de notre Cour — et ceci n'est pas contesté — qu'une [TRADUCTION] « Déficience *moyenne* » correspond à une cote « classe 3 », laquelle ne satisfait *pas* à la définition de déficience invalidante. Une cote « classe 4 » correspond à une « Déficience *marquée* » et impose *effectivement* une conclusion de déficience invalidante. L'évaluation de D<sup>re</sup> Dua concluant à une « Déficience moyenne (classe 4) » était donc, par définition, intrinsèquement contradictoire.

[24] D<sup>re</sup> Dua a transmis une *deuxième* version de son rapport, dans laquelle elle a modifié la classification au regard de l'*AIAL* pour indiquer [TRADUCTION] « Déficience moyenne (classe 3) », ce qui signifiait que le constat de déficience invalidante n'était *pas* justifié. Même si le deuxième rapport est postérieur au rapport initial, D<sup>re</sup> Dua y a inscrit la même date que sur le premier.

[25] Fait important, D<sup>f</sup> Platnick a déclaré dans son rapport final que [TRADUCTION] « D<sup>re</sup> Dua a évalué que, globalement, [la victime] était affectée d'une déficience moyenne (classe 3) », ce qui signifiait qu'un constat de déficience invalidante n'était pas justifié (d.a., vol. V, p. 219). En ce sens, le rapport final de D<sup>f</sup> Platnick semblait concorder avec la conclusion tirée par D<sup>re</sup> Dua dans son deuxième rapport, et ne faisait nullement mention de l'existence d'une première version du rapport.

[26] M<sup>e</sup> Bent, qui représentait la victime dans cette affaire, n'a reçu une copie que du premier rapport de D<sup>re</sup> Dua et du rapport final de D<sup>f</sup> Platnick, lesquels à son

avis présentait une divergence. M<sup>e</sup> Bent n'avait aucune raison de soupçonner l'existence d'une deuxième version du rapport de D<sup>re</sup> Dua, et elle n'a fait aucune démarche pour enquêter sur la divergence entre les deux documents.

[27] Les parties ne contestent pas le fait que D<sup>f</sup> Platnick a communiqué avec D<sup>re</sup> Dua après que celle-ci eut présenté son premier rapport. Les parties ne contestent pas non plus le fait que D<sup>re</sup> Dua a rédigé une deuxième version du rapport après que D<sup>f</sup> Platnick lui eut parlé. Le débat porte plutôt sur ce qui a amené D<sup>re</sup> Dua à revoir son évaluation et à rédiger un deuxième rapport. D<sup>f</sup> Platnick soutient que la compagnie chargée des évaluations en matière d'assurance (appelée [TRADUCTION] « la compagnie vendeuse ») aurait réclamé des éclaircissements et que, à la demande de celle-ci, il aurait signalé l'incohérence interne à D<sup>re</sup> Dua, laquelle n'aurait pas vraiment modifié son évaluation mais plutôt clarifié ce qu'elle avait réellement voulu dire, et ce, de son propre gré. Toutefois, selon M<sup>e</sup> Bent, D<sup>f</sup> Platnick [TRADUCTION] « a changé la décision du médecin, faisant passer la déficience de marquée à moyenne » par des moyens de persuasion inopportuns ou autrement.

[28] Les faits relatés ci-dessus se sont produits en novembre 2011 et fournissent un contexte factuel important pour comprendre l'extrait suivant du courriel envoyé par M<sup>e</sup> Bent en novembre 2014 référant à cet incident :

[TRADUCTION]

Ce n'est pas d'un cas isolé, puisque j'ai eu un autre dossier dans lequel D<sup>f</sup> Platnick avait changé la décision du médecin, faisant passer la déficience de marquée à moyenne.

(3) Fuite et republication

[29] Bien qu'il n'ait été envoyé qu'au serveur de liste de l'OTLA, le courriel de M<sup>e</sup> Bent a fini par être l'objet d'une fuite anonyme de la part d'un membre de l'OTLA, malgré l'engagement de confidentialité exigé à l'égard du serveur de liste.

[30] En conséquence, le 29 décembre 2014, un article a été publié dans le magazine *Insurance Business Canada*, lequel reproduisait intégralement le courriel de M<sup>e</sup> Bent. L'article s'intitulait [TRADUCTION] « Dossiers médicaux “régulièrement altérés” pour répondre aux besoins des assureurs, affirme FAIR », et on y parlait du « témoignage de Maia L. Bent, associée au sein du cabinet d'avocats Lerner » (d.a., vol. XI, p. 28-30).

[31] Le 22 janvier 2015, D<sup>r</sup> Platnick a fait signifier un avis de diffamation à KMI Publishing and Events Ltd. (« KMI »), à qui appartient le magazine *Insurance Business Canada*. Cette demande n'est pas en cause devant notre Cour, mais fait néanmoins partie du contexte factuel de l'espèce en ce qui concerne la question de la republication.

(4) Instance introduite contre les appelants

[32] Les demandes d'excuses transmises à M<sup>e</sup> Bent étant demeurées sans réponse, D<sup>r</sup> Platnick a intenté une poursuite en diffamation à la fois contre M<sup>e</sup> Bent et contre Lerner le 27 janvier 2015.

[33] Après avoir déposé une défense, M<sup>e</sup> Bent a présenté une motion en vertu de l'art. 137.1 de la *LTJ* pour demander le rejet de la poursuite en diffamation intentée contre elle par D<sup>r</sup> Platnick. Leners a également présenté une défense, mais n'a pour sa part pas déposé de motion fondée sur l'art. 137.1. Toutefois, comme l'a expliqué la Cour d'appel, il est entendu que si la motion de M<sup>e</sup> Bent est accueillie, l'action devrait également être rejetée à l'égard de Leners. Notre Cour doit trancher la question du bien-fondé de cette motion.

B. *Historique judiciaire*

- (1) Cour supérieure de justice de l'Ontario (juge Dunphy), 2016 ONSC 7340, 136 O.R. (3d) 339

[34] Le juge Dunphy de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a accueilli la motion de M<sup>e</sup> Bent fondée sur l'art. 137.1, et il a rejeté la poursuite en diffamation de D<sup>r</sup> Platnick.

[35] Le juge Dunphy a conclu que le courriel en question était relatif à une affaire d'intérêt public au sens du par. 137.1(3), mais que D<sup>r</sup> Platnick avait été incapable de s'acquitter du fardeau que lui imposait le par. 137.1(4) (par. 61-79).

[36] Bien qu'il ait refusé de trancher la question de savoir si l'action de D<sup>r</sup> Platnick avait un bien-fondé substantiel au sens du sous-al. 137.1(4)a(i), le juge Dunphy a conclu, en vertu du sous-al. 137.1(4)a(ii), qu'il existait des éléments de

preuve [TRADUCTION] « crédibles et convaincants » à l'effet que les défenses de justification et d'immunité relative invoquées par M<sup>e</sup> Bent présentaient « des chances raisonnables de succès » (par. 93-118). Le juge Dunphy a ajouté qu'il n'était pas convaincu, au regard de l'al. 137.1(4)b), que l'intérêt public à permettre la poursuite de l'action en diffamation de D<sup>r</sup> Platnick l'emportait sur l'intérêt public à protéger l'expression de M<sup>e</sup> Bent (par. 119-135).

(2) Cour d'appel de l'Ontario (juges Doherty, Brown et Huscroft), 2018 ONCA 687, 426 D.L.R. (4th) 60

[37] Le juge Doherty, rédigeant pour une cour unanime, a annulé la décision du premier juge, rejeté la motion de M<sup>e</sup> Bent fondée sur l'art. 137.1 et renvoyé l'action en diffamation de D<sup>r</sup> Platnick à la Cour supérieure pour examen (par. 127).

[38] Le juge Doherty a souscrit à la conclusion tirée par le premier juge, en application du par. 137.1(3), portant que le courriel était relatif à une affaire d'intérêt public. Il a toutefois estimé que le premier juge avait fait erreur dans son examen des critères énoncés tant à l'al. 137.1(4)a) qu'à l'al. 137.1(4)b) (par. 4).

[39] S'agissant du critère du bien-fondé substantiel, le juge Doherty n'a eu [TRADUCTION] « aucune difficulté pour conclure qu'il exist[ait] des motifs raisonnables de croire » que le bien-fondé de l'action de D<sup>r</sup> Platnick était substantiel au sens du sous-al. 137.1(4)a)(i), car le « moyen de défense [de M<sup>e</sup> Bent] à l'encontre de l'action n'est pas que ses commentaires ne pourraient pas potentiellement être



diffamatoires, mais plutôt qu'ils sont véridiques ou protégés par une immunité » (par. 53-54). Pour ce qui est du sous-al. 137.1(4)a)(ii), le juge Doherty a statué qu'il existait des motifs de croire qu'aucun des moyens de défense ne réussirait et que D<sup>r</sup> Platnick s'était donc acquitté de son fardeau de démontrer qu'il n'y avait « pas de défense valable » (par. 56-93). De façon plus particulière, le juge Doherty a conclu que la défense de justification ne pouvait être invoquée parce que l'aspect offensant, ou l'idée maîtresse, des deux déclarations n'était pas substantiellement véridique et que la défense d'immunité relative n'était pas valable, soit parce que la seconde déclaration [TRADUCTION] « a été faite par malveillance ou en manifestant un mépris indifférent pour la vérité, soit parce qu'elle n'a pas été faite dans des circonstances relevant légitimement du champ d'application de l'immunité » (par. 73, 84 et 90). Enfin, la Cour d'appel s'est dite convaincue que le préjudice potentiel pour D<sup>r</sup> Platnick l'emportait sur l'intérêt public à protéger l'expression de M<sup>e</sup> Bent parce que l'affaire ne présentait aucun des aspects d'une poursuite stratégique contre la mobilisation publique (aussi appelée SLAPP<sup>3</sup>) et qu'un préjudice suffisant était imputable à la publication initiale des allégations, indépendamment de leur republication (par. 95-110).

### C. *Requête pour production de preuve nouvelle*

[40] Avant l'audition des présents pourvois, D<sup>r</sup> Platnick a demandé à notre Cour l'autorisation de produire de nouveaux éléments de preuve en vertu du

---

<sup>3</sup> *Strategic Lawsuit Against Public Participation* (poursuite stratégique contre la mobilisation publique, couramment appelée « poursuite-bâillon »).

par. 62(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26 et de l'art. 47 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156. La requête a été présentée à la formation de juges qui était saisie des pourvois. La requête de D<sup>f</sup> Platnick renfermait les éléments de preuve suivants, dont il a demandé l'admission afin que notre Cour les considère dans le cadre des présents pourvois.

[41] La pièce B (la « lettre de D<sup>re</sup> Dua ») est une lettre de D<sup>re</sup> Dua renforçant la preuve présentée par D<sup>f</sup> Platnick pour contredire l'allégation selon laquelle il aurait [TRADUCTION] « changé » son rapport (requête pour production de preuve nouvelle, p. 37-38). Dans sa lettre, D<sup>re</sup> Dua explique que D<sup>f</sup> Platnick l'a appelée pour lui indiquer des points préoccupants « qu'il fallait éclaircir » (p. 37). Elle dit qu'elle a de son propre chef « corrigé l'erreur typographique en remplaçant la mention classe 4 par classe 3 », et que « D<sup>f</sup> Platnick n'a en aucun moment fait pression sur [elle] pour [qu'elle] change [s]on rapport et ne s'est jamais comporté de manière inopportune » (p. 37-38 (souligné dans l'original)). D<sup>re</sup> Dua affirme sans ambages ce qui suit : « [L]e fait de prétendre que D<sup>f</sup> Platnick a changé mon rapport est tout simplement faux. Qui plus est, le fait de qualifier les événements en question de tentative de la part de D<sup>f</sup> Platnick de manipuler la preuve est lui aussi tout à fait inexact » (p. 38).

[42] La pièce G renferme des extraits de l'interrogatoire préalable de D<sup>f</sup> King dans une instance parallèle au cours de laquelle D<sup>f</sup> King a avoué s'être trompé lorsqu'il a affirmé que certaines parties de son rapport dans l'affaire Carpenter avaient été enlevées à son insu et sans son consentement.

[43] La pièce H regroupe les actes de procédures de D<sup>f</sup> Platnick dans un litige parallèle l'opposant à D<sup>re</sup> Carpenter.

[44] La pièce K est le projet de déclaration modifiée de D<sup>f</sup> Platnick dans l'instance sous-jacente en l'espèce.

[45] La pièce L est un extrait de la défense de KMI dans l'instance parallèle en diffamation introduite par D<sup>f</sup> Platnick contre KMI. Environ une semaine après le contre-interrogatoire de M<sup>e</sup> Bent dans le cadre de la présente motion fondée sur l'art. 137.1, KMI a produit sa défense dans laquelle elle plaide qu'avant de publier un article reproduisant le courriel de M<sup>e</sup> Bent daté du 10 novembre 2014, elle avait interviewé M<sup>e</sup> Bent, qui en avait autorisé la republication.

[46] Les pièces N et R (les « lettres de KMI ») sont des lettres de l'avocat des défenderesses KMI à l'avocat de D<sup>f</sup> Platnick attestant qu'il y avait eu, après la fuite, une conversation téléphonique entre M<sup>e</sup> Bent et Donald Horne, le rédacteur en chef adjoint du magazine *Insurance Business Canada*, au sujet d'une possible entrevue pour publication. Dans ces lettres, KMI fournit les informations suivantes : (i) [TRADUCTION] « M<sup>e</sup> Bent ne s'est pas opposée [à la republication de son courriel] et n'a exprimé aucune préoccupation à cet égard »; (ii) M<sup>e</sup> Bent n'a pas découragé la republication [de son courriel] et n'a pas informé KMI que ce courriel avait été publié sur un serveur de liste privé de l'OTLA et que toute fuite constituait un manquement professionnel et éthique grave aux modalités et conditions de ce serveur de liste; (iii) si KMI avait eu connaissance de ce qui précède, l'entreprise n'aurait pas procédé

à la republication du courriel; (iv) puisque M<sup>e</sup> Bent n'avait soulevé aucune objection ou préoccupation, KMI croyait pouvoir aller de l'avant avec la diffusion du courriel (requête pour production de preuve nouvelle, p. 156).

[47] Avant l'audition des présents pourvois, D<sup>f</sup> Platnick a également sollicité l'autorisation de mettre à jour sa requête pour production de preuve nouvelle. Il a notamment demandé l'autorisation de présenter des éléments de preuve indiquant que D<sup>re</sup> Carpenter avait abandonné son action parallèle sans qu'il soit adjugé de dépens contre lui. Étant donné que la première requête de D<sup>f</sup> Platnick pour production de preuve nouvelle a été renvoyée à la formation de juges saisie des présents pourvois, la décision de permettre ou non à D<sup>f</sup> Platnick de mettre à jour ces nouveaux éléments de preuve a elle aussi été déferée à la formation chargée d'entendre les pourvois.

### III. Analyse

[48] Pour examiner adéquatement la motion présentée par M<sup>e</sup> Bent en vertu de l'art. 137.1, il faut d'abord évaluer la requête de D<sup>f</sup> Platnick pour production de preuve nouvelle. En effet, la décision qui sera prise à cet égard aura une incidence sur la preuve à la lumière de laquelle sera analysée la motion fondée sur l'art. 137.1. Bien que je sois disposée à admettre une partie des nouveaux éléments de preuve de D<sup>f</sup> Platnick, il importe de préciser que, de même qu'une décision rendue sur une motion présentée en vertu de l'art. 137.1 ne détermine pas le bien-fondé d'une action, ma décision sur l'admissibilité ou l'exclusion d'éléments de preuve en l'espèce n'a pas d'incidence sur leur éventuelle admissibilité au procès. Autrement dit, mes

conclusions à l'égard de la requête de D<sup>r</sup> Platnick pour production de preuve nouvelle se limitent à considérer leur admissibilité dans le contexte de la présente motion fondée sur l'art. 137.1.

A. *Requête pour production de preuve nouvelle*

[49] Notre Cour a appliqué dans un certain nombre de décisions le test établi dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775, et confirmé qu'il constitue la méthode appropriée pour évaluer l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve en appel (voir *R.P. c. R.C.*, 2011 CSC 65, [2011] 3 R.C.S. 819, par. 50; *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809, par. 107; *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, 2001 CSC 21, [2001] 1 R.C.S. 616, par. 43-44; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579).

[50] Pour déterminer l'admissibilité d'un nouvel élément de preuve, l'arrêt *Palmer* exige que les quatre facteurs suivants soient examinés :

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une [preuve] qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles . . .
- (2) La [preuve] doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès;
- (3) La [preuve] doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et

- (4) Elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. [p. 775]

[51] Dans l'arrêt *Pointes Protection*, notre Cour a expressément envisagé « la possibilité que d'autres éléments de preuve soient produits dans le futur » (par. 37), et ce, en raison du caractère expéditif des motions fondées sur l'art. 137.1, lesquelles doivent être entendues dans les courts délais prescrits par la loi. La présente affaire l'illustre : D<sup>r</sup> Platnick devait soumettre sa preuve dans les 25 jours suivant le dépôt de l'avis de motion. En ce sens, comme l'a reconnu notre Cour dans l'arrêt *Pointes Protection*, les motions fondées sur l'art. 137.1 diffèrent des motions en jugement sommaire, où l'on attend des parties qu'elles présentent un dossier plus étoffé; autrement dit, on reconnaît que, dans le cadre d'une motion fondée sur l'art. 137.1, les parties doivent respecter la contrainte de temps prescrite et sont donc limitées quant à la preuve qu'elles peuvent verser au dossier.

[52] Mais cela ne signifie *pas* que les parties ont carte blanche pour déposer des requêtes pour production de preuve nouvelle. L'arrêt *Palmer* doit être suivi et, pour cette raison, comme je l'explique ci-dessous, je n'admettrais pas la totalité des nouveaux éléments de preuve. Cependant, il importe ici de souligner que la présente affaire revêt un caractère transitionnel : l'incertitude considérable qui entoure les motions fondées sur l'art. 137.1 — vu l'absence d'indications jurisprudentielles sur la norme à respecter pour obtenir le rejet d'une motion fondée sur l'art. 137.1 ainsi que

sur la nature ou le caractère exhaustif de la preuve exigée lors d'une telle motion — milite en faveur de l'admission partielle des nouveaux éléments de preuve.

[53] Par conséquent, j'admettrais la lettre de D<sup>re</sup> Dua (pièce B) et les lettres de KMI (pièces N et R), mais je refuserais d'admettre les autres éléments de preuve soumis par D<sup>f</sup> Platnick dans sa requête. J'explique brièvement ci-dessous pourquoi j'admettrais en particulier la lettre de D<sup>re</sup> Dua et les lettres de KMI au regard des critères énoncés dans l'arrêt *Palmer*. Je conclus que les autres éléments de preuve sont soit non pertinents à l'égard des questions déterminantes dans les présents pourvois, soit non probants; par conséquent, je n'ai pas à préciser davantage les raisons de leur exclusion.

(1) Diligence raisonnable

[54] La lettre de D<sup>re</sup> Dua n'aurait pas pu être présentée plus tôt et ce n'est pas faute de diligence raisonnable si elle est présentée à ce moment-ci. D<sup>f</sup> Platnick a déposé sa preuve en mai 2016. La lettre de D<sup>re</sup> Dua, qui est datée du 15 novembre 2017, a été reçue le 20 novembre 2017, soit bien après l'instruction initiale de la motion, et cinq mois après les plaidoiries en Cour d'appel. De plus, l'affidavit de D<sup>f</sup> Platnick (en date du 20 mai 2016) au sujet de la première motion fondée sur l'art. 137.1 témoigne de la diligence raisonnable dont celui-ci a fait montre afin d'obtenir cet élément de preuve plus tôt. Selon cet affidavit, ce n'est que le 17 mai 2016 que D<sup>re</sup> Dua a répondu à ses messages téléphoniques. Bien que cela ait permis à D<sup>f</sup> Platnick de verser au dossier le rapport final de D<sup>re</sup> Dua à la dernière minute, cela

ne lui laissait pas suffisamment de temps pour obtenir de D<sup>re</sup> Dua elle-même une lettre semblable à celle qui a été présentée à notre Cour.

[55] De même, les lettres de KMI n'auraient pas pu être présentées plus tôt et ce n'est pas faute de diligence raisonnable si elles sont présentées maintenant. Les lettres ont été transmises bien après l'instruction de la motion fondée sur l'art. 137.1, qui a eu lieu le 27 juin 2016 — de fait, les lettres de KMI sont datées du 30 août et du 20 septembre 2016. Bien entendu, l'admissibilité des lettres ne dépend pas simplement de la date à laquelle D<sup>r</sup> Platnick les a eues en sa possession, mais plutôt de la question de savoir si en agissant avec une diligence raisonnable elles auraient pu être obtenues avant l'audience. À mon avis, pour les raisons que j'expose plus loin, elles n'auraient pas pu l'être.

[56] Dans sa défense, M<sup>e</sup> Bent nie avoir accordé à quelque moment que ce soit une entrevue au magazine de KMI. D<sup>r</sup> Platnick n'avait donc aucune raison l'incitant à la contre-interroger davantage sur cette question le 6 juin 2016. Toutefois, le 13 juin 2016, après le contre-interrogatoire de M<sup>e</sup> Bent, KMI a déposé une défense dans laquelle elle affirmait que M<sup>e</sup> Bent avait effectivement accordé une entrevue au magazine de KMI. À la lumière de cette nouvelle preuve contradictoire, D<sup>r</sup> Platnick a promptement correspondu avec KMI afin d'en savoir davantage (faisant ainsi montre de diligence raisonnable). C'est cette correspondance qui est à l'origine des lettres de KMI.



[57] Ces faits contredisent l'observation finale du juge de la motion selon laquelle D<sup>f</sup> Platnick n'a présenté [TRADUCTION] « aucune explication raisonnable pour justifier son omission de déposer » les lettres de KMI « devant le tribunal avant de contre-interroger M<sup>e</sup> Bent » (*Platnick c. Bent (No. 2)*, 2016 ONSC 7474, par. 71 (CanLII)). Il s'agit d'une erreur de principe de la part du juge de la motion.

[58] Bien que D<sup>f</sup> Platnick n'ait pas évoqué l'entrevue mentionnée dans la défense de KMI lors de l'audience du 27 juin 2016 devant le juge de la motion, le dossier révèle que l'avocat de D<sup>f</sup> Platnick était à l'extérieur du pays du 19 au 25 juin 2016 et qu'il avait à *plusieurs reprises* demandé l'ajournement de l'audience, invoquant, parmi d'autres motifs, le fait qu'il ne serait pas disponible à ces dates cruciales juste avant l'audience (voir *Platnick c. Bent (No. 2)*, par. 3 et 6; requête pour production de preuve nouvelle, p. 22-23). Je ne suis donc pas disposée à en tenir rigueur à D<sup>f</sup> Platnick.

[59] D<sup>f</sup> Platnick disposait donc uniquement de 25 jours pour soumettre son dossier et, malgré cela, le juge de la motion lui a néanmoins reproché de ne pas avoir produit ces éléments de preuve plus tôt, car, selon le juge, D<sup>f</sup> Platnick [TRADUCTION] « savait qu'un “affrontement” était imminent lorsque la partie demanderesse a fait connaître [son] intention d'introduire une instance en jugement sommaire en janvier » (*Platnick c. Bent (No. 2)*, par. 40). Je m'empresse de souligner que le juge de la motion a fait erreur à ce sujet : c'est la partie défenderesse, M<sup>e</sup> Bent, qui avait annoncé son intention de présenter une requête en jugement sommaire. Quoi qu'il en

soit, cet argument n'est de toute façon pas valable. En effet, une motion en jugement sommaire implique une procédure équitable et des garanties procédurales sur lesquelles D<sup>r</sup> Platnick aurait pu s'appuyer, ce qu'il ne pouvait faire dans le cadre d'une motion fondée sur l'art. 137.1. Dans l'arrêt *Pointes Protection*, notre Cour indique clairement que ces motions sont soumises à des règles d'administration et d'appréciation de la preuve bien plus limitatives que les motions en jugement sommaire. De plus, les attentes du juge de la motion quant à la suffisance de la preuve correspondaient au genre d'information qui aurait uniquement pu être recueillie au moyen d'interrogatoires préalables, dans le cadre, par exemple, d'une motion fondée sur l'art. 31.10 (interrogatoire de tiers) ou sur l'art. 30.10 (production d'un document d'un tiers) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, alors que de tels interrogatoires sont nécessairement exclus de la procédure expéditive prévue pour les motions fondées sur l'art. 137.1.

[60] Dans la mesure où elles sont incompatibles avec ce qui précède, les conclusions tirées par le juge de la motion sont erronées. Il ne faut pas oublier que la diligence raisonnable [TRADUCTION] « n'est pas un facteur rigide » (*Kuczera (Re)*, 2018 ONCA 322, 58 C.B.R. (6th) 227, par. 16) et qu'il s'agit d'un « concept pratique » (*Calaheson c. Gift Lake Metis Settlement*, 2016 ABCA 185, 38 Alta. L.R. (6th) 30, par. 14) dont l'application est « tributaire du contexte » (*R. c. 1275729 Ontario Inc.*, 2005 O.A.C. 359, par. 29; voir aussi *Elliott c. Sagl*, 2019 ONSC 2490, par. 36-38 (CanLII); D. J. M. Brown, avec l'assistance de D. Fairlie, *Civil Appeals* (feuilles mobiles), p. 10-19 à 10-21). Comme je l'ai expliqué précédemment,

D<sup>r</sup> Platnick a dû constituer son dossier en réponse à la motion dans un délai de 25 jours, alors qu'il régnait une incertitude considérable au sujet des motions fondées sur l'art. 137.1, vu l'absence d'indications jurisprudentielles sur la norme à respecter, ainsi que sur la nature et le caractère exhaustif du dossier à déposer pour obtenir le rejet d'une telle motion. J'ai tenu compte de ces facteurs dans mon appréciation.

[61] À la lumière de ce qui précède, je suis d'avis que tant la lettre de D<sup>re</sup> Dua que les lettres de KMI n'auraient pas pu être présentées plus tôt et que ce n'est pas faute de diligence raisonnable si elles sont présentées à ce moment-ci.

(2) Pertinence

[62] Ces trois lettres sont toutes éminemment pertinentes en l'espèce.

[63] La lettre de D<sup>re</sup> Dua concerne directement la défense de justification et le caractère valable de cette défense. Elle touche aussi la question de savoir si M<sup>e</sup> Bent a fait montre d'insouciance en formulant son allégation, dans la mesure où elle fait ressortir l'omission de M<sup>e</sup> Bent de se renseigner davantage sur un incident qui s'était produit trois ans plus tôt. Ces éléments ont une incidence sur la défense d'immunité relative que fait valoir M<sup>e</sup> Bent. En conséquence, la lettre de D<sup>re</sup> Dua est pertinente pour l'analyse requise par le sous-al. 137.1(4)a(ii).

[64] De même, les lettres de KMI concernent directement la défense d'immunité relative et la question de savoir si le fait que M<sup>e</sup> Bent a autorisé la

republication de ses allégations mine la valeur de ce moyen de défense. En outre, les lettres de KMI touchent à la question de savoir si M<sup>e</sup> Bent peut, suivant l'analyse prescrite par l'al. 137.1(4)b), être tenue à juste titre responsable du préjudice causé par la reprise de ses allégations soit parce que ce préjudice était prévisible, soit parce qu'elle a autorisé la republication.

