

Maia Bent *Appellant*

v.

Howard Platnick *Respondent*

- and -

Lerners LLP *Appellant*

v.

Howard Platnick *Respondent*

and

**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,
Canadian Civil Liberties Association,
Canadian Broadcasting Corporation,
Barbra Schlifer Commemorative Clinic,
Ad IDEM / Canadian Media Lawyers
Association,
Canadian Journalists for Free Expression,
CTV, a Division of Bell Media Inc.,
Global News, a division of Corus Television
Limited Partnership,
Aboriginal Peoples Television Network and
Postmedia Network Inc.** *Interveners*

INDEXED AS: BENT v. PLATNICK

2020 SCC 23

File No.: 38374.

2019: November 12; 2020: September 10.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer JJ.

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*

RÉPERTORIÉ : BENT c. PLATNICK

2020 CSC 23

N° 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.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Courts — Dismissal of proceeding that limits debate — Freedom of expression — Matters of public interest — Application of Ontario’s framework for dismissal of strategic lawsuits against public participation (SLAPPs) to defamation claim — Whether defamation claim against lawyer for statements made in email alleging that physician inappropriately altered medical reports should be dismissed under anti-SLAPP legislation — Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 137.1.

Evidence — Fresh evidence — Motion seeking to adduce fresh evidence filed before Supreme Court of Canada — Whether fresh evidence should be admitted.

B is a lawyer and partner at an Ontario law firm. She is a member and, at the relevant time, was the president-elect of the Ontario Trial Lawyers Association (“OTLA”). The OTLA is an organization comprised of legal professionals who represent persons injured in motor vehicle accidents. P is a medical doctor who is typically hired through insurance companies to review other medical specialists’ assessments of persons injured in motor vehicle accidents and to prepare a final report with an ultimate assessment of the accident victim’s level of impairment. Following two insurance coverage disputes in which B was acting as counsel for an accident victim, B sent an email to a Listserv (i.e. an email listing) of approximately 670 OTLA members in which she made two statements that specifically mention P by name and allege that, in the context of those disputes, P “altered” doctors’ reports and “changed” a doctor’s decision as to the victim’s level of impairment. B’s email was eventually leaked anonymously by a member of the OTLA and as a result, an article was published in a magazine which reproduced B’s email in its entirety and referred to testimony from B.

P commenced a lawsuit in defamation against both B and her law firm, claiming damages in the amount of \$16.3 million. B filed a motion under s. 137.1 of the *Courts of Justice Act* (“CJA”) to dismiss the lawsuit. The motion judge allowed B’s motion and dismissed P’s defamation proceeding. The Court of Appeal set aside the motion judge’s determination, dismissed B’s motion, and remitted

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 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 alléguant 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 a été publié dans un magazine, article qui reproduisait intégralement le courriel de B et faisait état du témoignage de celle-ci.

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

P's defamation claim to the Superior Court for consideration.

Held (Abella, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ.: While in *1704604 Ontario Ltd. v. Pointes Protection Association*, 2020 SCC 22, [2020] 2 S.C.R. 589, the Court recognizes the importance of freedom of expression as the cornerstone of a pluralistic democracy, the right to free expression does not confer a licence to ruin reputations. Thus, in addition to protecting expression on matters of public interest, s. 137.1 of the *CJA* must also ensure that a plaintiff with a legitimate claim is not unduly deprived of the opportunity to pursue it. Applying the s. 137.1 framework set out in *Pointes Protection* to these appeals, B's s. 137.1 motion should be dismissed and P's lawsuit in defamation should be allowed to continue. P's claim is one that deserves to be adjudicated on its merits, and is not one that ought to be summarily screened out at this early stage.

First, B has met her threshold burden under s. 137.1(3) as B's email constitutes an expression that relates to a matter of public interest and P's defamation proceeding arises from that expression. B's email is captured by the statutory definition of "expression" found in s. 137.1(2) which contemplates any communication, even if it is non-verbal, and even if it is made privately. The underlying proceeding clearly "arises from" that expression, since B's email is the foundation for P's defamation proceeding. Moreover, B's email raises concerns regarding the truthfulness, reliability, and integrity of medical reports filed on behalf of insurers in the arbitration process, which, in turn, raises concerns regarding the integrity of the arbitration process itself and the proper administration of justice. Whether B's concerns are valid or not is beside the point at this stage. Further, the email is directed at a not insignificant number of individuals, who have a special interest, as part of their broader mandate as members of the OTLA, to steadfastly represent victims of motor vehicle accidents, a public interest in itself. Therefore, B's email relates to a matter of public interest.

As B has met her burden on the threshold question, the burden shifts to P to show that there are grounds to believe that his defamation proceeding has substantial merit and that B has no valid defence to it under s. 137.1(4)(a) of the *CJA*. A "grounds to believe" standard requires a basis

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 Association*, 2020 CSC 22, [2020] 2 R.C.S. 589, 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)

in the record and the law, taking into account the stage of the litigation, to support these findings. This means that any single basis in the record and the law will be sufficient as long as it is legally tenable and reasonably capable of belief.

P has discharged his burden under s. 137.1(4)(a)(i) and shown that there are grounds to believe that his defamation proceeding has substantial merit. Defamation is governed by a well-articulated test requiring that three criteria be met and all three of these criteria are easily satisfied in the present case: the words complained of were published, as B wrote an email and sent it to 670 OTLA members; the words complained of explicitly refer to P; and the words complained of were defamatory, since an allegation of professional misconduct would tend to lower P's reputation in the eyes of a reasonable person.

P has also discharged his burden under s. 137.1(4)(a)(ii) and shown that there are grounds to believe that B has no valid defence to his defamation proceeding. In other words, there is a basis in the record and the law, taking into account the stage of the proceedings, to support a finding that the defences B has put in play do not tend to weigh more in her favour.

First, there are grounds to believe that B's defence of justification is not valid. To succeed on the defence of justification at trial, the burden is on the defendant to prove the substantial truth of the "sting", or main thrust, of the defamation. Applied to the facts of this case, the "sting" of B's email is an allegation of professional misconduct. In effect, B's two allegations are constituent parts of the same sting of professional misconduct and the truth of just one will be insufficient for the defence to succeed because B's two allegations are connected and inseparable. Thus, regardless of whether B's first allegation of P altering a report is true, if B's second allegation that P "changed" a doctor's decision is not substantially true, then this is sufficient to foreclose her defence of justification under s. 137.1(4)(a)(ii). In the present case, there is a basis in the record and the law to support a finding that the allegation that P "changed the doctor's decision" is not substantially true, and that therefore the defence of justification cannot be considered to weigh more in favour of B such that it may be considered "valid" under s. 137.1(4)(a)(ii).

de la *LJJ*. 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).

Second, there are grounds to believe that B's defence of qualified privilege is not valid. An occasion of qualified privilege exists if a person making a communication has an interest or duty to publish the information in issue to the person to whom it is published and the recipient has a corresponding interest or duty to receive it. However, the privilege is qualified in the sense that it can be defeated. This can occur particularly in two situations: where the speaker was reckless as to the truth of the words spoken; or where the scope of the occasion of privilege was exceeded. In the present case, even assuming without deciding the issue that qualified privilege does attach to the occasion upon which B's email was sent, there is a basis in the record and the law to support a finding that the scope of B's privilege was exceeded and that the defence therefore does not tend to weigh more in her favour. This is because the specific references made to P may not have been necessary to the discharge of the duty giving rise to the privilege. In other words, B could have communicated her concerns regarding the alteration of medical reports without naming P specifically. Further, the Listserv's express prohibition on even potentially defamatory remarks suggests that the OTLA acknowledges that the posting of even potentially defamatory material is not necessary (or even relevant) to the duty encompassed within the particular occasion. Lastly, the record reveals a lack of investigation or reasonable due diligence by B prior to making her serious allegations. B took no investigative steps at all to corroborate an allegation of professional misconduct, and instead, relied on her recollection of a specific phrase, from a specific report, by a specific person, concerning a specific event, that had taken place three years earlier, without attempting to communicate with P or consulting her own notes. In light of the heightened expectation of reasonable due diligence that the Court has historically imposed on lawyers, B's privilege may be defeated simply on the ground that she was indifferent or reckless as to the truth of her defamatory statements. Thus, even assuming that qualified privilege attaches to the occasion upon which B's communication was made, there are grounds to believe that the defence is not valid under s. 137.1(4)(a)(ii) because it may be defeated by virtue of B having exceeded the scope of the privilege, and perhaps even by her reckless disregard for the truth (i.e. malice).

Finally, the public interest hurdle at s. 137.1(4)(b) is the crux of the s. 137.1 analysis. P must show on a balance of

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 relative 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 de B a été outrepassée et que la défense ne tend donc pas à pencher davantage en sa faveur. 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 suggère 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.-à-d. de malveillance).

Enfin, l'étape relative à l'intérêt public de l'al. 137.1(4)(b) constitue l'essence de l'analyse fondée sur l'art. 137.1.

probabilities that the harm likely to be or have been suffered as a result of the expression is sufficiently serious that the public interest in permitting the proceeding to continue outweighs the public interest in protecting that expression. First, the harm to P here is extensive and quite serious. Not only does it include significant monetary harm that is more than just a bald assertion, but reputational harm is also eminently relevant to the harm inquiry, even if it is not quantifiable at this stage, and it is only amplified when one considers professional reputation. Second, P's harm was suffered as a result of B's expression. B can be held liable for harm that may have resulted from the subsequent leak and/or reproduction of her email in the magazine because republication was reasonably foreseeable to B and/or authorized by B, expressly or impliedly. Even if B cannot be held liable for republication, causation is not an all-or-nothing proposition, and there is a sufficient causal link between the initial email publication and harm suffered by P. No definitive determination of harm or causation is required at this stage. Therefore, the harm likely to be or have been suffered by P as a result of B's expression lies close to the high end of the spectrum and, correspondingly, so too does the public interest in allowing his defamation proceeding to continue.

In determining the public interest in protecting B's expression, it must be considered that she made a personal attack against P, which cast doubt on his professional competence, integrity, and reputation, without ever having met him and without any investigation into her allegations against him. Indeed, there will be less of a public interest in protecting a statement that contains gratuitous personal attacks and the motivation behind the expression will be relevant to the inquiry. The chilling effect on future expression and the broader or collateral effects on other expressions on matters of public interest must also be considered. Permitting P's defamation claim to proceed will deter others not from speaking out against unfair and biased practices, but from unnecessarily singling out an individual in a way that is extraneous or peripheral to the public interest, and from making defamatory remarks against an individual without first substantiating, or attempting to substantiate, the veracity of their allegations. In this way, rather than disincentivizing people from speaking out against unfair and biased practices, it will incentivize them to act with reasonable due diligence. Thus, when considered as a whole, the public interest in protecting B's expression lies somewhere in the middle of the spectrum: while B's specific references to P fall at the

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

low end of the protection-deserving spectrum, her email interpreted broadly as pertaining to the administration of justice in Ontario falls closer to the high end.

P has established on a balance of probabilities that the harm likely to be or have been suffered as a result of B's expression is sufficiently serious that the public interest in permitting his defamation proceeding to continue outweighs the public interest in protecting B's expression. In light of the open-ended nature of s. 137.1(4)(b), courts have the power to scrutinize what is really going on in the particular case before them. On its face, this is not a case in which one party is vindictively or strategically silencing another party; it is a case in which one party is attempting to remedy seemingly legitimate harm suffered as a result of a defamatory communication. This is not the type of case that comes within the legislature's contemplation of one deserving to be summarily dismissed at an early stage, nor does it come within the language of the statute requiring such a dismissal.

Moreover, P's motion to adduce fresh evidence pursuant to s. 62(3) of the *Supreme Court Act* should be allowed in part. This case is a transitional one: the considerable uncertainty surrounding s. 137.1 motions — due to a lack of judicial guidance with respect to both the test for withstanding a s. 137.1 motion, as well as the nature or comprehensiveness of the evidence required on a such a motion — militates in favour of granting the motion to adduce fresh evidence in part based on the test from *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

Per Abella, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. (dissenting): The appeal should be allowed and P's defamation action should be dismissed under s. 137.1 of Ontario's *Courts of Justice Act*. There is no dispute that P's defamation action was based on expression that relates to a matter of public interest, as B's email addressed questions of significance to the administration of justice, particularly the independence, accuracy and impartiality of experts and third-party assessment companies retained by insurers. Section 137.1(3) is therefore satisfied and P's defamation proceeding must presumptively be dismissed. Pursuant to s. 137.1(4), however, P's proceeding may continue if he satisfies a judge that the following three criteria are met: there are grounds to believe that his case has substantial merit, B has no valid defence to the proceeding, and the

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(4b), 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

likely harm suffered by him is serious enough that it outweighs the public interest in protecting B's expression. Here, B has a valid defence of qualified privilege and is therefore entitled to the relief mandated by s. 137.1(3), namely the dismissal of P's defamation action.

A defence is valid if it has a real prospect of success, meaning that it must be legally tenable, supported by evidence that is reasonably capable of belief, and have a prospect of success that, while not amounting to a demonstrated likelihood of success, tends to weigh more in favour of the person being sued. The burden of showing that the defence can be said to have no real prospect of success is on the plaintiff. The defence of qualified privilege applies where the person who makes a communication has an interest or a duty, legal, social or moral, to make it to the person to whom it is made, and the person to whom it is so made has a corresponding interest or duty to receive it. Qualified privilege can however be defeated if the communication exceeded the purpose of the privilege or if the communication was predominantly motivated by malice. A defendant will exceed the purpose of the privilege if the information communicated is not reasonably appropriate, that is, relevant and pertinent to the discharge of the duty or the exercise of the right or the safeguarding of the interest which creates the privilege. The question is not whether the statements were strictly necessary. A necessity-based approach would have dangerous and restrictive implications for the defence of qualified privilege. It would effectively exclude from the defence statements containing specific examples of misconduct, since statements like that can almost always be stripped of detail and reconstructed without the unnecessary examples they previously contained. Qualified privilege exists to acknowledge the benefit of expression which is relevant to protecting the public interest, including protecting the public from the perpetuation of wrongdoing or injustice. Generic accounts of misconduct, which do not refer to specific persons, do not require the protection of qualified privilege. The defence is, necessarily, engaged only when someone is identified.

The conclusion that B sent her email in circumstances protected by qualified privilege is supported by evidence that is reasonably capable of belief and sufficiently compelling to give the defence the necessary likelihood of

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 de telles déclarations 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

success. As president-elect of the OTLA, B had a clear duty to inform its members about selective and misleading expert reports which disadvantage the very individuals they advocate for and represent, as well as a duty to advise OTLA members of ways to protect their clients' interests against unfair practices by experts and assessment companies. B also had a professional duty as a lawyer to participate in improving the administration of justice and to share best practices. Members of the OTLA Listserv — all plaintiff-side personal injury lawyers — unquestionably had a reciprocal duty as well as an interest in receiving B's communication. Being alerted to questionable conduct by experts and assessment companies — and advised of ways to guard against such conduct — was of professional significance to them and especially to their clients. B or her colleagues did not waive their professional obligation to exchange such information by joining a Listserv. B's communication, therefore, was made by a person with a professional interest and duty to share the information with her colleagues, who had a corresponding interest and duty to receive it. This supports the conclusion that her defence of qualified privilege has a real prospect of success based on both the facts and the law. It is also hard to see how B could have exceeded the bounds of her duty to inform OTLA members of selective and misleading expert reports, by identifying an expert who she reasonably believed to have engaged in precisely that conduct. It was clearly relevant and reasonably appropriate for B, in fulfilling her duty to protect her colleagues and their clients, to identify P, a frequently-retained expert in whose cases it had proven to be especially important to obtain full disclosure of the insurer's files. It would defeat the purpose of qualified privilege to withhold the defence from B because she chose to identify P by name.

Further, B sent her email while she was president-elect of the OTLA through a Listserv restricted to members of the OTLA who practiced plaintiff-side personal injury law. Members of the Listserv were bound by a wide-ranging undertaking to keep the information strictly confidential. As lawyers, Listserv members were also required by the

à la défense la vraisemblance de succès nécessaire. En tant que présidente élue de l'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

Rules of Professional Conduct to strictly and scrupulously fulfill their undertakings. There was no reason for B to expect that Listserv members would breach these undertakings and, in so doing, breach their professional obligations. There is also nothing in the record to support a finding of malice against B, either due to recklessness or on any other basis. Additionally, the motion judge concluded that there was no evidence to reasonably support the inference that B acted with malice in publishing her email, a conclusion fully supported by the record, and this conclusion is entitled to deference.

In this case, protecting B's expression on matters of public interest outweighs the harm to P's reputation. Any harm resulting from the leak of B's email was caused by unforeseen and unforeseeable communication by others, not by B sending the email to its intended audience of lawyers on the Listserv. B's email addressed matters of critical importance to the administration of justice and there is a broader public interest in protecting B's expression, as permitting a defamation suit to proceed would produce a considerable chilling effect.

P's motion to admit fresh evidence should be dismissed. Most of the material he seeks to admit is clearly irrelevant and inadmissible. What is left are two unsworn letters sent by email between counsel in a related matter. The emails relate to issues that were, from the day P brought his defamation action, live and in serious dispute but unchallenged and unexplored by him, and were rejected as fresh evidence four years ago by the motion judge. Admitting the emails would require the Court to overturn the exercise of discretion by the motion judge, ignore P's demonstrable lack of due diligence, and accept unsworn, untested, hearsay evidence, all to obtain information that would not, in any event, have affected the result of B's dismissal hearing. Such an outcome would not only frustrate the purposes of s. 137.1, it would inexplicably depart from the Court's jurisprudence on the admission of fresh evidence.

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.

Cases Cited

By Côté J.

Applied: *1704604 Ontario Ltd. v. Pointes Protection Association*, 2020 SCC 22, [2020] 2 S.C.R. 589; **referred to:** *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *People ex rel. Karlin v. Culkin*, 162 N.E. 487 (N.Y. 1928); *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R.P. v. R.C.*, 2011 SCC 65, [2011] 3 S.C.R. 819; *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809; *United States of America v. Shulman*, 2001 SCC 21, [2001] 1 S.C.R. 616; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *Platnick v. Bent (No. 2)*, 2016 ONSC 7474; *Kuczera (Re)*, 2018 ONCA 322, 58 C.B.R. (6th) 227; *Calaheson v. Gift Lake Metis Settlement*, 2016 ABCA 185, 38 Alta. L.R. (6th) 30; *R. v. 1275729 Ontario Inc.* (2005), 205 O.A.C. 359; *Elliott v. Sagl*, 2019 ONSC 2490; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *R. v. Moucho*, 2019 ONSC 3463, 53 M.V.R. (7th) 131; *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *RTC Engineering Consultants Ltd. v. Ontario (Solicitor General)* (2002), 58 O.R. (3d) 726; *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309; *Rubin v. Ross*, 2013 SKCA 21, 409 Sask. R. 202, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. x; *Young v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (2005), 77 O.R. (3d) 680; *Awan v. Levant*, 2016 ONCA 970, 133 O.R. (3d) 401; *Walker v. CFTO Ltd.* (1987), 59 O.R. (2d) 104; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633.

