

Bruff-Murphy v Gunawardena, 2017 ONCA 502 (Résumé)

Résumé d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario en droit de la preuve.

FAITS

Le véhicule de l'intimé, M. Gunawardena, a heurté celui de l'appelante, Mme Bruff-McArthur, alors que cette dernière se trouvait à bord de son véhicule alors immobilisé. M. Gunawardena a reconnu sa responsabilité lors du procès avec jury. La seule question en première instance était celle du montant des dommages. Mme Bruff-McArthur allègue souffrir de multiples dommages aux tissus mous du cou, du bas du dos et de l'épaule droite. Elle allègue aussi que l'accident lui a occasionné des douleurs chroniques avec anxiété et dépression la rendant incapable de travailler et réduisant considérablement sa qualité de vie. Les experts appelés par la partie demanderesse ont confirmé les maux de l'appelante. La défense a, quant à elle, appelé deux experts. C'est le témoignage du Dr Bail, psychiatre témoignant pour la défense qui est en cause en appel.

L'avocat de l'appelante s'est opposé au témoignage du Dr Bail pour deux raisons. Le premier argument est que le rapport est essentiellement une attaque sur la crédibilité de l'appelante et que les incohérences soulevées par le docteur n'ont pas été soumises à cette dernière, ne lui donnant ainsi pas la chance de s'expliquer. Le juge du procès a déterminé que le docteur ne pourrait pas témoigner sur la crédibilité de Mme Bruff-McArthur ni sur la fiabilité des conclusions des autres docteurs. Le deuxième argument était que le Dr Bail est biaisé. L'avocat a demandé la permission de contre-interroger le Dr Bail sur des décisions antérieures de la Cour où son témoignage avait été rejeté ou son objectivité remis en question. Le juge a rejeté cette demande.

À la fin du procès de première instance, le juge a donné ses instructions aux jurés sans parler des obligations du témoin expert ni soulever aucune préoccupation quant au témoignage du Dr Bail. Le jury a rendu un verdict accordant 23 500 \$ à titre de dommages généraux, mais a rejeté les autres demandes. Lorsque le juge a rendu son jugement, il a fortement critiqué le témoignage du Dr Bail. Selon lui, le Dr Bail n'était pas un témoin crédible et il n'a pas honoré ses obligations et son engagement écrit d'être juste, objectif et impartial allant ainsi à l'encontre des obligations énoncées à la règle 4.1.01 des *Règles de procédures civiles*.

QUESTIONS EN LITIGE

1. Est-ce que le juge a erré en ne permettant pas le contre-interrogatoire du Dr Bail sur les décisions antérieures du tribunal et de l'arbitre portées contre lui ?
2. Est-ce que le juge a erré en qualifiant le Dr Bail à titre d'expert et/ou en n'intervenant pas ou en ne prenant pas de mesure pour exclure son témoignage ?
3. Est-ce que l'intimé a violé la règle de la décision *Browne c Dunn* ?

RATIO DECIDENDI

Le juge doit servir de gardien pour ce qui est de l'admissibilité d'une opinion d'expert à titre de preuve. Il doit étudier avec attention la formation et l'expérience professionnelle de l'expert ainsi que la nécessité d'admettre son témoignage pour aider le juge des faits avant de qualifier cet expert à témoigner. La Cour ajoute que ce rôle de gardien est d'autant plus important dans un dossier ou un jury pourrait se fonder sur l'opinion de l'expert plutôt qu'évaluer par lui-même la preuve présentée par l'expert.

ANALYSE

- 1. Est-ce que le juge a erré en ne permettant pas le contre-interrogatoire du Dr Bail sur les décisions antérieures portées contre lui ?**

Le juge n'a pas erré sur ce point puisque les conclusions d'un juge et de deux arbitres quant à la fiabilité du témoignage du Dr Bail dans trois instances passées ne sont d'aucune aide pour le jury puisque ces conclusions sont directement liées à des éléments factuels provenant de ces instances¹. Le fait qu'un témoignage a été rejeté ou non retenu dans un autre dossier ne constitue pas en soi une conduite indigne et permettre un contre-interrogatoire sur la question ne constituerait tout au plus qu'une opinion sur la crédibilité de témoignage donné par un témoin dans un autre contexte, sur un autre dossier.