(3) Crédibilité

[65] Les lettres sont raisonnablement dignes de foi et suffisantes pour être prises en considération à l'étape de l'examen préliminaire de l'action de D<sup>r</sup> Platnick. Cela n'empêchera toutefois pas M<sup>e</sup> Bent de vérifier la solidité de ces éléments de preuve au procès, au moyen d'un contre-interrogatoire par exemple, car l'appréciation finale de la crédibilité est reportée au procès dans le cas des motions fondées sur l'art. 137.1 (*Pointes Protection*, par. 52).

[66] Notre Cour souscrit à la proposition selon laquelle, en cas de requête pour production de preuve nouvelle, l'appréciation de la crédibilité doit s'effectuer au regard du contexte global de l'affaire et non pas du seul contexte de la requête; un élément de preuve peut s'avérer plausible, c'est-à-dire raisonnablement digne de foi, lorsqu'on le considère au regard des autres éléments de preuve pertinents quant à la question en litige (*R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *Warsing*, par. 52; *R. c. Moucho*, 2019 ONSC 3463, 53 M.V.R. (7th) 131, par. 36).

[67] C'est le cas en l'espèce, étant donné que la lettre de D<sup>re</sup> Dua et les lettres de KMI ont pour effet d'étayer l'assise factuelle qui existe déjà, plutôt que d'accroître le risque d'établir une nouvelle assise qui n'a pas encore été considérée jusqu'ici. Pour être plus précise, ce que je veux dire par là c'est que la lettre de D<sup>re</sup> Dua confirme la version des faits exposée par D<sup>r</sup> Platnick, à savoir qu'il n'a jamais « changé » le rapport de D<sup>re</sup> Dua, mais qu'il a uniquement communiqué avec elle pour lui signaler une incohérence interne dans son rapport. De même, les lettres de KMI aident à confirmer l'allégation de D<sup>r</sup> Platnick selon laquelle M<sup>e</sup> Bent a accordé une entrevue au magazine *Insurance Business Canada* et a, de ce fait, autorisé la republication de son courriel.

[68] Enfin, « rien n'indique qu'on ne puisse raisonnablement [. . .] ajouter foi [à ces éléments de preuve], même s'il[s ont] été préparé[s] à la demande de l'intimé » (*R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487, par. 43).

(4) Valeur probante

[69] Si on ajoute foi à ces lettres, on pourrait raisonnablement considérer que, conjuguées aux autres éléments de preuve produits au procès, elles auraient influé sur le résultat. C'est évident, car toutes les lettres portent directement sur, voire contredisent, les conclusions du juge de la motion. De plus, elles viennent renforcer la preuve au dossier, de telle sorte que le « fondement, dans le dossier et le droit » que doit établir D<sup>r</sup> Platnick pour s'opposer avec succès à une motion fondée sur

l'art. 137.1 devient suffisamment soutenable sur le plan juridique et raisonnablement digne de foi.

[70] Par exemple, la lettre de D<sup>re</sup> Dua a une grande force probante. Le juge de la motion a qualifié l'appel téléphonique de D<sup>f</sup> Platnick à D<sup>re</sup> Dua d'[TRADUCTION] « intervention » inopportune (motifs de la C.S., par. 44 et 111), affirmant que le premier « avait réussi à persuader [D<sup>re</sup> Dua] de produire un rapport “final” modifié » (par. 22 (je souligne)). Le juge de la motion a donc conclu que l'allégation de M<sup>e</sup> Bent selon laquelle D<sup>f</sup> Platnick avait [TRADUCTION] « changé » la décision de D<sup>re</sup> Dua — de déficience marquée à déficience moyenne — était substantiellement vraie et que la défense de justification était valable aux termes du sous-al. 137.1(4)a(ii). Toutefois, la lettre de D<sup>re</sup> Dua contredit directement cette conclusion : dans sa lettre, D<sup>re</sup> Dua déclare que D<sup>f</sup> Platnick l'a appelée pour obtenir des [TRADUCTION] « éclaircissements » et qu'elle lui a répondu avoir commis une « erreur typographique ». De fait, D<sup>re</sup> Dua affirme expressément que D<sup>f</sup> Platnick n'a pas « fait pression » sur elle et « ne s'est jamais comporté de manière inopportune ». Même si le juge de la motion avait en main les différents rapports, ceux-ci indiquaient seulement qu'*un* changement avait été apporté. Ils n'expliquaient toutefois pas *pourquoi* D<sup>re</sup> Dua avait changé son évaluation. La lettre de D<sup>re</sup> Dua fait la lumière sur le *pourquoi* — alors que le juge de la motion a qualifié les agissements de D<sup>f</sup> Platnick de mesures de persuasion inopportunes, la lettre de D<sup>re</sup> Dua, rédigée par la personne qui a supposément été la victime de ces mesures de persuasion, dit exactement le contraire. Par conséquent, la lettre de D<sup>re</sup> Dua, si on y ajoute foi, est hautement

probante en ce qui concerne la question de savoir si D<sup>r</sup> Platnick pourra s'acquitter du fardeau qui lui incombe, c'est-à-dire démontrer qu'il existe des motifs de croire que la défense de justification invoquée par M<sup>e</sup> Bent n'est pas valable.

[71] De même, les lettres de KMI ont une grande force probante. Le juge de la motion a conclu que l'allégation de D<sup>r</sup> Platnick selon laquelle M<sup>e</sup> Bent avait accordé une entrevue [TRADUCTION] « n'était appuyée par aucune preuve que ce soit et semble à première vue être manifestement fausse » (motifs de la C.S., par. 24-25). Cette conclusion était fondée sur la défense de M<sup>e</sup> Bent, qui [TRADUCTION] « ni[ait] avoir accordé une entrevue au magazine *Insurance Business [Canada]* en ce qui concerne la communication confidentielle ou avoir autorisé la publication de la communication confidentielle à Donald Horne pour un article » (d.a., vol. II, p. 22). Les lettres de KMI contredisent directement cette preuve et renforcent l'allégation selon laquelle la republication a été tacitement autorisée par Me Bent ou était raisonnablement prévisible pour elle. Ainsi, M<sup>e</sup> Bent pouvait à juste titre être tenue responsable de la republication. Cela s'avère déterminant pour la question de la viabilité de la défense d'immunité relative soulevée par M<sup>e</sup> Bent, cette défense perdant son caractère « valable » au sens du sous-al. 137.1(4)a(ii), et pour la question de savoir si D<sup>r</sup> Platnick a subi un préjudice « du fait de l'expression » de M<sup>e</sup> Bent, selon les termes de l'al. 137.1(4)b).

(5) Conclusion sur la requête pour production de preuve nouvelle

[72] Avant de conclure, je m'empresse de préciser que l'évaluation par le juge de la motion des nouveaux éléments de preuve présentés par D<sup>f</sup> Platnick dans l'affaire *Platnick c. Bent (No. 2)* (qui portait sur l'admissibilité de certains de ces éléments de preuve) ne commande pas la déférence. Le juge de la motion a tout simplement tranché la requête pour production de preuve nouvelle sur le fondement d'une compréhension inexacte de la nature de la motion fondée sur l'article 137.1, comme l'a expliqué notre Cour dans l'arrêt *Pointes Protection*. Par conséquent, dans la mesure où elle reposait sur une compréhension inexacte de l'art. 137.1, son appréciation de la preuve ne commande pas la déférence. Toutefois, même dans l'hypothèse où elle l'aurait fait, son appréciation était, comme je l'ai déjà indiqué avec égards, erronée.

[73] En conséquence, pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'admettre en preuve la lettre de D<sup>re</sup> Dua et les lettres de KMI, puisqu'elles répondent toutes au critère établi dans l'arrêt *Palmer* pour accueillir une requête pour production de preuve nouvelle. Je traiterai ces éléments de preuve plus abondamment dans les motifs qui suivent.

#### B. *Motion fondée sur l'art. 137.1*

[74] L'article 137.1 de la *LTJ* est censé « servir de mécanisme limitant les poursuites qui ont pour effet d'entraver indûment l'expression relative à des affaires d'intérêt public, grâce à l'identification et au rejet de ce type d'action avant la tenue d'un procès » (*Pointes Protection*, par. 16). Toutefois, en plus de protéger



l'expression sur des affaires d'intérêt public, l'art. 137.1 doit également faire en sorte qu'« un demandeur dont la demande est légitime ne soit pas indûment privé de la possibilité de la poursuivre » (par. 46). Appliquant le cadre d'analyse adopté à l'unanimité par notre Cour dans l'arrêt *Pointes Protection*, j'arrive à la même conclusion que la Cour d'appel de l'Ontario : la motion de M<sup>e</sup> Bent fondée sur l'art. 137.1 doit être rejetée et l'action en diffamation de D<sup>r</sup> Platnick doit pouvoir aller de l'avant.

[75] Par souci de commodité, je reproduis ci-après le texte des dispositions pertinentes de l'art. 137.1 :

(3) Sur motion d'une personne contre qui une instance est introduite, un juge, sous réserve du paragraphe (4), rejette l'instance si la personne le convainc que l'instance découle du fait de l'expression de la personne relativement à une affaire d'intérêt public.

(4) Un juge ne doit pas rejeter une instance en application du paragraphe (3) si la partie intimée le convainc de ce qui suit :

a) il existe des motifs de croire :

(i) d'une part, que le bien-fondé de l'instance est substantiel,

(ii) d'autre part, que l'auteur de la motion n'a pas de défense valable dans l'instance;

b) le préjudice que la partie intimée subit ou a subi vraisemblablement du fait de l'expression de l'auteur de la motion est suffisamment grave pour que l'intérêt public à permettre la poursuite de l'instance l'emporte sur l'intérêt public à protéger cette expression.

[76] Comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *Pointes Protection*, au par. 18 :

En somme, l'art. 137.1 impose à l'auteur de la motion — le défendeur dans l'instance — le fardeau initial de convaincre le juge que l'instance découle du fait d'une expression relative à une affaire d'intérêt public. Dès lors que l'auteur de la motion a fait cette démonstration, le fardeau incombe à l'intimé — le demandeur dans l'instance — de convaincre le juge des motions de l'existence de motifs de croire que le bien-fondé de l'instance est substantiel; que l'auteur de la motion n'a pas de défense valable, et que l'intérêt public à permettre la poursuite de l'instance l'emporte sur l'intérêt public à protéger l'expression en cause. Si la partie contre qui la motion est présentée ne parvient pas à persuader le juge des motions qu'elle s'est acquittée de son fardeau, la motion fondée sur l'art. 137.1 est accueillie, et la poursuite sous-jacente est donc rejetée. Il importe de bien comprendre que l'exercice final d'évaluation exigé par l'al. 137.1(4)b) constitue le nœud de l'analyse. Tel qu'il est indiqué à maintes reprises précédemment, le Rapport [*Comité consultatif pour contrer les poursuites-bâillons — Rapport à l'intention du procureur général*] et les débats parlementaires traduisaient un même souci d'équilibre et de proportionnalité entre le fait de permettre aux poursuites bien fondées d'aller de l'avant, et l'intérêt public à protéger l'expression sur des affaires d'intérêt public. L'alinéa 137.1(4)b) a pour but d'optimiser cet équilibre.

[77] La décision rendue à l'égard d'une motion fondée sur l'art. 137.1 commande normalement la déférence en appel, sauf en cas d'erreur révisable. En l'espèce, il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la décision initiale sur la motion présentée en vertu de l'art. 137.1 par M<sup>e</sup> Bent. En effet, le juge de la motion a commis trois grandes erreurs : il n'a pas appliqué le bon critère à la motion fondée sur l'art. 137.1 dont il était saisi, il a mal interprété le droit relatif à la diffamation et ses moyens de défense et il a mal évalué la preuve. Par conséquent, comme dans l'affaire *Pointes Protection*, je vais appliquer la norme de la décision correcte, sauf dans la mesure où les conclusions du juge de la motion ne sont pas visées par cette norme (par. 97; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8 et 36).

(1) Paragraphe 137.1(3) — fardeau initial

[78] Le courriel envoyé par M<sup>e</sup> Bent constitue une expression relative à une affaire d'intérêt public, et l'action en diffamation intentée par D<sup>r</sup> Platnick découle du fait de cette expression. En conséquence, je souscris à l'opinion du juge de la motion et de la Cour d'appel portant que M<sup>e</sup> Bent s'est acquittée du fardeau que lui impose le par. 137.1(3).

[79] En premier lieu, le courriel de M<sup>e</sup> Bent répond à la définition du terme « expression » qui se trouve au par. 137.1(2) : « [t]oute communication, que celle-ci soit faite verbalement ou non, qu'elle soit faite en public ou en privé et qu'elle s'adresse ou non à une personne ou à une entité ». Comme je l'ai affirmé dans l'arrêt *Pointes Protection*, il s'agit d'une définition « large » (par. 25). Le paragraphe 137.1(2) vise *toute* communication, même si elle est *non* verbale, et même si elle est faite *en privé*. Le courriel de M<sup>e</sup> Bent entre dans la définition de la loi.

[80] En second lieu, il est évident que l'instance sous-jacente « découle du fait » de cette expression, puisque le courriel de M<sup>e</sup> Bent est le fondement de la poursuite en diffamation de D<sup>r</sup> Platnick. Comme dans l'affaire *Pointes Protection*, il y a un « lien manifeste » en l'espèce entre l'instance et l'expression (par. 102).

[81] La seule véritable question qui se pose est de savoir si ce courriel est relatif à une affaire d'intérêt public. En l'espèce, je suis d'avis que c'est le cas.

Comme il est indiqué dans l'arrêt *Pointes Protection*, notre Cour privilégie une interprétation « large et libérale » de l'intérêt public (par. 26).

[82] Dans un sens restreint, le courriel de M<sup>c</sup> Bent porte apparemment sur une éventuelle inconduite professionnelle dans les arbitrages en matière d'assurance et vise à encourager ses collègues de l'OTLA à « obtenir les dossiers de l'évaluateur et de Sibley ».

[83] Cependant, dans un sens plus large, le courriel de M<sup>c</sup> Bent soulève des préoccupations concernant la véracité, la fiabilité et l'intégrité des rapports médicaux déposés pour le compte d'assureurs dans le processus d'arbitrage. Du coup, son courriel soulève des préoccupations concernant l'intégrité du processus d'arbitrage lui-même et la saine administration de la justice en général. De plus, le courriel s'adresse à un nombre de personnes non négligeable qui, fait à souligner, ont un intérêt particulier à cet égard en tant que membres de l'OTLA constamment appelés à représenter les intérêts des victimes d'accidents d'automobile, ce qui constitue en soi un intérêt public.

[84] La question de savoir si les allégations ou les préoccupations de M<sup>c</sup> Bent sont fondées est sans importance, car « [à] cette étape de l'analyse, le tribunal n'effectue aucune évaluation qualitative de l'expression » (*Pointes Protection*, par. 28). De fait, il se peut très bien qu'une expression soit diffamatoire sur le plan de la responsabilité délictuelle, tout en étant relative à une affaire d'intérêt public pour l'application du par. 137.1(3).

[85] En conséquence, je suis convaincue, selon la prépondérance des probabilités, que le courriel de M<sup>e</sup> Bent constitue une expression relative à une affaire d'intérêt public et que l'action en diffamation de D<sup>f</sup> Platnick découle du fait de cette expression.

(2) Alinéa 137.1(4)a — Étape du bien-fondé

[86] Puisque M<sup>e</sup> Bent s'est acquittée de son fardeau sur la question préliminaire, il incombe maintenant à D<sup>f</sup> Platnick de démontrer, d'une part, qu'il existe des motifs de croire au bien-fondé substantiel de son action en diffamation et, d'autre part, que M<sup>e</sup> Bent n'a pas de défense valable à lui opposer.

[87] Dans l'arrêt *Pointes Protection*, notre Cour a précisé que, contrairement au par. 137.1(3), qui exige une démonstration selon la prépondérance des probabilités, l'al. 137.1(4)a prévoit expressément une norme de « motifs de croire » (par. 35). Cela suppose qu'il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit — eu égard au stade de l'instance —, pour conclure que le bien-fondé de l'instance sous-jacente est substantiel et qu'il n'existe pas de défense valable (par. 39).

[88] J'ajoute ici que, concrètement, cela veut dire que *n'importe quel* fondement, dans le dossier et le droit, suffira. Par définition, « un fondement pour conclure » existera s'il se trouve un seul fondement, dans le dossier et le droit, pour conclure que le bien-fondé de l'instance sous-jacente est substantiel et qu'il n'existe pas de défense valable. Évidemment, ce fondement doit être défendable sur le plan

juridique et raisonnablement digne de foi. Mais l'« étape essentielle de l'enquête » se trouve, après tout, à l'al. 137.1(4)b), qui sert aussi de « solide filet de sécurité » pour assurer la protection de la liberté d'expression (*Pointes Protection*, par. 48 et 53).

[89] Le juge de la motion n'a pas eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de notre Cour dans l'arrêt *Pointes Protection*, et il a par conséquent commis une erreur de droit en imposant à D<sup>f</sup> Platnick une norme plus rigoureuse, obligeant ce dernier à présenter des [TRADUCTION] « renseignements crédibles et convaincants », dans le cadre de son analyse en vertu du sous-al. 137.1(4)a)(ii) au sujet de l'absence de défense valable (motifs de la C.S., par. 3). Comme je l'ai déjà indiqué, il n'y a donc pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de ses conclusions.

*a) Sous-alinéa 137.1(4)a)(i) — Bien-fondé substantiel*

[90] Dans l'arrêt *Pointes Protection*, notre Cour a défini le « bien-fondé substantiel » comme une « possibilité réelle de succès, c'est-à-dire [que l'instance] doit avoir une possibilité de succès qui, sans équivaloir à une vraisemblance de succès démontrée, tend à pencher davantage en faveur du demandeur » (par. 49).

[91] Je suis d'avis que le bien-fondé de l'action en diffamation de D<sup>f</sup> Platnick est substantiel.

[92] La diffamation fait l'objet d'un test clairement formulé qui exige le respect de trois critères :

1. Les mots reprochés ont été diffusés, c'est-à-dire qu'ils ont été communiqués à au moins une personne autre que le demandeur;
2. Les mots reprochés visent le demandeur;
3. Les mots en cause sont diffamatoires au sens où ils tendent à entacher la réputation du demandeur aux yeux d'une personne raisonnable.

(Voir *Torstar*, par. 28; voir aussi P.A. Downard, *The Law of Libel in Canada* (4e éd. 2018), §1.2 à 1.14.)

[93] Ces trois critères sont facilement rencontrés en l'espèce.

[94] D'abord, les mots reprochés ont été diffusés. M<sup>e</sup> Bent a rédigé un courriel et l'a envoyé à 670 membres de l'OTLA. De plus, on peut soutenir que les mots ont été rediffusés (dans un sens juridique) lorsque le magazine *Insurance Business Canada* a publié son article renfermant le courriel de M<sup>e</sup> Bent. Je reconnais que la republication est une question entièrement distincte. Pour donner à cette question l'importance qu'elle mérite, il convient d'en traiter à une étape ultérieure où elle permettra de trancher une question cruciale; j'analyserai donc la republication de façon approfondie lorsque j'évaluerai le préjudice subi par D<sup>f</sup> Platnick aux termes de l'al. 137.1(4)b). Ici, toutefois, il n'est pas nécessaire de traiter de la republication, puisque la diffusion initiale suffit pour établir le bien-fondé d'une action en diffamation. Et c'est ce que permet de faire le courriel de M<sup>e</sup> Bent.

[95] Ensuite, les mots reprochés visent précisément D<sup>f</sup> Platnick. Comme je l'ai souligné plus tôt dans l'aperçu des faits, D<sup>f</sup> Platnick est expressément mentionné à trois reprises dans le courriel de M<sup>e</sup> Bent. Par souci de commodité, je reproduis les passages en question ci-dessous, puisqu'il s'agit des affirmations qui constituent le fondement de l'action introduite par D<sup>f</sup> Platnick et des présents pourvois :

[TRADUCTION]

Il a aussi affirmé dans son témoignage qu'il n'avait jamais participé à une « réunion de consensus » et qu'il n'avait jamais vu ni approuvé le résumé rédigé par D<sup>f</sup> Platnick, lequel a été signé par D<sup>f</sup> Platnick comme représentant le consensus de toute l'équipe.

Ce n'est pas un cas isolé, puisque j'ai eu un autre dossier dans lequel D<sup>f</sup> Platnick avait changé la décision du médecin, faisant passer la déficience de marquée à moyenne.

[96] Enfin, les mots reprochés sont diffamatoires, au sens où ils auraient tendance à ternir la réputation de D<sup>f</sup> Platnick aux yeux d'une personne raisonnable. En l'espèce, il existe une preuve d'une atteinte réelle à la réputation de D<sup>f</sup> Platnick, qui n'est même pas nécessaire à cette étape, compte tenu du fait qu'« un dommage réel à la réputation [. . .] n'est pas nécessaire pour établir l'existence d'un cas de diffamation »; il faut plutôt « que la déclaration, placée en contexte, risque effectivement de rendre moins favorable l'opinion qu'une personne raisonnable se forme du demandeur » (*WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420, par. 78). Qui plus est, « [l]e demandeur n'a pas à prouver que le défendeur avait l'intention de causer un préjudice ni même qu'il a été négligent. Il s'agit donc d'un délit de responsabilité stricte » (*Torstar*, par. 28).



[97] Les propos de M<sup>e</sup> Bent dénigrent D<sup>f</sup> Platnick et contiennent des allégations d'inconduite professionnelle de la part de celui-ci — ce que M<sup>e</sup> Bent ne semble pas contester. Dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 118, notre Cour a souligné « l'importance particulière que revêt la réputation pour l'avocat », mentionnant son « importance primordiale » et affirmant qu'elle est la « pierre angulaire de sa vie professionnelle ». Je ne vois aucune raison de principe pour laquelle les membres de la profession juridique méritent davantage que l'on protège leur réputation que ceux de la profession médicale, puisqu'il s'agit dans les deux cas de professionnels qui s'appuient sur leurs compétences individuelles pour réussir. C'est d'ailleurs ce que suggère notre Cour dans l'arrêt *Botiuk*, au par. 92 : « Il y a lieu de reconnaître que ces observations [portant sur la profession juridique] seront également applicables à d'autres métiers et professions ». Par conséquent, il convient de prendre particulièrement au sérieux les allégations d'inconduite *professionnelle* exprimées par M<sup>e</sup> Bent. Tous s'accordent pour dire qu'une allégation d'inconduite professionnelle tendrait à ternir la réputation de D<sup>f</sup> Platnick aux yeux d'une personne raisonnable.

[98] Cette conclusion est renforcée par une preuve indiquant que dans les semaines qui ont suivi le courriel en cause, D<sup>f</sup> Platnick a reçu des [TRADUCTION] « annulations massives » (d.a., vol. VI, p. 15). Il invoque un impact financier direct de 578 949 \$, et pour établir ce montant, il a déposé un rapport comptable généré en tenant compte de ses gains antérieurs et de son inscription sur une « liste noire » après la diffusion des propos diffamatoires (p. 17). Comme je l'ai déjà mentionné, il n'est

pas nécessaire de présenter une preuve précise de préjudice pour avoir gain de cause dans une action en diffamation; c'est pourquoi il m'apparaît plus opportun d'approfondir l'examen du préjudice subi par D<sup>f</sup> Platnick lors de l'étape ultérieure de l'analyse requise par l'al. 137.1(4)b), attendu que cette analyse repose sur la question de savoir si le préjudice est suffisamment grave pour permettre à l'instance de suivre son cours.

[99] Pour le moment, les éléments qui précèdent suffisent pour démontrer que le troisième critère qui s'applique à une action en diffamation est respecté : les mots en cause sont diffamatoires au sens où ils tendraient à ternir la réputation de D<sup>f</sup> Platnick aux yeux d'une personne raisonnable.

[100] Au final, l'action de D<sup>f</sup> Platnick satisfait sans aucun doute aux trois critères requis pour établir le bien-fondé d'une action en diffamation. Son action est juridiquement défendable et prend appui sur des éléments de preuve raisonnablement dignes de foi, si bien que l'on peut affirmer qu'elle a une possibilité réelle de succès. Par conséquent, il existe des motifs de croire que le bien-fondé de l'action en diffamation de D<sup>f</sup> Platnick est substantiel aux termes du sous-al. 137.1(4)a)(i).

*b) Sous-alinéa 137.1(4)a)(ii) — Absence de défense valable*

[101] Le sous-alinéa 137.1(4)a)(ii) exige que D<sup>f</sup> Platnick démontre qu'il existe des « motifs de croire » que M<sup>e</sup> Bent n'a « pas de défense valable » dans son action en diffamation. Comme l'affirme notre Cour dans l'arrêt *Pointes Protection*, au

par. 60, cette analyse est le « pendant » de celle qui est effectuée en application du sous-al. 137.1(4)a(i) : autrement dit, D<sup>f</sup> Platnick doit démontrer qu’il existe des motifs de croire que les moyens de défense de M<sup>e</sup> Bent n’ont « aucune possibilité réelle de succès ». De fait, les expressions « bien-fondé substantiel » et « pas de défense valable » sont les « éléments constitutifs de l’analyse globale de la possibilité de succès de la demande sous-jacente » (par. 59).

[102] Cette interprétation est logique parce qu’elle tient compte de la manière dont les actions en diffamation, comme celle en l’espèce, sont généralement instruites. Au procès, le demandeur doit d’abord faire la preuve *prima facie* qu’il y a eu diffamation. C’est ce à quoi correspond le « bien-fondé substantiel » (*Pointes Protection*, par. 59). Le fardeau est alors renversé et le défendeur doit invoquer un moyen de défense pour éviter d’être tenu responsable (*Torstar*, par. 28-29). C’est ce à quoi correspond l’expression « pas de défense valable » (*Pointes Protection*, par. 59).

[103] Par conséquent, comme l’explique notre Cour dans l’arrêt *Pointes Protection*, au par. 56, le sous-al. 137.1(4)a(ii) « opère [...] un de transfert de fardeau “*de facto*” » : le défendeur doit *d’abord* présenter les moyens de défense qu’il compte faire entrer en jeu, après quoi le fardeau de la preuve passe effectivement au demandeur, à qui la loi impose ce fardeau. Il faut donc déterminer s’il existe des « motifs de croire » que M<sup>e</sup> Bent n’a « pas de défense valable ». D<sup>f</sup> Platnick est, de fait, tenu de démontrer qu’il se trouve *un* fondement, dans le dossier et le droit — eu égard au stade de l’instance —, pour conclure que les moyens de défense invoqués

par M<sup>e</sup> Bent ne tendent pas à pencher *davantage* en sa faveur à elle. Le syllogisme est clair : (i) D<sup>r</sup> Platnick doit démontrer qu’il existe des motifs de croire que les moyens de défense invoqués par M<sup>e</sup> Bent n’ont aucune possibilité réelle de succès (*Pointes Protection*, par. 60); (ii) cela suppose l’existence de motifs de croire que les moyens de défense ne tendent pas à pencher *davantage* en faveur de M<sup>e</sup> Bent (par. 49); (iii) selon la définition de l’expression « motifs de croire », il s’ensuit qu’il doit se trouver un fondement, dans le dossier et le droit — eu égard au stade de l’instance —, pour conclure que les moyens de défense ne tendent pas à pencher *davantage* en faveur de M<sup>e</sup> Bent (par. 39).

[104] Dans sa défense, M<sup>e</sup> Bent a dûment « fai[t] entrer en jeu » les moyens de défense de justification et d’immunité relative (*Pointes Protection*, par. 56-57). Je reconnais qu’elle y a aussi soulevé les moyens de défense de la communication responsable et du commentaire loyal. Toutefois, M<sup>e</sup> Bent semble depuis les avoir abandonnés, puisqu’ils n’ont pas été plaidés devant notre Cour. Par conséquent, je n’examinerai que les moyens de défense de justification et d’immunité relative que M<sup>e</sup> Bent a fait entrer en jeu, que je considère aussi comme ses plus solides.