By Abella J. (dissenting)

1704604 Ontario Ltd. v. Pointes Protection Association, 2020 SCC 22, [2020] 2 S.C.R. 589; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3; *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309; *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182; *MacDonald v. Sun Life Assurance Company of Canada*, 2006 CanLII 41669; *Burwash v. Williams*, 2014 ONSC 6828; *Daggitt v. Campbell*, 2016 ONSC 2742, 131 O.R. (3d) 423; *Douglas v. Tucker*, [1952] 1 S.C.R. 275; *Netupsky v. Craig*, [1973] S.C.R. 55; *McLoughlin v. Kutasy*, [1979] 2 S.C.R. 311; *Merit Consultants International Ltd. v. Chandler*, 2014 BCCA 121, 60 B.C.L.R. (5th) 214; *Wang v. British Columbia Medical Assn.*, 2014 BCCA 162, 57 B.C.L.R. (5th) 217; *RTC Engineering Consultants Ltd. v. Ontario (Solicitor*

Jurisprudence

Citée par la juge Côté

Arrêt appliqué : *1704604 Ontario Ltd. c. Pointes Protection Association*, 2020 CSC 22, [2020] 2 R.C.S. 589; **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, [2020] 2 R.C.S. 589; *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 v. Cadsky*, 2009 ABCA 334, 464 A.R. 57; *Laufer v. Bucklaschuk* (1999), 145 Man. R. (2d) 1; *Board of Trustees of the City of Saint John Employee Pension Plan v. Ferguson*, 2008 NBCA 24, 328 N.B.R. (2d) 319; *Cush v. Dillon*, [2011] HCA 30, 243 C.L.R. 298; *Birchwood Homes Limited v. Robertson*, [2003] EWHC 293; *Tsatsi v. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan*, 2018 SKCA 53; *Foulidis v. Baker*, 2014 ONCA 529, 323 O.A.C. 258; *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067; *Jerome v. Anderson*, [1964] S.C.R. 291; *Hodgson v. Canadian Newspapers Co.* (2000), 49 O.R. (3d) 161; *Smith v. Cross*, 2009 BCCA 529, 99 B.C.L.R. (4th) 214; *Martin v. Lavigne*, 2011 BCCA 104, 17 B.C.L.R. (5th) 132; *Cimolai v. Hall*, 2007 BCCA 225, 240 B.C.A.C. 53; *Davies & Davies Ltd. v. Kott*, [1979] 2 S.C.R. 686; *Korach v. Moore* (1991), 1 O.R. (3d) 275; *Wells v. Sears*, 2007 NLCA 21, 264 Nfld. & P.E.I.R. 171; *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Crookes v. Newton*, 2011 SCC 47, [2011] 3 S.C.R. 269; *Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666; *Platnick v. Bent (No. 2)*, 2016 ONSC 7474; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423; *McDonald v. Brookfield Asset Management Inc.*, 2016 ABCA 375; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44; *Bukshtynov v. McMaster University*, 2019 ONCA 1027; *R. v. M.(P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *Iroquois Falls Power Corp. v. Ontario Electricity Financial Corp.*, 2016 ONCA 271, 398 D.L.R. (4th) 652.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 137.1, 137.2, 137.3.
Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8.
Libel and Slander Act, R.S.O. 1990, c. L.12, s. 22.
Protection of Public Participation Act, 2015, S.O. 2015, c. 23.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 30.10, 31.10.
Rules of Professional Conduct [made under the *Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8], rr. 2.1-2, 3.1-1, 5.1-6, 5.6-1, 7.2-1, 7.2-4, 7.2-11, 7.5-1.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 47.
Statutory Accident Benefits Schedule — Effective September 1, 2010, O. Reg. 34/10, s. 1.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 62(3).

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 R.N.-B. (2e) 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^{er} 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.

Authors Cited

- 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. Ministry of Finance. *Ontario Automobile Insurance Dispute Resolution System Review: Final Report*. Toronto, 2014.
- Ontario. Ministry of the Attorney General. *Anti-Slapp Advisory Panel: Report to the Attorney General*. 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.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Brown and Huscroft JJ.A.), 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.), setting aside a decision of Dunphy J., 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.). Appeals dismissed, Abella, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. dissenting.

Howard Winkler and Eryn Pond, for the appellant Maia Bent.

Terrence J. O’Sullivan, Andrew Winton and Paul Mitchell, for the appellant Lerner LLP.

Timothy S. B. Danson and Marjan Delavar, for the respondent.

Doctrine 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 Mitchell, pour l’appelante Lerner LLP.

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

Peter Kolla, Amanda Bertucci and Maia Tsurumi, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Nader R. Hasan and Priyanka Vittal, for the intervener Greenpeace Canada.

Adam Goldenberg and Simon Cameron, for the intervener the Canadian Constitution Foundation.

Julia Croome, Joshua Ginsberg and Sue Tan, for the intervener the Ecojustice Canada Society.

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

Alexi N. Wood and Jennifer P. Saville, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Sean A. Moreman and Katarina Germani, for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation.

Joanna Birenbaum and Alicja Putcha, for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

Iain A. C. MacKinnon and Justin Linden, for the interveners the Ad IDEM / Canadian Media Lawyers Association, the Canadian Journalists for Free Expression, CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, the Aboriginal Peoples Television Network and Postmedia Network Inc.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. was delivered by

CÔTÉ J. —

I. Introduction

[1] Freedom of expression and its relationship to the protection of reputation has been subject to an assiduous and judicious balancing over the course of

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

this Court’s jurisprudential history. While in *1704604 Ontario Ltd. v. Pointes Protection Association*, 2020 SCC 22, [2020] 2 S.C.R. 589, this Court recognizes the importance of freedom of expression as the cornerstone of a pluralistic democracy, this Court has also recognized that freedom of expression is not absolute — “[o]ne limitation on free expression is the law of defamation, which protects a person’s reputation from unjustified assault”: *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, at para. 2, per McLachlin C.J. Indeed, “the right to free expression does not confer a licence to ruin reputations”: para. 58. That is because this Court has likened reputation to a “plant of tender growth [whose] blossom, once lost, is not easily restored”: *People ex rel. Karlin v. Culkin*, 162 N.E. 487 (N.Y. 1928), at p. 492, per Cardozo J., cited by Cory J. in *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3, at para. 92. Values, therefore, are not without countervailing considerations.

[2] In these appeals, the Court must apply the framework set out in *Pointes Protection* in order to determine whether the respondent’s defamation claim against the appellants can proceed or whether it must be dismissed under s. 137.1 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43 (“CJA”). In effect, this Court must consider the delicate equilibrium between two fundamental values in a democratic society, freedom of expression and the protection of reputation, vis-à-vis the *Protection of Public Participation Act*, 2015, S.O. 2015, c. 23.

[3] For the reasons that follow, I would dismiss the appeals before this Court, and accordingly, I would dismiss the s. 137.1 motion and allow the respondent’s lawsuit in defamation to continue. While the appellant Maia Bent (“Ms. Bent”) successfully meets her threshold burden under s. 137.1(3), the respondent, Dr. Howard Platnick (“Dr. Platnick”), successfully clears both the merits-based hurdle and the public interest hurdle under s. 137.1(4)(a) and s. 137.1(4)(b), respectively.

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 Association*, 2020 CSC 22, [2020] 2 R.C.S. 589, 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 une [TRADUCTION] « 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 appelantes 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 Maia Bent (« M^e Bent ») se soit acquittée du fardeau initial que lui impose le par. 137.1(3), l’intimé, D^r Howard Platnick (« D^r 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] Furthermore, and in order to avoid any misunderstanding, it is important to mention at the outset that a s. 137.1 motion is unequivocally not a determinative adjudication of the merits of a claim: *Pointes Protection*, at paras. 37, 50, 52 and 71. Instead, the implication of the findings that I set out herein is simple: Dr. Platnick deserves to have his day in court to potentially vindicate his reputation — “a fundamental value in its own right in a democracy” (para. 81). At trial, judicial powers of inquiry are broader, *viva voce* evidence can be given, and ultimate assessments of credibility can be made. Nothing in these reasons can, or should, be taken as prejudging the merits of Dr. Platnick’s underlying defamation claim either in fact or in law. Simply put, my resolution of this s. 137.1 motion means only that Dr. Platnick’s claim is one that deserves to be adjudicated on the merits, and is not one that ought to be summarily screened out at this early stage.

II. Background

A. *Factual Overview*

[5] The appellant Ms. Bent is a lawyer and partner at the law firm Lerner LLP (“Lerner”), which is also an appellant before this Court. Ms. Bent is a member and, at the relevant time, was the president-elect of the Ontario Trial Lawyers Association (“OTLA”). The OTLA is an organization comprised of lawyers, law clerks, and law students who represent persons injured in motor vehicle accidents; it consists of approximately 1,600 members.

[6] The respondent, Dr. Platnick, is a medical doctor of general practice who worked as a family physician from 1988 to 2011. Since 1991, he has typically been hired through insurance companies to review other medical specialists’ assessments of persons injured in motor vehicle accidents and to prepare a final report with an ultimate assessment himself — as in this case.

[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^r 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 préjugeant, en fait ou en droit, le bien-fondé de l’action sous-jacente en diffamation intentée par D^r Platnick. En résumé, ma réponse à la présente motion fondée sur l’art. 137.1 signifie seulement que l’action du D^r 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^e Bent est avocate et associée au sein du cabinet d’avocats Lerner LLP (« Lerner »), qui est aussi partie appelante devant notre Cour. Membre de l’Ontario Trial Lawyers Association (« OTLA »), M^e Bent était à l’époque pertinente présidente élue de cette organisation. L’OTLA se compose d’avocats et d’avocates, de parajuristes, d’étudiants et d’étudiantes en droit qui représentent les personnes blessées dans des accidents d’automobile. Elle compte quelque 1 600 membres.

[6] L’intimé, D^r 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] Dr. Platnick has commenced a lawsuit against Ms. Bent and Lerner alleging defamation and damages in the amount of \$16.3 million. That is the underlying proceeding at issue here, which Ms. Bent is asking this Court to dismiss pursuant to s. 137.1 of the *CJA*.

[8] Of critical importance to these appeals, the following email — sent by Ms. Bent to a Listserv (i.e. an email listing, the parameters of which I explain in detail later in these reasons) of approximately 670 OTLA members — is the basis for Dr. Platnick’s defamation action:

Subject: Sibley Alters Doctors’ Reports

Date: November 10, 2014¹

...

Dear Colleagues,

I am involved in an [a]rbitration on the issue of catastrophic impairment where Sibley aka SLR Assessments did the multi-disciplinary assessments for TD Insurance. Last Thursday, under cross-examination the IE neurologist, Dr. King, testified that large and critically important sections of the report he submitted to Sibley had been removed without his knowledge or consent. The sections were very favourable to our client. He never saw the final version of his report which was sent to us and he never signed off on it.

He also testified that he never participated in any “consensus meeting” and he never was shown or agreed to the Executive Summary, prepared by Dr. Platnick, which was signed by Dr. Platnick as being the consensus of the entire team.

¹ Dunphy J. of the Ontario Superior Court referred to the date of the email as November 14, 2014, in his reasons: 2016 ONSC 7340, 136 O.R. (3d) 339. The correct date is November 10, 2014.

[7] D^r Platnick a intenté contre M^e 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^e 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^e 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^r Platnick et revêt une importance cruciale dans les présents pourvois :

[TRADUCTION]

Objet : Sibley altère des rapports de médecins

Date : le 10 novembre 2014¹

...

Chers collègues,

Je participe à un [a]rbitrage 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^r 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^r 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^r Platnick, lequel a été signé par D^r Platnick comme représentant le consensus de toute l’équipe.

¹ 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.

This was NOT the only report that had been altered. We obtained copies of all the doctor[s'] file[s] and drafts and there was a paper trail from Sibley where they rewrote the doctors' reports to change their conclusion from our client having a catastrophic impairment to our client not having a catastrophic impairment.

This was all produced before the arbitration but for some reason the other lawyer didn't appear to know what was in the file (there were thousands of pages produced). He must have received instructions from the insurance company to shut it down at all costs on Thursday night because it offered an obscene amount of money to settle, which our client accepted.

I am disappointed that this conduct was not made public by way of a decision but I wanted to alert you, my colleagues, to always get the assessor's and Sibley's files. This is not an isolated example as I had another file where Dr. Platnick changed the doctor's decision from a marked to a moderate impairment. [Emphasis added.]

(A.R., vol. III, at pp. 31-32)

[9] As is clear on its face, Ms. Bent made two statements in her email that specifically mention Dr. Platnick by name. Each of them refers to a different factual matrix, but makes a similar allegation that Dr. Platnick "altered" reports. The first refers to what I will call the "Carpenter Matter". The second pertains to a different matter, which I will refer to as the "Dua Matter". I set out the relevant factual predicate for each matter below.

(1) Carpenter Matter, November 2014

[10] In November 2014, Ms. Bent was acting as counsel in an arbitration with respect to an insurance coverage dispute. The crux of that dispute depended on whether Ms. Bent's client — Dr. Carpenter, who had been injured in a motor vehicle accident — had suffered a "catastrophic impairment". A "catastrophic impairment" is a technical designation which would have entitled Dr. Carpenter to enhanced medical and other benefits from her insurer. The determination of

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^r Platnick avait 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^e Bent fait deux affirmations dans lesquelles le nom du D^r 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^r Platnick « [a] altéré » des rapports. La première renvoie à ce que j'appellerai « l'affaire Carpenter ». La seconde concerne une affaire différente, 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^e 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^e Bent — D^{re} 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^{re} Carpenter de

such a designation is made on the basis of the criteria and guidelines set out in, or incorporated into, the *Statutory Accident Benefits Schedule — Effective September 1, 2010*, O. Reg. 34/10 (“SABS”), s. 1, under the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8.

[11] To assess whether Dr. Carpenter should be given a catastrophic impairment designation, the insurer arranged for a series of independent medical examinations by various medical professionals through an assessment company named Sibley & Associates (“Sibley”).² While the medical professionals who perform such examinations have considerable expertise in their respective fields of practice, they have varying levels of understanding and expertise with regard to the SABS regime. Here, none of the medical experts were from or practised in Ontario, and the record reveals that they were not familiar with Ontario’s SABS regime and its criteria and classifications for catastrophic impairment designations. They were nonetheless retained to conduct their own medical assessments of Dr. Carpenter and to forward those assessments to Sibley.

[12] Sibley also retained Dr. Platnick as a “lead physician” in order to prepare a final report for it that would make an ultimate determination of whether Dr. Carpenter warranted a catastrophic impairment designation. Dr. Platnick, an Ontario physician who had previously acted in this role on numerous occasions, had expertise with regard to the SABS — an Ontario regulation — and its classifications and calculations relating to catastrophic impairment designations.

[13] Accordingly, Dr. Platnick’s report on Dr. Carpenter’s catastrophic impairment assessment

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^{er} septembre 2010*, Règl. de l’Ont. 370/10 (« AIAL »), art. 3, 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 du D^{re} Carpenter, l’assureur a pris des mesures en vue de lui faire subir une série d’examen médicaux indépendants par divers professionnels de la santé par l’entremise d’une entreprise d’évaluation appelée Sibley & Associates (« Sibley »)². 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^{re} Carpenter, et pour transmettre ces évaluations à Sibley.

[12] Sibley a en outre retenu les services du D^r 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^{re} Carpenter. D^r 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 — 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 du D^r Platnick sur l’évaluation de la déficience invalidante de

² Sibley & Associates has also been referred to as Sibley SLR and SLR Assessments.

² Sibley & Associates a également été désignée par les appellations Sibley SLR et SLR Assessments.

was to be based on the applicable criteria in the *SABS*. Because it was not Dr. Platnick’s role to examine Dr. Carpenter himself, nor did he do so, his report was based on the data from the team of medical experts retained by Sibley who had actually conducted the individual medical assessments of Dr. Carpenter. As mentioned above, those medical experts forwarded their assessments *to* Sibley, since they had been retained *by* Sibley — they did not correspond with Dr. Platnick. In turn, Sibley provided those medical assessments and expert reports to Dr. Platnick so that he could prepare his ultimate report to send to Sibley.

[14] The contents of Dr. Platnick’s report are important to these appeals. He titled his report “Catastrophic Impairment Determination” and began it with the following sentence written in bold: “My calculations detailed below incorporate and consider the findings of all assessors on this CAT [Catastrophic] Assessment Team” (A.R., vol. IV, at p. 187). Dr. Platnick’s five-page report examined the various criteria in the *SABS* that were relevant to Dr. Carpenter’s catastrophic impairment assessment, making extensive reference to the medical assessments done by the specialists retained by Sibley and periodically stating *his own* conclusions under the various criteria: indeed, Dr. Platnick used the words “I would conclude that” or “I was not able to identify” (p. 189). On the final page of the report, under the heading “Impairment Calculation”, Dr. Platnick wrote that “I complete the following calculation” and then that, based on that calculation, “I would conclude” that Dr. Carpenter “does not meet the catastrophic level based upon the *SABS* and utilizing the OCF-19 Form”: p. 191. Crucial to this case is the fact that, after setting forth his conclusion, Dr. Platnick wrote that “[i]t is the consensus conclusion of this assessment that [Dr. Carpenter] does not achieve the catastrophic impairment rating as outlined in the *SABS*”: p. 191 (emphasis added).

[15] Dr. Platnick sent his report to Sibley, as he was meant to do. Attached to the back of the report was

D^{re} Carpenter devait reposer sur les critères applicables énoncés dans l’*AIAL*. D^r Platnick, n’ayant pas examiné lui-même et n’ayant d’ailleurs pas pour rôle d’examiner lui-même D^{re} 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^{re} 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^r Platnick. Par la suite, Sibley a transmis ces évaluations médicales et ces rapports d’expertise au D^r Platnick pour la préparation du rapport final que ce dernier devait lui faire parvenir.

[14] Le contenu du rapport du D^r 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^r Platnick a examiné les divers critères de l’*AIAL* pertinents pour déterminer si D^{re} 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^r 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^r Platnick a écrit : « J’établis le calcul suivant », puis a ajouté, sur la base de ce calcul, « [j]e conclurais » que D^{re} 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^r Platnick a écrit que « [l]a conclusion par voie de consensus qui se dégage de la présente évaluation est que [D^{re} Carpenter] n’obtient pas une cote de déficience invalidante suivant l’*AIAL* » : p. 191 (je souligne).

[15] D^r Platnick a envoyé son rapport à Sibley, comme il devait le faire. Il y a annexé une page de

an acknowledgment page, which had a place for the signatures of the four specialists who had assessed Dr. Carpenter to acknowledge that Dr. Platnick's report reflected the "consensus conclusion of this assessment": p. 192. Dr. Platnick sent the report to Sibley without any signatures. As mentioned above, the medical experts who had assessed Dr. Carpenter had been retained by Sibley and were not in contact with Dr. Platnick at any point. In the normal course of events, Sibley was supposed to obtain those signatures.

[16] Sibley did not obtain any signatures and, instead, provided the insurer and Ms. Bent with a document entitled "Catastrophic Determination Executive Summary": pp. 180-85. The document was identical to Dr. Platnick's report, but did not affix the acknowledgment page and had a different title page. In due course, Ms. Bent received a copy of Dr. Platnick's original report with the unsigned acknowledgment page, as well as the individual assessments conducted by the specialists.

[17] On November 6, 2014, at the arbitration hearing before the Financial Services Commission of Ontario, testimony was given by Dr. King, one of the medical experts retained by Sibley who had conducted the neurological assessment of Dr. Carpenter. Of relevance, Dr. King testified on cross-examination that portions of his final assessment report had been omitted, without his knowledge or consent, from Dr. Platnick's final report, that he had not seen or signed Dr. Platnick's final report, and that he had never been "part of [a] consensus opinion": A.R., vol. V, at p. 35.

[18] On November 7, 2014, the arbitration involving Dr. Carpenter was settled. The terms of the settlement involved Dr. Carpenter receiving a catastrophic impairment designation, a reinstatement of benefits, and payments of past medical and rehabilitative expenses with interest. The insurer also agreed to indemnify Dr. Carpenter in full for fees and disbursements.

confirmation comportant un espace où les quatre spécialistes qui avaient évalué D^{re} Carpenter pouvaient apposer leur signature respective afin de confirmer que le rapport du D^r Platnick reflétait la [TRADUCTION] « conclusion par voie de consensus qui se dégage de la présente évaluation » : p. 192. D^r Platnick a transmis le rapport à Sibley sans aucune signature. Comme je l'ai mentionné plus tôt, les experts médicaux qui ont évalué D^{re} Carpenter avaient été engagés par Sibley, et ils n'ont en aucun moment été en contact avec D^r Platnick. Dans le cours normal des choses, Sibley était censée obtenir ces signatures.

[16] Sibley n'a toutefois pas obtenu de signatures et a plutôt fourni à l'assureur et à M^e Bent un document intitulé [TRADUCTION] « Résumé de la décision relative à la déficience invalidante » : p. 180-185. Ce document était identique au rapport du D^r Platnick, mais sans la page de confirmation et avec une page titre différente. En temps opportun, M^e Bent a reçu une copie du rapport original du D^r 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 du D^{re} Carpenter a témoigné. Fait pertinent à signaler, ce témoin, D^r 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 du D^r 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^{re} Carpenter a été réglé à l'amiable. En vertu des stipulations du règlement, D^{re} 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^{re} Carpenter pour ses frais et débours.

[19] On November 10, 2014, Ms. Bent sent the alleged defamatory email through the OTLA Listserv. The foregoing factual context is particularly crucial to the following allegation made by Ms. Bent in her email:

[Dr. King] also testified that he never participated in any “consensus meeting” and he never was shown or agreed to the Executive Summary, prepared by Dr. Platnick, which was signed by Dr. Platnick as being the consensus of the entire team. [Emphasis added.]