- 2. Est-ce que le juge a erré en qualifiant le Dr Bail à titre d'expert et/ou en n'intervenant pas ou en ne prenant pas de mesure pour exclure son témoignage ?**

La Cour rappelle que la Cour suprême a clarifié la question de la partialité et du manque d'indépendance des témoins experts dans l'affaire *White Burgess*². Dans cette décision, la Cour suprême rappelle que l'admissibilité des témoins experts a deux composantes³. La première nécessite que le tribunal considère les quatre facteurs traditionnels, le « seuil d'exigence »⁴ pour l'admissibilité de la preuve établit dans l'affaire *Mohan*⁵ : 1. la pertinence ; 2. la nécessité d'aider le juge des faits ; 3. l'absence de toute règle

¹ Voir à titre de cas analogue : *R c Ghorvei*, 1999 CanLII 19941 (ON CA) et *R c Voyne*, 2012 SKCA 124.

² *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 RCS 182, [*White Burgess*].

³ *Ibid* au para 19.

⁴ *Ibid*.

⁵ *R c Mohan*, [1994] 2 RCS 9.

d'exclusion ; et 4. la qualification suffisante de l'expert⁶. La seconde est « l'étape de contrôle discrétionnaire » où le juge doit faire la balance entre les risques et les bénéfices potentiels⁷. Pour être admise, la valeur probante doit outrepasser l'effet préjudiciable⁸. Ce droit d'exclure une preuve est une application spécifique d'un pouvoir discrétionnaire général de la Cour d'exclure certaines preuves⁹. Tel que mentionné par la Cour suprême, un manque d'indépendance ou d'impartialité de la part d'un témoin expert joue sur l'admissibilité de ce témoignage et non pas simplement sur le poids à y accorder¹⁰. La Cour doit étudier tout biais potentiel au moment de valider si le seuil d'exigence pour l'admissibilité de la preuve est rempli¹¹. Une fois que ce seuil est atteint, toute autre préoccupation quant au respect par l'expert de ces obligations doit être considérée dans l'analyse coût-bénéfice faite par le juge pour remplir son rôle de gardien¹². Si l'effet préjudiciable est disproportionné, le juge peut refuser d'admettre la preuve ou donner comme instruction au jury de ne pas considérer certains éléments de la preuve dans leurs délibérations¹³.

En résumé, le premier test est donc pour savoir si l'expert est capable et disposé à remplir son devoir devant la Cour¹⁴. Cette décision est discrétionnaire et une Cour d'appel doit faire preuve de déférence¹⁵. Le problème en l'espèce, est que le juge n'est pas passé à la seconde étape du test. Pour la Cour d'appel, les risques potentiels d'admettre le témoignage du Dr Bail sont plus grands que les possibles effets bénéfiques. Il existe un risque d'injustice dans la méthode utilisée par le Dr Bail puisque ce dernier n'a pas donné la possibilité à la demanderesse de s'expliquer avant de conclure à certaines incohérences entre le témoignage rendu lors de leur rencontre et ce qui apparaît à un ancien dossier médical, qui plus est date de 7 ans auparavant. Ces incohérences forment en grande partie le rapport du Dr Bail. Il ne s'agit pas d'un travail qui requiert une certaine expertise médicale, un avocat ou un étudiant aurait pu effectuer le même travail selon la Cour. De plus, le rapport est très près d'usurper le rôle du jury en traitant de la crédibilité de Mme Bruff-McArthur. Ce même rapport contient aussi de nombreuses critiques à l'encontre d'un des psychiatres traitants de cette dernière. La Cour conclut que le rapport va au-delà d'un simple manque d'indépendance. L'expert semble avoir adopté le rôle d'avocat de la défense. D'autre part, le Dr Bail a interprété les tests de façon à ce que les résultats de ces derniers supportent ses conclusions et certaines parties du dossier médical qui ne cadraient pas avec sa conclusion ont été omises du rapport. Il a considéré de mauvais résultats à des tests mathématiques comme des incohérences avec d'autres tests sans se pencher à savoir si elle pourrait simplement être moins à l'aise dans cette matière.