[105] J’estime qu’il existe des motifs de croire que ni l’un ni l’autre n’est valable. Autrement dit, j’estime qu’il se trouve *un* fondement, dans le dossier et le droit — eu égard au stade de l’instance —, pour conclure que les moyens de défense ne tendent pas à pencher *davantage* en faveur de M<sup>e</sup> Bent, tout en reconnaissant qu’il incombe à D<sup>r</sup> Platnick d’en faire la démonstration.

[106] J'entreprends ci-dessous l'analyse des moyens de défense de justification et d'immunité relative, et j'explique pourquoi il existe des motifs de croire que ces derniers ne sont pas valables. Avant de le faire, je tiens à préciser que toute conclusion que je tire quant aux moyens de défense de M<sup>e</sup> Bent se limite expressément à la présente motion fondée sur l'art. 137.1.

(i) Justification

[107] Lorsqu'une preuve *prima facie* de diffamation a été faite, les propos reprochés sont présumés faux (*Torstar*, par. 28). Pour établir une défense de justification, « le défendeur doit démontrer que l'énoncé était substantiellement vrai » (par. 33). Le défendeur a le fardeau de prouver la vérité substantielle de [TRADUCTION] « "l'aspect offensant", ou l'idée maîtresse — des propos diffamatoires » (Downard, §1.6 (note en bas de page omise)). Autrement dit, « [l]a défense de justification échouera s'il est démontré que la publication en cause contenait des faits exacts, mais que la véracité des propos offensants n'a pas été établie » (Downard, §6.4).

[108] Le fait que la vérité partielle ne constitue pas une défense revêt une importance particulière en l'espèce. Si une partie importante de la défense de justification échoue, la défense échoue au complet (R. E. Brown, *Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States* (2e éd. (feuilles mobiles), p. 10-88 à 10-90 (« *Brown on Defamation* »)). Cependant, il est possible qu'un défendeur puisse justifier seulement une partie des propos

diffamatoires [TRADUCTION] « si cette partie est distincte du reste et peut en être dissociée » (p. 10-89 (note en bas de page omise)). Il faut pour cela que l'allégation soit distincte et autonome, plutôt qu'un « élément ou une partie d'un tout cohérent » (p. 10-90 (note en bas de page omise)).

[109] Appliquant ce qui précède aux faits de l'espèce, les « propos offensants » sont l'allégation d'inconduite professionnelle. Dans son courriel, M<sup>e</sup> Bent soutient essentiellement que D<sup>f</sup> Platnick a présenté de façon inexacte ou qu'il a altéré les opinions des autres experts médicaux dans le but de priver une victime d'accident d'automobile du statut de déficience invalidante auquel elle avait droit. M<sup>e</sup> Bent allègue en effet un comportement malhonnête et une inconduite professionnelle grave. Comme je l'ai déjà mentionné, elle semble admettre qu'il s'agit là de « l'aspect offensant » ou du « sous-entendu » des propos tenus dans son courriel. En conséquence, elle devrait présenter une preuve établissant que l'allégation d'inconduite professionnelle est substantiellement vraie pour que sa défense de justification soit reçue au procès. En l'espèce, dans le cadre d'une motion fondée sur l'art. 137.1, D<sup>f</sup> Platnick doit établir l'existence de motifs de croire que M<sup>e</sup> Bent n'a aucune possibilité réelle de réussir à faire cette preuve.

[110] Par conséquent, la véracité d'une seule des affirmations de M<sup>e</sup> Bent sera, dans les faits, insuffisante pour que la défense soit retenue. Par exemple, même si la première allégation de M<sup>e</sup> Bent selon laquelle D<sup>f</sup> Platnick a donné l'image trompeuse d'un consensus médical était vraie, M<sup>e</sup> Bent devrait quand même prouver la véracité

de sa deuxième affirmation, à savoir que D<sup>r</sup> Platnick a « changé » la décision d'un médecin. Il en est ainsi parce qu'à mon avis, il existe des motifs de croire que les affirmations ne sont pas dissociables, mais qu'elles sont plutôt des parties constituantes des mêmes propos offensants relatifs à l'inconduite professionnelle.

[111] C'est ce que confirment non seulement une inférence fondée sur le bon sens, mais également les propres mots de M<sup>e</sup> Bent. En effet, celle-ci a elle-même associé les deux affirmations, ce qui permet en conséquence de soutenir qu'il s'agissait d'une seule allégation d'inconduite professionnelle contre D<sup>r</sup> Platnick. Dans son courriel, après la première affirmation, M<sup>e</sup> Bent écrit que [TRADUCTION] « [c]e n'est PAS le seul rapport à avoir été altéré » puis, immédiatement avant la deuxième affirmation, elle écrit : « [c]e n'est pas un cas isolé, puisque [. . .] ». À première vue, les propos précités lient intrinsèquement la première allégation à la deuxième comme parties constituantes d'une allégation globale d'inconduite professionnelle. Comme le révèlent clairement ses propres mots, M<sup>e</sup> Bent cherchait en fait à démontrer une série d'actes d'inconduite professionnelle plus large de la part de D<sup>r</sup> Platnick. M<sup>e</sup> Bent a elle-même associé les deux affirmations, les rendant indissociables.

[112] Par conséquent, je n'ai pas à m'interroger sur la véracité de la première allégation de M<sup>e</sup> Bent portant sur l'image trompeuse d'un consensus (malgré l'argument potentiellement convaincant de D<sup>r</sup> Platnick qu'elle ne l'était pas)<sup>4</sup>, puisque

---

<sup>4</sup> D<sup>r</sup> Platnick a fourni à notre Cour des éléments de preuve selon lesquels le mot « consensus » est impropre, car l'obligation d'obtenir un « consensus » et les signatures des médecins-évaluateurs est un vestige d'un ancien régime législatif qui a été abrogé en 2006 par voie législative. Le régime actuel de l'*AIAL* n'exige plus un consensus et M<sup>e</sup> Bent — étant présidente élue de l'*OTLA* et ayant

je suis convaincue qu'il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit, pour conclure que les deux affirmations sont liées et que la deuxième allégation de M<sup>e</sup> Bent selon laquelle D<sup>r</sup> Platnick a [TRADUCTION] « changé la décision du médecin, faisant passer la déficience de marquée à moyenne » n'est pas substantiellement vraie; cela suffit pour écarter sa défense de justification en application du sous-al. 137.1(4)a(ii).

[113] Bien que cette question n'ait pas été débattue par les parties — de sorte qu'aucun argument n'a été soumis à la Cour sur ce point —, l'art. 22 de la *Loi sur la diffamation*, L.R.O. 1990, c. L. 12, semble avoir modifié la règle de common law relative à la justification partielle<sup>5</sup>. Si l'on fait abstraction des réserves qu'on pourrait avoir en raison du fait que ce point n'a pas été débattu en l'espèce, même si cette disposition était en litige, il se trouverait néanmoins un fondement, dans le dossier et le droit, pour conclure que la fausseté de la seconde allégation a en soi causé un préjudice important à la réputation de D<sup>r</sup> Platnick. Tout d'abord, l'allégation suivant laquelle D<sup>r</sup> Platnick a « changé » la décision d'un médecin pourrait être considérée comme plus préjudiciable, sur le plan qualitatif, que celle selon laquelle il aurait

---

une connaissance de l'*AIAL* — aurait su que, en réalité, D<sup>r</sup> Platnick ne présentait pas l'image trompeuse d'un consensus médical. De fait, on aurait peut-être pu clairement comprendre qu'aucun consensus médical quant à la classification de l'*AIAL* ne pouvait exister, en raison de la méconnaissance du régime ontarien de l'*AIAL* par les quatre médecins-évaluateurs de la Nouvelle-Écosse (un des médecins évaluateurs a même affirmé que les critères de l'*AIAL* qu'il était tenu d'appliquer étaient [TRADUCTION] « dépassés » et « inappropriés » (d.a., vol. V, p. 182)). En conséquence, il existe des motifs de croire que l'affirmation de M<sup>e</sup> Bent selon laquelle D<sup>r</sup> Platnick avait présenté une image trompeuse d'un consensus médical n'était pas substantiellement vraie.

<sup>5</sup> L'article 22 de la *Loi sur la diffamation* dispose : « Dans une action en libelle diffamatoire ou en diffamation verbale découlant de mots qui contiennent deux allégations ou plus contre le demandeur, la défense de justification ne doit pas être rejetée au seul motif que la véracité de chacune des allégations n'est pas établie, si les mots dont la véracité n'a pas été établie n'ont pas causé un préjudice substantiel à la réputation du demandeur, eu égard à la véracité des autres allégations ».



présenté l'image trompeuse d'un soi-disant consensus. En second lieu, comme je l'ai déjà précisé, compte tenu du fait que M<sup>e</sup> Bent a associé les deux allégations dans son courriel, celles-ci peuvent être considérées comme faisant partie intégrante d'une seule et même accusation — selon laquelle il y a eu une série d'actes répétés d'inconduite professionnelle — plutôt que comme deux accusations « distinctes ».

[114] Je vais maintenant expliquer pourquoi il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit, pour conclure que l'allégation selon laquelle D<sup>r</sup> Platnick [TRADUCTION] « [a] changé la décision du médecin » n'est pas substantiellement vraie, et pourquoi on ne peut donc pas considérer que la défense de justification penche suffisamment en faveur de M<sup>e</sup> Bent pour qu'on la dise « valable » au sens du sous-al. 137.1(4)a(ii).

[115] Tout d'abord, je souscris à l'opinion du juge Doherty de la Cour d'appel, qui a constaté à juste titre que l'allégation de M<sup>e</sup> Bent selon laquelle D<sup>r</sup> Platnick a [TRADUCTION] « changé » la décision de D<sup>re</sup> Dua peut être interprétée « d'au moins deux façons » (par. 75). Premièrement, on peut l'interpréter comme voulant dire que D<sup>r</sup> Platnick a *matériellement* changé le rapport, ce qui équivaut pratiquement à une allégation de fraude. Deuxièmement, on peut y voir une allégation selon laquelle D<sup>r</sup> Platnick a « *présenté de façon inexacte* l'opinion d'un autre médecin quant au degré de déficience que celui-ci avait constaté » (par. 75 (italiques ajoutés)). J'ajoute une troisième interprétation possible : comme l'a conclu le juge de la motion, l'allégation selon laquelle D<sup>r</sup> Platnick a « changé » la décision de D<sup>re</sup> Dua peut être

interprétée comme voulant dire que D<sup>r</sup> Platnick a indûment [TRADUCTION] « *persuadé* » D<sup>re</sup> Dua de changer sa décision pour la rendre conforme à « l'intérêt pécuniaire » de son « client » à lui (motifs de la C.S., par. 22<sup>6</sup>).

[116] Je suis d'avis qu'il se trouve *un* fondement, dans le dossier et le droit, pour conclure que la défense de justification n'a aucune possibilité réelle de succès selon l'une ou l'autre de ces interprétations. La preuve au dossier dont dispose notre Cour fournit un fondement juridiquement défendable concernant ce qui s'est passé, lequel est raisonnablement digne de foi. Le rapport initial de D<sup>re</sup> Dua faisait état d'une classification de « déficience moyenne (classe 4) ». Comme je l'ai souligné dans l'aperçu des faits, cette qualification est intrinsèquement incohérente, puisque la « déficience *moyenne* » est associée à la « classe 3 », et une classification de la « classe 4 » est associée à une « déficience *marquée* ». Comme elle devait le faire, D<sup>re</sup> Dua a envoyé son rapport à la compagnie vendeuse. Cette dernière a communiqué avec D<sup>r</sup> Platnick et lui a demandé de parler à D<sup>re</sup> Dua, puisque [TRADUCTION] « la compagnie vendeuse était préoccupée par ce qui paraissait être une incohérence interne, voire une contradiction » (d.a., vol. VI, p. 66). De fait, ce n'est pas le seul problème que posait le premier rapport de D<sup>re</sup> Dua, puisque celle-ci avait également examiné la victime sur le fondement d'une déficience physique, alors qu'elle n'était

---

<sup>6</sup> Le juge de la motion a parlé du « client » de D<sup>r</sup> Platnick en avançant cette hypothèse. On ne sait pas avec certitude si le juge de la motion faisait référence à la compagnie vendeuse ou à l'assureur, qui sont deux entreprises distinctes. Alors que l'assureur a un intérêt pécuniaire à l'égard d'un constat de déficience non invalidante, la compagnie vendeuse n'a pas un tel intérêt, puisqu'elle n'est pas partie à un arbitrage en matière d'assurance. Les services de D<sup>r</sup> Platnick sont retenus par la compagnie vendeuse et non par l'assureur. De plus, il serait peut-être plus juste de qualifier celui-ci d'employeur de D<sup>r</sup> Platnick plutôt que de son « client ». Quoi qu'il en soit, on ne sait pas avec certitude si la qualification du juge de la motion est exacte dans un sens ou dans l'autre, ce qui témoigne d'une mauvaise appréciation de la preuve que je souhaite clarifier par la présente note de bas de page.

censée le faire que sur le fondement de la déficience psychologique ou psychiatrique. D<sup>f</sup> Platnick affirme avoir demandé à D<sup>re</sup> Dua de « clarifier l'incohérence ou la contradiction manifeste dont il est question ci-dessus » et ajoute que « D<sup>re</sup> Dua était libre de tirer toute conclusion qu'elle estimait indiquée » (p. 68). Tel que mentionné plus tôt dans l'aperçu des faits, la deuxième et dernière version du rapport de D<sup>re</sup> Dua faisait état d'une classification de « déficience moyenne (classe 3) » à la suite de la conversation avec D<sup>f</sup> Platnick. Ce rapport a influé sur le rapport final que D<sup>f</sup> Platnick a présenté à la compagnie vendeuse, lequel était compatible avec la deuxième version du rapport de D<sup>re</sup> Dua.

[117] Le fait qu'il se trouve un fondement dans le dossier pour certaines conclusions est considérablement renforcé, voire confirmé, par la lettre de D<sup>re</sup> Dua, dans laquelle cette dernière affirme que D<sup>f</sup> Platnick l'a appelée et a [TRADUCTION] « indiqué trois principaux sujets de préoccupation qu'il fallait éclaircir ». D<sup>re</sup> Dua déclare avoir « inscrit "classe 4" par inadvertance, alors que selon les *guides de l'AMA*, la déficience moyenne est de "classe 3" ». Elle qualifie cela d'« erreur typographique », et affirme avoir avisé D<sup>f</sup> Platnick qu'elle voulait « dire "classe 3" » (requête pour production de preuve nouvelle, p. 37). Puis, D<sup>re</sup> Dua « confirme expressément que D<sup>f</sup> Platnick n'a en aucun moment fait pression sur [elle] » pour qu'elle change son rapport (p. 38). Plus loin, elle ajoute qu'« il est faux de prétendre que D<sup>f</sup> Platnick a changé mon rapport ». Comme je l'ai déjà expliqué, aux par. 48 et 65, je conviens que la lettre de D<sup>re</sup> Dua n'a pas été vérifiée comme elle pourrait l'être, par exemple, en soumettant D<sup>re</sup> Dua à un contre-interrogatoire. Par conséquent, cet

élément de preuve pourrait fort bien être contredit lors de l'instruction sur le fond de la demande de D<sup>f</sup> Platnick. En effet, l'appréciation ultime de la crédibilité de la preuve est reportée à une étape ultérieure (*Pointes Protection*, par. 52). Aux fins de la présente motion fondée sur l'art. 137.1, la lettre de D<sup>re</sup> Dua complète la preuve qui existait antérieurement, de sorte que celle-ci donne un fondement suffisant pour conclure que la déclaration de M<sup>e</sup> Bent n'est pas substantiellement vraie.

[118] Ainsi, comme le montre ce qui précède, il se trouve dans la preuve au dossier *un* fondement pour conclure que l'allégation selon laquelle [TRADUCTION] « D<sup>f</sup> Platnick [a] changé la décision d'un médecin » n'est pas substantiellement vraie. Ce fondement est juridiquement défendable et prend appui sur des éléments de preuve raisonnablement dignes de foi (*Pointes Protection*, par. 50). En effet, M<sup>e</sup> Bent ne soutient pas en l'espèce que D<sup>f</sup> Platnick a *matériellement* changé le rapport de D<sup>re</sup> Dua, et il ressort clairement de ce qui précède que D<sup>f</sup> Platnick n'a pas *présenté* ce rapport *de façon inexacte*, pas plus qu'il n'a indûment *persuadé* sa consœur de changer sa décision. De fait, il existe des motifs de croire que l'allégation d'inconduite professionnelle avancée par M<sup>e</sup> Bent n'est pas substantiellement vraie. Pour ce motif, la défense de justification n'est pas valable au regard du sous-al. 137.1(4)a(ii).

[119] Le juge de la motion a eu tort de conclure autrement. En concluant qu'il y avait des [TRADUCTION] « éléments de preuve convaincants et crédibles » selon lesquels la défense de justification présentait des « chances raisonnables de succès »,

le juge de la motion a souligné le fait qu'il demeurerait quand même important que M<sup>e</sup> Bent avertisse ses collègues de la nécessité d'examiner en profondeur les dossiers médicaux, et le fait que D<sup>r</sup> Platnick aurait dû dire que D<sup>re</sup> Dua lui avait fourni une deuxième version du rapport (motifs de la C.S., par. 112). En plus du fait que le juge de la motion a employé le mauvais critère juridique au stade de l'analyse aux termes du sous-al. 137.1(4)a(ii), son appréciation ne se rapportait nullement à une interprétation correcte de la défense de justification. Sur ce point, je partage l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario, selon laquelle aucune des questions abordées par le juge de la motion n'avait quoi que ce soit à voir avec la question de savoir s'il était justifié que M<sup>e</sup> Bent allègue expressément que D<sup>r</sup> Platnick a « changé » la décision d'un médecin (par. 81-83).

[120] En conclusion, j'estime qu'il existe des motifs de croire que la défense de justification de M<sup>e</sup> Bent n'a aucune possibilité réelle de succès. Comme je l'ai exposé plus tôt, il faudrait de fait que M<sup>e</sup> Bent justifie *les deux* affirmations qu'elle a faites, puisque les deux semblent former les parties constitutives des « propos offensants » selon lesquels D<sup>r</sup> Platnick est coupable d'inconduite professionnelle. Comme je l'ai fait remarquer, il existe des motifs de croire que les affirmations sont indissociables, non seulement à la lumière d'une inférence fondée sur le bon sens qui les rattache aux seuls et mêmes propos offensants, mais aussi à la lumière des mots que M<sup>e</sup> Bent a expressément employés et qui les associaient. Dans la mesure où il se trouve dans le dossier un fondement pour conclure que la deuxième affirmation de M<sup>e</sup> Bent — selon laquelle D<sup>r</sup> Platnick a [TRADUCTION] « changé la décision [d'un autre] médecin,

faisant passer la déficience de marquée à moyenne » — n'est pas substantiellement vraie, et compte tenu de ma conclusion selon laquelle un tel fondement existe, la défense de justification est exclue à *cette étape*. Il faut garder à l'esprit ici que les « motifs de croire » requièrent simplement qu'il se trouve *un* (seul) fondement, dans le dossier et le droit, pour conclure en ce sens. La lettre de D<sup>re</sup> Dua constitue un tel fondement en plus de la preuve au dossier qui existait avant cette lettre.

(ii) Immunité relative

[121] Il existe une situation d'immunité relative si l'auteur d'une communication a [TRADUCTION] « un devoir juridique, social, moral ou personnel de — ou un intérêt à — diffuser l'information en cause à la personne à qui il la diffuse », *et* si les destinataires de cette communication ont « un devoir de — ou un intérêt réciproque à — la recevoir » (Downard, §9.6 (note en bas de page omise)). Fait important, « [l']immunité relative se rattache aux circonstances entourant la communication, et non à la communication elle-même » (*Hill*, par. 143; *Botiuk*, par. 78). Lorsqu'on établit qu'il y a immunité, « la bonne foi du défendeur est présumée et ce dernier est alors libre de publier en toute impunité des remarques sur le demandeur, qui peuvent être diffamatoires et inexacts » (*Hill*, par. 144; *Botiuk*, par. 79). Toutefois, l'immunité est *relative* en ce sens qu'elle peut cesser d'exister. Ce sera le cas en particulier dans deux situations : lorsque les propos sont principalement motivés par la malveillance, comme lorsque l'auteur des propos était insouciant quant

à la véracité des propos tenus, ou lorsque la portée de la situation d'immunité a été outrepassée (Downard, §1.9; voir aussi *Hill*, par. 145-147; *Botiuk*, par. 79-80).

[122] Pour ce motif, il est essentiel de caractériser la « situation » avec précision, puisque c'est cette situation qui crée l'immunité relative et qui en trace les contours, lesquels servent à leur tour de jalons pour évaluer si l'on outre passe ou si l'on transgresse la situation d'immunité.

[123] En l'espèce, il existe une foule de façons de caractériser la situation à laquelle l'immunité relative pourrait se rattacher. Par exemple, les mots employés par M<sup>e</sup> Bent dans son courriel indiquent une portée potentiellement limitée : [TRADUCTION] « je voulais vous avertir, chers collègues, de toujours obtenir les dossiers de l'évaluateur et de Sibley ». Toutefois, M<sup>e</sup> Bent a soutenu que l'immunité avait une portée plus large, affirmant qu'elle « sensibilisait ses collègues avocats de la partie demanderesse dans les affaires de préjudice personnel concernant la nécessité d'obtenir la communication complète des documents, et défendait les victimes d'accidents d'automobile et l'intégrité du processus de règlement des litiges en matière d'assurance automobile en attirant l'attention sur des situations particulières où les évaluateurs des assureurs n'ont pas fourni des opinions indépendantes et impartiales » (d.a., vol. III, p. 4). Pour sa part, le serveur de liste de l'OTLA limite lui-même la situation dans la mesure où l'entente « Engagement et garantie » (« Entente relative au serveur de liste ») limite le type de publications que les membres de l'OTLA ont un devoir de — ou un intérêt à — transmettre ou recevoir.

L'utilisation du serveur de liste de l'OTLA est [TRADUCTION] « réservée aux questions découlant de dossiers en cours en lien avec des litiges existants ou envisagés et visant à obtenir des conseils, des avis et de l'aide à cet égard » (d.a., vol. IV, p. 48) (je souligne). Avec égards pour ma collègue, il est important de tenir compte de la *totalité* de cet extrait pour bien comprendre avec quoi les « questions découlant de dossiers en cours » doivent *être en lien* pour qu'on puisse conclure qu'une communication relève d'une utilisation expressément prévue par le serveur de liste (*contra*, par. 227).

[124] Il convient de se demander si l'immunité se rattache même à la situation dans laquelle la communication de M<sup>e</sup> Bent a été faite sur le serveur de liste. En effet, « les exigences relatives à l'immunité demeurent rigoureuses » (*Torstar*, par. 37). L'immunité « procède » non pas « de valeurs liées à la liberté d'expression, mais de l'utilité sociale de ne pas tenir civilement responsables les auteurs de communications faites dans des circonstances particulières » (par. 94). Il y a des raisons de douter de l'existence d'un intérêt social impérieux de conférer l'immunité à toutes les communications sur un serveur de liste professionnel dont l'utilisation est expressément [TRADUCTION] « réservée aux questions découlant de dossiers en cours en lien avec des litiges existants ou envisagés et visant à obtenir des conseils, des avis et de l'aide à cet égard », et qui interdit expressément la formulation de propos même *potentiellement* diffamatoires<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Au procès, un juge ou un jury pourrait raisonnablement conclure que l'immunité se rattache à la situation dans laquelle la communication de M<sup>e</sup> Bent a été faite. Toutefois, il n'est pas nécessaire de



[125] Néanmoins, je suis disposée à présumer, aux fins de la discussion, que l'immunité relative se rattache à la situation en l'espèce, puisque, sans égard à la manière dont la situation est définie, il existe des motifs de croire que l'immunité relative sera écartée et que cette défense n'est pas valable au regard du sous-al. 137.1(4)a(ii). En particulier, je suis convaincue qu'il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit, pour conclure que la portée de l'immunité a été outrepassée et que la défense ne tend donc pas à pencher *davantage* en faveur de M<sup>e</sup> Bent.

[126] Je réitère que la conclusion qui précède et toute autre conclusion que je tire concernant les moyens de défense de M<sup>e</sup> Bent, y compris celles qui suivent, se limitent expressément à la présente motion fondée sur l'art. 137.1. Aucune de mes conclusions ne doit être interprétée comme préjugant du bien-fondé des moyens de défense de M<sup>e</sup> Bent au procès. D'ailleurs, il ne faut pas oublier que mon appréciation est tempérée par la norme des « motifs de croire » que commande expressément le sous-al. 137.1(4)a(ii). Dans cette optique, j'en viens maintenant à l'appréciation de la défense d'immunité relative que fait valoir M<sup>e</sup> Bent et à la question de savoir si la portée de cette immunité a pu être outrepassée et si, par conséquent, la défense est vouée à l'échec, dans le contexte d'une motion fondée sur l'art. 137.1.

[127] D'entrée de jeu, je constate que ma collègue estime que M<sup>e</sup> Bent dispose d'une défense valable d'immunité relative. À mon humble avis, comme je vais

---

trancher cette question dans le cadre de la présente motion fondée sur l'art. 137.1, alors que je ne tenterai pas de le faire, et je n'exclus donc pas l'une ou l'autre de ces conclusions.

l'expliquer plus loin, bon nombre des points soulevés par ma collègue se rattachent davantage à la défense de justification. Je vais néanmoins aborder son raisonnement dans le contexte de la défense d'immunité relative, comme elle le fait.

[128] L'immunité relative peut cesser d'exister « lorsqu'on a passé outre aux limites du devoir ou de l'intérêt » (*Hill*, par. 146; *Botiuk*, par. 80). C'est le cas lorsque l'information communiquée dans une affirmation n'a rien à voir avec l'exécution du devoir ou l'exercice du droit donnant lieu à l'application de l'immunité, ou lorsque l'information n'est pas raisonnablement appropriée pour les fins légitimes de la situation (*Downard*, §9.91; *Botiuk*, par. 80; *Hill*, par. 146-147; *RTC Engineering Consultants Ltd. c. Ontario (Solicitor General)* (2002), 58 O.R. (3d) 726 (C.A.), par. 18).

[129] D'abord, je suis convaincue qu'il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit, pour conclure qu'il n'était pas nécessaire de mentionner expressément D<sup>r</sup> Platnick pour l'exécution du devoir donnant lieu à l'application de l'immunité. Dans l'arrêt *Hill*, notre Cour a porté une attention particulière aux propos du défendeur, et a conclu qu'ils étaient « inutile[s] et inconvenant[s] » et par conséquent, que la portée de l'immunité avait été outrepassée (par. 156). De même, dans l'arrêt *Botiuk*, notre Cour a conclu que la portée de l'immunité avait été outrepassée parce que « [le défendeur] n'avait pas à diffamer Botiuk » au moyen de « mentions diffamatoires [expresses] » relatives à celui-ci (par. 85). Autrement dit, il n'était pas nécessaire de nommer le demandeur. En l'espèce, il se trouve un fondement, dans le

dossier et le droit, pour conclure que M<sup>e</sup> Bent aurait pu communiquer ses préoccupations à l'égard de modifications apportées aux rapports médicaux par des assureurs sans nommer expressément D<sup>r</sup> Platnick. Si le but de M<sup>e</sup> Bent était d'avertir ses collègues de l'OTLA « de toujours obtenir les dossiers de l'évaluateur et de Sibley », on peut se demander s'il était nécessaire de désigner D<sup>r</sup> Platnick par son nom, surtout de manière à l'accuser de malhonnêteté et d'inconduite professionnelles. On peut conclure que les mentions diffamatoires concernant D<sup>r</sup> Platnick étaient « inutiles et inconvenant[es] », pour ce qui est du devoir ou de l'intérêt donnant lieu à l'application de l'immunité. La Cour d'appel a conclu dans le même sens, et a écrit que [TRADUCTION] « l'allégation peut raisonnablement être vue comme une atteinte gratuite et injuste à la réputation de D<sup>r</sup> Platnick » (par. 92).