(2) Dua Matter, November 2011

[20] As I mentioned above, Ms. Bent’s email of November 10, 2014 to the OTLA Listserv also made reference to another matter, which had taken place in November 2011, three years before she sent the email.

[21] In that matter, much like the Carpenter Matter, Dr. Platnick had been retained to write a final “Catastrophic Determination” report on whether a victim of a motor vehicle accident should be given a catastrophic impairment designation.

[22] Dr. Varinder Dua was one of the medical specialists retained to conduct an assessment of the victim. As with the Carpenter Matter, Dr. Platnick’s ultimate report was to be informed by Dr. Dua’s assessment. Dr. Dua’s report found that “[o]verall, [victim] ha[d] Moderate impairment (Class 4)” and accordingly that a catastrophic impairment designation was warranted: A.R., vol. V, at p. 214.

[23] I note here that it has been pointed out to this Court, and it is not disputed, that “*Moderate Impairment*” carries a rating of “Class 3”, which does *not* constitute a catastrophic impairment designation. A “Class 4” rating corresponds to a “*Marked Impairment*” and *does* constitute a catastrophic impairment designation. Therefore, Dr. Dua’s assessment of “Moderate impairment (Class 4)” was, by definition, internally contradictory.

[19] Le 10 novembre 2014, M^e 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^e Bent dans son courriel :

[TRADUCTION] [D^r 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^r Platnick, lequel a été signé par D^r Platnick comme représentant le consensus de toute l’équipe. [Je souligne.]

(2) L’affaire Dua, novembre 2011

[20] Comme je l’ai mentionné précédemment, le courriel du 10 novembre 2014 envoyé par M^e Bent au serveur de liste de l’OTLA référerait 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^r 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^{re} Varinder Dua était l’une des médecins spécialistes retenue pour évaluer l’état de la victime. Comme dans l’affaire Carpenter, le rapport final du D^r Platnick devait s’appuyer sur l’évaluation effectuée par D^{re} Dua. Dans son rapport, D^{re} 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^{re} Dua concluant à une « déficience moyenne (classe 4) » était donc, par définition, intrinsèquement contradictoire.

[24] Dr. Dua issued a *second* version of the report in which she changed the *SABS* classification to “Moderate impairment (Class 3)”, which meant that a catastrophic impairment designation was *not* warranted. Even though the second report was prepared after the initial report, Dr. Dua gave it the same date as her first report.

[25] Importantly, Dr. Platnick’s final report stated that “Dr. Dua rated [victim] overall at moderate impairment (Class 3)”, which meant that a catastrophic impairment designation was not warranted: A.R., vol. V, at p. 219. In this sense, Dr. Platnick’s final report appeared to be consistent with the conclusion in Dr. Dua’s second report, and it made no reference to the existence of the first version of the report.

[26] Ms. Bent, who was acting in the matter on behalf of the victim, was served only with a copy of Dr. Dua’s first report and Dr. Platnick’s final report, which Ms. Bent believed to display a discrepancy. She had no reason to know of a second version of Dr. Dua’s report and did not take steps to investigate the discrepancy.

[27] The parties do not dispute that Dr. Platnick communicated with Dr. Dua after she submitted her first report. The parties also do not dispute that Dr. Dua prepared a second version of the report after Dr. Platnick spoke with her. What is in dispute is what caused Dr. Dua to change her assessment and prepare a second report. Dr. Platnick argues that, at the behest of the insurance assessment company (known as the “vendor company”), which was seeking clarification, he pointed out the internal inconsistency to Dr. Dua, and Dr. Dua did not so much change her assessment as clarify what she had really meant, of her own volition. According to Ms. Bent, however, Dr. Platnick “changed the doctor’s decision from a marked to a moderate impairment” through inappropriate persuasion or otherwise.

[24] D^{re} 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^{re} Dua y a inscrit la même date que sur le premier.

[25] Fait important, D^r Platnick a déclaré dans son rapport final que [TRADUCTION] « D^{re} 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 du D^r Platnick semblait concorder avec la conclusion tirée par D^{re} Dua dans son deuxième rapport, et ne faisait nullement mention de l’existence d’une première version du rapport.

[26] M^e Bent, qui représentait la victime dans cette affaire, n’a reçu une copie que du premier rapport du D^{re} Dua et du rapport final du D^r Platnick, lesquels à son avis présentaient une divergence. M^e Bent n’avait aucune raison de soupçonner l’existence d’une deuxième version du rapport de D^{re} 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^r Platnick a communiqué avec D^{re} Dua après que celle-ci eut présenté son premier rapport. Les parties ne contestent pas non plus le fait que D^{re} Dua a rédigé une deuxième version du rapport après que D^r Platnick lui eut parlé. Le débat porte plutôt sur ce qui a amené D^{re} Dua à revoir son évaluation et à rédiger un deuxième rapport. D^r Platnick soutient que la compagnie chargée des évaluations en matière d’assurance (appelée la [TRADUCTION] « compagnie vendeuse ») aurait réclamé des éclaircissements et que, à la demande de celle-ci, il aurait signalé l’incohérence interne à D^{re} 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^e Bent, D^r Platnick « a changé la décision du médecin, faisant passer la déficience de marquée à moyenne » par des moyens de persuasion inopportuns ou autrement.

[28] The foregoing took place in November 2011 and provides an important factual context in considering the following excerpt from Ms. Bent’s November 2014 email making reference to that incident:

This is not an isolated example as I had another file where Dr. Platnick changed the doctor’s decision from a marked to a moderate impairment.

(3) Leak and Republication

[29] Although Ms. Bent’s email was sent only to the OTLA Listserv, the email was eventually leaked anonymously by a member of the OTLA despite a confidentiality undertaking required by the Listserv.

[30] As a result, on December 29, 2014, an article was published in *Insurance Business Canada* magazine, which reproduced Ms. Bent’s email in its entirety. The article was titled “Medical files ‘routinely altered’ to suit insurers, claims FAIR”, and in reproducing Ms. Bent’s email in full, referred to “testimony from Maia L. Bent, a partner at the law firm of Lerner’s”: A.R., vol. XI, at pp. 28-30.

[31] Dr. Platnick served KMI Publishing and Events Ltd. (“KMI”), the owners of *Insurance Business Canada*, with a libel notice on January 22, 2015. That claim is not at issue before this Court, but nonetheless shares part of its factual matrix with this case insofar as the issue of republication is concerned.

(4) Proceeding Against the Appellants

[32] After his requests to Ms. Bent for an apology went unanswered, Dr. Platnick commenced a lawsuit in defamation against both Ms. Bent and Lerner on January 27, 2015.

[33] After having filed a Statement of Defence, Ms. Bent filed a motion under s. 137.1 of the *CJA* to dismiss Dr. Platnick’s lawsuit in defamation against

[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^e Bent en novembre 2014 référant à cet incident :

[TRADUCTION] Ce n’est pas un cas isolé, puisque j’ai eu un autre dossier dans lequel D^r 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^e 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^e Bent. L’article s’intitulait [TRADUCTION] « Dossiers médicaux “régulièrement altérés” pour répondre aux besoins des assureurs, affirme FAIR », et, reproduisant intégralement le courriel de M^e Bent, faisait état du « témoignage de Maia L. Bent, associée au sein du cabinet d’avocats Lerner’s » : d.a., vol. XI, p. 28-30.

[31] Le 22 janvier 2015, D^r 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 appelantes

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

[33] Après avoir déposé une défense, M^e Bent a présenté une motion en vertu de l’art. 137.1 de la *LTI* pour demander le rejet de la poursuite en diffamation

her. Lerners also filed a Statement of Defence, but it did not file, for its own part, a s. 137.1 motion. However, as the Court of Appeal explained, it is understood that if Ms. Bent's motion succeeds, then the action should also be dismissed against Lerners. The merits of Ms. Bent's s. 137.1 motion are before this Court.

B. *Procedural History*

- (1) Ontario Superior Court of Justice (Dunphy J.), 2016 ONSC 7340, 136 O.R. (3d) 339

[34] The motion judge, Dunphy J. of the Ontario Superior Court, allowed Ms. Bent's s. 137.1 motion and dismissed Dr. Platnick's defamation proceeding.

[35] Dunphy J. found that the email communication in question related to a matter of public interest within the meaning of s. 137.1(3) but that Dr. Platnick had been unable to discharge his burden under s. 137.1(4): paras. 61-79.

[36] While Dunphy J. declined to determine whether Dr. Platnick's claim had substantial merit under s. 137.1(4)(a)(i), he found under s. 137.1(4)(a)(ii) that there was "credible and compelling" evidence that Ms. Bent's defences of justification and qualified privilege were "reasonably likely . . . [to] succeed": paras. 93-118. Dunphy J. added that he was not satisfied that the public interest in permitting Dr. Platnick's defamation suit to proceed outweighed the public interest in protecting Ms. Bent's expression under s. 137.1(4)(b): paras. 119-35.

- (2) Court of Appeal for Ontario (Doherty, Brown and Huscroft JJ.A.), 2018 ONCA 687, 426 D.L.R. (4th) 60

[37] Doherty J.A., writing for a unanimous Court of Appeal, set aside the motion judge's determination, dismissed Ms. Bent's s. 137.1 motion, and

intentée contre elle par D^r Platnick. Lerners 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^e Bent est accueillie, l'action devrait également être rejetée à l'égard de Lerners. Notre Cour doit trancher la question du bien-fondé de cette motion.

B. *Historique judiciaire*

- (1) Cour supérieure de justice de l'Ontario (le 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^e Bent fondée sur l'art. 137.1, et il a rejeté la poursuite en diffamation du D^r 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^r 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 du D^r 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^e 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 du D^r Platnick l'emportait sur l'intérêt public à protéger l'expression de M^e Bent : par. 119-135.

- (2) Cour d'appel de l'Ontario (les 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^e Bent fondée sur l'art. 137.1 et renvoyé

remitted Dr. Platnick's defamation claim to the Superior Court for consideration: para. 127.

[38] Doherty J.A. agreed with the motion judge's assessment under s. 137.1(3) that the email communication related to a matter of public interest. However, he found that the motion judge had erred in his assessment of both s. 137.1(4)(a) and s. 137.1(4)(b): para. 4.

[39] With respect to substantial merit, Doherty J.A. had "no difficulty concluding that there [were] reasonable grounds to believe" that Dr. Platnick's claim had substantial merit under s. 137.1(4)(a)(i), as Ms. Bent's "defence to the claim is not that her comments were not potentially defamatory, but rather that they were true or protected by privilege": paras. 53-54. With respect to s. 137.1(4)(a)(ii), Doherty J.A. found that there were grounds to believe that neither defence would succeed and concluded that Dr. Platnick had met his burden of demonstrating "no valid defence": paras. 56-93. More specifically, Doherty J.A. found that the defence of justification was not valid because the sting, or the main thrust, of the two statements was not substantially true and that the defence of qualified privilege was not valid because the second statement either "was made maliciously or with reckless disregard for the truth, or because it was not appropriate to the legitimate purpose of the occasion attracting the privilege": paras. 73, 84 and 90. Finally, the Court of Appeal was satisfied that the potential harm to Dr. Platnick outweighed the public interest in protecting Ms. Bent's expression because this case bore none of the indicia of a SLAPP³ and because there was sufficient harm attributable to the initial publication irrespective of republication: paras. 95-110.

l'action en diffamation du D^r 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 du D^r Platnick était substantiel au sens du sous-al. 137.1(4)a)(i), car le « moyen de défense [de M^e 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^r 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^r Platnick l'emportait sur l'intérêt public à protéger l'expression de M^e Bent parce que l'affaire ne présentait aucun des aspects d'une poursuite stratégique contre la mobilisation publique (aussi appelée SLAPP³) et qu'un préjudice suffisant était imputable à la publication initiale des allégations, indépendamment de leur republication : par. 95-110.

³ Strategic Lawsuit Against Public Participation.

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

C. Motion to Adduce Fresh Evidence

[40] Prior to the hearing of these appeals, Dr. Platnick sought this Court's leave to adduce fresh evidence pursuant to s. 62(3) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, and Rule 47 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156. The motion was deferred to the panel hearing the appeals. Dr. Platnick's motion contained the following evidence for which he sought admission for this Court's consideration in these appeals.

[41] Exhibit B ("Dua Letter") is a letter from Dr. Dua bolstering Dr. Platnick's evidence that the allegation that he "changed" her report is false: Motion to Adduce Fresh Evidence, at pp. 37-38. Specifically, Dr. Dua explains in her letter that Dr. Platnick called her to identify areas of concern that "required clarification": p. 37. She says that she "corrected the typographical error from 'Class 4' to 'Class 3'" of her own accord and that "at no time did Dr. Platnick pressure me to change my report. Nor did he conduct himself in any inappropriate fashion": pp. 37-38 (emphasis in original). Dr. Dua states pointedly that "[t]o suggest that Dr. Platnick changed my report is simply untrue. Further, to characterize the events in question as an attempt by Dr. Platnick to manipulate the evidence is also completely inaccurate": p. 38.

[42] Exhibit G contains excerpts from an examination for discovery of Dr. King in a parallel proceeding in which Dr. King admitted that he had been mistaken when he said that parts of his report had been removed without his knowledge and consent in the Carpenter Matter.

[43] Exhibit H is Dr. Platnick's pleadings in a parallel litigation between him and Dr. Carpenter.

C. Requête pour production de preuve nouvelle

[40] Avant l'audition des présents pourvois, D^r Platnick a demandé à notre Cour l'autorisation de produire de nouveaux éléments de preuve en vertu du 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 du D^r 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 (« lettre de D^{re} Dua ») est une lettre de D^{re} Dua renforçant la preuve présentée par D^r 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^{re} Dua explique que D^r 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^r 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 (soulignement dans l'original). D^{re} Dua affirme sans ambages ce qui suit : « Le fait de prétendre que le D^r 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 du D^r 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 du D^r King dans une instance parallèle au cours de laquelle D^r 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 du D^r Platnick dans un litige parallèle l'opposant à D^{re} Carpenter.

[44] Exhibit K is Dr. Platnick’s proposed Amended Statement of Claim for the underlying proceeding in this case.

[45] Exhibit L is an excerpt from KMI’s Statement of Defence in the parallel defamation proceeding commenced by Dr. Platnick against KMI. Approximately one week after Ms. Bent’s cross-examination on this s. 137.1 motion, KMI delivered its Statement of Defence, in which it pleaded that prior to publishing an article that reproduced Ms. Bent’s email of November 10, 2014, it had interviewed Ms. Bent, who had authorized republication.

[46] Exhibits N and R (“KMI Letters”) are letters from counsel for the KMI defendants to Dr. Platnick’s counsel attesting to a telephone conversation that took place between Ms. Bent and Donald Horne, the Associate Editor of *Insurance Business Canada* magazine, after the leak regarding a potential interview for publication. In those letters, the following information is stipulated by KMI: (i) “Ms. Bent did not object to or have any concerns” about the republication of her email; (ii) Ms. Bent did not discourage the republication, nor did she inform KMI that her email had been published on a private OTLA Listserv and that any leak was a serious professional and ethical breach of the terms and conditions of that Listserv; (iii) had KMI been aware of the aforesaid, it would not have proceeded with the republication; (iv) since Ms. Bent raised no objections or concerns, KMI believed it could proceed with the republication (Motion to Adduce Fresh Evidence, at p. 156).

[47] Prior to the hearing of these appeals, Dr. Platnick also sought leave to update his fresh evidence motion. In particular, he sought leave to adduce evidence that the parallel Carpenter litigation had been abandoned by Dr. Carpenter with no costs against him. Since Dr. Platnick’s initial motion to adduce fresh evidence was deferred to the panel

[44] La pièce K est le projet de déclaration modifiée du D^r 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^r Platnick contre KMI. Environ une semaine après le contre-interrogatoire de M^e 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^e Bent daté du 10 novembre 2014, elle avait interviewé M^e Bent, qui en avait autorisé la republication.

[46] Les pièces N et R (« lettres de KMI ») sont des lettres de l’avocat des défenderesses KMI à l’avocat du D^r Platnick attestant qu’il y avait eu, après la fuite, une conversation téléphonique entre M^e 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^e Bent ne s’est pas opposée [à la republication de son courriel] et n’a exprimé aucune préoccupation à cet égard »; (ii) M^e 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^e 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^r 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^{re} Carpenter avait abandonné son action parallèle sans qu’il soit adjugé de dépens contre lui. Étant

hearing the appeals, the decision whether to allow Dr. Platnick to update that fresh evidence was also deferred to the panel hearing the appeals.

III. Analysis

[48] In order to properly assess Ms. Bent's s. 137.1 motion, it is first necessary to evaluate Dr. Platnick's motion to adduce fresh evidence. Indeed, the determination of the latter impacts the evidentiary record that ultimately informs the analysis of the s. 137.1 motion. Although I would admit part of Dr. Platnick's fresh evidence, it is important to clarify that, just as a s. 137.1 motion is not a determinative adjudication of the merits of a claim, my determination on admissibility or exclusion here does not bear on the evidence's ultimate admissibility at trial — in other words, my conclusions with respect to Dr. Platnick's motion to adduce fresh evidence are limited to considering admissibility in the context of this s. 137.1 motion.

A. *Motion to Adduce Fresh Evidence*

[49] This Court has relied on and affirmed the test from *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775, as the proper test for assessing the admissibility of fresh evidence on appeal: see *R.P. v. R.C.*, 2011 SCC 65, [2011] 3 S.C.R. 819, at para. 50; *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809, at para. 107; *United States of America v. Shulman*, 2001 SCC 21, [2001] 1 S.C.R. 616, at paras. 43-44; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579.

donné que la première requête du D^r Platnick pour production de preuve nouvelle a été renvoyée à la formation de juges saisie des présents pourvois, la décision de permettre ou non au D^r 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^e Bent en vertu de l'art. 137.1, il faut d'abord évaluer la requête du D^r 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 du D^r 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 du D^r 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] For fresh evidence to be admitted, the *Palmer* test requires consideration of the following four factors:

(1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases . . .

(2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.

(3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and

(4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. [p. 775]

[51] In *Pointes Protection*, this Court expressly contemplates the “potentiality of future evidence arising”: para. 37. This is based on the expedited nature of s. 137.1 motions, which are required to be heard in a statutorily imposed short time frame. That is exemplified in this case, where Dr. Platnick had to submit his evidentiary record within 25 days after the notice of motion was filed. In this sense, as recognized in *Pointes Protection*, s. 137.1 motions are unlike summary judgment motions, where parties are expected to put their best foot forward; in other words, on a s. 137.1 motion, it is acknowledged that parties are under a mandated time constraint and are consequently limited in the evidentiary record they can put forward.

[52] This does *not*, however, give parties *carte blanche* to file motions to adduce fresh evidence. *Palmer* must be adhered to, and for this reason, as I note below, I would not admit all of the fresh evidence. It is important to note here, however, that this case is a transitional one: the considerable uncertainty surrounding s. 137.1 motions — due to a lack of judicial guidance with respect to both the test for withstanding a s. 137.1 motion, as well as the nature

[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^r 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

or comprehensiveness of the evidence required on a such a motion — militates in favour of granting this particular motion to adduce fresh evidence in part.

[53] Accordingly, I would admit both the Dua Letter (Exhibit B) and the KMI Letters (Exhibits N and R), and I would decline to admit the rest of the evidence that Dr. Platnick included with his motion. Below, I briefly explain why I would specifically admit the Dua Letter and the KMI Letters in light of *Palmer*. I find that the other evidence is either not relevant to the decisive issues in these appeals or is non-probative; therefore, I need not elaborate any further on its exclusion.

(1) Due Diligence

[54] The Dua Letter could not have been adduced at an earlier time and is not being submitted now as a result of a lack of due diligence. Dr. Platnick's evidentiary record was filed in May 2016. The Dua Letter is dated November 15, 2017 and was received on November 20, 2017, well after the initial hearing on the motion, and five months after the oral argument at the Court of Appeal. Further, Dr. Platnick's affidavit (dated May 20, 2016) concerning the s. 137.1 motion demonstrates his due diligence in trying to obtain this evidence earlier. According to that affidavit, Dr. Dua did not respond to his telephone messages until May 17, 2016. While this allowed Dr. Platnick to enter Dr. Dua's final report in the record at the eleventh hour, it was an insufficient amount of time to obtain a letter from Dr. Dua herself akin to the one submitted to this Court.