⁶ *Ibid.*

⁷ *White Burgess*, supra note 2, au para 24.

⁸ *Ibid.*

⁹ *R c Bingley*, 2017 CSC 12 au para 16, 407 DLR (4^e) 384.

¹⁰ *White Burgess*, supra note 2, au para 40.

¹¹ *White Burgess*, supra note 2, au para 54.

¹² *White Burgess*, supra note 2, au para 34.

¹³ *R c White*, 2011 CSC 13 au para 50, [2011] 1 RCS 433.

¹⁴ *White Burgess*, supra note 2, au para 49.

¹⁵ *R c Shafia*, 2016 ONCA 812.

De plus, le Dr Bail a admis qu'il a posé des questions sur les limites physiques de Mme Bruff-McArthur non pas pour un contexte d'évaluation, mais simplement pour soulever des incohérences. La Cour conclut que l'expert avait donc pour rôle premier de soulever des incohérences et non de présenter une expertise médicale. La Cour soutient qu'elle n'a aucune raison de croire que le témoignage n'était pas véridique, le problème ne touche pas la véracité du témoignage, mais plutôt à l'indépendance et à la méthodologie.

Dans la mesure du possible l'admissibilité de la preuve d'expert devrait être tranchée au moment où la preuve est présentée¹⁶. Le rôle de gardien du juge est continu, il ne s'arrête pas après la qualification de l'expert, puisqu'à ce moment le juge n'a souvent vu que le rapport de l'expert. Il ne peut anticiper avec certitude la nature et le contenu du témoignage. Lorsque le juge reconnaît un risque pour l'équité du procès, il doit prendre action en tenant par exemple un voir dire¹⁷. Dans le cas présent, le juge aurait pu avertir l'avocat qu'il allait donner des instructions au milieu ou à la fin du procès que le témoignage du Dr Bail serait exclu en tout ou en partie ou demander à l'avocat de soumettre son avis sur une ordonnance de non-lieu.

3. Est-ce que l'intimé a violé la règle de la décision *Browne c Dunn* ?

Cette question n'a pas été étudiée par la Cour en raison de la réponse donnée à la question précédente.

DISPOSITIF

Après avoir déterminé que le juge ne s'est pas déchargé de son fardeau de gardien au stade de la qualification de l'expert puisque ce dernier a été qualifié malgré d'importantes réserves de la part du juge et que les risques d'admettre le témoignage surpassaient les bénéfices potentiels de l'admettre, la Cour d'appel a accueilli le pourvoi et ordonné un nouveau procès. Cette décision fut rendue malgré la règle générale qui empêche de refaire un procès pour erreur de la part du juge lorsqu'il a donné ses directions au jury ou pour l'absence de direction si l'avocat n'a pas soulevé d'objection lors du procès. En effet, dans le présent dossier, une exception à la règle générale s'applique : lorsque l'erreur crée un tort grave ou un déni de justice, un nouveau procès peut être ordonné. Dans cette affaire, le juge de première instance a erré en permettant le témoignage du Dr Bail et en n'excluant pas en partie ou en entier son témoignage. Admettre ce témoignage constitue un déni de justice. Selon la Cour d'appel, le témoignage de l'expert a dû être un facteur important dans la prise de décision du jury, car seuls deux témoins ont été présentés par la défense. Il y a donc lieu d'ordonner un nouveau procès, même s'il est impossible de déterminer avec certitude le poids du témoignage du Dr Bail. Par contre, la Cour conclut que le juge n'a pas erré en refusant que le Dr Bail soit contre-interrogé sur d'anciennes décisions du tribunal et d'arbitres.

¹⁶ *White Burgess*, supra note 2, et *R c J.-L.J.*, 2000 CSC 51 au para 28, [2000] 2 RCS 600.

¹⁷ *R c K. (A.)* (1999), 1999 CanLII 3793 (ON CA), 45 OR (3^e) 641 (C.A.), au para 76.