[130] Ma collègue arrive à une conclusion contraire parce que, selon elle, le critère applicable est celui de la pertinence, et non pas celui de la nécessité (par. 231). En toute déférence pour ma collègue, j'estime que la pertinence est une condition *nécessaire* pour qu'une déclaration puisse être visée par l'immunité, mais elle n'est pas *suffisante* en soi (*Hill*, par. 146, citant *Adam c. Ward*, [1917] A.C. 309 (H.L.)). La Cour n'aurait pas pu être plus claire dans les arrêts *Hill* et *Botiuk* : elle a déclaré que la portée de l'immunité avait été outrepassée parce que les commentaires en question étaient « inutile[s] et inconvenant[s] » et « n'étaient pas nécessaires ». Évidemment, si un commentaire n'est pas *nécessaire* à l'exécution du devoir donnant lieu à l'application de l'immunité, alors la portée de l'immunité a été outrepassée (voir *Rubin c. Ross*, 2013 SKCA 21, 409 Sask. R. 202, par. 61 (autorisation d'appel

refusée, [2013] 3 R.C.S. x)). Bien que « [c]e moyen de défense ne s'applique nécessairement que si quelqu'un est identifié » (motifs de la juge Abella, par. 238), c'est précisément la raison pour laquelle le tribunal cherche à savoir s'il était *nécessaire* d'identifier la personne dans la situation donnant lieu à l'application de l'immunité. Comme je l'ai déjà expliqué, il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit, pour conclure que cela n'était peut-être pas nécessaire en l'espèce. Après tout, la situation donnant lieu à l'application de l'immunité visait peut-être à « toujours obtenir les dossiers de l'évaluateur et de Sibley » (voir le courriel de M<sup>e</sup> Bent; voir également sa défense), et non à signaler « qu'il y avait quelque part en Ontario un médecin qui rédigeait des rapports dont il fallait se méfier » (motifs de la juge Abella, par. 237).

[131] De plus, il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit, pour conclure que l'argument de M<sup>e</sup> Bent selon lequel la portée de la situation d'immunité relative n'a pas été outrepassée, compte tenu de la clause de confidentialité de l'Entente relative au serveur de liste — une opinion partagée par ma collègue (par. 240-242) — ne tend pas à pencher *davantage* en faveur de M<sup>e</sup> Bent. Il est vrai que l'Entente relative au serveur de liste, qui a été signée par tous les membres du serveur de liste de l'OTLA, renferme une clause de confidentialité qui exige que tous les renseignements du serveur de liste soient tenus [TRADUCTION] « strictement confidentiels » (d.a., vol. IV, p. 48). Toutefois, il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit, pour appuyer quelques objections à une telle défense. Premièrement, la clause de confidentialité ne s'applique pas à toutes les situations;

lue en contexte, elle s'applique plutôt à l'utilisation indiquée et restreinte du serveur de liste lui-même — le « privilège relatif au litige ». Deuxièmement, l'Entente de serveur de liste renferme une [TRADUCTION] « **INTERDICTION DE PROPOS DIFFAMATOIRES** » (soulignement dans l'original) expresse qui stipule que les membres [TRADUCTION] « ne peuvent envoyer, renvoyer ou diffuser tout propos diffamatoire ou susceptible de l'être ou qui donne autrement ouverture à des poursuites » (je souligne). Par conséquent, on pourrait conclure que M<sup>e</sup> Bent a violé les conditions de l'Entente relative au serveur de liste en faisant sa communication diffamatoire, et qu'elle ne peut, en conséquence, s'appuyer aussi sur une clause de confidentialité se trouvant dans l'entente qu'elle pourrait elle-même avoir violée. Ainsi, même si l'Entente relative au serveur de liste renferme une clause de confidentialité, cette dernière doit être lue dans le contexte de l'utilisation du serveur de liste en tant que tel pour apprécier la portée de l'immunité; on pourrait conclure que la clause ne saurait s'appliquer à une fin expressément interdite. Troisièmement, l'existence de la clause de confidentialité n'a peut-être aucune incidence sur la question de savoir s'il était nécessaire, dans la situation donnant lieu à l'immunité, que M<sup>e</sup> Bent mentionne expressément D<sup>r</sup> Platnick; en effet, le fait que le serveur de liste interdise expressément même les propos *potentiellement* diffamatoires pourrait permettre de penser que l'OTLA reconnaît que la publication de propos même *potentiellement* diffamatoires n'est pas nécessaire (ni même *pertinente*) pour ce qui est du devoir rattaché à la situation particulière en cause.

[132] Enfin, il ressort du dossier que M<sup>e</sup> Bent n'a pas vérifié les faits et qu'elle n'a pas fait preuve de diligence raisonnable avant de formuler de graves allégations. Les motifs de notre Cour dans l'arrêt *Hill* sont à propos : dans cet arrêt, notre Cour a écrit qu'« en avocat expérimenté, [le défendeur] aurait dû prendre des mesures pour confirmer les allégations qu'il allait faire [...] avant de lancer contre l'intégrité professionnelle [du demandeur] une attaque aussi grave [...] Par suite de cette omission, la portée admissible de ses commentaires était limitée et l'immunité relative qui s'appliquait à ses remarques a cessé d'être » (par. 155). On pourrait considérer que la présente affaire est analogue. M<sup>e</sup> Bent est une avocate expérimentée et il semble qu'elle n'ait entrepris aucune démarche pour vérifier et corroborer ce qui était, dans les faits, une allégation d'inconduite professionnelle, qu'on pourrait même assimiler à une allégation de fraude. M<sup>e</sup> Bent s'est plutôt fiée à ce dont elle se souvenait de faits survenus trois ans plus tôt, sans tenter de communiquer avec D<sup>r</sup> Platnick ou D<sup>re</sup> Dua, et sans même consulter ses propres notes et dossiers (d.a., vol. XIII, p. 6). Il s'agissait d'une allégation grave et notre Cour ferait preuve de négligence si elle ne tenait pas compte de la gravité d'une telle allégation pour évaluer la défense d'immunité relative.

[133] Ma collègue fait observer que M<sup>e</sup> Bent n'avait pas besoin d'« étoffer ce qu'[elle] cro[yait] déjà raisonnablement » (par. 239). Cela suppose non seulement que M<sup>e</sup> Bent n'avait à entreprendre *aucune* démarche que ce soit pour vérifier les faits, mais qu'elle n'avait même pas besoin *d'essayer* de le faire. En toute déférence, je ne puis souscrire à ce point de vue. Il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit,

pour conclure que ce que croyait M<sup>e</sup> Bent relativement à une expression précise, dans un rapport précis, employée par une personne précise et concernant des faits précis survenus trois ans plus tôt, était en soi déraisonnable si elle ne faisait *aucune* vérification pour en confirmer la véracité ou pour se rafraîchir la mémoire. Il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit, pour conclure que ce que croyait subjectivement M<sup>e</sup> Bent n'a aucune importance en l'espèce — il est bien établi en droit que les tribunaux examineront soigneusement les agissements des avocats parce que ceux-ci ont « l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour examiner l'exactitude » des faits (*Botiuk*, par. 99 et 103; *Hill*, par. 155; Downard, §9.62; voir le *Code de déontologie* du Barreau de l'Ontario, art. 3.1-1, 7.2-1, 7.2-4 et 7.5-1).

[134] En outre, la véracité des allégations de M<sup>e</sup> Bent, et le fait que celle-ci « cro[yait] [. . .] raisonnablement » ce qu'elle avançait est un argument qui se rattache davantage à la défense de justification; il n'est *pas pertinent* pour trancher la question de savoir si les propos tenus débordaient le cadre de toute immunité (*contra*, motifs de la juge Abella, par. 232, 236 et 239). En tout état de cause, même en tenant compte des renseignements dont disposait M<sup>e</sup> Bent à ce moment-là — et en faisant abstraction du fait qu'elle avait « l'obligation » de prendre des mesures raisonnables pour vérifier la véracité de ses allégations diffamatoires —, il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit, pour conclure que même la *croyance* de M<sup>e</sup> Bent suivant laquelle D<sup>f</sup> Platnick avait [TRADUCTION] « changé la décision du médecin » n'était pas raisonnable. Je reconnais qu'à l'époque, M<sup>e</sup> Bent ne disposait que du premier rapport de D<sup>re</sup> Dua, qui concluait à une classification de « déficience moyenne

(classe 4) », et du rapport final de D<sup>f</sup> Platnick, faisant état de la classification « déficience moyenne (classe 3) », et que « rien ne justifiait qu'elle soupçonne que *quelque chose* s'était passé entre » D<sup>re</sup> Dua et D<sup>f</sup> Platnick (motifs de la juge Abella, par. 248 (en italiques dans l'original)). Toutefois, M<sup>e</sup> Bent pouvait tirer certaines inférences à partir des renseignements dont elle disposait : D<sup>f</sup> Platnick ou D<sup>re</sup> Dua auraient pu faire une erreur, comme une erreur typographique. Au lieu de cela, M<sup>e</sup> Bent attaque D<sup>f</sup> Platnick sur le plan professionnel bien qu'elle ne lui ait jamais parlé et ne l'ait jamais rencontré. Il existe donc des raisons de penser — même en tenant compte des renseignements incomplets dont M<sup>e</sup> Bent disposait à l'époque et en faisant abstraction de toute obligation de vérifier l'allégation — que la croyance de M<sup>e</sup> Bent n'était sans doute pas raisonnable. Elle ne peut se défendre en affirmant qu'elle *croyait* à la véracité de sa première allégation pour démontrer qu'elle *croyait* à la véracité de sa seconde allégation (*contra*, motifs de la juge Abella, par. 236 et 249). Un tel argument dénaturerait la défense de justification (à laquelle le raisonnement de ma collègue s'applique davantage, à mon humble avis).

[135] Compte tenu de ce qui précède, et même en tenant pour acquis, aux fins de la discussion, que la communication de M<sup>e</sup> Bent était protégée parce qu'elle avait été faite dans une situation d'immunité relative, il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit — eu égard au stade de l'instance —, pour conclure que la portée de toute immunité relative a été outrepassée en l'espèce. Ce fondement est juridiquement défendable et prend appui sur des éléments de preuve raisonnablement dignes de foi, de sorte qu'on ne peut pas dire que la défense penche *davantage* en



faveur de M<sup>e</sup> Bent. Il existe donc des motifs de croire que la défense d'immunité relative n'est pas « valable ».

[136] J'ajoute que le fait d'invoquer la malveillance est une autre façon d'écarter la défense d'immunité relative. La malveillance ne se limite pas à une motivation véritable et expresse de parler avec malhonnêteté. Elle peut aussi être établie par le « mépris indifférent de la vérité » (*Hill*, par. 145; *Botiuk*, par. 79). Il faut souligner qu'une croyance apparemment sincère peut néanmoins être exprimée de façon insouciante et écarter l'immunité si la croyance n'était [TRADUCTION] « fondée sur aucun motif raisonnable » (Downard, §9.60 et 9.61). « Plus grave est l'allégation en cause, plus le tribunal accordera de l'importance au défaut du défendeur de la vérifier avant la publication comme preuve de malveillance, au sens de l'indifférence à l'égard de la vérité » (§9.74 (note en bas de page omise)). Cela est particulièrement vrai dans le cas des avocats, dont les actes seront « examinés de plus près » que ceux d'un profane (*Botiuk*, par. 98). Les avocats ont l'« obligation » de « procéder à l'examen raisonnable de [l'] exactitude » d'une affirmation diffamatoire et les « actes qui, chez un profane, pourraient bien être qualifiés de comportement indifférent pourraient être considérés comme un comportement insouciant chez un avocat » (par. 98-99 et 103).

[137] En gardant ce qui précède à l'esprit, je rappelle que M<sup>e</sup> Bent est une avocate qui a porté une allégation très grave d'inconduite *professionnelle* contre D<sup>r</sup> Platnick. Je qualifie cette allégation de grave en ce sens que notre Cour a déjà

reconnu que la réputation *professionnelle* d'une personne mérite une protection particulière (*Hill*, par. 118; *Botiuk*, par. 92). Il semble que le courriel de M<sup>e</sup> Bent ait été envoyé sans la moindre vérification, ne serait-ce qu'une communication avec D<sup>f</sup> Platnick ou une vérification de ses propres documents et dossiers dans une affaire qui avait eu lieu trois ans plus tôt (motifs de la C.A., par. 92; d.a., vol. XIII, p. 6). De fait, M<sup>e</sup> Bent n'a jamais parlé à D<sup>f</sup> Platnick ni même rencontré ce dernier, mais elle a allégué qu'il avait falsifié un rapport simplement parce qu'elle avait reçu deux rapports en apparence discordants. Il se trouve dans la preuve au dossier un fondement pour conclure qu'en réalité, M<sup>e</sup> Bent n'était pas en mesure de savoir ce qui s'était passé entre D<sup>re</sup> Dua et D<sup>f</sup> Platnick. Ma collègue semble être de cet avis lorsqu'elle souligne que « rien ne justifiait que [M<sup>e</sup> Bent] soupçonne que *quelque chose* s'était passé entre [D<sup>re</sup> Dua et D<sup>f</sup> Platnick] » (motifs de la juge Abella, par. 248). Si tel est le cas, il est difficile d'établir ce qui aurait pu fonder l'allégation grave faite par M<sup>e</sup> Bent selon laquelle D<sup>f</sup> Platnick a « changé la décision du médecin ». Le dossier révèle que le courriel de M<sup>e</sup> Bent avait été envoyé à la hâte dans les trois jours suivant la conclusion de l'affaire Carpenter, et qu'il n'y avait aucune urgence qui aurait pu faire obstacle à un effort empreint d'un minimum de bonne foi pour corroborer la véracité de ses allégations. Par conséquent, vu l'attente élevée en matière de diligence raisonnable que notre Cour a historiquement imposée aux avocats, l'immunité de M<sup>e</sup> Bent peut être écartée simplement au motif qu'elle a fait preuve d'indifférence ou d'insouciance à l'égard de la véracité de ses affirmations diffamatoires.

[138] Quoi qu'il en soit, je conclus que, même en tenant pour acquis qu'une immunité relative se rattache à la situation dans laquelle la communication de M<sup>e</sup> Bent a été faite, il existe des motifs de croire que la défense n'est pas valable au regard du sous-al. 137.1(4)a(ii) parce qu'elle peut être écartée du fait que M<sup>e</sup> Bent a outrepassé le cadre de l'immunité, et a peut-être même fait preuve de mépris indifférent à l'égard de la vérité (c'est-à-dire de malveillance). Ma collègue rejeterait sommairement l'action de D<sup>r</sup> Platnick sur ce point, le privant définitivement de toute possibilité de défendre sa réputation lors d'un procès au cours duquel il serait loisible au tribunal de statuer en définitive sur les questions relatives à l'appréciation de la crédibilité et de la valeur probante des éléments de preuve susmentionnés. Ma collègue choisit plutôt de préférer le témoignage de M<sup>e</sup> Bent à celui de D<sup>r</sup> Platnick à ce stade peu avancé de l'instance. En toute déférence, ce n'est pas ce qui est exigé dans le cadre d'une motion fondée sur l'article 137.1. Comme notre Cour l'a bien précisé dans l'arrêt *Pointes Protection*, il suffit pour D<sup>r</sup> Platnick de démontrer qu'il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit — eu égard au stade de l'instance —, pour conclure que les moyens de défense invoqués par M<sup>e</sup> Bent ne penchent pas *davantage* en faveur de cette dernière. Pour les besoins de la présente motion, et pour les motifs exposés plus tôt, je suis convaincue qu'il se trouve effectivement un fondement pour tirer cette conclusion en l'espèce.

(3) Alinéa 137.1(4)b — Étape relative à l'intérêt public

[139] L'alinéa 137.1(4)b) constitue « le nœud » ou « l'essence » de l'analyse fondée sur l'art. 137.1 (*Pointes Protection*, par. 61-62). En effet, « la vaste portée de l'al. 137.1(4)b) donne au tribunal les moyens d'apprécier les tenants et aboutissants de l'affaire dont il est saisi : grâce à l'al. 137.1(4)b), le juge des motions peut mesurer les conséquences de sa décision de permettre à une personne ou à une organisation d'ester en justice — une valeur fondamentale en soi dans une démocratie — sur la liberté d'expression et la manière dont elle influence le débat public et la participation au sein d'une démocratie pluraliste » (*Pointes Protection*, par. 81).

[140] En particulier, l'al. 137.1(4)b) oblige le demandeur à établir que

le préjudice que [le demandeur] subit ou a subi vraisemblablement du fait de l'expression [du défendeur] est suffisamment grave pour que l'intérêt public à permettre la poursuite de l'instance l'emporte sur l'intérêt public à protéger cette expression.

[141] Autrement dit, D<sup>r</sup> Platnick doit établir, selon la prépondérance des probabilités, « qu'il a subi ou subira vraisemblablement un préjudice, que ce préjudice est subi *du fait* de l'expression préalablement démontrée en application du par. 137.1(3), et que l'intérêt public correspondant à permettre la poursuite de l'instance sous-jacente *l'emporte sur* les effets préjudiciables causés à la liberté d'expression et à la participation aux affaires publiques » (*Pointes Protection*, par. 82 (italiques dans l'original)).

a) *Préjudice allégué et intérêt public à permettre la poursuite de l'instance*

[142] Avant d'entreprendre l'exercice d'évaluation prévu à l'al. 137.1(4)b), il faut d'abord que D<sup>f</sup> Platnick établisse : (i) l'existence d'un préjudice et (ii) qui a été subi *du fait* de l'expression de M<sup>c</sup> Bent (*Pointes Protection*, par. 68).

[143] Tout d'abord, D<sup>f</sup> Platnick a-t-il subi ou vraisemblablement subi un préjudice?

[144] Dans les actions en diffamation, les dommages-intérêts généraux sont présumés et cela suffit pour constituer un préjudice (*Pointes Protection*, par. 71; *Torstar*, par. 28). Cependant, l'ampleur du préjudice est importante pour évaluer si celui-ci est suffisamment grave pour que l'intérêt public à permettre que l'instance suive son cours l'emporte sur l'intérêt public à protéger l'expression (*Pointes Protection*, par. 70). Généralement, le préjudice qui ne donnerait lieu qu'à des dommages-intérêts généraux de nature symbolique ne sera pas suffisant pour cette fin.

[145] Je suis d'avis, et ce, uniquement pour statuer sur la présente motion fondée sur l'art. 137.1, que le préjudice en l'espèce est considérable et assez grave, puisque D<sup>f</sup> Platnick a mis en preuve l'estimation d'un préjudice pécuniaire important qui dépasse la simple affirmation (*Pointes Protection*, par. 71). Le juge de la motion a commis une erreur en qualifiant le préjudice subi par D<sup>f</sup> Platnick d'[TRADUCTION] « assez général et vague » (motifs de la C.S., par. 121). D<sup>f</sup> Platnick a estimé un impact financier direct de 578 949 \$ et a appuyé ce montant avec un exemplaire d'un rapport préparé par un comptable. Ce montant n'est pas sorti de nulle part. D<sup>f</sup> Platnick

a versé au dossier une preuve indiquant qu'il avait habituellement de 20 à 30 examens d'assureurs prévus par semaine et environ 100 évaluations par mois. Il a établi qu'après le courriel de M<sup>e</sup> Bent envoyé en novembre 2014, il n'avait que 35 évaluations prévues en décembre 2014, et seulement 11 en janvier 2015. Il affirme avoir été informé par des compagnies vendeuses que les compagnies d'assurance l'avaient inscrit sur une [TRADUCTION] « liste noire ». En conséquence, son cabinet a fait l'objet d'« annulations massives » où des « journées entières étaient annulées par plusieurs vendeurs », du « jamais vu » au cours de ses vingt ans de pratique (d.a., vol. VI, p. 15). Parmi les quarante et quelques compagnies d'assurance en Ontario, toutes sauf une ont fini par cesser de faire appel aux services de D<sup>f</sup> Platnick. Ainsi, compte tenu de ce qui précède, et parce que ni une « décision définitive sur le préjudice » ni un « mémoire complet des dommages-intérêts » ne sont nécessaires, je suis d'avis que D<sup>f</sup> Platnick a suffisamment démontré, preuve au dossier à l'appui, l'existence du préjudice pécuniaire important visé à l'al. 137.1(4)b) (*Pointes Protection*, par. 71).

[146] De plus, le tort causé à la réputation est tout à fait pertinent pour l'analyse du préjudice en application de l'al. 137.1(4)b). En effet, la « réputation d'une personne ou d'une entreprise constitue l'un des atouts les plus précieux qu'elle possède » (*Pointes Protection*, par. 69, où notre Cour dit « partager » l'opinion exprimée par la procureure générale de l'Ontario lors de la deuxième lecture du projet de loi). Notre Cour a maintes fois souligné la grande importance qu'il convient d'accorder à la réputation. Certes, « [une] bonne réputation, [...] se rattache

étroitement à la valeur et à la dignité innées de la personne. Elle est un attribut qui doit, au même titre que la liberté d'expression, être protégé par les lois de la société » (*Hill*, par. 107; voir aussi *Botiuk*, par. 91-92).

[147] La réputation revêt encore plus d'importance quand il s'agit de la réputation *professionnelle*. Dans l'arrêt *Hill*, notre Cour a souligné « l'importance particulière que revêt la réputation pour l'avocat », la qualifiant de « pierre angulaire de sa vie professionnelle ». Comme je l'ai mentionné précédemment, je ne vois aucune raison de principe de faire une distinction entre les avocats et les autres professionnels, notamment les médecins, pour ce qui est de la protection de la réputation. La profession juridique et la profession médicale sont constituées toutes les deux de professionnels qui s'appuient sur leurs compétences individuelles pour réussir dans leurs professions respectives. Cette réalité a été expressément mentionnée dans l'arrêt *Botiuk*, où notre Cour a écrit qu'« [i]l y a lieu de reconnaître que ces observations [concernant la profession juridique] seront également applicables à d'autres métiers et professions ».

[148] Par conséquent, pour trancher la question de savoir si le préjudice est suffisamment grave, il faut prendre en considération non seulement le préjudice pécuniaire que D<sup>r</sup> Platnick allègue avoir subi mais aussi le tort causé à sa réputation professionnelle, même s'il n'est pas quantifiable à ce stade-ci (*Pointes Protection*, par. 71). De fait, les effets préjudiciables qu'un propos diffamatoire pourrait avoir sur [TRADUCTION] « la situation et le statut » d'un demandeur dans la communauté

professionnelle exacerbent le préjudice subi en conséquence (Downard, §14.10; voir aussi *Young c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (2005), 77 O.R. (3d) 680 (C.A.); *Awan c. Levant*, 2016 ONCA 970, 133 O.R. (3d) 401). Étant donné que [TRADUCTION] « l'attribution de dommages-intérêts généraux vise à indemniser le demandeur pour l'atteinte à sa réputation et pour l'humiliation qu'il a subie, à lui apporter du réconfort et à le défendre de sorte que sa réputation puisse être réétablie » (Downard, §14.2 (note en bas de page omise)), le dossier étaye l'inférence selon laquelle les dommages-intérêts généraux accordés à D<sup>r</sup> Platnick doivent être substantiels, et non simplement symboliques.

[149] Hormis le tort causé à sa réputation professionnelle, D<sup>r</sup> Platnick a aussi expliqué qu'il avait souffert d'humiliation, de honte, de déshonneur, qu'il avait été plongé dans une situation embarrassante génératrice d'anxiété, de nervosité et de problèmes de sommeil, et enfin que tout cela avait eu un effet dévastateur sur sa vie de couple et sur sa relation avec ses quatre enfants. Ces [TRADUCTION] « éléments intangibles et subjectifs » entrent en compte dans l'évaluation du préjudice subi par le demandeur (*Walker c. CFTO Ltd.* (1987), 59 O.R. (2d) 104, p. 111 (C.A.); voir aussi Downard, §14.12 (qui fait remarquer que « les blessures morales ou l'impact psychologique » de la diffamation sont pertinents dans l'évaluation des dommages-intérêts)). On se souviendra que pour l'application de l'al. 137.1(4)b), il n'est pas nécessaire d'attribuer une valeur pécuniaire au préjudice, car « [l]e préjudice, qu'il soit de nature monétaire ou non, est pertinent pour établir » l'existence d'un préjudice (*Pointes Protection*, par. 68-71).



[150] Au final, on s'intéresse ici à l'*existence* d'un préjudice, et non à la question de savoir si celui-ci a été infligé ou subi de façon justifiable. Une fois l'existence du préjudice établie, il s'agit de savoir si ce préjudice a été subi *du fait* de l'expression du défendeur. Il ne faut pas perdre de vue l'objet sous-jacent de l'al. 137.1(4)b) : essentiellement, le demandeur doit établir qu'une raison légitime le pousse à intenter une poursuite fondée sur un préjudice légitime qu'il cherche à réparer, et ce afin d'atténuer les risques qu'il se serve de l'action en justice comme d'un outil pour censurer l'expression du défendeur et le réduire au silence. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

[151] Je passe donc à la question suivante — celle de savoir si le préjudice a été subi *du fait* de l'expression (*Pointes Protection*, par. 68). En l'espèce, la réponse dépend en fait de deux sous-questions subordonnées l'une à l'autre : (1) M<sup>e</sup> Bent peut-elle être tenue responsable du préjudice qui a pu résulter de la fuite subséquente et/ou de la reproduction de son courriel — c'est-à-dire la republication; et dans la négative, (2) un préjudice suffisamment grave a-t-il été causé par le courriel initial de M<sup>e</sup> Bent, ou le préjudice subi est-il *uniquement* attribuable à la republication subséquente du courriel? D'ailleurs, ma collègue souscrit à l'opinion du juge de la motion pour dire que « [l]'essentiel du préjudice [. . .] était toutefois attribuable à la *fuite* du courriel » (par. 256 (italiques dans l'original)). La réponse à la première sous-question est cruciale pour répondre à la seconde, parce que si l'on répond à la première question par l'affirmative, et que M<sup>e</sup> Bent *peut* être tenue responsable de la fuite et/ou de la reproduction de son courriel, il n'y a aucune raison de distinguer le

préjudice causé par la republication de celui qui est causé par la publication initiale, puisque M<sup>e</sup> Bent aura engagé sa responsabilité pour la diffusion dans son ensemble. Par conséquent, je commencerai par répondre ci-dessous à la première sous-question, celle de savoir si M<sup>e</sup> Bent peut être tenue responsable de la republication dans le contexte de l'« analyse du préjudice » en application de l'al. 137.1(4)b) (*Pointes Protection*, par. 68-72).

[152] Un défendeur peut être tenu responsable de chaque republication de sa publication initiale dans au moins trois situations : (i) s'il a autorisé la republication; (ii) si la republication est la [TRADUCTION] « conséquence naturelle et probable » de la publication initiale du défendeur; et (iii) si la republication était prévue ou raisonnablement prévisible par le défendeur (Downard, §5.36).

[153] En l'espèce, précisons que la republication en cause se rapporte à la fois à la fuite du courriel de M<sup>e</sup> Bent et à l'article publié dans le magazine *Insurance Business Canada*, qui a reproduit le courriel dans son intégralité. La question est de savoir si M<sup>e</sup> Bent peut être tenue responsable de cette republication et du préjudice qui en a résulté.