[55] Likewise, the KMI Letters could not have been adduced at an earlier time and are not being submitted now as a result of a lack of due diligence. The Letters were exchanged well after the hearing of the s. 137.1 motion which took place on June 27, 2016 — indeed, the Letters from KMI are

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^{re} 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^r Platnick dans sa requête. J'explique brièvement ci-dessous pourquoi j'admettrais en particulier la lettre de D^{re} 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^{re} 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^r Platnick a déposé sa preuve en mai 2016. La lettre de D^{re} 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 du D^r Platnick (en date du 20 mai 2016) au sujet de la 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^{re} Dua a répondu à ses messages téléphoniques. Bien que cela ait permis au D^r Platnick de verser au dossier le rapport final de D^{re} Dua à la dernière minute, cela ne lui laissait pas suffisamment de temps pour obtenir de D^{re} 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

dated August 30, 2016, and September 20, 2016. Of course, the admissibility of the Letters does not depend merely on when they came into Dr. Platnick's possession, but rather, depends on whether they could have been obtained prior to the hearing as a result of due diligence. In my view, they could not have been, for the reasons I explain below.

[56] In her Statement of Defence, Ms. Bent denied having ever given an interview to KMI's magazine. Thus, Dr. Platnick had no foundation for cross-examining her further on the subject on June 6, 2016. Following Ms. Bent's cross-examination, however, KMI filed its Statement of Defence on June 13, 2016, in which it stipulated that Ms. Bent had in fact given an interview to its magazine in some capacity. With this newly conflicting evidence, Dr. Platnick pursued the matter further through prompt correspondence with KMI (i.e. due diligence). It was that correspondence that finally gave rise to the KMI Letters.

[57] This state of affairs belies the motion judge's concluding observation that Dr. Platnick offered no "reasonable explanation for the failure to place" the KMI Letters "before the court prior to conducting his cross-examination of Ms. Bent": *Platnick v. Bent (No. 2)*, 2016 ONSC 7474, at para. 71 (CanLII). This constitutes an error in principle on the part of the motion judge.

[58] Although Dr. Platnick did not mention the reference to the interview in KMI's Statement of Defence at the hearing before the motion judge on June 27, 2016, the record reveals that Dr. Platnick's counsel was out of the country from June 19 until June 25, 2016, and had asked *repeatedly* for an adjournment of the hearing on account of his unavailability on those crucial dates immediately in advance of the hearing (as well as on other grounds): see *Platnick v. Bent (No. 2)*, at paras. 3 and 6; Motion to Adduce Fresh Evidence, at pp. 22-23. Thus, I am not willing to hold this against Dr. Platnick.

[59] Dr. Platnick had only 25 days to put forward his record, yet the motion judge faulted him for not

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^r 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^e Bent nie avoir accordé à quelque moment que ce soit une entrevue au magazine de KMI. D^r Platnick n'avait donc aucune raison justifiant de la contre-interroger davantage sur cette question le 6 juin 2016. Toutefois, le 13 juin 2016, après le contre-interrogatoire de M^e Bent, KMI a déposé une défense dans laquelle elle affirmait que M^e Bent avait effectivement accordé une entrevue au magazine de KMI à un titre ou un autre. À la lumière de cette nouvelle preuve contradictoire, D^r 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^r 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^e 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^r 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 du D^r 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 au D^r Platnick.

[59] D^r Platnick disposait donc uniquement de 25 jours pour soumettre son dossier et, malgré cela,

adducing this evidence earlier because, according to the judge, Dr. Platnick “knew a ‘showdown’ was imminent when the plaintiff announced [an] intention to bring summary judgment proceedings in January”: *Platnick v. Bent (No. 2)*, at para. 40. I note immediately that the motion judge erred here, as it was Ms. Bent, the defendant, who announced an intention to bring a summary judgment motion. Regardless, the point is still not valid. A summary judgment motion involves due process and procedural protections on which Dr. Platnick may have relied, and which are unavailable on s. 137.1 motions. This Court makes it clear in *Pointes Protection* that s. 137.1 motions do not have the evidentiary protections associated with summary judgment motions. Moreover, the motion judge’s evidentiary expectation was commensurate with requiring information that might only have been able to be elicited through examinations for discovery, such as rule 31.10 motions (discovery of non-parties) or rule 30.10 motions (production from non-parties) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, but examinations for discovery are also necessarily unavailable on expedited s. 137.1 motions.

[60] To the extent that the motion judge’s findings were inconsistent with the foregoing, then they were in error. It must not be forgotten that the due diligence factor specifically is “not a rigid one” (*Kuczera (Re)*, 2018 ONCA 322, 58 C.B.R. (6th) 227, at para. 16) and has been held to be a “practical concept” (*Calaheson v. Gift Lake Metis Settlement*, 2016 ABCA 185, 38 Alta. L.R. (6th) 30, at para. 14) that is “context sensitive”: *R. v. 1275729 Ontario Inc.* (2005), 205 O.A.C. 359, at para. 29; see also *Elliott v. Sagl*, 2019 ONSC 2490, at paras. 36-38 (CanLII); D. J. M. Brown, with the assistance of D. Fairlie, *Civil Appeals* (loose-leaf), at pp. 10-19 to 10-21. As I discussed above, Dr. Platnick had to assemble his motion record within 25 days at a time

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^r 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^e Bent, qui avait annoncé son intention de présenter une motion 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^r 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 la règle 31.10 (interrogatoire de tiers) ou sur la règle 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 [TRADUCTION] « concept pratique » (*Calaheson c. Gift Lake Metis Settlement*, 2016 ABCA 185, 38 Alta. L.R. (6th) 30, par. 14) dont l’application est [TRADUCTION] « tributaire du contexte » : *R. c. 1275729 Ontario Inc.* (2005), 205 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,

when there was significant ambiguity surrounding s. 137.1 motions due to a lack of judicial guidance on the standard that must be met, as well as the nature or comprehensiveness of the record that must be filed, in order to withstand such a motion. This factors into my assessment.

[61] In light of the above, I am of the view that both the Dua Letter and the KMI Letters could not have been adduced at an earlier time and are not being adduced now as a result of a lack of due diligence.

(2) Relevance

[62] All three Letters are eminently relevant to the case at bar.

[63] The Dua Letter bears directly upon the defence of justification and whether that defence is valid. It also bears on whether Ms. Bent was reckless as to the allegation she made, insofar as it speaks to her failure to investigate an incident that had occurred three years earlier. This bears on Ms. Bent's defence of qualified privilege. Accordingly, the Dua Letter is directly relevant to the s. 137.1(4)(a)(ii) inquiry.

[64] Similarly, the KMI Letters bear directly upon the defence of qualified privilege and whether that defence is undermined by the fact that Ms. Bent authorized the republication of her allegations. Further, the KMI Letters bear on whether Ms. Bent can properly be held liable for the harm caused by republication by virtue of its foreseeability or her authorization, under the harm analysis required by s. 137.1(4)(b).

(3) Credibility

[65] The Letters are reasonably capable of belief and sufficient for consideration at what is a preliminary screening of Dr. Platnick's claim. This

D^r 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^{re} 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^{re} Dua concerne directement la défense de justification et le caractère valable de cette défense. Elle touche aussi la question de savoir si M^e Bent a fait montre d'insouciance en formulant son allégation, dans la mesure où elle fait ressortir l'omission de M^e 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^e Bent. En conséquence, la lettre de D^{re} 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^e 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^e 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 du

does not preclude Ms. Bent, however, from testing this evidence at trial, for example through cross-examination, as the ultimate determination of credibility is deferred to trial on a s. 137.1 motion: *Pointes Protection*, at para. 52.

[66] This Court has agreed with the proposition that, on a motion to adduce fresh evidence, an assessment of credibility is to be carried out against the whole background of the case and is not restricted to the motion itself; in other words, evidence may be credible in the sense that it is reasonably capable of belief when viewed in the context of other evidence relevant to that issue: *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *Warsing*, at para. 52; *R. v. Moucho*, 2019 ONSC 3463, 53 M.V.R. (7th) 131, at para. 36.

[67] That is the case here, as the Dua Letter and the KMI Letters bolster a pre-existing predicate of facts, rather than raise the risk of manufacturing a new predicate not previously under consideration. More specifically, what I mean is that the Dua Letter confirms Dr. Platnick's narrative that he never "changed" Dr. Dua's report but only communicated with Dr. Dua to point out the internal discrepancy in her report. Likewise, the KMI Letters help to confirm Dr. Platnick's allegation that Ms. Bent gave an interview to *Insurance Business Canada* and thereby authorized republication.

[68] Lastly, "there is nothing to indicate that [this evidence] is not reasonably capable of belief, even though it was prepared at the respondent's request": *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487, at para. 43.

(4) Probative Value

[69] If believed, the Letters could reasonably, when taken with the other evidence adduced, be expected to have affected the result. This is clear as they all relate directly to, and even contradict, the motion judge's findings. Further, they bolster the evidentiary

D^r Platnick. Cela n'empêchera toutefois pas M^e 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 a 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^{re} 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^{re} Dua confirme la version des faits exposée par D^r Platnick, à savoir qu'il n'a jamais « changé » le rapport de D^{re} 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 du D^r Platnick selon laquelle M^e 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,

record, such that the “basis in the record and the law” that Dr. Platnick must establish in order to succeed against a s. 137.1 motion becomes sufficiently legally tenable and reasonably capable of belief.

[70] For example, the Dua Letter is highly probative. The motion judge characterized Dr. Platnick’s call to Dr. Dua as an inappropriate “intervention” (Sup. Ct. reasons, at paras. 44 and 111), saying that Dr. Platnick “succeeded in persuading [Dr. Dua] to produce an amended ‘final’ report”: para. 22 (emphasis added). Therefore, the motion judge found that Ms. Bent’s allegation that Dr. Platnick had “changed” Dr. Dua’s decision from a marked impairment to a moderate one was substantially true and that the defence of justification was valid under s. 137.1(4)(a)(ii). However, the Dua Letter directly contradicts this finding: Dr. Dua says that Dr. Platnick called her seeking “clarification” and that she advised him that she had made a “typographical error”. In fact, Dr. Dua expressly states that Dr. Platnick did not “pressure” her, “[n]or did he conduct himself in any inappropriate fashion”. While the motion judge had the different reports before him, they showed only that *a* change had in fact been made. However, the reports did not indicate *why* Dr. Dua had changed her assessment. The Dua Letter illuminates *why* — while the motion judge characterized Dr. Platnick’s actions as improper persuasion, the Dua Letter, written by the person who was supposedly the victim of that persuasion, says exactly the opposite. Thus, the Dua Letter, if believed, is highly probative regarding whether Dr. Platnick will be able to meet his burden of showing that there are grounds to believe that Ms. Bent’s defence of justification is not valid.

[71] Likewise, the KMI Letters are highly probative. The motion judge found that Dr. Platnick’s

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^r 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^{re} Dua a une grande force probante. Le juge de la motion a qualifié l’appel téléphonique du D^r Platnick à D^{re} Dua [TRADUCTION] « [d’]intervention » inopportune (motifs de la C.S., par. 44 et 111), affirmant que le premier « avait réussi à persuader [D^{re} Dua] de produire un rapport “final” modifié » : par. 22 (je souligne). Le juge de la motion a donc conclu que l’allégation de M^e Bent selon laquelle D^r Platnick avait [TRADUCTION] « changé » la décision de D^{re} 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^{re} Dua contredit directement cette conclusion : dans sa lettre, D^{re} Dua déclare que D^r Platnick l’a appelée pour obtenir des [TRADUCTION] « éclaircissements » et qu’elle lui a répondu avoir commis une « erreur typographique ». De fait, D^{re} Dua affirme expressément que D^r 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^{re} Dua avait changé son évaluation. La lettre de D^{re} Dua fait la lumière sur le *pourquoi* — alors que le juge de la motion a qualifié les agissements du D^r Platnick de mesures de persuasion inopportunes, la lettre de D^{re} 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^{re} Dua, si on y ajoute foi, est hautement probante en ce qui concerne la question de savoir si D^r 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^e 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

allegation that Ms. Bent had given an interview “was supported by no evidence whatsoever and appears on its face to be manifestly untrue”: Sup. Ct. reasons, at paras. 24-25. This was based on Ms. Bent’s Statement of Defence, in which she “denie[d] providing an interview to *Insurance Business [Canada]* in respect of the Confidential Communication and/or authorizing the publication of the Confidential Communication to Donald Horne for an article”: A.R., vol. II, at p. 22. The KMI Letters directly contradict this evidence and bolster the allegation that republication was either implicitly authorized by Ms. Bent or was reasonably foreseeable to her. Given this point, she could properly be held liable for republication. This is dispositive of the issues of whether Ms. Bent’s defence of qualified privilege is undermined, rendering the defence not “valid”, for the purposes of s. 137.1(4)(a)(ii), and of whether the harm suffered by Dr. Platnick was suffered “as a result” of Ms. Bent’s expression under s. 137.1(4)(b).

(5) Conclusion on the Motion to Adduce Fresh Evidence

[72] Before concluding, I hasten to clarify that the motion judge’s assessment of Dr. Platnick’s fresh evidence in *Platnick v. Bent (No. 2)* (his decision addressing the admissibility of some of this evidence) is not entitled to deference here. Quite simply, the motion judge decided the motion for fresh evidence on the basis of an incorrect understanding of the nature of a s. 137.1 motion, as explained by this Court in *Pointes Protection*. Accordingly, to the extent that his assessment of the evidence was dependent on an incorrect understanding of s. 137.1, it is not entitled to deference. Even if it were, however, as I indicated above, his assessment was, with respect, in error.

[73] Thus, for all the foregoing reasons, I would admit the Dua Letter and the KMI Letters, as all of them satisfy the *Palmer* criteria for granting a

l’allégation du D^r Platnick selon laquelle M^e 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^e 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 M^e Bent ou était raisonnablement prévisible pour elle. Ainsi, M^e 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^e 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^r Platnick a subi un préjudice « du fait de l’expression » de M^e 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^r 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’art. 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^{re} Dua et les lettres de KMI, puisqu’elles répondent

motion to adduce fresh evidence. I will discuss these pieces of evidence at greater length in the reasons that follow.

B. *Section 137.1 Motion*

[74] Section 137.1 of the *CJA* is intended “to function as a mechanism to screen out lawsuits that unduly limit expression on matters of public interest through the identification and pre-trial dismissal of such actions”: *Pointes Protection*, at para. 16. However, in addition to protecting expression on matters of public interest, s. 137.1 must also “ensur[e] that a plaintiff with a legitimate claim is not unduly deprived of the opportunity to pursue it”: para. 46. Applying the framework that this Court unanimously adopts in *Pointes Protection*, I ultimately reach the same conclusion as the Court of Appeal for Ontario: Ms. Bent’s s. 137.1 motion should be dismissed and Dr. Platnick’s defamation claim should be allowed to proceed.

[75] The relevant portions of s. 137.1 are reproduced for convenience below:

(3) On motion by a person against whom a proceeding is brought, a judge shall, subject to subsection (4), dismiss the proceeding against the person if the person satisfies the judge that the proceeding arises from an expression made by the person that relates to a matter of public interest.

(4) A judge shall not dismiss a proceeding under subsection (3) if the responding party satisfies the judge that,

- (a) there are grounds to believe that,
 - (i) the proceeding has substantial merit, and
 - (ii) the moving party has no valid defence in the proceeding; and
- (b) the harm likely to be or have been suffered by the responding party as a result of the moving party’s expression is sufficiently serious that the public interest

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^e Bent fondée sur l’art. 137.1 doit être rejetée et l’action en diffamation du D^r 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

in permitting the proceeding to continue outweighs the public interest in protecting that expression.

[76] As I explain in *Pointes Protection*, at para. 18:

In brief, s. 137.1 places an initial burden on the moving party — the defendant in a lawsuit — to satisfy the judge that the proceeding arises from an expression relating to a matter of public interest. Once that showing is made, the burden shifts to the responding party — the plaintiff — to satisfy the motion judge that there are grounds to believe the proceeding has substantial merit and the moving party has no valid defence, and that the public interest in permitting the proceeding to continue outweighs the public interest in protecting the expression. If the responding party cannot satisfy the motion judge that it has met its burden, then the s. 137.1 motion will be granted and the underlying proceeding will be consequently dismissed. It is important to recognize that the final weighing exercise under s. 137.1(4)(b) is the fundamental crux of the analysis: as noted repeatedly above, the APR [*Anti-Slapp Advisory Panel: Report to the Attorney General*] and the legislative debates emphasized balancing and proportionality between the public interest in allowing meritorious lawsuits to proceed and the public interest in protecting expression on matters of public interest. Section 137.1(4)(b) is intended to optimize that balance.

[77] A motion judge's determination on a s. 137.1 motion will typically be entitled to deference upon appeal, absent reviewable error. Here, the motion judge's initial determination of Ms. Bent's s. 137.1 motion is entitled to no deference. This is on account of the fact that the motion judge committed three broad errors: he applied the wrong legal test on a s. 137.1 motion, misconstrued the law on defamation and its defences, and misapprehended the evidence. Accordingly, as in *Pointes Protection*, I proceed on a standard of correctness unless the motion judge's findings are not tainted by such errors: para. 97; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 8 and 36.

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*, 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^e 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) Section 137.1(3) — Threshold Burden

[78] Ms. Bent’s email communication constitutes an expression that relates to a matter of public interest, and Dr. Platnick’s defamation proceeding arises from that expression. Therefore, I am in agreement with the motion judge and the Court of Appeal that Ms. Bent has met her threshold burden under s. 137.1(3).

[79] First, Ms. Bent’s email is captured by the statutory definition of “expression” found in s. 137.1(2): “In this section, ‘expression’ means any communication, regardless of whether it is made verbally or non-verbally, whether it is made publicly or privately, and whether or not it is directed at a person or entity.” As I say in *Pointes Protection*, this is an “expansiv[e]” definition: para. 25. Section 137.1(2) contemplates any communication, even if it is non-verbal, and even if it is made privately. Ms. Bent’s email falls within this statutory definition.

[80] Second, the underlying proceeding clearly “arises from” that expression, since Ms. Bent’s email is the foundation for Dr. Platnick’s defamation proceeding. As in *Pointes Protection*, there is a “clear nexus” here between the proceeding and the expression: para. 102.

[81] The only real question for consideration is whether Ms. Bent’s email relates to a matter of public interest. Here, I am of the view that it does. As stated in *Pointes Protection*, this Court favours a “broad and liberal interpretation” of public interest: para. 26.

[82] In a narrow sense, Ms. Bent’s email is ostensibly about potential professional misconduct in insurance arbitrations and about ensuring that her OTLA colleagues “get the assessor’s and Sibley’s files”.

[83] In a broader sense, however, Ms. Bent’s email raises concerns regarding the truthfulness, reliability, and integrity of medical reports filed on behalf of insurers in the arbitration process. In turn, her email raises concerns regarding the integrity of the

(1) Paragraphe 137.1(3) — Fardeau initial

[78] Le courriel envoyé par M^e Bent constitue une expression relative à une affaire d’intérêt public, et l’action en diffamation intentée par D^r 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^e Bent s’est acquittée du fardeau que lui impose le par. 137.1(3).

[79] En premier lieu, le courriel de M^e Bent répond à la définition du terme « expression » qui se trouve au par. 137.1(2) : « Toute 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^e 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^e Bent est le fondement de la poursuite en diffamation du D^r 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^e 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^e 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

arbitration process itself and the proper administration of justice writ large. Further, the email is directed at a not insignificant number of individuals, who, more importantly, have a special interest in exactly that, as part of their broader mandate as members of the OTLA to steadfastly represent victims of motor vehicle accidents, a public interest in itself.

[84] Whether Ms. Bent’s allegations or concerns are valid or not is beside the point, as “there is no qualitative assessment of the expression at this stage”: *Pointes Protection*, at para. 28. In effect, an expression may very well be defamatory in tort, yet still relate to a matter of public interest for the purposes of s. 137.1(3).

[85] Therefore, I am satisfied on a balance of probabilities that Ms. Bent’s email constitutes an expression that relates to a matter of public interest and that Dr. Platnick’s defamation proceeding arises from that expression.

(2) Section 137.1(4)(a) — Merits-Based Hurdle

[86] Since Ms. Bent has met her burden on the threshold question, the burden now shifts to Dr. Platnick to show that there are grounds to believe that his defamation proceeding has substantial merit and that Ms. Bent has no valid defence to it.

[87] In *Pointes Protection*, this Court clarifies the fact that unlike s. 137.1(3), which requires a showing on a balance of probabilities, s. 137.1(4)(a) expressly contemplates a “grounds to believe” standard instead: para. 35. This requires a basis in the record and the law — taking into account the stage of the litigation — for finding that the underlying proceeding has substantial merit and that there is no valid defence: para. 39.