[154] Je suis d'avis que, pour l'application de l'al. 137.1(4)b), et uniquement à cette fin, M<sup>e</sup> Bent peut être tenue responsable de la republication. Il faut se rappeler qu'à l'étape de l'analyse aux termes de l'al. 137.1(4)b) « aucune décision définitive sur le préjudice ou le lien de causalité n'est requise » (*Pointes Protection*, par. 71). Le demandeur doit plutôt simplement présenter des éléments de preuve au tribunal afin

que celui-ci puisse « tirer une conclusion quant à la probabilité d'existence du préjudice et du lien de causalité pertinent » (par. 71).

[155] En l'espèce, la republication était à tout le moins raisonnablement prévisible pour M<sup>e</sup> Bent. Les affirmations qu'elle a publiées équivalent à une allégation de fraude, qui se rapporte directement à la compétence et la réputation professionnelles de D<sup>r</sup> Platnick. Acceptant l'inférence fondée sur le bon sens selon laquelle [TRADUCTION] « les rumeurs vont bon train » (d.a., vol. VI, p. 7) au sein du secteur de l'assurance, et compte tenu de la nature des allégations graves faites par M<sup>e</sup> Bent, je suis d'avis qu'il était raisonnablement prévisible que le courriel envoyé par la présidente élue de l'OTLA à plusieurs centaines de personnes qui agissent pour des demandeurs blessés dans des accidents d'automobile [TRADUCTION] « toucherait rapidement un auditoire beaucoup plus vaste » (motifs de la C.A., par. 107). De fait, c'est exactement ce qui s'est produit.

[156] Ma collègue, à l'instar du juge de la motion, s'appuie sur la clause de confidentialité dans l'Entente de serveur de liste pour conclure que la fuite du courriel de M<sup>e</sup> Bent n'était pas prévisible. Après tout, selon M<sup>e</sup> Bent, les membres du serveur de liste avaient convenu que les communications sur le serveur de liste devaient être tenues [TRADUCTION] « strictement confidentielles ». J'ai abordé cet argument précédemment lorsque j'ai examiné la défense d'immunité relative. Afin de statuer sur la présente motion seulement, je suis d'avis que M<sup>e</sup> Bent ne pourra peut-être pas s'appuyer sur une clause de l'Entente relative au serveur de liste qu'elle semble

elle-même avoir violée en communiquant des propos diffamatoires qui contrevenaient aux termes mêmes de cette entente. De plus, la clause de confidentialité du serveur de liste doit être interprétée dans le contexte de l'ensemble de l'Entente relative au serveur de liste, qui circonscrit son utilisation (voir, généralement, *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 57). La clause de confidentialité ne peut être interprétée de manière à protéger des communications diffamatoires faites en contravention d'une interdiction. Cependant, quoi qu'il en soit, même en tenant pour acquis que la fuite de son courriel n'était pas prévisible en raison de la clause de confidentialité, il semble que M<sup>e</sup> Bent était, en fait, parfaitement au courant de la fuite lorsqu'elle a parlé à un représentant du magazine *Insurance Business Canada* relativement à l'article qui a reproduit son courriel. Cela m'amène au prochain point.

[157] Je conclus aussi, uniquement afin de statuer sur la présente motion, que les lettres de KMI prouvent que M<sup>e</sup> Bent a tacitement, voire expressément, autorisé la republication de son courriel. En effet, [TRADUCTION] « l'autorisation peut être inférée » lorsqu'un défendeur parle à un journaliste et omet d'imposer des restrictions quant à l'utilisation de ses propos (Downward, §5.14; *Brown on Defamation*, p. 7-61 à 7-70). En l'espèce, les lettres de KMI indiquent que M<sup>e</sup> Bent a eu une conversation téléphonique avec le rédacteur en chef adjoint du magazine *Insurance Business Canada* avant que l'article renfermant le courriel de M<sup>e</sup> Bent n'y soit publié<sup>8</sup>. Pendant

---

<sup>8</sup> Le juge de la motion a conclu que l'allégation de D<sup>f</sup> Platnick suivant laquelle M<sup>e</sup> Bent avait accordé une entrevue [TRADUCTION] « ne reposait sur aucun élément de preuve et semble à première vue être manifestement fausse » (motifs de la C.S., par. 24-25). Même s'il n'avait pas en main les lettres de

cette conversation, M<sup>e</sup> Bent [TRADUCTION] « ne s'est pas opposée [à la republication] et n'a exprimé aucune préoccupation » à cet égard, et elle n'a pas non plus porté à l'attention du rédacteur en chef adjoint le fait qu'une fuite du serveur de liste de l'OTLA était un manquement grave, sur les plans professionnel et déontologique, aux modalités et conditions du serveur de liste. KMI atteste que si M<sup>e</sup> Bent s'y était opposée ou avait clairement indiqué que le courriel avait été envoyé à titre confidentiel, elle n'aurait pas republié le courriel. Je suis d'avis que ce fait à lui seul suffit pour tenir M<sup>e</sup> Bent responsable de la republication pour l'application de l'al. 137.1(4)b).

[158] Je dis « pour l'application de l'al. 137.1(4)b) » car, comme je l'ai souvent souligné dans les présents motifs, mes conclusions ne doivent pas être considérées comme préjugant du bien-fondé de l'instance sous-jacente ni comme préjugant de la question de la republication dont il s'agit ici. Je n'ai pas l'intention de trancher la question de savoir si M<sup>e</sup> Bent doit en définitive être tenue responsable de la republication. Simplement, dans le contexte de la présente motion fondée sur l'art. 137.1, je suis convaincue qu'au vu de la preuve présentée à la Cour, l'examen du préjudice causé par la republication attribuable à M<sup>e</sup> Bent est justifié en application de l'al. 137.1(4)b). Encore une fois, la question de savoir si cette preuve sera en fin de compte admise au procès ou si on y ajoutera foi, après la présentation de témoignages à l'audience, par exemple, est une question tout à fait distincte que je

---

KMI, dans la mesure où son analyse au titre de l'al. 137.1(4)b) dépendait de cette conclusion, on ne peut faire preuve de déférence à l'égard de celle-ci.

n'entends pas trancher ici, et les présents motifs ne doivent pas être interprétés comme tranchant définitivement la question de la republication ou du préjudice.

[159] Indépendamment de ce qui précède, « le lien de causalité n'est pas une affaire de tout ou rien » (*Pointes Protection*, par. 72). Dans les faits, même si l'on accepte la conclusion de ma collègue selon laquelle M<sup>e</sup> Bent ne peut être tenue responsable de la republication (par. 259) et que, par conséquent, le lien de causalité entre le courriel de M<sup>e</sup> Bent et certains éléments du préjudice subi par D<sup>f</sup> Platnick serait ténu, il existe néanmoins un lien de causalité suffisant, au regard de l'al. 137.1(4)b), entre la publication initiale et d'autres éléments du préjudice subi par D<sup>f</sup> Platnick (voir *Pointes Protection*, par. 72). À lui seul, ce préjudice est suffisamment grave pour établir un intérêt public considérable à permettre la poursuite de l'instance. Le juge de la motion a commis une erreur en concluant autrement (motifs de la C.S., par. 121-126).

[160] En effet, le courriel de M<sup>e</sup> Bent a été envoyé le 10 novembre 2014, et il n'a été republié que le 29 décembre. Il est raisonnable d'inférer que D<sup>f</sup> Platnick a probablement subi un préjudice important pendant cette période de 49 jours. Par exemple, bien avant toute republication, et seulement une semaine ou deux après l'envoi du courriel, les mandats de D<sup>f</sup> Platnick en matière d'assurance ont peu à peu diminué, car ses clients ont commencé à l'inscrire sur une liste noire. En effet, [TRADUCTION] « [l]e lien temporel tend à indiquer un lien de causalité » (motifs de la C.A., par. 106). Qui plus est, le bon sens permet de tirer l'inférence raisonnable selon

laquelle, vu la gravité des allégations d'inconduite professionnelle, les compagnies d'assurance « prendraient leurs distances par rapport à l'expert contre qui ces allégations ont été portées » (par. 106). Je répète « qu'aucune décision définitive sur le préjudice ou le lien de causalité n'est requise » à ce stade de l'instance (*Pointes Protection*, par. 71).

[161] De plus, les considérations liées à la réputation et le préjudice abordés plus tôt s'appliquent également ici. Autrement dit, la publication initiale elle-même a pu porter atteinte à la réputation professionnelle de D<sup>r</sup> Platnick. Le courriel a été diffusé aux 670 avocats représentant des parties demandereses dans des affaires de préjudice personnel avec lesquels D<sup>r</sup> Platnick, dans le cadre de son travail, aurait inévitablement à entrer en contact et à communiquer. Même si la plupart des mandats confiés à D<sup>r</sup> Platnick provenaient d'assureurs, celui-ci avait également travaillé par le passé pour le compte de cabinets représentant des parties demandereses (notamment Lerner à de nombreuses occasions); le courriel de M<sup>e</sup> Bent et les implications de ses allégations ont empêché qu'une telle occasion se présente à l'avenir. Le fait que M<sup>e</sup> Bent occupait le poste de présidente élue de l'OTLA et qu'elle ait envoyé son courriel à ce titre pourrait avoir amplifié l'atteinte à la réputation de D<sup>r</sup> Platnick (voir Downard, §14.13). Par conséquent, contrairement à l'opinion du juge de la motion à laquelle souscrit ma collègue, soit que « l'essentiel du préjudice [. . .] était [. . .] attribuable à la *fuite* du courriel », il est possible que le courriel à lui seul ait entaché la réputation professionnelle de D<sup>r</sup> Platnick. Comme je l'ai souligné, notre Cour doit prendre ce préjudice au sérieux.

[162] En conclusion, comme le montre ce qui précède, la gravité du préjudice que D<sup>f</sup> Platnick subit ou a subi vraisemblablement du fait de l'expression de M<sup>e</sup> Bent se situe près du haut de l'échelle et, en conséquence, l'intérêt public à permettre la poursuite de son action en diffamation s'y situe aussi.

*b) Intérêt public à protéger l'expression*

[163] Dans l'arrêt *Pointes Protection*, notre Cour a conclu que l'intérêt public à protéger l'expression peut être déterminé par renvoi aux grandes valeurs qui sous-tendent l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, comme la recherche de vérité, la participation à la prise de décision politique et la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels (par. 77). Cela dit, dans l'arrêt *Hill*, notre Cour a souligné que « les déclarations diffamatoires ont un lien très ténu avec les valeurs profondes qui sous-tendent l'al. 2b) » (par. 106). Aussi notre Cour conclut-elle, dans l'arrêt *Pointes Protection*, qu'il y aurait un intérêt public moindre à protéger une déclaration qui comporte « des atteintes personnelles injustifiées » et que ce qui a « motivé » l'expression sera pertinent dans l'analyse (par. 74-75 (italiques omis)).

[164] Par conséquent, pour établir l'intérêt public à protéger l'expression de M<sup>e</sup> Bent, je dois prendre en compte le fait qu'elle s'est livrée à une attaque personnelle contre D<sup>f</sup> Platnick, en mettant en doute la compétence professionnelle, l'intégrité et la réputation de celui-ci. M<sup>e</sup> Bent a lancé cette attaque personnelle même si D<sup>f</sup> Platnick et elle ne s'étaient jamais rencontrés ni même parlé une seule fois. Le



fait que M<sup>e</sup> Bent ne soit jamais entrée en contact avec D<sup>r</sup> Platnick pour le confronter ou pour vérifier ses allégations a une incidence sur mon analyse.

[165] Fait très important, l'arrêt *Pointes Protection* appelle également à prendre en compte « l'effet paralysant potentiel pour l'expression [. . .] dans l'avenir » et les « effets indirects ou à plus grande échelle produits sur d'autres expressions relativement à des affaires d'intérêt public » (par. 80 (italiques omis), voir également les motifs de la juge Abella, par. 262, en ce qui concerne l'« effet paralysant considérable » qu'entraînerait le fait de permettre que le procès en diffamation de D<sup>r</sup> Platnick suive son cours). De fait, M<sup>e</sup> Bent a soutenu que, si l'on permettait la poursuite de l'action en diffamation de D<sup>r</sup> Platnick, cela aurait pour effet de [TRADUCTION] « non seulement étouffer » ses propres paroles, mais aussi « de dissuader éventuellement d'autres personnes de dénoncer des pratiques injustes et partiales dans le secteur de l'assurance et les difficultés auxquelles font face les personnes grièvement blessées qui demandent à leurs compagnies d'assurance le versement d'indemnités » (d.a., vol. III, p. 29).

[166] Je conviens avec ma collègue que cette préoccupation, si elle était valable, pencherait en faveur de l'intérêt public à protéger l'expression. Pour être bien claire, je ne nie pas que l'al. 137.1(4)b) vise à protéger expressément l'expression qui peut se rapporter à l'intégrité de l'administration de la justice, ce qui est confirmé par l'historique législatif qui sous-tend l'art. 137.1 dans son ensemble.

[167] Toutefois, avec beaucoup d'égards pour l'opinion de ma collègue, j'estime qu'elle omet de tenir compte d'un élément essentiel de l'expression de M<sup>e</sup> Bent. Permettre que l'action en diffamation de D<sup>r</sup> Platnick suive son cours dissuadera d'autres personnes non pas de dénoncer des pratiques partiales et injustes, comme le prétend ma collègue, mais de viser inutilement un particulier d'une manière qui a peu ou rien à voir avec l'intérêt public. Cela dissuadera également d'autres personnes de tenir des propos diffamatoires à l'égard d'un particulier sans d'abord corroborer, ou *tenter* de corroborer, la véracité de leurs allégations. De cette façon, plutôt que de *décourager* les gens de dénoncer des pratiques injustes et partiales, cela les *encouragera* à faire preuve de diligence raisonnable et à adapter leur expression de façon à éviter de diffamer inutilement une personne qui dépend de sa réputation pour gagner sa vie.

[168] À mon humble avis, voilà l'équilibre approprié, au stade particulier de l'examen d'une motion fondée sur l'art. 137.1, entre la liberté d'expression et les considérations liées à la réputation, que notre Cour a historiquement cherché à atteindre : la bonne réputation de l'individu « représente et reflète sa dignité inhérente, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la *Charte* » et elle « doit être soigneusement mesurée en regard du droit tout aussi important à la liberté d'expression » (*Hill*, par. 120-121).

[169] Par conséquent, tandis que les remarques de M<sup>e</sup> Bent ciblant D<sup>r</sup> Platnick se trouvent au bas de l'échelle de ce qui mérite une protection, son courriel, interprété

largement comme ayant trait à l'administration de la justice en Ontario, se situe plutôt vers le haut de cette échelle. En conclusion, je suis donc d'avis que dans son ensemble, l'intérêt public à protéger l'expression de M<sup>c</sup> Bent se situe quelque part au milieu de l'échelle.

*c) Évaluation de l'intérêt public*

[170] Pour justifier son rejet de l'action de D<sup>f</sup> Platnick en vertu du critère de l'évaluation, ma collègue cite les *autres* poursuites que D<sup>f</sup> Platnick a intentées contre des personnes qui ne sont *pas* parties à la présente action, ainsi que le montant de dommages-intérêts réclamés par D<sup>f</sup> Platnick, comme preuve des « fins punitives ou vindicatives » caractéristiques d'une poursuite stratégique classique contre la mobilisation publique (par. 183, 185, 207 et 263).

[171] À mon humble avis, le raisonnement de ma collègue ne repose pas sur une analyse adéquate au titre de l'al. 137.1(4)b). Dans l'arrêt *Pointes Protection*, notre Cour a carrément rejeté tout examen des caractéristiques d'une poursuite stratégique contre la mobilisation publique : « [l]'étape de l'al. 137.1(4)b) consiste essentiellement en un exercice d'évaluation de l'intérêt public et non simplement en un examen des caractéristiques d'une poursuite-bâillon » (par. 79). En toute déférence, j'estime que le montant des dommages-intérêts réclamés par D<sup>f</sup> Platnick auquel renvoie ma collègue (par. 263) ne peut servir à lui seul d'indice permettant de conclure que sa poursuite est motivée par des fins punitives ou vindicatives. Comme je l'ai déjà expliqué, D<sup>f</sup> Platnick a démontré qu'il avait subi un préjudice important —

c'est un médecin qui a réussi et qui est bien rémunéré et les allégations de M<sup>e</sup> Bent visent directement sa réputation professionnelle. On ne peut simplement inférer que la poursuite intentée par D<sup>r</sup> Platnick est motivée par des fins punitives ou vindicatives en raison du montant des dommages-intérêts qu'il réclame à M<sup>e</sup> Bent. En ce qui concerne les *autres* poursuites intentées par D<sup>r</sup> Platnick et les dommages-intérêts *globaux* (motifs de la juge Abella, par. 183, 185 et 207), ces facteurs n'ont aucune pertinence dans le cadre de l'examen de la *présente* motion, étant donné que rien ne prouve que les poursuites en question sont abusives, frivoles ou vexatoires. En conséquence, rien ne permet de prêter à D<sup>r</sup> Platnick l'intention d'agir à des fins punitives ou vindicatives.

[172] Compte tenu de la vaste portée de l'al. 137.1(4)b), les tribunaux ont « les moyens d'apprécier les tenants et aboutissants de l'affaire dont il[s] [sont] saisi[s] » (*Pointes Protection*, par. 81). À première vue, il ne s'agit pas d'une affaire où une partie réduit l'autre au silence par vengeance ou dans un but stratégique; il s'agit d'une affaire où une partie tente d'obtenir réparation pour un préjudice apparemment légitime subi du fait d'une communication diffamatoire. Il ne s'agit pas du type d'affaires que le législateur considère comme faisant partie de celles qui méritent d'être sommairement rejetées à un stade précoce, et la présente affaire ne tombe pas non plus sous le coup des dispositions de la loi exigeant un tel rejet.

[173] Comme je l'ai expliqué, la gravité du préjudice que subit ou a subi vraisemblablement D<sup>r</sup> Platnick se situe davantage vers le haut de l'échelle et, en

conséquence, l'intérêt public à permettre la poursuite de l'instance s'y situe aussi. Par ailleurs, l'intérêt public à l'égard de l'expression de M<sup>e</sup> Bent se situe quelque part entre le bas et le haut de l'échelle.

[174] Par conséquent, je suis convaincue que D<sup>f</sup> Platnick a établi, selon la prépondérance des probabilités, que le préjudice qu'il subit ou a subi vraisemblablement du fait de l'expression de M<sup>e</sup> Bent est suffisamment grave pour que l'intérêt public à permettre la poursuite de son action en diffamation l'emporte sur l'intérêt public à protéger l'expression de M<sup>e</sup> Bent.

(4) Conclusion sur la motion fondée sur l'art. 137.1

[175] Comme les présents motifs l'ont établi, bien que M<sup>e</sup> Bent se soit acquittée du fardeau initial que lui impose le par. 137.1(3), D<sup>f</sup> Platnick a franchi avec succès les étapes du bien-fondé et de l'intérêt public respectivement prévues aux al. 137.1(4)a) et 137.1(4)b). Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter la motion de M<sup>e</sup> Bent fondée sur l'art. 137.1 et de permettre que la poursuite en diffamation de D<sup>f</sup> Platnick contre M<sup>e</sup> Bent et Lerner suive son cours.

[176] Je m'empresse de rappeler qu'une motion fondée sur l'art. 137.1 ne donne manifestement pas lieu à une conclusion décisive sur le bien-fondé de l'instance (*Pointes Protection*, par. 37, 50, 52 et 71). Les présents motifs ne peuvent ni ne doivent d'aucune façon être considérés comme préjugant du bien-fondé de

l'action. En termes simples, l'action de D<sup>f</sup> Platnick mérite d'être tranchée sur le fond, et non d'être écartée sommairement à ce stade précoce.

#### IV. Conclusion

[177] La requête pour production de preuve nouvelle est accueillie en partie, sans dépens.

[178] Les pourvois sont rejetés.

[179] En ce qui concerne les dépens, comme je l'ai dit dans l'arrêt *Pointes Protection*, le législateur a expressément prévu un régime applicable aux motions fondées sur l'art. 137.1. En effet, le par. 137.1(8) énonce une règle applicable par défaut qui prévoit qu'en cas de rejet d'une motion fondée sur l'art. 137.1, aucuns dépens ne sont adjugés à l'une ou l'autre partie, « sauf si le juge décide que l'adjudication de ces dépens est appropriée dans les circonstances ». En l'espèce, l'adjudication de dépens ne serait pas appropriée : je ne considère pas la motion de M<sup>e</sup> Bent fondée sur l'art. 137.1 comme étant un moyen frivole de retarder l'action en diffamation de D<sup>f</sup> Platnick contre elle; le recours de M<sup>e</sup> Bent à l'art. 137.1 — surtout au regard de l'incertitude considérable, faute de jurisprudence, qui existait au moment de signifier la motion — représentait plutôt un recours de bonne foi à ce nouveau mécanisme. Je n'adjugerais aucuns dépens.

Version française des motifs des juges Abella, Karakatsanis, Martin et Kasirer rendus par

LA JUGE ABELLA —

[180] Maia Bent est une avocate qui représente des victimes d'accident dans des litiges les opposant à des compagnies d'assurance. Dans deux litiges de ce genre, des clients de M<sup>e</sup> Bent cherchaient à se faire indemniser par leur assureur pour des blessures subies lors d'accidents d'automobile. Les compagnies d'assurance ont engagé des experts médicaux pour évaluer les clients de M<sup>e</sup> Bent. Elles ont également engagé un médecin généraliste, le D<sup>r</sup> Howard Platnick, pour qu'il résume les résultats des évaluations. Le D<sup>r</sup> Platnick a rédigé des rapports sommaires qui ont été transmis à M<sup>e</sup> Bent. Dans ces rapports, il concluait que les clients de M<sup>e</sup> Bent n'avaient pas droit aux indemnités qu'ils réclamaient.

[181] M<sup>e</sup> Bent a obtenu les rapports originaux des experts médicaux qui avaient évalué ses clients et sur lesquels le D<sup>r</sup> Platnick s'était fondé pour rédiger ses sommaires. Dans les deux cas, M<sup>e</sup> Bent a constaté d'importantes divergences entre les rapports du D<sup>r</sup> Platnick et ceux des experts dont il était censé résumer les conclusions. Certains experts avaient conclu que les clients de M<sup>e</sup> Bent souffraient d'une déficience suffisamment grave pour avoir droit aux indemnités qu'ils réclamaient. Les sommaires du D<sup>r</sup> Platnick attribuaient la conclusion contraire à ces clients et omettaient de citer des conclusions des rapports de ces experts qui étaient favorables aux clients de M<sup>e</sup> Bent.

[182] Après que les deux dossiers eurent été réglés avec les compagnies d'assurance, M<sup>e</sup> Bent a fait parvenir un courriel interne confidentiel aux membres de l'Ontario Trial Lawyers Association (OTLA), un regroupement de professionnels du droit qui représentent les intérêts de victimes d'accidents dans des litiges en matière d'assurance automobile. L'OTLA a exprimé ses préoccupations sur diverses tribunes concernant les partis pris dans les rapports d'examens médicaux des assureurs. M<sup>e</sup> Bent a déjà été présidente de l'OTLA et, au moment où elle a envoyé le courriel, elle en était la présidente élue.

[183] Dans son courriel, M<sup>e</sup> Bent relatait son expérience dans deux dossiers mettant en cause le D<sup>r</sup> Platnick, et elle conseillait à ses collègues de réclamer systématiquement les rapports originaux des experts, de même que d'autres documents complémentaires dans les litiges avec les compagnies d'assurance. Son courriel a été divulgué à un plus vaste auditoire. Le D<sup>r</sup> Platnick a intenté des poursuites en diffamation contre elle et plusieurs autres parties en vue d'obtenir des dommages-intérêts de près de 50 millions de dollars. M<sup>e</sup> Bent a présenté une motion en rejet de l'action intentée contre elle en vertu de l'art. 137.1 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. C.43.

[184] Le juge de la motion, le juge Dunphy, a donné raison à M<sup>e</sup> Bent (2016 ONSC 7340, 136 O.R. (3d) 339). Il a notamment conclu qu'elle avait une défense valable d'immunité relative contre l'action en diffamation; qu'il n'y avait aucune preuve qu'elle était [TRADUCTION] « responsable d'une quelconque façon de la



diffusion imprévue subséquente du courriel à un plus vaste auditoire »; et que l'intérêt public à protéger cette communication l'emportait sur l'intérêt public à permettre que la poursuite intentée par le D<sup>f</sup> Platnick suive son cours. La Cour d'appel a écarté ces conclusions et a autorisé la reprise de l'action en diffamation intentée par le D<sup>f</sup> Platnick (2018 ONCA 687, 426 D.L.R. (4th) 60).

[185] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois. La poursuite intentée par le D<sup>f</sup> Platnick — et le montant exorbitant de dommages-intérêts qu'il demande — est précisément le type d'action qui a l'effet de réprimer l'expression sur des questions d'intérêt public. Le fait de permettre à sa poursuite contre M<sup>e</sup> Bent de suivre son cours minerait les raisons mêmes pour lesquelles l'art. 137.1 a été adopté.

### Contexte

[186] M<sup>e</sup> Bent a été admise au barreau en 1998 et elle est actuellement avocate au cabinet Lerner LLP. Elle représente des demandeurs dans des actions pour préjudices personnels.

[187] Le D<sup>f</sup> Platnick est un médecin généraliste qui a été engagé comme expert dans plusieurs litiges en matière d'assurance, la plupart du temps pour le compte de compagnies d'assurance.

[188] Le D<sup>f</sup> Platnick et M<sup>e</sup> Bent prenaient part à deux instances en matière d'assurance. Dans la première, M<sup>e</sup> Bent représentait un client ayant de graves

problèmes de santé qui avait fait [TRADUCTION] « plusieurs tentatives de suicide ». Son client affirmait souffrir d'une « déficience invalidante » en raison d'un accident d'automobile. Les victimes qui souffrent d'une déficience invalidante ont droit à une indemnité majorée de leur assureur selon les critères et les lignes directrices énoncés dans l'*Annexe sur les indemnités d'accident légales — en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2010*, Règl. de l'Ont. 370/10, art. 3 (pris en application de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, c. I.8).

[189] Une seule constatation de déficience invalidante par un médecin suffit pour que l'assureur accepte la réclamation.

[190] M<sup>e</sup> Bent a soumis à l'assureur de son client une demande d'indemnité majorée. L'assureur a engagé plusieurs experts, dont le D<sup>r</sup> Platnick, pour qu'ils donnent leur opinion sur la question de savoir si le client de M<sup>e</sup> Bent souffrait d'une déficience invalidante. Certains des experts ont procédé à une évaluation clinique du client de M<sup>e</sup> Bent, ce que le D<sup>r</sup> Platnick n'a pas fait. Le rôle de celui-ci consistait à résumer les conclusions des autres experts et, en se fondant sur ces conclusions, à donner son opinion sur la question de savoir si les critères permettant de conclure à une déficience invalidante étaient satisfaits.

[191] L'une des experts ayant procédé à une évaluation clinique du client de M<sup>e</sup> Bent, la D<sup>re</sup> Varinder Dua, a conclu que le client en question [TRADUCTION] « souffrait d'une déficience invalidante ». Elle a énoncé ses conclusions dans un rapport que l'assureur a transmis à M<sup>e</sup> Bent.

[192] L'assureur a tardé à rendre une décision définitive concernant la réclamation fondée sur la déficience invalidante. M<sup>e</sup> Bent a protesté en insistant sur le piètre état de santé physique et mentale de son client et en faisant observer que la D<sup>re</sup> Dua avait déjà fait la constatation de déficience invalidante nécessaire pour que l'assureur accepte la demande d'indemnité de son client. Le délai s'est prolongé, ce qui a incité M<sup>e</sup> Bent à porter plainte auprès de la Commission des services financiers de l'Ontario.

[193] Une semaine plus tard, l'assureur a accepté la réclamation fondée sur la déficience invalidante, conformément à l'évaluation de la D<sup>re</sup> Dua.

[194] Un mois après que l'assureur eut accepté la réclamation fondée sur la déficience invalidante, la Commission des services financiers de l'Ontario a transmis à M<sup>e</sup> Bent un rapport préparé par le D<sup>r</sup> Platnick pour l'assureur, étant donné que la plainte pour examen tardif était toujours en instance. M<sup>e</sup> Bent n'avait pas encore vu ni reçu le rapport du D<sup>r</sup> Platnick.

[195] Dans son rapport, le D<sup>r</sup> Platnick concluait que le client de M<sup>e</sup> Bent ne satisfaisait pas aux critères relatifs à la déficience invalidante. Il convient en particulier de signaler le sommaire que le D<sup>r</sup> Platnick a fait du rapport de la D<sup>re</sup> Dua. Contrairement à la conclusion de la D<sup>re</sup> Dua dans le rapport que l'assureur avait transmis à M<sup>e</sup> Bent, le D<sup>r</sup> Platnick affirmait que la D<sup>re</sup> Dua n'avait pas constaté le degré de déficience nécessaire pour conclure à une déficience invalidante. D'autres conclusions du rapport de la D<sup>re</sup> Dua qui étaient favorables au client de M<sup>e</sup> Bent

étaient également absentes du sommaire du D<sup>f</sup> Platnick. Nulle part dans son sommaire le D<sup>f</sup> Platnick n'indique s'être entretenu avec la D<sup>re</sup> Dua ou ne laisse entendre que la D<sup>re</sup> Dua avait préparé un rapport subséquent à celui qu'elle avait au départ soumis à l'assureur.

[196] Dans la seconde instance en matière d'assurance à laquelle prenaient part M<sup>e</sup> Bent et le D<sup>f</sup> Platnick, la cliente de M<sup>e</sup> Bent, la D<sup>re</sup> Laura Carpenter, réclamait une indemnité d'assurance fondée sur une déficience invalidante. Pour évaluer la réclamation, l'assureur avait retenu les services d'une entreprise d'évaluation (Sibley & Associates), qui avait à son tour engagé le D<sup>f</sup> Platnick et d'autres experts. Ces derniers ont procédé à un examen clinique de la D<sup>re</sup> Carpenter, ce que le D<sup>f</sup> Platnick n'a pas fait. Le rôle de celui-ci consistait à examiner et à résumer les évaluations cliniques préparées par les autres experts et, en se fondant sur ces rapports, à donner son avis sur la question de savoir si la blessure de la D<sup>re</sup> Carpenter satisfaisait aux critères relatifs à la déficience invalidante.

[197] Une fois que les experts eurent terminé leur évaluation clinique de la D<sup>re</sup> Carpenter, M<sup>e</sup> Bent a reçu de l'assureur deux rapports préparés par le D<sup>f</sup> Platnick, intitulés [TRADUCTION] « Décision relative à la déficience invalidante » et « Résumé de la décision relative à la déficience invalidante ».

[198] Dans ces rapports, le D<sup>f</sup> Platnick affirmait que la blessure de la cliente de M<sup>e</sup> Bent ne satisfaisait pas aux critères relatifs à la déficience invalidante. Il a expliqué que cette conclusion était une [TRADUCTION] « conclusion par voie de

consensus » entre les quatre experts qui avaient examiné la D<sup>re</sup> Carpenter, et elle se lisait comme suit :

[TRADUCTION]

La conclusion par voie de consensus qui se dégage de la présente évaluation est que [la blessure de la D<sup>re</sup> Carpenter] n'obtient pas une cote de déficience invalidante suivant l'*AIAL* . . .

[199] Après avoir reçu les rapports du D<sup>r</sup> Platnick, M<sup>e</sup> Bent a obtenu de l'arbitre qui présidait l'instance en matière d'assurance une ordonnance exigeant la communication du dossier intégral de Sibley. Par conséquent, elle a reçu les rapports originaux préparés par les experts médicaux qui avaient examiné et évalué la D<sup>re</sup> Carpenter, de même que la correspondance entre Sibley et les experts en question.

[200] Les documents additionnels communiqués révélaient que trois des quatre experts qui, selon ce qu'affirmait le D<sup>r</sup> Platnick, étaient arrivés à la « conclusion par voie de consensus », avaient d'abord conclu que la D<sup>re</sup> Carpenter souffrait d'une déficience invalidante ou tiré des conclusions allant dans ce sens. Le quatrième expert affirmait que la cliente de M<sup>e</sup> Bent ne satisfaisait pas aux critères relatifs à la déficience invalidante. Au moment où le D<sup>r</sup> Platnick a soumis son rapport sommaire, les experts médicaux ne s'entendaient toujours pas et n'étaient pas parvenus à une « conclusion par voie de consensus » sur la question de savoir si la D<sup>re</sup> Carpenter souffrait ou non d'une déficience invalidante. Cependant, dans ses rapports sommaires, le D<sup>r</sup> Platnick ne reprenait pas les conclusions des experts qui étaient

d'avis que la D<sup>re</sup> Carpenter souffrait d'une déficience invalidante, ni les autres conclusions de leur rapport qui étaient favorables à la cliente de M<sup>e</sup> Bent.

[201] Les documents additionnels obtenus par M<sup>e</sup> Bent comprenaient aussi des communications entre Sibley et les experts médicaux qui avaient procédé à une évaluation clinique de la D<sup>re</sup> Carpenter. Ces documents faisaient état des démarches visant à faire en sorte que les experts révisent leur rapport et, dans certains cas, leurs conclusions relatives à la déficience invalidante :

- Sibley a envoyé un courriel au psychiatre de l'équipe d'évaluation, le D<sup>r</sup> Mark Rubens, pour lui demander de souscrire au rapport sommaire du D<sup>r</sup> Platnick et à la conclusion suivant laquelle la D<sup>re</sup> Carpenter ne souffrait pas d'une déficience invalidante. Le D<sup>r</sup> Rubens a refusé, en faisant observer que Sibley lui demandait [TRADUCTION] « d'adhérer à une “déclaration de consensus” dans laquelle le “consensus” est nettement et expressément contredit », et qualifiant la demande de « profondément offensante et insultante ».
- Sibley a envoyé un courriel au psychologue de l'équipe d'évaluation, le D<sup>r</sup> Myles Genest, pour lui suggérer de supprimer certains passages où il était question du rôle joué par Sibley dans le processus d'évaluation et de modifier sa réponse à une question portant sur l'aptitude au travail de la D<sup>re</sup> Carpenter. Pour [TRADUCTION] « conserver son indépendance » et pour éviter de « compromettre l'intégrité » de l'évaluation, le D<sup>r</sup> Genest a refusé de faire les

modifications demandées. Sibley a envoyé un courriel de suivi pour fournir au D<sup>f</sup> Genest « d'autres éléments d'information provenant du rapport du D<sup>f</sup> Platnick » afin de l'aider à « préparer un addendum » à son rapport. Le D<sup>f</sup> Genest a refusé de faire ces ajouts. Après avoir pris connaissance du rapport sommaire du D<sup>f</sup> Platnick, le D<sup>f</sup> Genest a fait savoir à Sibley qu'il n'était pas d'accord avec la conclusion du D<sup>f</sup> Platnick suivant laquelle « il n'y a pas de déficience invalidante attribuable à la collision ».

- Un troisième médecin, qui avait initialement conclu que le degré de déficience dont souffrait la D<sup>re</sup> Carpenter était suffisant pour conclure à une déficience invalidante, a reçu une version « révisée » de son rapport initial. Après avoir pris connaissance de ces révisions apportées par Sibley, il a modifié son rapport, supprimé la conclusion pertinente de déficience et accepté de s'en remettre à la conclusion du « médecin principal », le D<sup>f</sup> Platnick.

[202] L'affaire a été renvoyée à l'arbitrage. Se fondant sur les rapports du D<sup>f</sup> Platnick, l'assureur a fait valoir que la D<sup>re</sup> Carpenter ne souffrait pas d'une déficience invalidante. Le D<sup>f</sup> David King, un neurologue au nombre des quatre experts qui, selon le D<sup>f</sup> Platnick, étaient arrivés à la « conclusion par voie consensus », a témoigné à l'arbitrage. Il a indiqué qu'il n'avait pris part à aucun consensus sur la question de savoir si la D<sup>re</sup> Carpenter satisfaisait aux critères relatifs à la déficience invalidante; qu'il n'avait jamais vu le rapport du D<sup>f</sup> Platnick; et que

certains passages de son propre rapport avaient été omis à son insu et sans son consentement.

[203] Plus tard la même journée, l'assureur a conclu un règlement généreux avec la D<sup>re</sup> Carpenter, reconnaissant qu'elle souffrait d'une déficience invalidante. Il a également accepté de verser rétroactivement à la D<sup>re</sup> Carpenter l'intégralité de l'indemnité d'assurance majorée, avec intérêts, et de l'indemniser intégralement de ses frais de justice et débours. Selon M<sup>e</sup> Bent, il aurait été [TRADUCTION] « pratiquement impossible d'obtenir de telles conditions dans le cadre d'un règlement ».

[204] Après que la réclamation eut été réglée, M<sup>e</sup> Bent a envoyé un courriel confidentiel par l'intermédiaire d'un serveur de liste (« Listserv »), composé exclusivement d'avocats membres de l'Ontario Trial Lawyers Association spécialisés en préjudices personnels et représentant des demandeurs. Ces avocats avaient tous signé un engagement à protéger la confidentialité de tous les renseignements communiqués par le serveur de liste :

[TRADUCTION]

### **CONFIDENTIALITÉ**

Je m'engage à protéger le caractère strictement confidentiel de tous les renseignements, opinions et commentaires communiqués par LISTSERV et à ne les communiquer à personne, y compris aux membres de l'OTLA qui ne sont pas inscrits à LISTSERV, ainsi qu'aux associés, collaborateurs et membres du personnel de mon cabinet d'avocats.



Je suis conscient du fait que les autres membres de l'OTLA comptent sur mon engagement envers eux à respecter leur décision d'assurer la confidentialité des renseignements communiqués par LISTSERV.

[205] Le courriel de M<sup>c</sup> Bent indiquait ce qui suit :

[TRADUCTION]

Chers collègues,

Je participe à un arbitrage sur la question d'une déficience invalidante dans lequel Sibley, alias SLR Assessments, a effectué des évaluations pluridisciplinaires pour TD Assurance. Jeudi dernier, en contre-interrogatoire, le neurologue expert indépendant, le D<sup>f</sup> King, a affirmé dans son témoignage que de longs passages très importants du rapport qu'il avait présenté à Sibley avaient été retirés à son insu et sans son consentement. Ces passages étaient très favorables à notre cliente. Le D<sup>f</sup> King n'a jamais vu la version finale de son rapport qui nous a été envoyé et il ne l'a jamais approuvée en signant.

Il a aussi affirmé dans son témoignage qu'il n'avait jamais participé à une « réunion de consensus » et qu'il n'avait jamais vu ni approuvé le résumé rédigé par le D<sup>f</sup> Platnick, lequel a été signé par le D<sup>f</sup> Platnick comme représentant le consensus de toute l'équipe et qu'il n'avait jamais donné son assentiment à ce résumé.

Ce n'est PAS le seul rapport à avoir été altéré. Nous avons obtenu des copies de tous le[s] dossier[s] et ébauches des médecins, et des traces documentaires révèlent que Sibley a réécrit les rapports des médecins pour substituer à la conclusion portant que notre cliente était affectée d'une déficience invalidante, la conclusion qu'elle n'était pas affectée d'une telle déficience.

Tous ces documents ont été produits avant l'arbitrage, mais pour une raison ou une autre, l'autre avocat ne semblait pas savoir ce qui se trouvait dans les dossiers (des milliers de pages ont été produites). Il a dû recevoir des directives de la compagnie d'assurance de mettre fin à cela à tout prix le jeudi soir, car la compagnie a offert un montant d'argent faramineux pour régler, que notre cliente a accepté.

Je suis déçue que ces agissements n'aient pas été rendus publics par la voie d'une décision, mais je voulais vous avertir, chers collègues, de toujours obtenir les dossiers de l'évaluateur et de Sibley. Ce n'est pas un cas isolé, puisque j'ai eu un autre dossier dans lequel le D<sup>f</sup> Platnick avait

changé la décision du médecin, faisant passer la déficience de marquée à moyenne.

[206] Le courriel de M<sup>e</sup> Bent a fait l'objet d'une fuite à l'extérieur du serveur de liste et a été porté à l'attention d'un groupe de défense de droits. Il s'est ensuite retrouvé entre les mains d'un journaliste du magazine *Insurance Business*, qui l'a publié dans le cadre d'un article plus général sur la modification de dossiers médicaux pour accommoder les assureurs.

[207] Le D<sup>r</sup> Platnick a intenté une poursuite en diffamation notamment contre le magazine, le rédacteur en chef du magazine, le rédacteur en chef adjoint du magazine, M<sup>e</sup> Bent et le cabinet d'avocats où travaille celle-ci, Lerner LLP. Il réclamait dans chaque poursuite des dommages-intérêts de 16,3 millions de dollars, pour un total de près de 50 millions de dollars.

[208] Dans sa déclaration dans le cadre de l'action contre M<sup>e</sup> Bent, le D<sup>r</sup> Platnick faisait valoir que celle-ci l'avait accusé à tort d'inconduite professionnelle. Il soutenait que, dans le dossier concernant la D<sup>re</sup> Dua, il avait résumé fidèlement un second rapport de suivi dans lequel cette dernière avait modifié sa conclusion sur la déficience invalidante après s'être entretenue avec lui. Dans le cas de la D<sup>re</sup> Carpenter, le D<sup>r</sup> Platnick affirmait qu'il avait employé le terme « conclusion par voie de consensus » dans l'espoir qu'un tel consensus s'impose après la remise de son rapport. Il a expliqué que c'était la raison pour laquelle il avait

joint à son rapport une page de confirmation où des espaces étaient réservés pour les signatures que Sibley devait obtenir.

[209] Quinze mois après que le D<sup>r</sup> Platnick eut déposé sa déclaration, M<sup>e</sup> Bent a présenté une motion en vertu de l'art. 137.1 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario en vue de faire rejeter l'action. L'article 137.1 permet au tribunal de rejeter rapidement l'instance qui découle du fait de l'expression d'une personne relativement à une affaire d'intérêt public.

[210] Le juge de la motion, le juge Dunphy, a donné raison à M<sup>e</sup> Bent. Il a conclu ce qui suit :

- Le courriel de M<sup>e</sup> Bent abordait des questions qui revêtaient [TRADUCTION] « une importance considérable pour l'administration de la justice » et avait été envoyé pour « insister auprès d'autres avocats représentant des demandeurs sur l'importance d'obtenir la production de tout le dossier pour vérifier attentivement les rapports des experts »;
- Il existait de toute évidence « un intérêt public à informer les membres de l'OTLA des risques de se fier à des “rapports sommaires” sélectifs qui omettent des éléments favorables aux demandeurs et qui contiennent potentiellement des énoncés faux et trompeurs selon lesquels ces rapports sont le fruit d'un consensus »;

- M<sup>e</sup> Bent « avait rapporté de façon exacte et impartiale les faits dont elle avait raisonnablement eu connaissance »;
- Rien ne permettait de conclure raisonnablement que M<sup>e</sup> Bent avait agi avec malveillance en publiant le courriel;
- « Rien ne permet[tait] de penser que M<sup>e</sup> Bent était responsable de la publication subséquente et imprévue du courriel à un auditoire plus vaste ».

[211] Eu égard à ces conclusions, le juge de la motion a notamment déclaré que M<sup>e</sup> Bent avait une défense valable d'immunité relative contre l'action en diffamation, et que l'intérêt public à ce que l'expression de M<sup>e</sup> Bent soit protégée l'emportait sur l'intérêt public à ce que la poursuite intentée par le D<sup>r</sup> Platnick puisse suivre son cours.

[212] La Cour d'appel a accueilli l'appel et a autorisé la reprise de l'action du D<sup>r</sup> Platnick. Elle a jugé qu'un [TRADUCTION] « juge des faits raisonnable » pouvait conclure que la défense d'immunité relative était invalide au motif que M<sup>e</sup> Bent avait agi de façon inappropriée ou malveillante en écrivant que le D<sup>r</sup> Platnick avait déjà [TRADUCTION] « modifié la décision d'un médecin ». La cour a également écarté la conclusion du juge de la motion sur le critère de mise en balance de l'intérêt public, de même que sa conclusion connexe selon laquelle M<sup>e</sup> Bent ne pouvait raisonnablement avoir prévu que son courriel serait diffusé à l'extérieur du serveur de liste.

## Analyse

[213] La question en litige dans les présents pourvois est celle de savoir si l'action en diffamation intentée par le D<sup>r</sup> Platnick devrait être rejetée en vertu de l'art. 137.1 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario.

[214] L'article 137.1 prévoit un mécanisme permettant le rejet avant la tenue d'un procès des poursuites qui entravent indûment l'expression sur des affaires d'intérêt public (*1704604 Ontario Ltd. c. Pointes Protection Association*, 2020 CSC 22, par. 17). Cette disposition législative a pour objet de faire en sorte que la liberté d'expression sur des affaires d'intérêt public soit protégée contre les craintes liées aux frais de justice et l'incertitude concernant le fait d'avoir à se défendre dans le cadre d'une poursuite (voir ministère du Procureur général, *Comité consultatif pour contrer les poursuites-bâillons — Rapport à l'intention du procureur général* (2010), p. 8-10; voir également Michaelin Scott et Chris Tollefson, « Strategic Lawsuits Against Public Participation: The British Columbia Experience » (2010), 19 *RECIEL* 45, p. 45; Hilary Young, « Rethinking Canadian Defamation Law as Applied to Corporate Plaintiffs » (2013), 46 *U.B.C.L. Rev.* 529, p. 562).

[215] Cet objet est expressément énoncé dans la loi :

**137.1** (1) Les objets du présent article et des articles 137.2 à 137.5 sont les suivants :

- a) encourager les particuliers à s'exprimer sur des affaires d'intérêt public;

b) favoriser une forte participation aux débats sur des affaires d'intérêt public;

c) décourager le recours aux tribunaux comme moyen de limiter indûment l'expression sur des affaires d'intérêt public;

d) réduire le risque que la participation du public aux débats sur des affaires d'intérêt public ne soit entravée par crainte d'une action en justice.

(Voir également *Pointes Protection*, par. 12.)

[216] Le fait de permettre au tribunal, au moyen de délais abrégés<sup>99</sup>, de rejeter rapidement toute instance qui « découle » de l'expression relativement à une affaire d'intérêt public permet l'atteinte de ces objectifs :

### 137.1

[. . .]

(3) Sur motion d'une personne contre qui une instance est introduite, un juge, sous réserve du paragraphe (4), rejette l'instance si la personne le convainc que l'instance découle du fait de l'expression de la personne relativement à une affaire d'intérêt public.

[. . .]

**137.3** L'appel d'une ordonnance visée à l'article 137.1 est entendu dès que matériellement possible après que l'appelant a mis l'appel en état.

[217] Nul ne conteste que l'action en diffamation du D<sup>r</sup> Platnick était fondée sur l'expression d'une personne relativement à une affaire d'intérêt public. La poursuite intentée par le D<sup>r</sup> Platnick visait le courriel de M<sup>e</sup> Bent à ses collègues de l'OTLA, qui abordait des questions importantes pour l'administration de la justice,

---

<sup>99</sup> Les délais en question sont énoncés à l'art. 137.2.

particulièrement l'indépendance et l'impartialité des experts et des entreprises d'évaluation tierces engagées par les assureurs, et la précision dont ceux-ci font preuve. Les conditions prévues au par. 137.1(3) sont donc remplies et on peut présumer que l'action en diffamation du D<sup>r</sup> Platnick doit être rejetée.

[218] Toutefois, en vertu du par. 137.1(4), l'instance introduite par le D<sup>r</sup> Platnick peut se poursuivre s'il convainc un juge qu'il existe des motifs de croire que le bien-fondé de l'instance est substantiel, que M<sup>e</sup> Bent n'a pas de défense valable dans l'instance *et* que le préjudice qu'il a vraisemblablement subi est assez grave pour l'emporter sur l'intérêt public à protéger l'expression de M<sup>e</sup> Bent :

### 137.1

[. . .]

(4) Un juge ne doit pas rejeter une instance en application du paragraphe (3) si la partie intimée le convainc de ce qui suit :

- a) il existe des motifs de croire :
  - (i) d'une part, que le bien-fondé de l'instance est substantiel,
  - (ii) d'autre part, que l'auteur de la motion n'a pas de défense valable dans l'instance;
- b) le préjudice que la partie intimée subit ou a subi vraisemblablement du fait de l'expression de l'auteur de la motion est suffisamment grave pour que l'intérêt public à permettre la poursuite de l'instance l'emporte sur l'intérêt public à protéger cette expression.

[219] Ce n'est que si le D<sup>r</sup> Platnick remplit ces trois critères que l'instance qu'il a introduite pourra suivre son cours.

[220] À mon humble avis, M<sup>e</sup> Bent dispose d'une défense « valable » d'immunité relative et a par conséquent droit à la réparation prévue au par. 137.1(3), en l'occurrence le rejet de l'action en diffamation du D<sup>r</sup> Platnick. Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire de se pencher sur la question de savoir si elle avait aussi une défense valide de justification.

[221] Dans l'arrêt *Pointes Protection*, la Cour précise qu'un moyen de défense n'est « valable » que s'il a « une possibilité réelle de succès » (par. 60). Pour avoir « une possibilité réelle de succès », un moyen de défense doit être juridiquement défendable, prendre appui sur des éléments de preuve raisonnablement dignes de foi et avoir une possibilité de succès qui, sans équivaloir à une vraisemblance de succès démontrée, tend à pencher davantage en faveur de la personne qui est poursuivie (par. 49-50 et 59-60). Il incombe au D<sup>r</sup> Platnick de démontrer qu'il se trouve, dans le dossier et en droit, un fondement suffisamment convaincant pour conclure que « le ou les moyens de défense [permettent] d'affirmer que ces moyens n'ont aucune possibilité réelle de succès » (par. 59).

[222] La défense d'immunité relative s'applique « dans des circonstances où la personne qui donne des renseignements a un intérêt ou une obligation légale, sociale ou morale, de les donner à la personne à qui elle les fournit et la personne qui les reçoit a un intérêt ou une obligation correspondants de les recevoir » (*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 143; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3, par. 78, ces deux arrêts citant *Adam c. Ward*,



[1917] A.C. 309 (H.L.), p. 334). L'accent est mis sur les circonstances dans lesquelles la communication a été faite. L'immunité relative peut cesser d'exister si la communication déborde le cadre des fins légitimes de l'immunité ou si son auteur était principalement motivé par la malveillance (*Botiuk*, par. 79-80). À cette étape, l'accent est mis sur le contenu de la communication et sur le comportement et les motivations de l'auteur.

[223] Dans le cas qui nous occupe, la conclusion suivant laquelle M<sup>e</sup> Bent a envoyé son courriel dans des circonstances protégées par l'immunité relative est étayée par des éléments de preuve raisonnablement dignes de foi et suffisamment convaincants pour donner à la défense la vraisemblance de succès nécessaire (*Pointes Protection*, par. 59-60). Le D<sup>r</sup> Platnick n'a pas fourni une base suffisante dans son dossier et en droit à l'effet contraire. M<sup>e</sup> Bent était la nouvelle présidente de l'OTLA, un organisme dont les membres préconisent le traitement équitable des victimes d'accidents dans le cadre des régimes d'assurance et les représentent fréquemment dans des litiges les opposant à des assureurs. En tant que présidente élue, M<sup>e</sup> Bent était clairement tenue d'informer les membres de l'OTLA de l'existence de rapports d'experts sélectifs et trompeurs défavorisant les personnes mêmes que ceux-ci défendent et représentent. L'OTLA a exprimé des préoccupations concernant ce problème sur des tribunes publiques et lors de consultations. M<sup>e</sup> Bent était également tenue de recommander aux membres de l'OTLA des moyens de protéger les intérêts de leurs clients contre les pratiques déloyales utilisées par les experts et les

entreprises d'évaluation. Ces questions se situaient au cœur même du mandat de l'OTLA et, par conséquent, du rôle de M<sup>e</sup> Bent en tant que présidente élue.

[224] Au moment où M<sup>e</sup> Bent a envoyé son courriel, il y avait déjà une vive controverse publique au sujet de la neutralité des experts engagés par les compagnies d'assurance. Même si les experts ont tous l'obligation d'agir de façon indépendante et impartiale (*White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, [2015] 2 R.C.S. 182, par. 10), des préoccupations sont soulevées depuis de nombreuses années concernant les experts et les évaluateurs qui produisent des rapports sélectifs ou trompeurs [TRADUCTION] « susceptibles d'être le facteur déterminant » lorsqu'il s'agit de régler une demande d'indemnité d'assurance (*MacDonald c. Sun Life Assurance Company of Canada*, 2006 CanLII 41669 (C.S.J. Ont.), par. 100; voir également par. 101-103; *Burwash c. Williams*, 2014 ONSC 6828, par. 25-29 (CanLII); *Daggit c. Campbell*, 2016 ONSC 2742, 131 O.R. (3d) 423, par. 27-30).

[225] Le juge Cunningham résume comme suit le problème dans le rapport intitulé *Système de règlement des différends de l'assurance-automobile en Ontario — Rapport final* du ministère des Finances (2014) :

Le problème est évident. Un médecin-expert dont les services ont été retenus par un assureur qui appuie les demandeurs a peu de chance d'être retenu à nouveau. [p. 25]

[226] Ces préoccupations se sont manifestées dans deux instances en matière d'assurance mettant en cause M<sup>e</sup> Bent et le D<sup>f</sup> Platnick. Non seulement M<sup>e</sup> Bent avait l'obligation de communiquer ces préoccupations en tant que présidente élue de l'OTLA, elle avait également l'obligation professionnelle, en tant qu'avocate, de contribuer à améliorer l'administration de la justice et de communiquer les pratiques exemplaires (voir le *Code de déontologie* du Barreau de l'Ontario, art. 2.1-2 et art. 5.6-1). Il était sans doute conforme à cette obligation qu'elle signale les agissements d'experts qui étaient à l'origine de vives préoccupations et de controverses publiques dans son domaine d'activité.

[227] Les membres de l'OTLA inscrits au serveur de liste — qui étaient tous des avocats représentant des demandeurs victimes de préjudices personnels — avaient incontestablement une obligation réciproque de recevoir cette communication de M<sup>e</sup> Bent, de même qu'un intérêt à en prendre connaissance. Il était important sur le plan professionnel, en particulier pour leurs clients, qu'ils soient mis au courant des agissements douteux des experts et des compagnies d'évaluation et qu'ils soient conseillés sur les moyens de se protéger contre de tels agissements. J'imagine mal comment M<sup>e</sup> Bent ou ses collègues auraient pu se soustraire à leur obligation professionnelle d'échanger de tels renseignements en se joignant au serveur de liste. La réponse à la question de savoir si M<sup>e</sup> Bent et ses collègues étaient tenus de communiquer des renseignements ne dépend pas uniquement du *moyen* qu'ils ont finalement choisi pour les communiquer. De plus, les modalités mêmes du serveur de liste précisent qu'il s'agit d'un forum de discussion confidentiel visant précisément à

ce que les membres [TRADUCTION] « obtiennent des conseils et de l'assistance » sur des questions soulevées dans leurs dossiers.