[88] I elaborate here that, in effect, this means that any basis in the record and the law will be sufficient.

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^e 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^e Bent constitue une expression relative à une affaire d’intérêt public et que l’action en diffamation du D^r Platnick découle du fait de cette expression.

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

[86] Puisque M^e Bent s’est acquittée de son fardeau sur la question préliminaire, il incombe maintenant au D^r 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^e 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

By definition, “a basis” will exist if there is a single basis in the record and the law to support a finding of substantial merit and the absence of a valid defence. That basis must of course be legally tenable and reasonably capable of belief. But the “crux of the inquiry” is found, after all, in s. 137.1(4)(b), which also serves as a “robust backstop” for protecting freedom of expression: *Pointes Protection*, at paras. 48 and 53.

[89] The motion judge did not have the benefit of this Court’s reasons in *Pointes Protection*, and therefore erred in law by imposing on Dr. Platnick a higher standard of “compelling and credible information” in his s. 137.1(4)(a)(ii) analysis of whether there was no valid defence: Sup. Ct. reasons, at para. 3. As I mentioned above, the motion judge’s determinations are therefore not entitled to deference.

(a) *Section 137.1(4)(a)(i) — Substantial Merit*

[90] In *Pointes Protection*, this Court defined “substantial merit” as a “real prospect of success — in other words, a prospect of success that, while not amounting to a demonstrated likelihood of success, tends to weigh more in favour of the plaintiff”: para. 49.

[91] I am of the view that Dr. Platnick’s defamation proceeding has substantial merit.

[92] Defamation is governed by a well-articulated test requiring that three criteria be met:

1. The words complained of were published, meaning that they were communicated to at least one person other than the plaintiff;
2. The words complained of referred to the plaintiff; and

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 au D^r 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 du D^r 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. The impugned words were defamatory, in the sense that they would tend to lower the plaintiff's reputation in the eyes of a reasonable person.

(See *Torstar*, at para. 28; see also P. A. Downard, *The Law of Libel in Canada* (4th ed. 2018), at §1.2 to 1.14.)

[93] All three of these criteria are easily satisfied in the case at bar.

[94] First, the words complained of were published. Ms. Bent wrote an email and sent it to 670 OTLA members. Further, the words were arguably republished (in a legal sense) when *Insurance Business Canada* published its article containing Ms. Bent's email. I acknowledge that republication is a wholly separate issue. In order to give that issue its due weight, it is more appropriate to discuss republication at a point where it is more dispositive of a critical issue; accordingly, I will discuss republication comprehensively when I assess the harm suffered by Dr. Platnick under s. 137.1(4)(b). Here, however, it is unnecessary to discuss republication, as an initial publication is sufficient to make out a defamation claim. And that is so in light of Ms. Bent's email.

[95] Second, the words complained of explicitly refer to Dr. Platnick. As I highlighted in the factual overview earlier, Dr. Platnick is specifically mentioned three times by name in Ms. Bent's email. For convenience, I reproduce the statements in question below, as they are the statements that serve as the foundation for Dr. Platnick's proceeding and these appeals:

He also testified that he never participated in any "consensus meeting" and he never was shown or agreed to the Executive Summary, prepared by Dr. Platnick, which was signed by Dr. Platnick as being the consensus of the entire team.

This is not an isolated example as I had another file where Dr. Platnick changed the doctor's decision from a marked to a moderate impairment.

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* (4^e 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^e 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^e 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^r 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^e Bent.

[95] Ensuite, les mots reprochés visent précisément D^r Platnick. Comme je l'ai souligné plus tôt dans l'aperçu des faits, D^r Platnick est expressément mentionné à trois reprises dans le courriel de M^e 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^r Platnick et des présents pourvois :

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^r Platnick, lequel a été signé par D^r 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^r Platnick avait changé la décision du médecin, faisant passer la déficience de marquée à moyenne.

[96] Lastly, the words complained of were defamatory, in the sense that they would tend to lower Dr. Platnick’s reputation in the eyes of a reasonable person. Here, there is evidence of actual reputational damage to Dr. Platnick, which is not even necessary at this stage, given that “actual harm to reputation is not required to establish defamation”; instead, there must be “a realistic threat that the statement, in its full context, would reduce a reasonable person’s opinion of the plaintiff”: *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420, at para. 78. Further, the “plaintiff is not required to show that the defendant intended to do harm, or even that the defendant was careless. The tort is thus one of strict liability”: *Torstar*, at para. 28.

[97] Ms. Bent’s words cast aspersions on Dr. Platnick and allege professional misconduct on his part — she does not seem to dispute this. In *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 118, this Court remarked specifically on the “particular significance reputation has for a lawyer”, noting that it is of “paramount importance” and “the cornerstone of a lawyer’s professional life”. I see no principled reason why the legal profession is more deserving of reputational protection than the medical profession, as they are both comprised of professionals who rely on their individual expertise to succeed. Indeed, in *Botiuk*, at para. 92, this Court suggested as much: “It should be recognized that these observations [regarding the legal profession] will be equally applicable to other professions and callings.” Thus, Ms. Bent’s allegations of *professional* misconduct must be taken especially seriously. By all accounts, an allegation of professional misconduct would tend to lower Dr. Platnick’s reputation in the eyes of a reasonable person.

[98] This is buttressed even further by evidence that within weeks of the impugned email, Dr. Platnick was receiving “mass cancellations”: A.R., vol. VI, at

[96] Enfin, les mots reprochés sont diffamatoires, au sens où ils auraient tendance à ternir la réputation du D^r Platnick aux yeux d’une personne raisonnable. En l’espèce, il existe une preuve d’une atteinte réelle à la réputation du D^r 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, le « 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^e Bent dénigrent D^r Platnick et contiennent des allégations d’inconduite professionnelle de la part de celui-ci — ce que M^e 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*, 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^e Bent. Tous s’accordent pour dire qu’une allégation d’inconduite professionnelle tendrait à ternir la réputation du D^r 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^r Platnick a reçu des [TRADUCTION]

p. 15. He alleges a direct financial impact of \$578,949 as a result, and has filed an accountant’s report supporting that figure, which was generated in light of his previous earnings and the “blacklist” process that occurred after the publication of the defamatory words: p. 17. As I mentioned above, specific proof of harm is not necessary to establish a defamation claim, so I leave a more extensive analysis of the harm suffered by Dr. Platnick for consideration under s. 137.1(4)(b) where it is better suited, as the inquiry there depends on whether the harm is sufficiently serious to allow the proceeding to continue.

[99] For now, the foregoing is sufficient to show that the third criterion for a defamation claim is met: the impugned words were defamatory in the sense that they would tend to lower Dr. Platnick’s reputation in the eyes of a reasonable person.

[100] Ultimately, Dr. Platnick’s claim quite clearly satisfies the three criteria for making out a claim for defamation. His claim is legally tenable and supported by evidence that is reasonably capable of belief, such that it can be said to have a real prospect of success. Thus, there are grounds to believe that Dr. Platnick’s defamation claim has substantial merit under s. 137.1(4)(a)(i).

(b) *Section 137.1(4)(a)(ii) — No Valid Defence*

[101] Section 137.1(4)(a)(ii) requires Dr. Platnick to show that there are “grounds to believe” that Ms. Bent has “no valid defence” to his defamation proceeding. As this Court states in *Pointes Protection*, at para. 60, this inquiry “[m]irror[s]” the one under s. 137.1(4)(a)(i): in other words, Dr. Platnick must show that there are grounds to believe that Ms. Bent’s defences have “no real prospect of success”. In effect, “substantial merit” and “no valid defence” are “constituent parts of an overall assessment

« 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^r 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 du D^r Platnick aux yeux d’une personne raisonnable.

[100] Au final, l’action du D^r 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 du D^r 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^r Platnick démontre qu’il existe des « motifs de croire » que M^e 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^r Platnick doit démontrer qu’il existe des motifs de croire que les moyens de défense de M^e Bent n’ont « aucune possibilité réelle de succès ».

of the prospect of success of the underlying claim”: para. 59.

[102] This makes sense because it reflects how defamation actions, like the one here, are typically litigated. At trial, the plaintiff must first make a *prima facie* showing of defamation. This is what “substantial merit” captures: *Pointes Protection*, at para. 59. The burden then shifts to the defendant to advance a defence to escape liability: *Torstar*, at paras. 28-29. This is what “no valid defence” captures: *Pointes Protection*, at para. 59.

[103] Accordingly, as this Court sets out in *Pointes Protection*, at para. 56, s. 137.1(4)(a)(ii) “operates as a *de facto* burden-shifting provision”: the defendant must *first* put in play the defences it intends to present, and then the burden effectively shifts to the plaintiff, who bears the statutory burden. This calls for an assessment of whether there are “grounds to believe” that Ms. Bent has “no valid defence”. Dr. Platnick is, in effect, required to show that there is a basis in the record and the law — taking into account the stage of the proceeding — to support a finding that the defences Ms. Bent has put in play do not tend to weigh *more* in her favour. The logical syllogism is clear: (i) Dr. Platnick must show that there are grounds to believe that Ms. Bent’s defences have no real prospect of success (*Pointes Protection*, at para. 60); (ii) this requires a showing that there are grounds to believe that the defences do not tend to weigh more in favour of Ms. Bent (para. 49); (iii) in light of the definition of “grounds to believe”, this means that there must be a basis in the record and the law — taking into account the stage of the proceeding — to support a finding that the defences do not tend to weigh more in favour of Ms. Bent (para. 39).

[104] Ms. Bent has appropriately “put in play” the defences of justification and qualified privilege through her Statement of Defence: *Pointes*

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*, par. 56, le sous-al. 137.1(4)a)(ii) « opère [. . .] un 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^e Bent n’a « pas de défense valable ». D^r 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^e Bent ne tendent pas à pencher *davantage* en sa faveur à elle. Le syllogisme est clair : (i) D^r Platnick doit démontrer qu’il existe des motifs de croire que les moyens de défense invoqués par M^e 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^e 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^e Bent (par. 39).

[104] Dans sa défense, M^e Bent a dûment « fai[t] entrer en jeu » les moyens de défense de justification et d’immunité relative : *Pointes Protection*,

Protection, at paras. 56-57. I acknowledge that she also raised the defences of responsible communication and fair comment in her Statement of Defence. However, she seems to have since abandoned those defences, as they were not argued before this Court. Accordingly, I will consider only the defences of justification and qualified privilege that Ms. Bent has put in play, which I also take to be her two strongest defences.

[105] I am of the view that there are grounds to believe that neither of these defences is valid. In other words, I am of the view that there is *a* basis in the record and the law, taking into account the stage of the proceeding, to support a finding that the defences do not tend to weigh *more* in favour of Ms. Bent, acknowledging that the burden is on Dr. Platnick to make this showing.

[106] I proceed below to analyze the defences of justification and qualified privilege, respectively, and to discuss why there are grounds to believe that they are not valid. Before doing so, I wish to make clear that any conclusion I reach or finding I make concerning Ms. Bent’s defences is expressly limited to this s. 137.1 motion.

(i) Justification

[107] Once a *prima facie* showing of defamation has been made, the words complained of are presumed to be false: *Torstar*, at para. 28. To succeed on the defence of justification, “a defendant must adduce evidence showing that the statement was substantially true”: para. 33. The burden on the defendant is to prove the substantial truth of the “‘sting’, or main thrust, of the defamation”: Downard, at §1.6 (footnote omitted). In other words, “[t]he defence of justification will fail if the publication in issue is shown to have contained only accurate facts but the sting of the libel is not shown to be true”: Downard, at §6.4.

[108] Of particular importance here is the fact that partial truth is not a defence. If a material part of the justification defence fails, the defence fails altogether: R. E. Brown, *Brown on Defamation*:

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^e 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^e 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^e Bent, tout en reconnaissant qu’il incombe au D^r 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^e 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 [TRANSCRIPTION] « 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

Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States (2nd ed. (loose-leaf)) (“*Brown on Defamation*”), at pp. 10-88 to 10-90. However, a defendant may justify only part of a libel “if that part is severable and distinct from the rest”: p. 10-89 (footnote omitted). This depends on the allegation being separate and self-contained rather than an “ingredient or part of a connected whole”: p. 10-90 (footnote omitted).

[109] Applied to the facts of this case, the “sting” of the words is an allegation of professional misconduct. In her email, Ms. Bent essentially alleges that Dr. Platnick either misrepresented or altered the opinions of other medical experts with a view to depriving a claimant of a catastrophic impairment classification to which he or she was entitled. In effect, she alleges dishonesty and serious professional misconduct. As mentioned above, Ms. Bent appears to accept that this is the “sting”, or “innuendo”, of the words in her email. Therefore, she would have to lead evidence that the allegation of professional misconduct is substantially true in order for her defence of justification to succeed at trial. Here, on a s. 137.1 motion, Dr. Platnick must show that there are grounds to believe that Ms. Bent has no real prospect of success in making that showing.

[110] In effect, then, the truth of just one of Ms. Bent’s statements will be insufficient for the defence to succeed. For example, even if her first allegation that Dr. Platnick misrepresented a medical consensus is true, Ms. Bent would still have to prove the truth of her second statement, that Dr. Platnick “changed” a doctor’s decision. This is so because, in my view, there are grounds to believe that the statements are not severable, but instead are constituent parts of the same sting of professional misconduct.

au complet : R. E. Brown, *Brown on Defamation : Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States* (2^e éd. (feuilles mobiles)) (« *Brown on Defamation* »), p. 10-88 à 10-90. 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^e Bent soutient essentiellement que D^r 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^e 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^r Platnick doit établir l’existence de motifs de croire que M^e Bent n’a aucune possibilité réelle de réussir à faire cette preuve.

[110] Par conséquent, la véracité d’une seule des affirmations de M^e Bent sera, dans les faits, insuffisante pour que la défense soit retenue. Par exemple, même si la première allégation de M^e Bent selon laquelle D^r Platnick a donné l’image trompeuse d’un consensus médical était vraie, M^e Bent devrait quand même prouver la véracité de sa deuxième affirmation, à savoir que D^r 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] This is borne out not only by common sense inference but by Ms. Bent's own words. Indeed, Ms. Bent herself connected both statements, thereby arguably making them one single allegation of professional misconduct against Dr. Platnick. In her email, after the first statement, Ms. Bent wrote that "[t]his was NOT the only report that had been altered" and then, immediately prior to the second statement, wrote that "[t]his is not an isolated example as . . .". On its face, the aforementioned language inherently connects the first allegation to the second allegation as constituent parts of an overall allegation of professional misconduct. As Ms. Bent's own words make clear, she was in fact seeking to demonstrate a pattern of broader professional misconduct by Dr. Platnick. Ms. Bent herself connected the two statements, making them inseverable.

[112] Thus, I need not consider whether Ms. Bent's first allegation regarding the misrepresentation of a consensus is true (despite potentially convincing argument by Dr. Platnick that it was not),⁴ because I am satisfied that there is a basis in the record and the law to support a finding that the two statements are connected and that Ms. Bent's second allegation that Dr. Platnick "changed the doctor's decision from a marked to a moderate impairment" is not substantially true; this is sufficient to foreclose her defence of justification under s. 137.1(4)(a)(ii).

⁴ Dr. Platnick has provided this Court with evidence that the term "consensus" is a misnomer because the requirement to obtain a "consensus" and the signatures of the medical assessors is a vestige of an antiquated statutory regime that was legislatively repealed in 2006. The current *SABS* regime no longer requires a consensus, and Ms. Bent — being the president-elect of the OTLA and familiar with the *SABS* — would have known that Dr. Platnick was not actually misrepresenting the existence of a medical consensus. In fact, it might have been plainly understood that no medical consensus on *SABS* classification could have possibly existed given the unfamiliarity of the four medical assessors from Nova Scotia with Ontario's *SABS* regime (one of the medical assessors even stated that the *SABS* criteria he was mandated to use were "outdated" and not "appropriate"): A.R., vol. V, at p. 182. Thus, there are grounds to believe that Ms. Bent's statement that Dr. Platnick misrepresented a medical consensus is not substantially true.

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

[112] Par conséquent, je n'ai pas à me demander si la première allégation de M^e Bent portant sur l'image trompeuse d'un consensus est vraie (malgré l'argument potentiellement convaincant du D^r Platnick qu'elle ne l'était pas)⁴, puisque 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^e Bent selon laquelle D^r Platnick a « 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).

⁴ D^r 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^e Bent — étant présidente élue de l'*OTLA* et ayant une connaissance de l'*AIAL* — aurait su que, en réalité, D^r 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^e Bent selon laquelle D^r Platnick avait présenté une image trompeuse d'un consensus médical n'était pas substantiellement vraie.

[113] While not argued by either of the parties, and accordingly, the Court lacks any submissions on this point, s. 22 of the *Libel and Slander Act*, R.S.O. 1990, c. L.12, appears to have modified the common law rule regarding partial justification.⁵ Setting aside concerns that this was not argued by either of the parties here, even if this provision were at issue, there would nonetheless be a basis in the record and the law to support a finding that the lack of truth behind the second allegation independently caused material injury to Dr. Platnick’s reputation. First, the allegation that Dr. Platnick “changed” a doctor’s decision might be seen as qualitatively more injurious than the allegation that Dr. Platnick misrepresented a purported consensus. Second, as I noted above, in light of the fact that Ms. Bent linked the two allegations together in her email, the allegations might be seen as part and parcel of a single charge — that there was a pattern of professional misconduct — rather than as two “distinct” charges.

[114] I proceed to explain why there is a basis in the record and the law to support a finding that the allegation that Dr. Platnick “changed the doctor’s decision” is not substantially true, and that therefore the defence of justification cannot be considered to weigh more in favour of Ms. Bent such that it may be considered “valid” under s. 137.1(4)(a)(ii).

[115] First of all, I am in agreement with Doherty J.A. of the Court of Appeal, who aptly noted that Ms. Bent’s allegation that Dr. Platnick “changed” Dr. Dua’s decision can be interpreted in “at least

[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 partielle⁵. 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 du D^r Platnick. Tout d’abord, l’allégation suivant laquelle D^r Platnick a « changé » la décision d’un médecin pourrait être considérée comme plus préjudiciable, sur le plan qualitatif, que celle selon laquelle il aurait présenté l’image trompeuse d’un soi-disant consensus. En second lieu, comme je l’ai déjà précisé, compte tenu du fait que M^e 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^r 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^e 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^e Bent selon laquelle

⁵ Section 22 of the *Libel and Slander Act* provides that “[i]n an action for libel or slander for words containing two or more distinct charges against the plaintiff, a defence of justification shall not fail by reason only that the truth of every charge is not proved if the words not proved to be true do not materially injure the plaintiff’s reputation having regard to the truth of the remaining charges”.

⁵ 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. »

two ways”: para. 75. First, it can be read as an allegation that Dr. Platnick *physically* changed the report, which is effectively tantamount to an allegation of fraud. Second, it can be read as an allegation that Dr. Platnick “misrepresented another doctor’s opinion as to the level of impairment that that doctor had found”: para. 75 (emphasis added). I add a third way that it might be read: as the motion judge found, the allegation that Dr. Platnick “changed” Dr. Dua’s decision might be interpreted as an allegation of improperly “*persuading*” Dr. Dua to change her decision in accordance with the “economic interest” of Dr. Platnick’s “client”: Sup. Ct. reasons, at para. 22.⁶

[116] I am of the view that there is *a* basis in the record and the law to support a finding that the defence of justification has no real prospect of success under any of these interpretations. The evidentiary record before this Court provides a legally tenable basis for what happened that is reasonably capable of belief. Dr. Dua’s initial report contained a classification of “Moderate impairment (Class 4)”. As I remarked in the factual overview, this is internally inconsistent, as a “Moderate Impairment” is associated with a “Class 3” rating and a “Class 4” rating is associated with a “Marked Impairment”. As she was meant to do, Dr. Dua sent her report to the vendor company. The vendor company contacted Dr. Platnick and asked him to talk with Dr. Dua, as “the vendor company was concerned by what appeared to be an internal inconsistency, if not contradiction”: A.R.,

⁶ The motion judge referred to Dr. Platnick’s “client” in making this argument. It is unclear whether the motion judge was referring to the vendor company or the insurer, which are different companies. While the insurer has an economic interest in a non-catastrophic impairment designation, the vendor company has no such economic interest, as it is not a party to an insurance arbitration. Dr. Platnick is retained by the vendor company, not by the insurer. Further, the company might be more appropriately characterized as Dr. Platnick’s employer rather than as his “client”. It is therefore unclear whether the motion judge’s characterization is accurate in any sense, which evidences a misapprehension of the evidence that I hope to clarify by means of this footnote.