[228] En conséquence, la communication de M<sup>e</sup> Bent a été faite par une personne qui avait une obligation professionnelle de communiquer ces renseignements à ses collègues et un intérêt à le faire, et ces derniers avaient un devoir correspondant de les recevoir et un intérêt à le faire. Cela permet de conclure que sa défense d'immunité relative avait « une possibilité réelle de succès » autant dans les faits qu'en droit.

[229] L'immunité relative peut toutefois être mise en échec si la communication débordait le cadre des fins de l'immunité ou si l'on peut démontrer que M<sup>e</sup> Bent était principalement motivée par la malveillance.

[230] Un défendeur ne peut invoquer l'immunité relative si l'information communiquée n'est « pas raisonnablement appropriée pour les fins légitimes de l'occasion » (*Botiuk*, par. 80; voir également *Hill*, par. 146-147). Une déclaration ne peut être « raisonnablement appropriée » que si elle *se rapporte à* « l'exécution du devoir, [à] l'exercice du droit ou [à] la sauvegarde de l'intérêt qui crée l'immunité » (*Hill*, par. 146, citant *Adam c. Ward*, p. 321). Ainsi que le professeur Raymond E. Brown le fait observer :

[TRADUCTION]

Les tribunaux interprètent de façon large le lien entre la déclaration et la situation conférant l'immunité relative : il n'est pas nécessaire que ce lien soit essentiel au sujet abordé ou à l'immunité, seulement qu'il s'y rapporte.

(*Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 13-895; voir également *Douglas c. Tucker*, [1952] 1 R.C.S. 275, p. 286; *Netupsky c. Craig*, [1973] R.C.S. 55, p. 60-61; *McLoughlin c. Kutasy*, [1979] 2 R.C.S. 311, p. 323; *Merit Consultants International Ltd. c. Chandler*, 2014 BCCA 121, 60 B.C.L.R. (5th) 214, par. 30; *Wang c. British Columbia Medical Assn.*, 2014, BCCA 162, 57 B.C.L.R. (5th) 217, par. 99-100; *RTC Engineering Consultants Ltd. c. Ontario (Solicitor General)* (2002), 58 O.R. (3d) 726 (C.A.), par. 18; *Chohan c. Cadsky*, 2009 ABCA 334, 464 A.R. 57, par. 105 et 108; *Laufer c. Bucklaschuk* (1999), 145 Man. R. (2d) 1 (C.A.), par. 76; *Le Conseil des fiduciaires du régime de retraite des employés de The City of Saint John c. Ferguson*, 2008 NBCA 24, 328 N.B.R. (2d) 319, par. 9; *Cush c. Dillon*, [2011] HCA 30, 243 C.L.R. 298, par. 22-23.)

[231] Selon le D<sup>r</sup> Platnick, M<sup>e</sup> Bent a outrepassé les limites de l'immunité relative parce qu'il n'était pas « nécessaire » qu'elle l'identifie par son nom. La question est toutefois de savoir si les déclarations de M<sup>e</sup> Bent étaient pertinentes et « raisonnablement appropriées » dans les circonstances, et non si elles étaient strictement nécessaires (*Hill*, par. 147; *Botiuk*, par. 80). Une approche fondée sur la nécessité aurait des répercussions dangereuses et restrictives pour la défense d'immunité relative. Dans les faits, elle exclurait de la défense les déclarations contenant des exemples précis d'inconduite, car les déclarations comme celles dont il est question peuvent presque toujours être dépouillées des détails et reconstruites sans les exemples « inutiles » qu'elles contenaient auparavant. Les tribunaux, à juste titre, n'appliquent pas ce type d'examen rigoureux lorsqu'ils évaluent les prétentions d'immunité relative (*Brown*, p. 13-888 à 13-906). Comme l'a impérieusement noté la

Cour d'appel de la Colombie-Britannique, une [TRADUCTION] « personne qui s'exprime dans des circonstances conférant l'immunité ne devrait pas être considérée comme un funambule sans filet de sécurité alors que le juge retient son souffle et attend qu'elle chute » (*Wang*, par. 99, citant *Birchwood Homes Limited c. Robertson*, [2003] EWHC 293 (B.R.), par. 27 (BAILII); voir aussi *Tsatsi c. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan*, 2018 SKCA 53, par. 48 (CanLII)).

[232] En l'espèce, il est difficile de concevoir de quelle façon M<sup>e</sup> Bent aurait pu outrepasser les limites de son obligation d'informer les membres de l'OTLA de l'existence de rapports d'experts sélectifs et trompeurs en identifiant l'expert qu'elle soupçonnait raisonnablement de s'être livré précisément à ce comportement.

[233] Les faits dont M<sup>e</sup> Bent était au courant lorsqu'elle a identifié le D<sup>r</sup> Platnick associaient clairement celui-ci aux pratiques sélectives ou trompeuses qu'elle avait l'obligation de signaler à ses collègues, et que ses collègues étaient d'ailleurs eux aussi tenus de se signaler les uns aux autres, puisque ces faits se rapportaient directement à leur aptitude à bien accomplir leur travail pour leurs clients. Non seulement les rapports du D<sup>r</sup> Platnick, à première vue, présentent de façon inexacte les conclusions des experts ayant procédé à une évaluation clinique de la D<sup>re</sup> Carpenter, ils omettent aussi plusieurs constatations faites par les experts lorsqu'ils ont tiré des conclusions qui étaient favorables à la cause de la D<sup>re</sup> Carpenter.

[234] Dans le cadre de l'arbitrage concernant le dossier de la D<sup>re</sup> Carpenter, le D<sup>r</sup> Platnick a produit des rapports censés résumer les conclusions des experts médicaux qui avaient évalué la cliente de M<sup>e</sup> Bent. Le D<sup>r</sup> Platnick avait conclu que la cliente ne souffrait pas d'une déficience invalidante et avait qualifié cette constatation de « conclusion par voie de consensus » de l'équipe d'évaluation. Or, les documents que M<sup>e</sup> Bent avait obtenus indiquaient qu'il n'y avait pas de tel consensus; les experts étaient en fait divisés, et une seule constatation de déficience invalidante aurait fourni des motifs suffisants pour que l'assureur accepte la réclamation de la D<sup>re</sup> Carpenter.

[235] Le rapport du D<sup>r</sup> Platnick ne contenait pas non plus de mise en garde ou autre réserve indiquant qu'il s'agissait d'une ébauche. De plus, après que Sibley leur eut demandé de revoir leurs conclusions à la lumière du rapport du D<sup>r</sup> Platnick, deux des experts ont refusé de souscrire à la conclusion et à l'analyse de ce dernier. Un troisième médecin, le D<sup>r</sup> King, a affirmé lors de l'arbitrage qu'il n'avait jamais vu le rapport du D<sup>r</sup> Platnick et qu'il n'avait joué aucun rôle quant à sa préparation. Ce même médecin a témoigné au sujet des altérations apportées à son rapport à son insu et sans son consentement.

[236] La conduite du D<sup>r</sup> Platnick au cours de l'arbitrage concernant le dossier de la D<sup>re</sup> Carpenter est semblable à celle qu'il a eue lors d'une instance précédente à laquelle prenait part la D<sup>re</sup> Dua. Dans un contexte semblable — une demande d'indemnisation pour déficience invalidante présentée à un assureur ayant retenu les services d'experts pour effectuer une évaluation —, le D<sup>r</sup> Platnick avait là encore

produit un rapport qui, selon ce que M<sup>e</sup> Bent estimait de façon raisonnable, présentait de façon inexacte les conclusions de l'expert médical qui avait examiné sa cliente. Au moment où elle a envoyé son courriel, M<sup>e</sup> Bent n'avait en main que la copie du rapport de la D<sup>re</sup> Dua que lui avait envoyée l'assureur. Elle n'était pas au courant de l'existence d'un second rapport modifié, et elle n'avait aucune raison de croire qu'un second rapport avait été produit. Non seulement le D<sup>r</sup> Platnick n'en fait aucune mention dans son rapport, mais l'assureur a conclu un règlement dont les modalités correspondaient au premier rapport de la D<sup>re</sup> Dua.

[237] Il y a donc de solides preuves justifiant que M<sup>e</sup> Bent croie que le D<sup>r</sup> Platnick avait produit des rapports d'experts sélectifs et trompeurs. La question de savoir si ce que croyait M<sup>e</sup> Bent était en grande partie vrai est le critère de justification, une défense qui ne fait pas l'objet des présents motifs. Il ne s'agit pas du critère pour l'immunité relative, pour lequel ce qui importe est de savoir si le fait d'avoir communiqué ce qu'elle croyait aux membres de l'OTLA inscrits au serveur de liste était pertinent et raisonnablement approprié dans les circonstances. En raison de la preuve convaincante que M<sup>e</sup> Bent avait en sa possession, il était manifestement pertinent et approprié, pour qu'elle s'acquitte de son obligation de protéger ses collègues et leurs clients, qu'elle identifie le D<sup>r</sup> Platnick, un expert dont les services étaient fréquemment retenus dans des dossiers où il s'était avéré spécialement important d'obtenir la divulgation intégrale des dossiers de l'assureur. Laisser entendre à ses collègues professionnels qu'il y avait quelque part en Ontario un



médecin qui rédigeait des rapports dont il fallait se méfier aurait été une mise en garde vide de sens.

[238] Il serait contraire à l'objet de l'immunité relative de refuser à M<sup>e</sup> Bent la possibilité d'invoquer cette défense parce qu'elle a choisi d'identifier le D<sup>r</sup> Platnick par son nom. L'immunité relative vise à reconnaître l'effet bénéfique de l'expression utile pour la protection de l'intérêt public, y compris la protection du public contre la perpétuation d'actes répréhensibles ou d'injustices. Les exposés généraux d'inconduite, qui ne désignent personne en particulier (et qui ne sont donc pas diffamatoires de toute façon) n'exigent pas la protection de l'immunité relative. Ce moyen de défense ne s'applique nécessairement que si quelqu'un est identifié. C'est précisément dans ces situations que la protection de l'immunité relative s'avère la plus importante, pour faire en sorte que les communications faites dans l'intérêt public ne soient pas entravées par la crainte d'une éventuelle poursuite (Brown, p. 13-22 à 13-35).

[239] Invoquant les arrêts *Hill* et *Botiuk*, le D<sup>r</sup> Platnick a également soutenu que M<sup>e</sup> Bent a outrepassé les objectifs de l'immunité relative en ne faisant pas preuve de diligence sur le plan de la recherche avant de publier son courriel. Les affaires *Hill* et *Botiuk* portaient sur des situations fort différentes. Les propos diffamatoires dont il était question dans l'affaire *Hill* concernaient de graves allégations d'inconvenance visant un avocat principal de la Couronne. Les propos diffamatoires en question avaient été faits sur les marches d'Osgoode Hall en présence de représentants de

nombreux grands médias, avant la conclusion d'une enquête portant sur la conduite d'un avocat. Lorsque les propos ont été tenus, il y avait peu d'éléments de preuve à l'appui. Les propos diffamatoires dont il était question dans l'affaire *Botiuk* figuraient dans des documents que bon nombre des avocats défendeurs avaient acceptés sans les avoir lus et qui renfermaient des affirmations que les avocats savaient fausses. Dans les deux cas, la nécessité de vérifier davantage les faits était évidente au moment où les propos ont été tenus. Il n'est pas énoncé, ni dans l'arrêt *Hill* ni dans l'arrêt *Botiuk*, que les limites de l'immunité sont excédées lorsqu'un avocat refuse d'étoffer ce qu'il croit *déjà* raisonnablement par des vérifications plus poussées.

[240] En outre, à la différence des défendeurs dans les affaires *Hill* et *Botiuk*, la communication de M<sup>e</sup> Bent a été envoyée à [TRADUCTION] « un groupe restreint » (*Foulidis c. Baker*, 2014 ONCA 529, 323 O.A.C. 258, par. 46). M<sup>e</sup> Bent a envoyé son courriel alors qu'elle était présidente élue de l'OTLA au moyen du serveur de liste qui ne comprenait que les membres de l'OTLA représentant des demandeurs dans des litiges en matière de préjudices personnels — le groupe précis de personnes qui avaient l'obligation de recevoir la communication de M<sup>e</sup> Bent ou qui avaient un intérêt à le faire. Les membres du serveur de liste étaient tenus, aux termes d'un engagement d'une vaste portée, de protéger le caractère « strictement confidentiel » des renseignements. Il vaut la peine de citer de nouveau cet engagement non équivoque :

[TRADUCTION]

## **CONFIDENTIALITÉ**

Je m'engage à protéger le caractère strictement confidentiel de tous les renseignements, opinions et commentaires communiqués par LISTSERV et à ne les communiquer à personne, y compris aux membres de l'OTLA qui ne sont pas inscrits à LISTSERV, ainsi qu'aux associés, collaborateurs et membres du personnel de mon cabinet d'avocats.

Je suis conscient du fait que les autres membres de l'OTLA comptent sur mon engagement envers eux à respecter leur décision d'assurer la confidentialité des renseignements communiqués par LISTSERV.

[241] De plus, le courriel de M<sup>e</sup> Bent se terminait par une mise en garde soulignant le fait que le message contenait [TRADUCTION] « des renseignements confidentiels protégés par le secret professionnel de l'avocat » et que « l'examen, la diffusion, la distribution et la reproduction de la présente communication sont interdits ».

[242] En tant qu'avocats, les membres du serveur de liste étaient tenus, par le *Code de déontologie*, de « rigoureusement et scrupuleusement respecter » tous leurs engagements » (art. 5.1-6; voir également art. 7.2-11). M<sup>e</sup> Bent n'avait aucune raison de s'attendre à ce que les membres du serveur de liste ne respectent pas ces engagements et qu'ils manqueraient ainsi à leurs obligations professionnelles. Rien dans les engagements ne permet de penser que les membres du serveur de liste pouvaient faire fi de leurs obligations en matière de confidentialité en se fiant à leur opinion personnelle quant à savoir si une communication était « potentiellement diffamatoire » ou se rapportait à « des dossiers en cours ». M<sup>e</sup> Bent s'attendait à bon droit à ce que ses collègues honorent leurs responsabilités professionnelles. Le fait que l'un d'eux n'a pas honoré sa responsabilité professionnelle ne change rien au fait

qu'elle a respecté sa propre obligation professionnelle de protéger ses clients et ceux de ses collègues.

[243] Tout ce qui précède étaye la défense de M<sup>e</sup> Bent portant qu'elle a agi conformément aux objectifs de l'immunité, en ce qu'elle a fourni [TRADUCTION] « des renseignements appropriés aux personnes appropriées » en utilisant un mode de communication approprié (*RTC Engineering*, par. 18). Rien dans le dossier ni en droit ne tend à appuyer la thèse contraire du D<sup>r</sup> Platnick (*Pointes Protection*, par. 59).

[244] Toutefois, l'immunité relative peut aussi cesser d'exister « si la publication est principalement motivée par la malveillance véritable ou expresse » (*Botiuk*, par. 79). Le D<sup>r</sup> Platnick soutient que M<sup>e</sup> Bent était principalement motivée par la malveillance. À l'instar du juge de la motion, j'estime que cette affirmation n'est pas fondée.

[245] Voici comment la Cour a défini la « malveillance » dans l'arrêt *Hill* :

Ordinairement, la malveillance s'entend dans le sens populaire de la rancune ou de l'animosité. Toutefois, elle comprend également [...] « tout motif indirect ou caché » qui entre en conflit avec le sens du devoir ou l'intérêt mutuel que l'occasion a créé [...]. On établira également l'existence de la malveillance en démontrant que le défendeur a parlé avec malhonnêteté, ou au mépris délibéré ou indifférent de la vérité.

(par. 145, citant *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067, p. 1099)

[246] Pour déterminer s'il y a eu malveillance, il faut examiner [TRADUCTION] « l'état d'esprit et les motivations du défendeur au moment de la publication » (Brown, p. 16-27; voir également Peter A. Downard, *The Law of Libel in Canada* (4<sup>e</sup> éd. 2018), p. 188-189; *Jerome c. Anderson*, [1964] R.C.S. 291, p. 299; *Hodgson c. Canadian Newspapers Co.* (2000), 49 O.R. (3d) 161 (C.A.), par. 35). L'analyse porte sur l'attitude subjective de l'auteur de la communication à l'égard soit de l'objet de celle-ci, soit de la vérité (voir Brown, p. 16-3 à 16-10). La motivation malveillante comprend le fait d'être inspiré par la rancune ou l'animosité envers le demandeur, et d'agir au mépris délibéré ou indifférent de la vérité (*Smith c. Cross*, 2009 BCCA 529, 99 B.C.L.R. (4th) 214, par. 34). C'est à la partie qui allègue la malveillance qu'il incombe d'en faire la preuve (*Hill*, par. 144) et [TRADUCTION] « ce n'est pas une preuve facile à faire » (Brown, p. 16-204; voir également *Martin c. Lavigne*, 2011 BCCA 104, 17 B.C.L.R. (5th) 132, par. 44; *Cimolai c. Hall*, 2007 BCCA 225, 240 B.C.A.C. 53, par. 29).

[247] Pour établir qu'il y a eu malveillance par insouciance, [TRADUCTION] « la preuve doit être suffisamment solide pour permettre de conclure à l'imprudence ou à la négligence, et pour démontrer l'indifférence face à la vérité ou à la fausseté » et, donc, « l'absence de croyance sincère en la véracité des propos tenus » (Downard, p. 183; voir également *Laufer*, par. 74; *Davies & Davies Ltd. c. Kott*, [1979] 2 R.C.S. 686, p. 697-698; *Korach c. Moore* (1991), 1 O.R. (3d) 275 (C.A.), p. 278-280; *Wells c. Sears*, 2007 NLCA 21, 264 Nfld. & P.E.I.R. 171, par. 44; *Horrocks c. Lowe*,

[1975] A.C. 135 (H.L.), p. 150-153, lord Diplock). Le professeur Brown explique également ce qui suit :

[TRADUCTION]

« Il ne faut pas confondre l'insouciance [...] avec la simple imprudence, l'impulsivité ou l'irrationalité. » Les tribunaux ont établi [TRADUCTION] « une distinction entre la croyance sincère fondée sur l'imprudence, l'impulsivité ou l'irrationalité —, laquelle ne constitue pas une véritable malveillance — et la croyance fondée sur l'insouciance, ou l'absence de croyance en l'exactitude des propos tenus, qui constitue elle de la malveillance. [Notes de bas de pages omises; p. 16-114.]

[248] La Cour d'appel a jugé qu'un [TRADUCTION] « juge des faits raisonnable » pouvait conclure que M<sup>e</sup> Bent avait agi avec une insouciance téméraire en mentionnant l'arbitrage auquel prenait part la D<sup>re</sup> Dua, principalement au motif qu'elle « n'était pas en mesure de savoir ce qui s'était passé entre la D<sup>re</sup> Dua et le D<sup>r</sup> Platnick ». Cependant, rien ne justifiait qu'elle soupçonne que *quelque chose* s'était passé entre eux. Comme le fait observer ma collègue, M<sup>e</sup> Bent « n'avait aucune raison d'avoir connaissance d'une deuxième version du rapport de la D<sup>re</sup> Dua ». Il n'y a eu aucune mention d'un tel document par la personne la mieux placée pour le signaler à l'avocate — le D<sup>r</sup> Platnick — qui a omis de mentionner l'existence d'une seconde version dans son rapport, ainsi que de toute interaction qu'il avait eue avec la D<sup>re</sup> Dua. De plus, dans le cas de la D<sup>re</sup> Dua, l'assureur avait conclu un règlement qui était conforme au *premier* rapport de celle-ci, ne donnant à M<sup>e</sup> Bent aucune raison de présumer qu'un rapport de suivi renfermant une conclusion différente sur la déficience invalidante avait été produit.

[249] Fait sans doute encore plus révélateur, M<sup>e</sup> Bent n'a mentionné l'incident concernant la D<sup>re</sup> Dua qu'après être intervenue dans un *second* arbitrage, celui concernant la D<sup>re</sup> Carpenter, au cours duquel le D<sup>r</sup> Platnick avait une fois de plus produit un rapport qui, de toute évidence, présentait de façon inexacte les conclusions tirées par les experts médicaux au sujet de la déficience invalidante. Dans ces conditions, il n'y a tout simplement rien qui permette de conclure que M<sup>e</sup> Bent a agi avec imprudence, encore moins avec une insouciance ou une indifférence téméraire à l'égard de la vérité.

[250] La Cour d'appel a également insisté sur le fait que M<sup>e</sup> Bent avait omis de se référer à ses notes sur le dossier auquel avait pris part la D<sup>re</sup> Dua. M<sup>e</sup> Bent a toutefois expliqué en détail pourquoi elle n'avait aucune raison de se référer à ses notes : elle se souvenait bien de ce dossier parce que son client était suicidaire et que l'assureur avait beaucoup tardé à intervenir. Le premier rapport de la D<sup>re</sup> Dua confirme la description de M<sup>e</sup> Bent concernant la gravité de l'état de santé de son client. De plus, la Commission des services financiers de l'Ontario a fait observer que la plainte de M<sup>e</sup> Bent relative à la lenteur à agir de l'assureur était bien fondée. Il n'y a donc rien au dossier qui permette de conclure que M<sup>e</sup> Bent a fait preuve de malveillance, que ce soit pour cause d'insouciance ou autre.

[251] Il convient de faire une dernière remarque au sujet de la malveillance. Le juge de la motion a conclu qu'aucun élément de preuve ne permettait raisonnablement de conclure que M<sup>e</sup> Bent avait agi avec malveillance en publiant son courriel, cette

conclusion étant amplement justifiée au vu du dossier. Il lui incombait d'évaluer la preuve qui lui avait été soumise et, après avoir examiné le dossier, de déterminer la vraisemblance que le D<sup>r</sup> Platnick établisse la malveillance au procès. Ses conclusions commandent la déférence, étant donné que, comme l'a expliqué la Cour, la déférence dont les juridictions d'appel doivent faire preuve ne vaut pas que pour les instances dans lesquelles des témoignages de vive voix ont été rendus (*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 24-25). « [D]iverses considérations de principe » — notamment « [la réduction du] nombre, [de] la durée et [du] coût des appels » militent en faveur de l'adoption d'une attitude de déférence à l'égard des tribunaux de première instance; il s'agit d'ailleurs d'un objectif de principe essentiel du régime établi par l'art. 137.1 (par. 16 et 32; voir également la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, art. 137.3; ministère du Procureur général, p. 5 et 18). De plus, l'approche que la Cour a retenue en ce qui concerne les requêtes en jugement sommaire consiste à faire preuve de déférence envers l'évaluation du juge de la motion qui comporte l'examen du dossier, à défaut d'erreur de droit ou d'erreur de fait manifeste et dominante en matière de faits (*Hryniak c. Mauldin*, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 81). Je ne vois aucune raison d'adopter une approche différente dans le cas des motions présentées en vertu de l'art. 137.1.

[252] En fonction de ce qui précède, la défense d'immunité relative de M<sup>e</sup> Bent a « une possibilité réelle de succès », ce qui correspond à la norme adoptée par la Cour dans l'arrêt *Pointes Protection*. Par conséquent, l'action en diffamation du D<sup>r</sup> Platnick doit être rejetée.



[253] Néanmoins, il y a lieu de s'attarder sur certains aspects de l'exercice d'évaluation de l'al. 137.1(4)b), compte tenu de la conclusion de ma collègue que cette démarche favorise le D<sup>r</sup> Platnick.

[254] L'alinéa 137.1(4)b) dispose :

(4) Un juge ne doit pas rejeter une instance en application du paragraphe (3) si la partie intimée le convainc de ce qui suit :

...

b) le préjudice que la partie intimée subit ou a subi vraisemblablement du fait de l'expression de l'auteur de la motion est suffisamment grave pour que l'intérêt public à permettre la poursuite de l'instance l'emporte sur l'intérêt public à protéger cette expression.

[255] Le premier volet de l'exercice d'évaluation concerne le préjudice que la partie qui a introduit l'instance « subit ou a subi vraisemblablement ». Ce préjudice doit être « du fait » de l'expression de la partie poursuivie.

[256] Le courriel de M<sup>e</sup> Bent a été envoyé aux membres de l'OTLA au moyen d'un serveur de liste confidentiel. L'essentiel du préjudice qu'aurait subi le D<sup>r</sup> Platnick était toutefois attribuable à la *fuite* du courriel. La réponse à la question de savoir si le préjudice causé par la fuite du courriel était « du fait de l'expression de [M<sup>e</sup> Bent] » dépend de la question de savoir si M<sup>e</sup> Bent pouvait être tenue légalement responsable de cette fuite.

[257] En règle générale, [TRADUCTION] « une personne ne peut être tenue responsable que de ses propres publications diffamatoires, et non de leur republication par autrui » (Brown, p. 7-51 à 7-61; voir aussi *Crookes c. Newton*, [2011] 3 R.C.S. 269). Il y a toutefois une exception dans le cas où « la reprise est le résultat naturel et probable de la diffusion initiale » (*Breeden c. Black*, [2012] 1 R.C.S. 666, par. 20, faisant renvoi à Raymond E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (1987), vol. 1, p. 253-254). La prévisibilité raisonnable de la fuite du courriel est par conséquent un facteur clé.

[258] Le serveur de liste était composé exclusivement de membres de l'OTLA qui étaient tous liés par un engagement de confidentialité, selon lequel ils ne devaient pas divulguer les renseignements, mais aussi par le *Code de déontologie* de l'Ontario, qui insiste sur l'importance pour les avocats de respecter leurs engagements. Laisser entendre que M<sup>e</sup> Bent aurait dû prévoir que les membres du serveur de liste — tous des avocats — qui étaient liés par un engagement de confidentialité violeraient cet engagement en manquant éventuellement à leurs obligations professionnelles, équivaut à affirmer qu'un avocat ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un autre avocat respecte son engagement de protéger des renseignements confidentiels ou protégés.

[259] Cela équivaut à une présomption d'inconduite professionnelle. Dans les faits, cela laisse entendre que des avocats peuvent être tenus responsables de l'inconduite professionnelle de collègues à qui ils font confiance, en se fondant sur

des motifs raisonnables, pour agir conformément à leur obligation professionnelle de « rigoureusement et scrupuleusement respecter » leurs engagements à protéger des renseignements confidentiels. À mon humble avis, une telle présomption saperait le fondement même des attentes que les avocats ont à l'égard des communications qu'ils ont entre eux pour le compte de leurs clients respectifs.

[260] Par conséquent, tout préjudice découlant de la fuite a été causé par une communication imprévue et imprévisible d'autres personnes et non de M<sup>e</sup> Bent, qui a envoyé le courriel aux personnes à qui il était destiné, en l'occurrence les avocats inscrits au serveur de liste.

[261] Le second volet de l'exercice d'évaluation est l'intérêt public à protéger l'expression de M<sup>e</sup> Bent. Le courriel de M<sup>e</sup> Bent abordait des questions d'une importance capitale pour l'administration de la justice. Son expérience lors de deux instances mettant en cause le D<sup>r</sup> Platnick révélait les pratiques d'un expert qui était appelé à agir fréquemment pour des assureurs et dont les rapports sommaires, selon ce qu'elle croyait raisonnablement, ne représentaient pas fidèlement et de façon exhaustive les évaluations cliniques effectuées lors du processus d'évaluation des réclamations. La communication de ces renseignements aux membres de l'OTLA inscrits au serveur de liste — et le fait de leur conseiller de toujours obtenir la divulgation intégrale des dossiers des assureurs — encourageait les avocats à recourir à des pratiques de protection en matière de divulgation et les avertissait de faire

preuve de prudence dans leurs rapports avec les évaluateurs et les experts des assureurs.

[262] Il y a aussi un intérêt public plus large à protéger l'expression de M<sup>e</sup> Bent. Permettre, dans ces conditions, qu'un procès en diffamation de 16,3 millions de dollars ait lieu contre elle entraînerait un effet paralysant considérable. L'avocat — et, d'ailleurs, tout professionnel — qui a des motifs raisonnables de croire qu'il a été témoin ou victime d'une inconduite verrait sa capacité de communiquer de telles mises en garde à autrui, même à titre confidentiel, sérieusement entravée. Comme le juge de la motion l'a fait observer, il y a lieu de croire que la poursuite intentée par le D<sup>f</sup> Platnick avait déjà eu un tel effet paralysant.

[263] Un autre facteur susceptible d'accroître l'effet paralysant est la demande de dommages-intérêts excessifs du D<sup>f</sup> Platnick d'un montant de 16,3 millions de dollars, qui reflète manifestement des « fins punitives ou vindicatives », caractéristique d'une poursuite-bâillon classique (*Pointes Protection*, par. 78-81). Cela permet de comprendre pourquoi le fait de permettre à son action de suivre son cours minerait l'intérêt public en dissuadant toute expression à l'avenir (par. 80-81).

[264] Il ne s'agit pas d'encourager la diffamation inutile de personnes ou de décourager la diligence raisonnable, comme le prétend le D<sup>f</sup> Platnick. Il s'agit plutôt de s'assurer que les objets de la loi sont protégés, en faisant en sorte qu'une personne n'engage pas sa responsabilité parce qu'elle a demandé qu'une autre personne réponde de ses actes lorsqu'elle croit raisonnablement qu'il y a eu inconduite. Il n'y a

aucun doute que la réputation devrait être protégée contre les attaques gratuites, mais il arrive parfois, comme en l'espèce, que la protection de l'expression sur des affaires d'intérêt public l'emporte sur le préjudice causé à la réputation d'une personne. Si on donne plein effet à la vision puissante de l'art. 137.1 énoncée dans l'arrêt *Pointes Protection*, on ne peut permettre que le rétablissement de la réputation — une valeur en jeu dans toutes les affaires de diffamations, — supplante l'analyse et les objectifs prescrits par la loi.

[265] Cela nous amène enfin à la requête présentée par le D<sup>f</sup> Platnick en vue de faire admettre de nouveaux éléments de preuve.

[266] Le D<sup>f</sup> Platnick a soumis un ensemble de « nouveaux éléments de preuve » dans un dossier de requête de 214 pages, qui comprend une série de lettres non attestées sous serment, des actes de procédure dans des poursuites connexes et des modifications proposées à ces actes de procédure.

[267] La plupart de ces éléments ne sont de toute évidence ni pertinents ni admissibles<sup>10</sup>. Il ne reste donc que deux lettres envoyées par courriel non attestées sous serment que l'avocat du magazine *Insurance Business* a envoyées à l'avocat du D<sup>f</sup> Platnick. Dans ces courriels, l'avocat du magazine transmet la déclaration du rédacteur en chef adjoint du magazine de l'époque, qui affirme avoir reçu M<sup>e</sup> Bent en

---

<sup>10</sup> La lettre de la D<sup>re</sup> Dua n'a aucune pertinence quant à savoir si M<sup>e</sup> Bent a une défense valable d'immunité relative.

entrevue avant que le magazine ne publie sa communication confidentielle dans un article du numéro du 29 décembre 2014.

[268] Il n'est fait aucune mention dans cet article d'une entrevue qu'aurait accordée M<sup>e</sup> Bent.

[269] Le D<sup>f</sup> Platnick a d'abord tenté de faire admettre ces courriels en preuve après l'instruction sur le fond de la motion présentée par M<sup>e</sup> Bent en vue de faire rejeter sa poursuite alors que le juge Dunphy avait mis l'affaire en délibéré. Le juge de la motion a refusé d'admettre les éléments de preuve, qualifiant de [TRADUCTION] « net abus de procédure » (2016 ONSC 7474) la tentative visant à les déposer en preuve. La Cour d'appel a fait observer que [TRADUCTION] « l'ordonnance du juge de la motion impliquait l'exercice, par ce dernier, de son pouvoir discrétionnaire sur la conduite de l'instance devant lui, et [le D<sup>f</sup> Platnick] n'a fait valoir aucun motif qui permettrait à la cour d'intervenir à bon droit dans la façon dont il a exercé ce pouvoir discrétionnaire ».

[270] Devant la Cour, le D<sup>f</sup> Platnick a de nouveau tenté de faire admettre les deux courriels en tant que nouveaux éléments de preuve. Pour y parvenir, il doit satisfaire à chacun des éléments du critère énoncé dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759 :

- 1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de

ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles . . .

- 2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- 3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- 4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. [p. 775]

[271] Si nous admettons en preuve dans le dossier d'appel en 15 volumes soumis à la Cour ces deux courriels non attestés sous serment, des courriels relatifs à des questions qui, à partir du moment où le D<sup>f</sup> Platnick a intenté son action en diffamation, étaient d'actualité et faisaient l'objet d'un débat sérieux mais qu'il n'avait ni contestées ni explorées, courriels qui ont aussi été rejetés en tant que nouveaux éléments de preuve quatre ans plus tôt par le juge de la motion, alors nous déclarons essentiellement que le critère *Palmer* ne s'applique pas aux appels devant la Cour portant sur des motions fondées sur l'art. 137.1. À mon avis, les courriels en question ne constituent pas une « preuve » et encore moins une « nouvelle preuve ».

[272] La première exigence pour faire admettre de nouveaux éléments de preuve selon le critère établi dans l'arrêt *Palmer* est que la diligence raisonnable a été démontrée, c'est-à-dire qu'il faut établir si le D<sup>f</sup> Platnick *aurait pu* obtenir les courriels avant l'audience présidée par le juge Dunphy s'il avait fait des efforts raisonnables (*Palmer*, p. 775; *R. c. Sipos*, [2014] 2 R.C.S. 423, par. 29).

Contrairement à ce que prétend le D<sup>r</sup> Platnick, il ne s'agit pas de savoir s'il avait effectivement les courriels en sa possession avant l'audience.

[273] Il ressort à l'évidence de la simple chronologie des faits qu'aucun effort — et encore moins des efforts raisonnables — n'a été déployé pour obtenir des éléments de preuve sur l'entrevue contestée avant l'instruction de la motion. Le D<sup>r</sup> Platnick a intenté son action en diffamation le 27 janvier 2015, 17 mois avant l'instruction de la motion en rejet présentée par M<sup>e</sup> Bent. Le D<sup>r</sup> Platnick a lui-même abordé la question d'une entrevue dans sa déclaration :

[TRADUCTION]

La défenderesse, M<sup>e</sup> Bent, a accordé une entrevue à l'*Insurance Business Magazine* afin d'attirer encore plus l'attention sur la communication diffamatoire et de maximiser le préjudice, le tort, la gêne et l'humiliation que le demandeur et sa famille ont subis;

Les défendeurs savaient que l'*Insurance Business Magazine* visait un vaste auditoire revêtant une importance particulière pour le demandeur et que la version en ligne de cet article [...] était toujours facilement accessible. . .

[274] Dans la défense qu'elle a produite le 31 mars 2015, M<sup>e</sup> Bent nie expressément avoir accordé une telle entrevue :

[TRADUCTION]

[...] M<sup>e</sup> Bent nie avoir accordé une entrevue à l'*Insurance Business Magazine* au sujet de la communication confidentielle et/ou d'avoir autorisé Donald Horne à publier la communication confidentielle dans l'article paru dans le numéro du 29 décembre 2014 d'*Insurance Business*.



[275] Le 27 avril 2016, M<sup>e</sup> Bent a commencé le processus en vue de faire rejeter l'action du D<sup>f</sup> Platnick au moyen d'une motion aux termes de l'art. 137.1. Dans l'affidavit à l'appui de sa motion, elle nie une fois de plus avoir accordé une entrevue au magazine.

[276] Le 28 avril 2016, à la suite d'une audience visant à fixer un échéancier, le juge de la motion a fixé à l'intention des parties une date d'instruction et un échéancier pour la production de leurs documents. Dans aucune de ses nombreuses objections à cet échéancier, l'avocat du D<sup>f</sup> Platnick n'a mentionné qu'il avait besoin de plus de temps pour recueillir des éléments de preuve au sujet de l'existence d'une entrevue.

[277] Le 6 juin 2016, M<sup>e</sup> Bent a été contre-interrogée au sujet de son affidavit. L'avocat du D<sup>f</sup> Platnick n'a pas soulevé la question de l'entrevue. En fait, rien ne permet de penser qu'il a entrepris des démarches pour obtenir des renseignements ou des éléments de preuve pertinents à ce sujet auprès du magazine ou de ses représentants dans les deux mois qui se sont écoulés entre le dépôt de la motion en rejet de M<sup>e</sup> Bent et l'audience du 27 juin 2016. Il n'a jamais non plus signalé auparavant les contradictions flagrantes dans les actes de procédure au sujet de l'existence d'une entrevue.

[278] Le 13 juin 2016, le magazine a déposé sa défense dans l'instance connexe en diffamation intentée par le D<sup>f</sup> Platnick concernant la republication, par le magazine, du courriel de M<sup>e</sup> Bent. Un montant de 16,3 millions de dollars en

dommages-intérêts était réclamé. La défense comprenait deux phrases indiquant que le rédacteur en chef adjoint du magazine avait demandé et obtenu la permission de M<sup>e</sup> Bent avant de publier son courriel dans un article du magazine.

[279] Lorsque l'audience présidée par le juge Dunphy a eu lieu deux semaines plus tard, le 27 juin 2016, le D<sup>f</sup> Platnick n'a pas mentionné le renvoi à l'entrevue dans la défense du magazine, et il n'a pas non plus demandé d'ajournement pour recueillir d'autres éléments de preuve à ce propos.

[280] Ce n'est que le 5 juillet — plus de trois semaines après le dépôt par le magazine de sa défense — que l'avocat du D<sup>f</sup> Platnick a correspondu par courriel avec l'avocat du magazine. Deux des courriels échangés font l'objet de la requête présentée par le D<sup>f</sup> Platnick en vue de faire admettre de nouveaux éléments de preuve. Dans ceux-ci, l'avocat du magazine affirme que le rédacteur en chef adjoint du magazine lui a dit qu'il avait envoyé à M<sup>e</sup> Bent un courriel avec en pièce jointe l'article où il était question du D<sup>f</sup> Platnick, et qu'il avait ensuite eu une discussion avec M<sup>e</sup> Bent au cours de laquelle elle avait reconnu être l'auteure du courriel publié dans l'article et ne s'était pas opposée à sa publication.

[281] Le 8 novembre 2016, plus de quatre mois après l'instruction de la motion et alors que la décision était en délibéré, le D<sup>f</sup> Platnick a tenté de verser les courriels en question au dossier en tant que nouveaux éléments de preuve. Le juge a rejeté sa motion en déclarant ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le demandeur a eu 18 mois pour donner suite à cette question avant le débat de fond du 27 juin 2016 sur la motion présentée en vertu de l'art. [137.1](#). En date du 31 mars 2015, la question de la présumée « entrevue » accordée par M<sup>e</sup> Bent de même que celle de la position de cette dernière à cet égard, était manifestement incluse dans les actes de procédure. M<sup>e</sup> Bent a par ailleurs explicitement indiqué dans l'affidavit qu'elle a déposé à l'appui de la présente motion qu'elle avait été contre-interrogée sur son affidavit. . . Le défaut du D<sup>r</sup> Platnick de contre-interroger M<sup>e</sup> Bent sur cette question révèle ses propres choix en matière de stratégie, mais il ne saurait justifier une demande présentée à la dernière minute pour lui permettre de recourir à de nouveaux moyens afin de s'opposer au prononcé d'une ordonnance en vertu de l'art. 137.1 de la *LTJ*. Autoriser une modification aussi tardive irait à mon avis directement à l'encontre de l'objet du par. 137.1(6) et une telle mesure ne devrait donc pas être permise.

[. . .]

La réalité est la suivante : (i) *toutes* les nouvelles allégations sont des éléments que le demandeur connaissait déjà ou qu'il aurait été facile pour lui de découvrir dans les 18 mois écoulés entre l'introduction de son action et l'instruction de la motion en rejet de son action; et (ii) la totalité ou la quasi-totalité des éléments soulevés dans les actes de procédure modifiés avaient déjà été abordés ou mentionnés dans le dossier dont je disposais déjà le 27 juin 2016. Les modifications proposées ne peuvent être invoquées pour demander la réouverture des débats sur la motion ou la reprise du processus depuis le début.

[. . .]

Est-il par ailleurs dans l'intérêt de la justice que je permette le dépôt de ces éléments de preuve à ce stade-ci? Selon moi, la réponse est non. Au contraire, permettre que ces deux affidavits soient versés au dossier d'une motion qui a déjà été débattue à fond et qui a été mise en délibéré constituerait un net abus de procédure. [Italiques dans l'original.]

(par. 36, 38 et 72; voir aussi par. 44-46 (CanLII))

[282] Le D<sup>r</sup> Platnick n'a jamais saisi — ou recherché — l'occasion de vérifier si M<sup>e</sup> Bent avait accordé une entrevue au magazine ou si elle avait autorisé celui-ci à publier son courriel. Le D<sup>r</sup> Platnick a reçu signification de la motion présentée par

M<sup>e</sup> Bent en vue de faire rejeter sa poursuite 15 mois après le dépôt de sa déclaration. Dans l'intervalle, il n'a entrepris aucune démarche pour recueillir des éléments de preuve au sujet d'une entrevue dont il avait lui-même soulevé l'existence dans ses actes de procédure. Même après que M<sup>e</sup> Bent eut déposé sa motion en rejet, le D<sup>f</sup> Platnick n'a entrepris des démarches en vue d'obtenir des éléments de preuve sur l'existence d'une entrevue qu'après avoir laissé une longue période de temps s'écouler après la fin de l'audience sur le fond de la motion et, même alors, il s'est contenté de procéder par voie de courriels non vérifiés.

[283] Le D<sup>f</sup> Platnick n'a donné aucune explication raisonnable pour laquelle il n'avait pas donné suite à la question contestée de l'existence d'une entrevue.

[284] Le D<sup>f</sup> Platnick affirme n'avoir été mis au courant de cette question qu'après avoir examiné la défense produite par le magazine. Cependant, il est difficile de voir comment l'acte de procédure du magazine a pu attirer son attention sur une question qu'il avait lui-même soulevée dans la déclaration déposée 15 mois plus tôt. Le fait que les délais soient abrégés n'explique pas pourquoi il n'a jamais tenté d'approfondir la question, ni pourquoi il n'a pas demandé d'ajournement à cette fin.

[285] Le D<sup>f</sup> Platnick a également fait valoir que, puisque M<sup>e</sup> Bent niait dans sa défense avoir accordé une entrevue au magazine, il n'avait aucune raison de la contre-interroger à ce sujet. Toutefois, les contradictions que comportent les actes de procédure des parties sont précisément les types de questions qui sont censées être abordées en contre-interrogatoire.

[286] Enfin, le D<sup>f</sup> Platnick a affirmé qu'aucune directive judiciaire sur l'interprétation de l'art. 137.1 n'existait lorsqu'il a préparé son dossier de motion. Il ressort toutefois nettement du sens ordinaire de cette disposition législative que le D<sup>f</sup> Platnick devait être au courant qu'il était tenu de prouver que M<sup>e</sup> Bent n'avait pas de défense valable et qu'il avait subi un préjudice du fait de l'expression de celle-ci. Il ne fait aucun doute, au vu du dossier de près d'un millier de pages qu'il a soumis en vue de l'audience relative à la motion, que le D<sup>f</sup> Platnick était conscient de l'importance de produire des éléments de preuve sur ces questions. Pourtant, même s'il a contesté pour divers motifs les moyens de défense dont dispose M<sup>e</sup> Bent, il ne l'a jamais fait concernant la question de l'existence d'une entrevue, la raison même pour laquelle il cherchait à présenter de nouveaux éléments de preuve. Il regrette manifestement sa décision de ne pas avoir examiné cette question plus en profondeur, mais comme le juge de la motion l'a fait observer : [TRADUCTION] « Les regrets relatifs aux arguments que l'on n'a pas présentés et aux preuves que l'on n'a pas soumises font partie de la vie de l'avocat. . . [L]es décisions doivent être prises et les audiences doivent se terminer ».

[287] En résumé, il n'y a aucun élément de preuve de quelque chose qui s'apparente de près ou de loin à la diligence raisonnable en l'espèce.

[288] L'importance d'une conclusion d'absence de diligence raisonnable dépend du contexte (*Palmer*, p. 775; Donald J. M. Brown, avec l'assistance de David Fairlie, *Civil Appeals* (feuilles mobiles), p. 10-19 à 10-21). Dans le contexte d'une

motion présentée en vertu de l'art. 137.1, il me semble qu'il est nécessaire d'adopter une approche qui s'harmonise avec les objectifs de la loi. Les délais prescrits à l'art. 137.2, l'interdiction prévue au par. 137.1(6) de modifier les actes de procédure sans autorisation et l'obligation énoncée à l'art. 137.3 selon laquelle les appels doivent être entendus « dès que matériellement possible » expriment tous l'objectif global d'accélérer les procédures. Il s'agit de prescriptions légales, et non d'obstacles pouvant être contournés par une tentative ultérieure de faire admettre des éléments de preuve qu'une partie aurait pu découvrir en déployant des efforts raisonnables. Si les parties pouvaient [TRADUCTION] « faire fi de leur obligation de produire des preuves de fond devant le tribunal de première instance, pour ensuite demander en appel l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve en vue de faire échec au rejet sommaire de la demande », cela « irait à l'encontre de la raison d'être » du régime législatif (*McDonald c. Brookfield Asset Management Inc.*, 2016 ABCA 375, par. 21 (CanLII)).

[289] Le fait que l'admission en preuve des courriels obligerait la Cour à infirmer les conclusions de fait du juge de la motion aggrave cette préoccupation en l'espèce. Le juge de la motion a exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant d'admettre les éléments de preuve au motif [TRADUCTION] « qu'il aurait été facile de [les] découvrir » bien avant l'instruction de la motion, et que le D<sup>r</sup> Platnick n'avait offert aucune « explication *raisonnable* » pour justifier son omission de soumettre ces éléments de preuve au tribunal à tout le moins lorsqu'il a contre-interrogé M<sup>c</sup> Bent (italiques ajoutés). Le juge de la motion a expliqué en détail la raison pour laquelle le

D<sup>f</sup> Platnick n'avait pas fait preuve de diligence raisonnable pour tenter d'obtenir les courriels qu'il affirme maintenant être essentiels les présent pourvois. Le juge de la motion a fait observer, à juste titre, que la question de la possibilité d'une entrevue [TRADUCTION] « était manifestement incluse dans les actes de procédure » de nombreux mois avant l'audience relative à la motion; que le D<sup>f</sup> Platnick n'avait pris aucune mesure pour obtenir des éléments de preuve sur la question pendant 18 mois; qu'il n'avait pas contre-interrogé M<sup>e</sup> Bent à ce sujet; et qu'il n'avait pas demandé l'autorisation de produire des éléments de preuve pertinents lors de l'audience relative à la motion, malgré le fait que le magazine avait déposé sa défense deux semaines avant le début de l'audience.

[290] Le fait d'écarter les conclusions du juge de la motion irait à l'encontre des objectifs de l'art. 137.1. À mon humble avis, accorder aux parties un droit perpétuel de tenter de faire admettre des éléments de preuve qui ont déjà été rejetés ne fait que les inciter à recourir à d'autres moyens pour que « l'étendue du débat s'[élargisse] » en appel (*Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 1 R.C.S. 44, par. 10) — ce qui est contraire à l'intention du législateur d'assurer des procédures abrégées aux termes de l'art. 137.1.

[291] La diligence raisonnable protège contre la collecte dilatoire d'éléments de preuve qui entrave le règlement rapide et équitable des litiges. Les préoccupations au sujet de l'équité sont accrues lorsque, comme en l'espèce, une partie ne fait d'efforts pour donner suite à une question pertinente qu'elle a elle-même soulevée dans ses

actes de procédure qu'*après* avoir eu l'avantage de vérifier la solidité de sa cause lors d'une audience.

[292] À l'instar de la Cour d'appel, je ne vois aucune raison d'intervenir dans la façon dont le juge de la motion a exercé son pouvoir discrétionnaire. Je suis par conséquent d'avis de refuser d'admettre en preuve les courriels en raison de l'absence de diligence raisonnable.

[293] En tout état de cause, les courriels ne représentent pas des éléments de preuve « crédibles », c'est-à-dire des éléments de preuve « raisonnablement dignes de foi ». Ils n'ont été ni attestés sous serment ni vérifiés. De plus, les déclarations de l'avocat du magazine au sujet d'affirmations qu'aurait faites le rédacteur en chef adjoint du magazine constituent du double ouï-dire de la part d'une partie qui est mêlée à une poursuite de 16,3 millions de dollars contre le D<sup>f</sup> Platnick, dans laquelle la « discussion » qu'il a eue avec M<sup>c</sup> Bent était potentiellement une question déterminante.

[294] Des éléments de preuve controversés et non vérifiés sur des questions qui « touche[nt] les parties directement intéressées » et qui sont censés indiquer « qui a fait quoi, où, quand, comment, pourquoi et dans quelle intention » ne devraient pas être admis comme de nouveaux éléments de preuve, ni comme des éléments de preuve tout court. La Cour a refusé d'admettre de tels éléments de preuve même lorsqu'ils ne concernaient que des faits législatifs généraux (*Public School Boards' Assn.*, par. 16).



[295] De plus, les affirmations concernant l'existence d'une « entrevue » sont directement contredites par la preuve dûment versée au dossier et elles ne sont corroborées par aucune preuve objective. L'article du magazine lui-même, par exemple, ne mentionne pas de communication avec M<sup>e</sup> Bent, et il n'y a aucune trace d'une entrevue qu'elle aurait accordée à l'une des personnes travaillant pour ce magazine.

[296] Enfin, on ne peut raisonnablement penser que les courriels auraient influé sur le résultat de la motion présentée par M<sup>e</sup> Bent en vue de faire rejeter la poursuite en diffamation du D<sup>r</sup> Platnick. Parce qu'ils contiennent des éléments de preuve par ouï-dire non vérifiés, les courriels n'auraient pas été admissibles quant à la véracité de leur contenu (voir *Bukshtynov c. McMaster University*, 2019 ONCA 1027, par. 24-25 (CanLII); Graham Underwood et Jonathan Penner, *Electronic Evidence in Canada* (feuilles mobiles), p. 13-13 à 13-16). Quoi qu'il en soit, ils n'abordent presque aucune des questions relatives à l'immunité relative. Ils ne répondent pas à la question de savoir si la communication de M<sup>e</sup> Bent a été faite dans des circonstances donnant lieu à l'immunité relative, et ils ne sont pas utiles pour trancher la question de savoir si l'envoi de ce message aux membres du serveur de liste était raisonnablement approprié dans les circonstances. Ils ont une valeur probante négligeable pour établir l'état d'esprit de M<sup>e</sup> Bent près de deux mois avant que le magazine reprenne son courriel, et ils sont tout à fait compatibles avec la croyance sincère de M<sup>e</sup> Bent quant à la véracité de ses propos et le caractère raisonnable de cette croyance.

[297] Même pour ce qui est de la question étroite de la republication, les courriels ne diminuent en rien la « réelle possibilité » que la défense d'immunité relative présentée par M<sup>e</sup> Bent soit accueillie au procès. Dans le meilleur des cas, l'argument invoqué par le D<sup>r</sup> Platnick pour expliquer comment on aurait pu penser que les éléments de preuve influeraient sur le résultat est le suivant : les courriels *pourraient* donner lieu au procès à un témoignage admissible du rédacteur en chef adjoint du magazine au sujet d'une discussion qu'il aurait eue avec M<sup>e</sup> Bent; ce témoignage *pourrait* être accepté par le juge des faits malgré sa corroboration minimale et malgré le fait que M<sup>e</sup> Bent nie avoir eu une telle discussion; ce qui *pourrait*, selon la teneur de cette discussion, permettre au juge des faits de conclure que M<sup>e</sup> Bent avait implicitement autorisé la republication du courriel; ce qui *pourrait* donner lieu à ce que M<sup>e</sup> Bent soit tenue responsable du contenu de l'article qui, de toute façon, n'a été publié qu'après que soit survenue la plus grande partie du préjudice dont le D<sup>r</sup> Platnick se plaint. Ce raisonnement spéculatif n'aurait d'aucune façon pu influencer sur la décision du juge de la motion de rejeter la poursuite intentée par le D<sup>r</sup> Platnick.

[298] L'admission de nouveaux éléments de preuve en appel constitue une mesure [TRADUCTION] « exceptionnelle » (*R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), p. 411). Le critère énoncé dans l'arrêt *Palmer* traduit « un principe judiciaire plus général qui consiste à n'admettre la preuve de faits que pendant le procès, sous réserve de très rares exceptions » (*Public School Boards' Assn.*, par. 10; voir également *Iroquois Falls Power Corp. c. Ontario Electricity Financial Corp.*,

2016, ONCA 271, 398 D.L.R. (4th) 652, par. 49). Les questions en litige entre les parties sont censées « être davantage circonscrites au fur et à mesure que l'affaire progresse devant les tribunaux jusqu'au stade de l'appel, et non le contraire » (*Public School Boards' Assn.*, par. 10).

[299] On obtiendrait exactement le résultat contraire si l'on admettait les deux courriels en preuve. Il faudrait que la Cour intervienne dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de la motion, qu'elle ne tienne pas compte de l'absence de diligence raisonnable démontrable dont aurait fait preuve le D<sup>r</sup> Platnick et qu'elle accepte une preuve par oui-dire non attestée sous serment et non vérifiée, le tout dans le but d'obtenir des éléments d'information qui n'auraient de toute façon pas influé sur le résultat de la demande présentée par M<sup>e</sup> Bent en vue de faire rejeter l'action. À mon humble avis, un tel résultat irait non seulement à l'encontre des objets de l'art. 137.1, mais s'écarterait de façon inexplicable de notre jurisprudence sur l'admission de nouveaux éléments de preuve.

[300] Je suis donc d'avis de rejeter la requête visant la présentation de nouveaux éléments de preuve.

[301] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvois rejetés, les juges ABELLA, KARAKATSANIS, MARTIN et KASIRER sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante Maia Bent : Winkler Dispute Resolution, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante Lerner LLP : Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : Danson Recht, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Goodmans, Toronto; Maia Tsurumi, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Greenpeace Canada : Stockwoods, Toronto; Greenpeace Canada, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Canadian Constitution Foundation : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Ecojustice Canada Society : Ecojustice Canada Society, Toronto; Ecojustice Environmental Law Clinic at the University of Ottawa, Ottawa.*

*Procureurs des intervenants West Coast Legal Education and Action Fund, Atira Women's Resource Society, B.W.S.S. Battered Women's Support Services Association et Women Against Violence Against Women Rape Crisis Center : Dentons Canada, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : St. Lawrence Barristers, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Société Radio-Canada : Société Radio-Canada, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic : Birenbaum Law, Toronto; Torys, Toronto.*

*Procureurs des intervenants Ad IDEM / Canadian Media Lawyers Association, Canadian Journalists for Free Expression, CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, Réseau de télévision des peuples autochtones et Postmedia Network Inc. : Linden & Associates Professional Corporation, Toronto.*