D^r Platnick a [TRADUCTION] « changé » la décision de D^{re} Dua peut être interprétée « d’au moins deux façons » : par. 75. Premièrement, on peut l’interpréter comme voulant dire que D^r 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^r Platnick a « présenté de façon inexacte l’opinion d’un autre médecin quant au degré de déficience que celui-ci avait constaté » : par. 75 (je souligne). J’ajoute une troisième interprétation possible : comme l’a conclu le juge de la motion, l’allégation selon laquelle D^r Platnick a « changé » la décision de D^{re} Dua peut être interprétée comme voulant dire que D^r Platnick a indûment « *persuadé* » D^{re} Dua de changer sa décision pour la rendre conforme à « l’intérêt pécuniaire » de son « client » à lui : motifs de la C.S., par. 22⁶.

[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^{re} 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^{re} Dua a envoyé son rapport à la compagnie vendeuse. Cette dernière a communiqué avec D^r Platnick et lui a demandé de parler à D^{re} Dua,

⁶ Le juge de la motion a parlé du « client » du D^r 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 du D^r Platnick sont retenus par la compagnie vendeuse et non par l’assureur. De plus, il serait peut-être plus juste de qualifier celle-ci d’employeur du D^r 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.

vol. VI, at p. 66. In fact, this was not the only issue with Dr. Dua's first report, as she had also assessed the victim based on a physical impairment even though she was supposed to base her assessment solely on a psychological or psychiatric impairment. According to Dr. Platnick, he asked Dr. Dua "to clarify the apparent inconsistency/contradiction discussed above" and "Dr. Dua was free to reach any conclusion she felt appropriate": p. 68. As stated in the factual overview above, the second, and final, version of Dr. Dua's report contained a classification of "Moderate impairment (Class 3)" following the conversation with Dr. Platnick. This report informed the final report that Dr. Platnick submitted to the vendor company as well, which was consistent with Dr. Dua's second version.

[117] This existing basis in the record is considerably strengthened, and even confirmed, by the Dua Letter, in which Dr. Dua says that Dr. Platnick called her and "identified three areas of concern for which he required clarification". Dr. Dua states that she "inadvertently typed 'Class 4', when the *AMA Guides* designate 'moderate impairment' as Class 3". She calls this a "typographical error" and says that she advised Dr. Platnick that she had "meant 'Class 3'": Motion to Adduce Fresh Evidence, at p. 37. Dr. Dua then "expressly confirm[s] that at no time did Dr. Platnick pressure" her to change her report: p. 38 (emphasis in original). Further, she adds that "[t]o suggest that Dr. Platnick changed my report is simply untrue". As stated above, at paras. 48 and 65, I acknowledge that the Dua Letter is untested, in the sense that, for example, Dr. Dua has not been subject to cross-examination. Accordingly, this evidence might very well be contradicted at a trial on the merits of Dr. Platnick's claim. Indeed, the ultimate assessment of this evidence's credibility is deferred to a stage later than the one here: *Pointes Protection*, at para. 52. For the purposes of this s. 137.1 motion, the Dua Letter supplements the evidentiary record that pre-existed it, such that there is a sufficient basis

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^{re} Dua, puisque celle-ci avait également examiné la victime sur le fondement d'une déficience physique, alors qu'elle n'était censée le faire que sur le fondement de la déficience psychologique ou psychiatrique. D^r Platnick affirme avoir demandé à D^{re} Dua de « clarifier l'incohérence ou la contradiction manifeste dont il est question ci-dessus » et ajoute que « D^{re} 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^{re} Dua faisait état d'une classification de « déficience moyenne (classe 3) » à la suite de la conversation avec D^r Platnick. Ce rapport a influé sur le rapport final que D^r Platnick a présenté à la compagnie vendeuse, lequel était compatible avec la deuxième version du rapport de D^{re} 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^{re} Dua, dans laquelle cette dernière affirme que D^r Platnick l'a appelée et a [TRADUCTION] « indiqué trois principaux sujets de préoccupation qu'il fallait éclaircir ». D^{re} 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^r Platnick qu'elle voulait « dire "classe 3" » : requête pour production de preuve nouvelle, p. 37. Puis, D^{re} Dua « confirme expressément que D^r Platnick n'a en aucun moment fait pression sur [elle] » pour qu'elle change son rapport : p. 38 (soulignement dans l'original). Plus loin, elle ajoute qu'« il est faux de prétendre que D^r Platnick a changé mon rapport ». Comme je l'ai déjà expliqué, aux par. 48 et 65, je conviens que la lettre de D^{re} Dua n'a pas été vérifiée comme elle pourrait l'être, par exemple, en soumettant D^{re} 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 du D^r Platnick. En effet, l'appréciation ultime de la crédibilité de la preuve est reportée à une étape ultérieure : *Pointes*

in the evidentiary record to support a finding that Ms. Bent's statement is not substantially true.

[118] Thus, as the foregoing demonstrates, there is *a* basis in the evidentiary record to support a finding that the allegation that “Dr. Platnick changed [a] doctor's decision” is not substantially true. That basis is legally tenable and supported by evidence that is reasonably capable of belief: *Pointes Protection*, at para. 50. Indeed, Ms. Bent does not allege here that Dr. Platnick *physically* changed Dr. Dua's report, and the above discussion makes clear that Dr. Platnick also did not *misrepresent* Dr. Dua's report, nor did he improperly *persuade* her. In effect, there are grounds to believe that Ms. Bent's allegation of professional misconduct is not substantially true. For this reason, the defence of justification is not valid under s. 137.1(4)(a)(ii).

[119] The motion judge erred in concluding otherwise. In finding that there was “compelling and credible evidence” that the defence of justification was “reasonably likely to succeed”, the motion judge pointed to the fact that it was still important for Ms. Bent to alert her colleagues to the need to fully review medical files, and to the fact that Dr. Platnick should have disclosed that Dr. Dua had provided him a second version of the report: Sup. Ct. reasons, at para. 112. In addition to the fact that the motion judge employed the wrong legal test at the s. 137.1(4)(a)(ii) stage, the motion judge's assessment had no bearing on the defence of justification properly understood. On this point, I am in agreement with the Court of Appeal for Ontario, which found that neither of the issues adverted to by the motion judge had anything to do with whether Ms. Bent was justified in alleging specifically that Dr. Platnick had “changed” a doctor's decision: paras. 81-83.

Protection, par. 52. Aux fins de la présente motion fondée sur l'art. 137.1, la lettre de D^{re} Dua complète la preuve qui existait antérieurement, de sorte que celle-ci donne un fondement suffisant pour conclure que la déclaration de M^e 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 « D^r 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^e Bent ne soutient pas en l'espèce que D^r Platnick a *matériellement* changé le rapport de D^{re} Dua, et il ressort clairement de ce qui précède que D^r 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^e 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 demeurait quand même important que M^e Bent avertisse ses collègues de la nécessité d'examiner en profondeur les dossiers médicaux, et le fait que D^r Platnick aurait dû dire que D^{re} 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^e Bent allègue expressément que D^r Platnick a « changé » la décision d'un médecin : par. 81-83.

[120] In conclusion, I find that there are grounds to believe that Ms. Bent’s defence of justification has no real prospect of success. As I established above, she would in fact have to justify *both* of the statements she made, as both would appear to make up constituent parts of the “sting”, which is that Dr. Platnick is guilty of professional misconduct. As I noted, there are grounds to believe that the statements are not severable, not only in light of a common sense inference that ties them to a single sting, but also in light of Ms. Bent’s express language connecting them. Insofar as there is a basis in the record to support a finding that Ms. Bent’s second statement — that Dr. Platnick “changed [another] doctor’s decision from a marked to a moderate impairment” — is not substantially true, and in light of my conclusion that such a basis exists, then the defence of justification is foreclosed *at this stage*. It must be borne in mind here that “grounds to believe” simply requires *a* (single) basis in the record and the law to support this finding. The Dua Letter provides such a basis in addition to the evidentiary record that existed prior to that letter.

(ii) Qualified Privilege

[121] An occasion of qualified privilege exists if a person making a communication has “an interest or duty, legal, social, moral or personal, to publish the information in issue to the person to whom it is published” *and* the recipient has “a corresponding interest or duty to receive it”: Downard, at §9.6 (footnote omitted). Importantly, “[q]ualified privilege attaches to the occasion upon which the communication is made, and not to the communication itself”: *Hill*, at para. 143; *Botiuk*, at para. 78. Where the occasion is shown to be privileged, “the defendant is free to publish, with impunity, remarks which may be defamatory and untrue about the plaintiff”: *Hill*, at para. 144; *Botiuk*, at para. 79. However, the privilege is *qualified* in the sense that it can be defeated. This can occur particularly in two situations: where the dominant motive behind the words was malice, such as where the speaker was reckless as to the truth of

[120] En conclusion, j’estime qu’il existe des motifs de croire que la défense de justification de M^e Bent n’a aucune possibilité réelle de succès. Comme je l’ai exposé plus tôt, il faudrait de fait que M^e Bent justifie *les deux* affirmations qu’elle a faites, puisque les deux semblent former les parties constitutives des « propos offensants » selon lesquels D^r 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^e 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^e Bent — selon laquelle D^r Platnick a « 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^{re} 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

the words spoken; or where the scope of the occasion of privilege was exceeded (Downard, at §1.9; see also *Hill*, at paras. 145-47; *Botiuk*, at paras. 79-80).

[122] For this reason, a precise characterization of the “occasion” is essential, as it becomes impressed with the limited, qualified privilege, which in turn becomes the benchmark against which to measure whether the occasion was exceeded or abused.

[123] Here, there is a spectrum of possible characterizations for the occasion to which the privilege might attach. For instance, the language in Ms. Bent’s email indicates a potentially limited scope: “I wanted to alert you, my colleagues, to always get the assessor’s and Sibley’s files.” However, Ms. Bent has argued for a broader scope of privilege, indicating that she was “educating fellow plaintiff side personal injury lawyers about the need to obtain full documentary disclosure and advocating for MVA victims and the integrity of the automobile insurance dispute process by highlighting particular instances where insurer assessors have not provided independent and unbiased opinions”: A.R., vol. III, at p. 4. For its part, the OTLA Listserv itself limits the occasion insofar as its “Undertaking and Indemnity” Agreement (“Listserv Agreement”) limits what OTLA members have an interest or duty to send or receive. The use of the OTLA Listserv is “restricted to issues arising on ongoing files in relation to existing or contemplated litigation and for the purpose of obtaining counsel, advice and assistance in connection therewith”: A.R., vol. IV, at p. 48 (emphasis added). With respect to my colleague, it is important to consider this *entire* excerpt in order to contextualize what “issues arising on ongoing files” must *relate to* in order for a communication to come within the expressly contemplated use of the Listserv: *contra*, para. 227.

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 outrepatte 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^e 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^e 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] A question arises as to whether privilege even attaches to the occasion upon which Ms. Bent's communication on the Listserv was made. Indeed, "the threshold for privilege remains high": *Torstar*, at para. 37. Privilege is "grounded" not in "free expression values but in the social utility of protecting particular communicative occasions from civil liability": para. 94. There are reasons to doubt that there is a compelling social interest in privileging all communications on a professional Listserv whose use is expressly "restricted to issues arising on ongoing files in relation to existing or contemplated litigation and for the purpose of obtaining counsel, advice and assistance in connection therewith", and which includes an express prohibition against making even *potentially* defamatory remarks.⁷

[125] Nonetheless, I am willing to assume *arguendo* that qualified privilege does attach to the occasion here because, regardless of how the occasion is defined, there are grounds to believe that the privilege will be defeated and that the defence of qualified privilege is not valid under s. 137.1(4)(a)(ii). In particular, I am satisfied that there is a basis in the record and the law to support a finding that the scope of Ms. Bent's privilege was exceeded and that the defence therefore does not tend to weigh *more* in her favour.

[126] I reiterate that the foregoing conclusion and any of the findings that I make concerning Ms. Bent's defences, including the ones that follow, are expressly limited to this s. 137.1 motion. None of my findings or conclusions should be interpreted as prejudging the merits of Ms. Bent's defences at trial. Indeed, it must not be forgotten that my assessment is tempered by the "grounds to believe" standard expressly imposed by s. 137.1(4)(a)(ii). Bearing this in mind, I turn now to an assessment of Ms. Bent's defence of qualified privilege and whether the scope of that

⁷ At trial, a judge or jury might reasonably come to the conclusion that privilege does attach to the occasion upon which Ms. Bent's communication was made. However, it is not necessary to decide this point on this s. 137.1 motion, so I do not endeavour to do so, and therefore I do not foreclose either conclusion.

[124] Il convient de se demander si l'immunité se rattache même à la situation dans laquelle la communication de M^e 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 « 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* diffamatoires⁷.

[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^e Bent.

[126] Je réitère que la conclusion qui précède et toute autre conclusion que je tire concernant les moyens de défense de M^e 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^e 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

⁷ Au procès, un juge ou un jury pourrait raisonnablement conclure que l'immunité se rattache à la situation dans laquelle la communication de M^e Bent a été faite. Toutefois, il n'est pas nécessaire de trancher cette question dans le cadre de la présente motion fondée sur l'art. 137.1, alors je ne tenterai pas de le faire, et je n'exclus donc pas l'une ou l'autre de ces conclusions.

privilege may have been exceeded, thereby defeating the defence, in the context of a s. 137.1 motion.

[127] At the outset, I note that my colleague is of the view that Ms. Bent has a valid defence of qualified privilege. With respect, as I explain further below, many of the points raised by my colleague may be more appropriately directed at the defence of justification. Nonetheless, I address her arguments here in the context of the defence of qualified privilege, as she does.

[128] Qualified privilege may be defeated “when the limits of the duty or interest have been exceeded”: *Hill*, at para. 146; *Botiuk*, at para. 80. This is the case when the information communicated in a statement is not relevant to the discharge of the duty or the exercise of the right giving rise to the privilege, or when the information is not reasonably appropriate to the legitimate purposes of the occasion: Downard, at §9.91; *Botiuk*, at para. 80; *Hill*, at paras. 146-47; *RTC Engineering Consultants Ltd. v. Ontario (Solicitor General)* (2002), 58 O.R. (3d) 726 (C.A.), at para. 18.

[129] First, I am satisfied that there is a basis in the record and the law to support a finding that the specific references made to Dr. Platnick were not necessary to the discharge of the duty giving rise to the privilege. In *Hill*, this Court focused on the language used by the defendant and found that it was “neither necessary nor appropriate”; the scope of the privilege was therefore exceeded: para. 156. Likewise, in *Botiuk*, this Court found that the scope of the privilege was exceeded because it was “unnecessary to defame Botiuk” by means of specific “libellous references” to him: para. 85. In other words, the plaintiff did not need to be named. Here, there is a basis in the record and the law to support a finding that Ms. Bent could have communicated her concerns regarding alterations to medical reports by insurers without naming Dr. Platnick specifically. If her goal was to alert her OTLA colleagues to “always get the assessor’s and Sibley’s files”, then one may wonder if it was necessary to single out Dr. Platnick by name,

défense d’immunité relative que fait valoir M^e 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^e Bent dispose d’une défense valable d’immunité relative. À mon humble avis, comme je vais 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^r 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^e Bent aurait pu communiquer ses préoccupations à l’égard de modifications apportées aux rapports médicaux par des assureurs sans nommer expressément D^r Platnick. Si le but

especially in such a way as to accuse him of professional dishonesty and misconduct. A finding could be made that the libelous references to Dr. Platnick were “neither necessary nor appropriate” to the duty or interest giving rise to the privilege. The Court of Appeal found likewise, writing that “the allegation could reasonably be seen as a gratuitous and inaccurate attack on Dr. Platnick’s character”: para. 92.

[130] My colleague comes to a contrary conclusion because she argues that the test is relevance, not necessity: para. 231. With great respect to my colleague, relevance is a *necessary* condition for a statement to be privileged, but not a *sufficient* one: *Hill*, at para. 146, citing *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309 (H.L.). The Court could not have been clearer in *Hill* and *Botiuk*: the scope of the privilege was exceeded because the comments in question were “neither necessary nor appropriate” and because the comments were “unnecessary”. Evidently, if a comment is not *necessary* to the discharge of the duty giving rise to the privilege, then the scope of the privilege has been exceeded: see *Rubin v. Ross*, 2013 SKCA 21, 409 Sask. R. 202, at para. 61 (leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. x). While “[t]he defence is, necessarily, engaged only when someone is identified” (Abella J.’s reasons, at para. 238), it is precisely for this reason that a court asks whether it was *necessary* to the occasion attracting the privilege to identify that person. As I explained above, here there is a basis in the record and the law to support a finding that it may not have been necessary. After all, the occasion attracting the privilege may have been to “always get the assessor’s and Sibley’s files” (see Ms. Bent’s email; see also her Statement of Defence), not “that there was a doctor somewhere in Ontario whose reports they ought to distrust”: see Abella J.’s reasons, at para. 237.

de M^e 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^r 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^r 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 du D^r 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^e 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 » : voir motifs de la juge Abella, par. 237.

[131] In addition, there is a basis in the record and the law to support a finding that Ms. Bent’s argument that the occasion of qualified privilege was not exceeded in light of the Listserv Agreement’s confidentiality clause, echoed by my colleague (at paras. 240-42), does not tend to weigh *more* in her favour. It is true that the Listserv Agreement, which is signed by all members of the OTLA Listserv, contains a confidentiality clause requiring all Listserv information to be kept “strictly confidential”: A.R., vol. IV, at p. 48. However, there is a basis in the record and the law to support a few responses to such a defence. First, the confidentiality clause does not apply at large; rather, read in context, it applies to the expressed and restricted use of the Listserv itself — “litigation privilege”. Second, the Listserv Agreement contains an express “**PROHIBITION AGAINST DEFAMATORY MATERIAL**” (emphasis in original) that stipulates that members “will not send, re-send or disseminate any material that is or may be defamatory or otherwise actionable” (emphasis added). Accordingly, a finding could be made that Ms. Bent therefore breached the terms of the Listserv Agreement by making her defamatory communication, and that she cannot thereby also rely on a confidentiality clause found in the very agreement that she herself might be found to have breached. Thus, even though the Listserv Agreement contains a confidentiality clause, that clause must be read in the context of the use of the Listserv itself for the purposes of assessing the scope of the privilege; it might be found that the clause cannot apply to an expressly prohibited purpose. Third, the existence of the confidentiality clause may have no bearing on whether Ms. Bent’s specific references to Dr. Platnick were necessary to the occasion giving rise to the privilege: indeed, the Listserv’s express prohibition on even *potentially* defamatory remarks may suggest that the OTLA acknowledges that the posting of even *potentially* defamatory material is not necessary (or even *relevant*) to the duty encompassed within the particular occasion.

[131] De plus, il se trouve un fondement, dans le dossier et le droit, pour conclure que l’argument de M^e 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^e 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^e 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^e Bent mentionne expressément Dr. 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] Lastly, the record reveals a lack of investigation or reasonable due diligence by Ms. Bent prior to making her serious allegations. This Court’s reasons in *Hill* are *à propos*: there, this Court wrote that “[a]s an experienced lawyer, [the defendant] ought to have taken steps to confirm the allegations that were being made . . . before launching such a serious attack on [the plaintiff’s] professional integrity”: para. 155. Thus, “[a]s a result of this failure, the permissible scope of his comments was limited and the qualified privilege which attached to his remarks was defeated”: para. 155. This case may be considered analogous. Ms. Bent is an experienced lawyer, and it seems that she took no investigative steps at all to corroborate what was, in effect, an allegation of professional misconduct, and arguably tantamount to an allegation of fraud. Instead, she relied on her recollection of events that had occurred three years earlier, without attempting to communicate with Dr. Platnick or Dr. Dua and without even consulting her own notes and records: A.R., vol. XIII, at p. 6. This was a serious allegation, and this Court would be remiss, in assessing the defence of qualified privilege, in failing to take into account the seriousness of such an allegation.

[133] My colleague remarks that Ms. Bent held a “reasonable belief” that did not need to be “supplement[ed]”: para. 239. This implies not only that Ms. Bent did not have to take *any* investigative steps whatsoever, but that she did not even need to *attempt* to do so. Respectfully, I must disagree. There is a basis in the record and the law to support a finding that Ms. Bent’s belief, regarding a specific phrase, from a specific report, by a specific person, concerning a specific event, that had taken place three years earlier, was *per se* unreasonable without *any* investigation being made to determine its veracity or to refresh her recollection. There is a basis in the record and the law to support a finding that Ms. Bent’s subjectively held belief is of no matter here — the law is manifestly clear that courts will strictly scrutinize a lawyer’s conduct because lawyers are “duty-bound to take reasonable steps to investigate”: *Botiuk*, at paras. 99 and 103; *Hill*, at para. 155; *Downard*, at §9.62; see

[132] Enfin, il ressort du dossier que M^e 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^e 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^e Bent s’est plutôt fiée à ce dont elle se souvenait de faits survenus trois ans plus tôt, sans tenter de communiquer avec D^r Platnick ou D^{re} 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^e Bent n’avait pas besoin d’« étoffer ce qu’[elle] cro[yait] déjà raisonnablement » : par. 239. Cela suppose non seulement que M^e 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^e 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^e 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

the Law Society of Ontario's *Rules of Professional Conduct*, rr. 3.1-1, 7.2-1, 7.2-4 and 7.5-1.

[134] Further, the truth of Ms. Bent's allegations, and her "reasonable belief" in them, is an argument best directed at the defence of justification; it is *irrelevant* to the question of whether the comments exceeded the scope of any privilege: *contra*, Abella J.'s reasons, at paras. 232, 236 and 239. In any event, even given the information available to Ms. Bent at the time — and setting aside the fact that she was "duty-bound" to reasonably investigate the veracity of her defamatory allegations — there is a basis in the record and the law to support a finding that even her *belief* that Dr. Platnick had "changed the doctor's decision" was not a reasonable one. I acknowledge that, at the time, Ms. Bent had only Dr. Dua's first report, which contained a classification of "Moderate impairment (Class 4)", and Dr. Platnick's final report, which contained a classification of "Moderate impairment (Class 3)", and that she had "no reason" to "suspect that *anything* had happened between" Dr. Dua and Dr. Platnick: Abella J.'s reasons, at para. 248 (emphasis in original). However, there were a number of inferences available to Ms. Bent based on the information she had: Dr. Platnick or Dr. Dua might have made a mistake, for example, or a typographical error. Instead, Ms. Bent cast professional aspersions upon Dr. Platnick despite never having spoken to or met him. Thus, there are grounds to believe — even considering the imperfect information available to Ms. Bent at the time and without considering any duty to take steps to verify the allegation — that Ms. Bent's belief may not have been a reasonable one. It is no defence to depend on her *belief* in the truth of her first allegation in order to establish a *belief* in the truth of her second allegation: *contra*, Abella J.'s reasons, at paras. 236 and 249. This would turn the defence of justification (to which my colleague's argument is, respectfully, better suited) on its head.

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^e 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^e 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 *croissance* de M^e Bent suivant laquelle D^r Platnick avait [TRADUCTION] « changé la décision du médecin » n'était pas raisonnable. Je reconnais qu'à l'époque, M^e Bent ne disposait que du premier rapport de D^{re} Dua, qui concluait à une classification de « déficience moyenne (classe 4) », et du rapport final du D^r 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^{re} Dua et D^r Platnick : motifs de la juge Abella, par. 248 (en italique dans l'original). Toutefois, M^e Bent pouvait tirer certaines inférences à partir des renseignements dont elle disposait : D^r Platnick ou D^{re} Dua auraient pu faire une erreur, comme une erreur typographique. Au lieu de cela, M^e Bent a attaqué D^r 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^e Bent disposait à l'époque et en faisant abstraction de toute obligation de vérifier l'allégation — que la croissance de M^e Bent n'était sans doute pas raisonnable. Elle ne peut se défendre en affirmant qu'elle *croisait* à la véracité de sa première allégation pour démontrer qu'elle *croisait* 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] In light of the foregoing, and even assuming *arguendo* that Ms. Bent’s communication was protected under an occasion of qualified privilege, there is a basis in the record and the law, taking into account the stage of the proceeding, to support a finding that the scope of any qualified privilege was exceeded in this case. That basis is legally tenable and supported by evidence reasonably capable of belief, such that the defence cannot be said to weigh *more* in favour of Ms. Bent. Thus, there are grounds to believe that the defence of qualified privilege is not “valid”.

[136] I add that malice is an alternative way to defeat the defence of qualified privilege. Malice is not limited to an actual, express motive to speak dishonestly. Instead, it can be established by “reckless disregard for the truth”: *Hill*, at para. 145; *Botiuk*, at para. 79. Notably, an ostensibly honestly held belief may still be spoken recklessly and the privilege defeated if the belief was “arrived at without reasonable grounds”: Downard, at §§9.60 and 9.61. “The more serious the allegation in issue, the more weight a court will give to a failure by the defendant to verify it prior to publication as evidence of malice, in the sense of indifference to the truth”: §9.74 (footnote omitted). This is particularly true of lawyers, who are “more closely scrutinized” than a layperson: *Botiuk*, at para. 98. Lawyers are “duty-bound” to undertake a “reasonable investigation as to the correctness” of a defamatory statement, and “actions which might be characterized as careless behaviour in a lay person could well become reckless behaviour in a lawyer”: paras. 98-99 and 103.

[137] With the foregoing in mind, I point out again that Ms. Bent is a lawyer who made a very serious allegation of *professional* misconduct against Dr. Platnick. I call it a serious allegation in the sense that this Court has previously recognized that a person’s *professional* reputation is deserving of special protection: *Hill*, at para. 118; *Botiuk*, at para. 92. It

[135] Compte tenu de ce qui précède, et même en tenant pour acquis, aux fins de la discussion, que la communication de M^e 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 *d’avantage* en faveur de M^e 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 insouciance 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^e Bent est une avocate qui a porté une allégation très grave d’inconduite *professionnelle* contre D^r 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*,

seems that Ms. Bent's email was sent without any investigation, even in the simplest sense of communicating with Dr. Platnick or checking her own records and files from a case that had taken place three years earlier: C.A. reasons, at para. 92; A.R., vol. XIII, at p. 6. In fact, Ms. Bent had never spoken to or met Dr. Platnick, yet she alleged that he had falsified a report simply because she had received two reports with an apparent discrepancy between them. There is a basis in the evidentiary record to support a finding that in reality, Ms. Bent was not in any position to know what had gone on between Dr. Dua and Dr. Platnick. My colleague seems to agree when she notes that "there was no reason for [Ms. Bent] to suspect that *anything* had happened between [Dr. Dua and Dr. Platnick]". If that is the case, then it is unclear what might have grounded Ms. Bent's serious allegation that Dr. Platnick "changed the doctor's decision". The record reveals that Ms. Bent's email was hastily sent within three days of the conclusion of the Carpenter Matter, and that no time urgency has been indicated which might have encumbered a minimal good faith effort to substantiate the veracity of her allegations. Thus, in light of the heightened expectation of reasonable due diligence that this Court has historically imposed on lawyers, Ms. Bent's privilege may be defeated simply on the ground that she was indifferent or reckless as to the truth of her defamatory statements.

[138] In any case, I conclude that, even assuming that qualified privilege attaches to the occasion upon which Ms. Bent's communication was made, there are grounds to believe that the defence is not valid under s. 137.1(4)(a)(ii) because it may be defeated by virtue of Ms. Bent having exceeded the scope of the privilege, and perhaps even by her reckless disregard for the truth (i.e. malice). My colleague would summarily dismiss Dr. Platnick's claim on this prong, definitively foreclosing even the opportunity for him to vindicate his reputation at a trial where ultimate assessments of credibility can be made and the aforementioned evidence can be properly tested. Instead, my colleague chooses to accept Ms. Bent's evidence over Dr. Platnick's at this early

par. 92. Il semble que le courriel de M^e Bent ait été envoyé sans la moindre vérification, ne serait-ce qu'une communication avec D^r 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^e Bent n'a jamais parlé au D^r 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^e Bent n'était pas en mesure de savoir ce qui s'était passé entre D^{re} Dua et D^r Platnick. Ma collègue semble être de cet avis lorsqu'elle souligne que « rien ne justifiait que [M^e Bent] soupçonne que *quelque chose* s'était passé entre [D^{re} Dua et D^r Platnick] ». Si tel est le cas, il est difficile d'établir ce qui aurait pu fonder l'allégation grave faite par M^e Bent selon laquelle D^r Platnick a « changé la décision du médecin ». Le dossier révèle que le courriel de M^e 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^e 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^e 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^e 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.-à-d. de malveillance). Ma collègue rejeterait sommairement l'action du D^r 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

stage. With respect, this is not what is called for on a s. 137.1 motion. As this Court makes clear in *Pointes Protection*, Dr. Platnick needs to have established only a basis in the record and the law, taking into account the stage of the litigation, to support a finding that Ms. Bent’s defences do not weigh *more* in her favour. For the purposes of this motion, and for the reasons explained above, I am satisfied that there is such a basis here.

(3) Section 137.1(4)(b) — Public Interest Hurdle

[139] Section 137.1(4)(b) is the “crux” or “core” of the s. 137.1 analysis: *Pointes Protection*, at paras. 61-62. Indeed, the “open-ended nature of s. 137.1(4)(b) provides courts with the ability to scrutinize what is really going on in the particular case before them: s. 137.1(4)(b) effectively allows motion judges to assess how allowing individuals or organizations to vindicate their rights through a lawsuit — a fundamental value in its own right in a democracy — affects, in turn, freedom of expression and its corresponding influence on public discourse and participation in a pluralistic democracy”: *Pointes Protection*, at para. 81.

[140] In particular, s. 137.1(4)(b) requires the plaintiff to show that

the harm likely to be or have been suffered by the [plaintiff] as a result of the [defendant]’s expression is sufficiently serious that the public interest in permitting the proceeding to continue outweighs the public interest in protecting that expression.

[141] In other words, Dr. Platnick must show on a balance of probabilities that he “likely has suffered or will suffer harm, that such harm is *a result* of the expression established under s. 137.1(3), and that the corresponding public interest in allowing the underlying proceeding to continue *outweighs* the

probante des éléments de preuve susmentionnés. Ma collègue choisit plutôt de préférer le témoignage de M^e Bent à celui du D^r 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’art. 137.1. Comme notre Cour l’a bien précisé dans l’arrêt *Pointes Protection*, il suffit pour D^r 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^e 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^r 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

deleterious effects on expression and public participation”: *Pointes Protection*, at para. 82 (emphasis in original).

(a) *Harm Allegedly Suffered and Public Interest in Permitting the Proceeding to Continue*

[142] As a prerequisite to the weighing exercise contemplated by s. 137.1(4)(b), Dr. Platnick must make two primary showings: (i) the existence of harm and (ii) the fact that the harm was suffered as a result of Ms. Bent’s expression (*Pointes Protection*, at para. 68).

[143] First, is there harm likely to be or have been suffered by Dr. Platnick?

[144] General damages are presumed in defamations actions, and this alone is sufficient to constitute harm: *Pointes Protection*, at para. 71; *Torstar*, at para. 28. However, the magnitude of the harm will be important in assessing whether the harm is sufficiently serious that the public interest in permitting the proceeding to continue outweighs the public interest in protecting the expression: *Pointes Protection*, at para. 70. General damages in the nominal sense will ordinarily not be sufficient for this purpose.

[145] I am of the view, and only for the purposes of deciding this s. 137.1 motion, that the harm here is extensive and quite serious, as Dr. Platnick has put into evidence an estimate of significant monetary harm that is more than just a bald assertion: *Pointes Protection*, at para. 71. The motion judge erred when he characterized the harm to Dr. Platnick as “quite general and imprecise”: Sup. Ct. reasons, at para. 121. Dr. Platnick has estimated a direct financial impact of \$578,949 and has supported this figure with a copy of a report prepared by an accountant. This number was not simply one derived out of thin air. Dr. Platnick has put into the evidentiary record that he typically had between 20 and 30 insurers’ examinations booked per week and approximately 100 assessments booked per month. He has shown that after Ms. Bent’s November 2014 email, he had

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 (en italique 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^r Platnick établisse : (i) l’existence d’un préjudice (ii) qui a été subi *du fait* de l’expression de M^e Bent (*Pointes Protection*, par. 68).

[143] Tout d’abord, D^r 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^r 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^r Platnick [TRADUCTION] « [d’]assez général et vague » : motifs de la C.S., par. 121. D^r 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^r 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^e Bent envoyé en novembre 2014,

only 35 assessments booked in December 2014 and only 11 in January 2015. He states that he was informed by vendor companies he had been placed on a “blacklist” by insurance companies. As a result, his practice incurred “mass cancellations” with “entire days cancelled by multiple vendors”, which “had never occurred” in his 20 years of practice: A.R., vol. VI, at p. 15. Eventually, out of the 40 or so insurance companies in Ontario, all but one ceased using his services. Thus, in light of the foregoing, and the fact that neither a “definitive determination of harm” nor a “fully developed damages brief” is required, I am of the view that Dr. Platnick has sufficiently demonstrated the existence of substantial monetary harm supported by the evidentiary record here for the purposes of s. 137.1(4)(b): *Pointes Protection*, at para. 71.

[146] In addition, reputational harm is eminently relevant to the harm inquiry under s. 137.1(4)(b). Indeed, “reputation is one of the most valuable assets a person or a business can possess”: *Pointes Protection*, at para. 69 (citing “agreement” with the words of the Attorney General of Ontario at the legislation’s second reading). This Court’s jurisprudence has repeatedly emphasized the weighty importance that reputation ought to be given. Certainly, “[a] good reputation is closely related to the innate worthiness and dignity of the individual. It is an attribute that must, just as much as freedom of expression, be protected by society’s laws”: *Hill*, at para. 107; see also *Botiuk*, at paras. 91-92.

[147] The import of reputation is only amplified when one considers *professional* reputation. In *Hill*, this Court remarked specifically on the “particular significance reputation has for a lawyer”, noting that it is the “cornerstone of a lawyer’s professional life”. As I mentioned earlier in these reasons, I see no principled reason to draw a distinction between lawyers and other professionals, such as doctors, when it comes to the protection of reputation. Both the legal profession and medical profession are comprised of

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 20 ans de pratique : d.a., vol. VI, p. 15. Parmi les 40 et quelques compagnies d’assurance en Ontario, toutes sauf une ont fini par cesser de faire appel aux services du D^r 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^r 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

professionals who rely on their individual expertise to succeed within their respective professions. This was expressly contemplated in *Botiuk*, where this Court wrote that “[i]t should be recognized that these observations [regarding the legal profession] will be equally applicable to other professions and callings”.

[148] Thus, not only must the monetary harm pleaded by Dr. Platnick be considered in determining whether the harm is sufficiently serious, but so too must the reputational harm to Dr. Platnick’s professional reputation be considered, even if it is not quantifiable at this stage: *Pointes Protection*, at para. 71. Indeed, the damaging effects that a defamatory remark may have on a plaintiff’s “position and standing” in the professional community exacerbate the harm suffered as a result: Downard, at §14.10; see also *Young v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (2005), 77 O.R. (3d) 680 (C.A.); *Awan v. Levant*, 2016 ONCA 970, 133 O.R. (3d) 401. As “[t]he purpose of the general damages award is to compensate the plaintiff for loss of reputation and injury to the plaintiff’s feelings, to console the plaintiff, and to vindicate the plaintiff so that the plaintiff’s reputation may be re-established” (Downard, at §14.2 (footnote omitted)), the record supports the inference that Dr. Platnick’s general damages are significant, rather than merely nominal.

[149] Beyond harm to his professional reputation, Dr. Platnick has also explained that he has suffered humiliation, shame, disgrace, and embarrassment that have left him anxious, nervous, and sleep-deprived, all of which has had a devastating impact on his marriage and his relationship with his four children. These “intangible and subjective elements” factor into the assessment of the harm suffered by a plaintiff: *Walker v. CFTO Ltd.* (1987), 59 O.R. (2d) 104, at p. 111 (C.A.); see also Downard, at §14.12 (observing that “injured feelings or the psychological impact” of defamation are relevant to the assessment

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^r 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 rétablie » (Downard, §14.2 (note en bas de page omise)), le dossier étaye l’inférence selon laquelle les dommages-intérêts généraux accordés au D^r Platnick doivent être substantiels, et non simplement symboliques.

[149] Hormis le tort causé à sa réputation professionnelle, D^r 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

of damages). It must be recalled that for the purposes of s. 137.1(4)(b), harm need not be monetized, as both “monetary harm or non-monetary harm can be relevant to demonstrating” the existence of harm: *Pointes Protection*, at paras. 68-71.

[150] Ultimately, the question here relates to the *existence* of harm, not to whether that harm was justifiably inflicted or suffered. Once the existence of harm is established, the next question depends on whether that harm was suffered *as a result* of the defendant’s expression. The animating purpose of s. 137.1(4)(b) must not be forgotten: the point is for the plaintiff to show that they have a legitimate impetus for bringing their lawsuit, by virtue of a legitimate harm that they seek to remedy, in order to alleviate the apprehension that they are using litigation as a tool to quell expression and silence the defendant. That is not so in the case at bar.

[151] I therefore turn to the next question — whether the harm was suffered *as a result* of the expression: *Pointes Protection*, at para. 68. In this case, the answer to this question actually depends on the answer to two contingent sub-questions: (1) whether Ms. Bent can be held liable for harm that may have resulted from the subsequent leak and/or reproduction of her email — i.e. republication; and, if not, (2) whether sufficiently serious harm was caused by Ms. Bent’s initial email, or whether the harm suffered is *solely* attributable to the subsequent republication of the email. Indeed, my colleague supports the motion judge’s position that the “bulk of the harm . . . occurred because of the *leak* of the email”: para. 256 (emphasis in original). The answer to the first sub-question is crucial to the resolution of the second sub-question: if the first is answered in the affirmative, and Ms. Bent *can* be held liable for the leak and/or reproduction of her email, then there is no need to distinguish the harm due to republication from the harm due to the initial publication, since Ms. Bent will be liable for all of it. Accordingly, I begin below by answering the first sub-question as to whether Ms. Bent can be held liable for republication in the

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 tenter 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^e 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^e 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 (en italique 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^e 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^e Bent aura engagé sa responsabilité pour la diffusion dans

context of the “harm analysis” under s. 137.1(4)(b): *Pointes Protection*, at paras. 68-72.

[152] A defendant can be liable for each republication of their initial publication in at least three situations: (i) if the defendant has authorized the republication; (ii) if the republication is the “natural and probable consequence” of the defendant’s initial publication; and (iii) if the republication was foreseen or reasonably foreseeable by the defendant (Downard, at §5.36).

[153] Here, to be clear, the republication in issue consists of both the leak of Ms. Bent’s email and the publication of the article in *Insurance Business Canada* that reproduced the email in its entirety. The question is whether Ms. Bent can be held liable for such republication and the harm that resulted from it.

[154] I am of the view that, for the purposes of s. 137.1(4)(b), and only for those purposes, Ms. Bent can be held liable for republication. It must be remembered that “no definitive determination of harm or causation is required” at the s. 137.1(4)(b) stage: *Pointes Protection*, at para. 71. Instead, the plaintiff must simply provide evidence for the court “to draw an inference of likelihood in respect of the existence of the harm and the relevant causal link”: para. 71.

[155] Here, republication was at least reasonably foreseeable to Ms. Bent. The statements she published are tantamount to an allegation of fraud, which bears directly on Dr. Platnick’s professional competence and reputation. Accepting the common sense inference that there was “a very active rumour mill” (A.R., vol. VI, at p. 7) in the insurance industry, and in light of the nature of Ms. Bent’s serious allegations, I am of the view that it was reasonably foreseeable that the email sent by the OTLA’s president-elect to several hundred people involved in acting for claimants injured in motor

son ensemble. Par conséquent, je commencerai par répondre ci-dessous à la première sous-question, celle de savoir si M^e 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^e 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^e 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^e 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^e Bent. Les affirmations qu’elle a publiées équivalent à une allégation de fraude, qui se rapporte directement à la compétence et la réputation professionnelles du D^r 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^e Bent, je suis d’avis qu’il était raisonnablement prévisible que le courriel envoyé par la présidente élue de l’OTLA à plusieurs

vehicle accidents would “rapidly find a much broader audience”: C.A. reasons, at para. 107. Indeed, that is exactly what happened.

[156] My colleague, like the motion judge, relies on the confidentiality clause in the Listserv Agreement to defend that any leak of Ms. Bent’s email was not foreseeable. After all, according to Ms. Bent, the members of the Listserv had agreed that communications on the Listserv were to be kept “strictly confidential”. I addressed this argument earlier in these reasons in discussing the defence of qualified privilege. For the purposes of deciding this motion only, I am of the view that Ms. Bent may not be able to rely on a term of a Listserv Agreement that she herself appears to have expressly breached by communicating a defamatory remark in contravention of that Agreement. Further, the confidentiality clause must be read in the context of the entire Listserv Agreement, which circumscribes its use: see generally *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 57. The confidentiality clause cannot be read to protect defamatory communications prohibitively made. In any case, however, even if it is assumed that the leak of her email was not foreseeable due to the confidentiality clause, it seems that Ms. Bent was in fact fully aware of the leak when she spoke to *Insurance Business Canada* regarding the article that reproduced her email. This leads me to my next point.

[157] I also find, solely for the purposes of deciding this motion, that the KMI Letters evidence Ms. Bent’s implied, or even express, authorization to republish her email. Indeed, “[a]uthorization may be inferred” when a defendant speaks to a reporter and fails to impose limitations on the use of their words: Downard, at §5.14; *Brown on Defamation*, at pp. 7-61 to 7-70. Here, the KMI Letters indicate that Ms. Bent had a telephone conversation with the

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^e Bent n’était pas prévisible. Après tout, selon M^e 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^e 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^e 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^e 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 : Downard, §5.14; *Brown on Defamation*, p. 7-61 à 7-70. En l’espèce, les lettres

Associate Editor of *Insurance Business Canada* before the magazine published its article containing her email.⁸ During that conversation, Ms. Bent did “not object to or have any concerns” about republication, nor did she draw the Associate Editor’s attention to the fact that any leak from the OTLA Listserv was a serious professional and ethical breach of the Listserv’s terms and conditions. KMI attests that had Ms. Bent objected or made it clear that the email had been sent confidentially, it would not have proceeded with republication. I am of the view that this is sufficient in itself to hold Ms. Bent liable for republication for the purposes of s. 137.1(4)(b).

[158] I say “for the purposes of s. 137.1(4)(b)” because, as I have often emphasized in these reasons, my findings should not be taken as prejudging the merits of the underlying proceeding, and specifically here, the issue of republication. Whether Ms. Bent ought ultimately to be held liable for republication is a question I do not purport to decide. Simply, in the context of this s. 137.1 motion, I am satisfied that consideration of the harm due to republication attributable to Ms. Bent is warranted under s. 137.1(4)(b) given the evidence put before this Court. Again, whether that evidence is ultimately accepted or believed at trial, after *viva voce* evidence is given, for example, is an entirely separate query that I do not purport to decide here, nor should these reasons be interpreted as definitively deciding the question of republication or harm.

⁸ The motion judge found that Dr. Platnick’s allegation that Ms. Bent gave an interview “was supported by no evidence whatsoever and appears on its face to be manifestly untrue”: Sup. Ct. reasons, at paras. 24-25. While he did not have the KMI Letters before him, to the extent that his s. 137.1(4)(b) analysis depended on that finding, it cannot be given deference.

de KMI indiquent que M^e 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^e Bent n’y soit publié⁸. Pendant cette conversation, M^e 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^e 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^e 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 préjugeant du bien-fondé de l’instance sous-jacente ni comme préjugeant 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^e 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^e 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 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.

⁸ Le juge de la motion a conclu que l’allégation du D^r Platnick suivant laquelle M^e 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 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.

[159] Regardless of the foregoing, “[c]ausation is not, however, an all-or-nothing proposition”: *Pointes Protection*, at para. 72. In effect, even if one accepts my colleague’s conclusion that Ms. Bent cannot be held liable for republication (at para. 259), and ergo the causal link between Ms. Bent’s email and some elements of the harm suffered by Dr. Platnick is tenuous, there is nonetheless a sufficient causal link under s. 137.1(4)(b) between the initial publication and other elements of the harm suffered by Dr. Platnick: see *Pointes Protection*, at para. 72. That harm is sufficiently serious on its own to establish a weighty public interest in permitting the proceeding to continue. The motion judge was also in error to find otherwise: Sup. Ct. reasons, at paras. 121-26.

[160] Indeed, Ms. Bent’s email was sent on November 10, 2014, and republication did not occur until December 29. It is reasonable to draw an inference of likelihood with respect to Dr. Platnick suffering substantial harm during those 49 days. For example, well before any republication, and within just a week or two of Ms. Bent sending her email, Dr. Platnick’s insurance work began to dry up as the blacklisting process began. Indeed, “[t]he temporal connection suggests a causal connection”: C.A. reasons, at para. 106. Additionally, common sense allows for the reasonable inference that, in light of the gravity of professional misconduct allegations, insurance companies would “distance themselves from the expert against whom those allegations were made”: para. 106. I reiterate that “no definitive determination of harm or causation is required” at this stage: *Pointes Protection*, para. 71.

[161] Further, the reputational considerations and harm discussed earlier in these reasons apply equally here. In other words, the initial publication itself may have inflicted professional reputational harm on Dr. Platnick. The email was disseminated to 670 plaintiff-side personal injury lawyers whom Dr. Platnick, in the course of his work, would inevitably have to encounter and interact with. Although the majority of Dr. Platnick’s work came from insurers,

[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^e Bent ne peut être tenue responsable de la republication (par. 259) et que, par conséquent, le lien de causalité entre le courriel de M^e Bent et certains éléments du préjudice subi par D^r 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^r 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^e 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^r 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 du D^r 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] « [I]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 du D^r Platnick. Le courriel a été diffusé aux 670 avocats représentant des parties demandresses dans des affaires de préjudice personnel avec lesquels D^r Platnick, dans le cadre de son travail, aurait inévitablement à entrer en contact et à communiquer.

he had also worked on behalf of plaintiff-side firms in the past (including Lerner on multiple occasions); Ms. Bent’s email and the implications of her allegations foreclosed that opportunity from arising in the future. That Ms. Bent held the post of president-elect of the OTLA and sent her email in that capacity may only have magnified the reputational harm suffered by Dr. Platnick: see Downard, at §14.13. Thus, contrary to the motion judge’s position, supported by my colleague, that the “bulk of the harm . . . occurred because of the *leak* of the email”, the email alone may have compromised Dr. Platnick’s professional reputation. As I have emphasized, such harm has to be taken seriously by this Court.

[162] In conclusion, as the foregoing demonstrates, the harm likely to be or have been suffered by Dr. Platnick as a result of Ms. Bent’s expression lies close to the high end of the spectrum and, correspondingly, so too does the public interest in allowing his defamation proceeding to continue.

(b) *Public Interest in Protecting the Expression*

[163] In *Pointes Protection*, this Court finds that the public interest in protecting an expression can be determined by reference to the core values that underlie s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, such as the search for truth, participation in political decision making, and diversity in forms of self-fulfilment and human flourishing: para. 77. That said, in *Hill*, this Court noted that “defamatory statements are very tenuously related to the core values which underlie s. 2(b)”: para. 106. In consistent fashion, this Court finds in *Pointes Protection* that there will be less of a public interest in protecting a statement that contains “gratuitous personal attacks” and that the “motivation behind” the expression will be relevant to the inquiry: paras. 74-75 (emphasis omitted).

[164] Accordingly, in determining the public interest in protecting Ms. Bent’s expression, I need

Même si la plupart des mandats confiés au D^r Platnick provenaient d’assureurs, celui-ci avait également travaillé par le passé pour le compte de cabinets représentant des parties demandresses (notamment Lerner à de nombreuses occasions); le courriel de M^e Bent et les implications de ses allégations ont empêché qu’une telle occasion se présente à l’avenir. Le fait que M^e 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 du D^r 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 du D^r 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^r Platnick subit ou a subi vraisemblablement du fait de l’expression de M^e 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 (italique omis).

[164] Par conséquent, pour établir l’intérêt public à protéger l’expression de M^e Bent, je dois prendre

to consider the fact that she made a personal attack against Dr. Platnick, which cast doubt on his professional competence, integrity, and reputation. The personal attack was launched by Ms. Bent even though she and Dr. Platnick had never met or had a single discussion. It bears on my analysis that Ms. Bent never reached out to Dr. Platnick to confront him or to investigate her allegations against him.

[165] Quite importantly, *Pointes Protection* also calls for consideration of the “chilling effect on future expression” and the “broader or collateral effects on other expressions on matters of public interest”: para. 80 (emphasis omitted); see also Abella J.’s reasons, at para. 262, with regard to the “considerable chilling effect” of permitting Dr. Platnick’s defamation lawsuit to proceed. Indeed, Ms. Bent has argued that if Dr. Platnick’s defamation proceeding is allowed to continue, it would “not only stifle” her own speech, but “also potentially deter others from speaking out against unfair and biased practices in the insurance industry and the difficulties encountered by seriously injured persons claiming the payment of benefits from their insurance companies”: A.R., vol. III, at p. 29.

[166] I agree with my colleague that this concern, if valid, would weigh in favour of the public interest in protecting the expression. To be sure, I do not deny that s. 137.1(4)(b) is intended to specifically protect expression that may bear on the integrity of the administration of justice. This is confirmed by the legislative history that animated s. 137.1 as a whole.

[167] However, with great respect to my colleague, she does not consider a crucial element of Ms. Bent’s expression. Permitting Dr. Platnick’s defamation claim to proceed will deter others not from speaking out against unfair and biased practices, as my colleague argues, but from unnecessarily singling out an individual in a way that is extraneous or peripheral to the public interest. It will also deter others from

en compte le fait qu’elle s’est livrée à une attaque personnelle contre D^r Platnick, en mettant en doute la compétence professionnelle, l’intégrité et la réputation de celui-ci. M^e Bent a lancé cette attaque personnelle même si D^r Platnick et elle ne s’étaient jamais rencontrés ni même parlé une seule fois. Le fait que M^e Bent ne soit jamais entrée en contact avec D^r 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 (italique 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 du D^r Platnick suive son cours. De fait, M^e Bent a soutenu que, si l’on permettait la poursuite de l’action en diffamation du D^r 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^e Bent. Permettre que l’action en diffamation du D^r 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

making defamatory remarks against an individual without first substantiating, or *attempting* to substantiate, the veracity of their allegations. In this way, rather than *disincentivizing* people from speaking out against unfair and biased practices, it will *incentivize* them to act with reasonable due diligence and to tailor their expression so as to avoid needlessly defaming an individual who depends on their reputation for their livelihood.

[168] In my humble opinion, this is the appropriate balance, at the unique stage of a s. 137.1 motion, between freedom of expression and reputational considerations, which this Court has historically strived to optimize: good reputation “reflects the innate dignity of the individual, a concept which underlies all the *Charter* rights”, and the protection of reputation “must be carefully balanced against the equally important right of freedom of expression” (*Hill*, at paras. 120-21).

[169] Thus, while Ms. Bent’s specific references to Dr. Platnick fall at the low end of the protection-deserving spectrum, her email interpreted broadly as pertaining to the administration of justice in Ontario falls closer to the high end. In conclusion then, I am of the view that, when considered as a whole, the public interest in protecting Ms. Bent’s expression lies somewhere in the middle of the spectrum.

(c) *Weighing of the Public Interest*

[170] As a reason to dismiss Dr. Platnick’s proceeding under the weighing exercise, my colleague references Dr. Platnick’s *other* lawsuits against *non*-parties to this action, as well as the quantum of damages Dr. Platnick has alleged, as apparent evidence of a “‘punitive or retributory purpose’ which is the hallmark of a classic SLAPP suit”: paras. 183, 185, 207 and 263.

[171] This line of reasoning by my colleague is, respectfully, unmoored from a proper s. 137.1(4)(b) analysis. This Court in *Pointes Protection* squarely rejects any inquiry into the hallmarks of a SLAPP: “the

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^e Bent ciblant D^r 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^e Bent se situe quelque part au milieu de l’échelle.

c) *Évaluation de l’intérêt public*

[170] Pour justifier son rejet de l’action du D^r Platnick en vertu du critère de l’évaluation, ma collègue cite les *autres* poursuites que D^r 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^r Platnick, comme preuve des « “fins punitives ou vindicatives”, caractéristique d’une poursuite-bâillon classique » : 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

s. 137.1(4)(b) stage is fundamentally a public interest weighing exercise and not simply an inquiry into the hallmarks of a SLAPP” (para. 79). Respectfully, my colleague’s references to the mere quantum of damages Dr. Platnick claims (at para. 263) cannot serve as a stand-alone proxy for finding that his lawsuit is motivated by a punitive or retributory purpose. As I discussed above, Dr. Platnick has supported his claim of significant harm — he is a successful, highly paid doctor, and Ms. Bent’s allegations go to the heart of his professional reputation. There is simply no basis for inferring that Dr. Platnick’s lawsuit is motivated by a punitive or retributory purpose based on the amount of damages sought from Ms. Bent. As to Dr. Platnick’s *other* lawsuits and the *aggregate* damages alleged (Abella J.’s reasons, at paras. 183, 185 and 207), they are irrelevant to the inquiry on *this* motion, as there is no evidence that those lawsuits are abusive, frivolous, or vexatious. Accordingly, there is no basis to impute a punitive or retributory purpose to Dr. Platnick.

[172] In light of the open-ended nature of s. 137.1(4)(b), courts have the power to “scrutinize what is really going on in the particular case before them”: *Pointes Protection*, at para. 81. On its face, this is not a case in which one party is vindictively or strategically silencing another party; it is a case in which one party is attempting to remedy seemingly legitimate harm suffered as a result of a defamatory communication. This is not the type of case that comes within the legislature’s contemplation of one deserving to be summarily dismissed at an early stage, nor does it come within the language of the statute requiring such a dismissal.

[173] As I have discussed, the harm likely to be or have been suffered by Dr. Platnick lies closer to

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^r 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^r Platnick a démontré qu’il avait subi un préjudice important — c’est un médecin réputé et qui est bien rémunéré et les allégations de M^e Bent visent directement sa réputation professionnelle. On ne peut simplement inférer que la poursuite intentée par D^r Platnick est motivée par des fins punitives ou vindicatives en raison du montant des dommages-intérêts qu’il réclame à M^e Bent. En ce qui concerne les *autres* poursuites intentées par D^r 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 au D^r 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

the high end of the spectrum, and so too then does the public interest in allowing the proceeding to continue. On the other hand, the public interest in Ms. Bent's expression lies somewhere between the low and high ends of the spectrum.

[174] Thus, I am satisfied that Dr. Platnick has established on a balance of probabilities that the harm likely to be or have been suffered as a result of Ms. Bent's expression is sufficiently serious that the public interest in permitting his defamation proceeding to continue outweighs the public interest in protecting Ms. Bent's expression.

(4) Conclusion on the Section 137.1 Motion

[175] As these reasons have established, while Ms. Bent successfully meets her threshold burden under s. 137.1(3), Dr. Platnick successfully clears both the merits-based hurdle and the public interest hurdle under s. 137.1(4)(a) and s. 137.1(4)(b), respectively. For these reasons, I would dismiss Ms. Bent's s. 137.1 motion and allow Dr. Platnick's lawsuit in defamation against Ms. Bent and Lerner to proceed to trial.

[176] I hasten to reiterate here that a s. 137.1 motion is plainly not a determinative adjudication of the merits of a claim: *Pointes Protection*, at paras. 37, 50, 52 and 71. Nothing in these reasons can, or should, be taken as prejudging the merits of the action. Simply put, Dr. Platnick's claim is one that deserves a trial on the merits, and is not one that ought to be summarily screened out at this early stage.

IV. Conclusion

[177] The motion to adduce fresh evidence is allowed in part without costs.

[178] The appeals are dismissed.

[179] With regard to costs, as I said in *Pointes Protection*, the legislature expressly contemplated a

D^r 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^e Bent se situe quelque part entre le bas et le haut de l'échelle.

[174] Par conséquent, je suis convaincue que D^r 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^e 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^e Bent.

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

[175] Comme les présents motifs l'ont établi, bien que M^e Bent se soit acquittée du fardeau initial que lui impose le par. 137.1(3), D^r 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^e Bent fondée sur l'art. 137.1 et de permettre que la poursuite en diffamation du D^r Platnick contre M^e 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 du D^r 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

costs regime for s. 137.1 motions. Indeed, s. 137.1(8) sets out a default rule that when a s. 137.1 motion is dismissed, neither party shall be awarded costs, unless a judge determines that “such an award is appropriate in the circumstances”. Here, no such award would be appropriate: I do not take Ms. Bent’s s. 137.1 motion to be an instance of frivolous motion practice to delay Dr. Platnick’s defamation claim against her; rather, Ms. Bent’s use of s. 137.1 — especially given the substantial uncertainty due to the lack of judicial guidance at the time of serving the motion — was a *bona fide* use of this new mechanism. I would award no costs.

The reasons of Abella, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. were delivered by

[180] ABELLA J. (dissenting) — Maia Bent is a lawyer who represents accident victims in disputes against insurance companies. In two such disputes, Ms. Bent’s clients sought benefits from their insurers for injuries sustained in motor vehicle accidents. The insurance companies hired medical experts to evaluate Ms. Bent’s clients. They also retained a general practitioner, Dr. Howard Platnick, to summarize the results of the evaluations. Dr. Platnick prepared summary reports which were forwarded to Ms. Bent. His summaries concluded that Ms. Bent’s clients were not entitled to the benefits they sought.

[181] Ms. Bent obtained the original reports of the medical experts who evaluated her clients and on which Dr. Platnick based his summaries. In both cases, Ms. Bent discovered significant discrepancies between Dr. Platnick’s reports and those of the experts whose findings he purported to summarize. Some of the experts had concluded that Ms. Bent’s clients were sufficiently impaired to qualify for the benefits they were seeking. Dr. Platnick’s summaries attributed the opposite conclusion to them and

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^e Bent fondée sur l’art. 137.1 comme étant un moyen frivole de retarder l’action en diffamation du D^r Platnick contre elle; le recours de M^e 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

[180] LA JUGE ABELLA (dissidente) — 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^e 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^e Bent. Elles ont également engagé un médecin généraliste, le D^r Howard Platnick, pour qu’il résume les résultats des évaluations. Le D^r Platnick a rédigé des rapports sommaires qui ont été transmis à M^e Bent. Dans ces rapports, il concluait que les clients de M^e Bent n’avaient pas droit aux indemnités qu’ils réclamaient.

[181] M^e Bent a obtenu les rapports originaux des experts médicaux qui avaient évalué ses clients et sur lesquels le D^r Platnick s’était fondé pour rédiger ses sommaires. Dans les deux cas, M^e Bent a constaté d’importantes divergences entre les rapports du D^r Platnick et ceux des experts dont il était censé résumer les conclusions. Certains experts avaient conclu que les clients de M^e Bent souffraient d’une déficience suffisamment grave pour avoir droit aux indemnités qu’ils réclamaient. Les sommaires du

omitted findings from their reports that were favourable to Ms. Bent's clients.

[182] After both cases were resolved with the insurance companies, Ms. Bent sent a confidential internal email to members of the Ontario Trial Lawyers Association (OTLA), an organization of legal professionals who represent the interests of accident victims in automobile insurance disputes. The OTLA has raised concerns in various forums about biases in insurer medical examination reports. Ms. Bent is a former president of the OTLA and, at the time she sent the email, was the organization's president-elect.

[183] In her email, Ms. Bent described her experiences in the two cases involving Dr. Platnick, and advised her colleagues to routinely obtain the original expert reports and other supplementary disclosure in disputes with insurance companies. Her email was leaked to a wider audience. Dr. Platnick filed defamation suits against her and several other parties for almost \$50 million in damages. Ms. Bent brought a motion to dismiss his action against her under s. 137.1 of Ontario's *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43.

[184] The motion judge, Dunphy J., found for Ms. Bent (2016 ONSC 7340, 136 O.R. (3d) 339). He concluded, among other things, that she had a valid defence of qualified privilege to the defamation action; that there was no evidence that she bore "any responsibility for the subsequent and unanticipated republication of the email to a broader audience"; and that the public interest in protecting her communication outweighed the public interest in allowing Dr. Platnick's lawsuit to continue. The Court of Appeal disagreed with these conclusions and reinstated Dr. Platnick's defamation action (2018 ONCA 687, 426 D.L.R. (4th) 60).

Dr Platnick attribuaient la conclusion contraire à ces experts et omettaient de citer des conclusions de leurs rapports qui étaient favorables aux clients de M^e Bent.

[182] Après que les deux dossiers eurent été réglés avec les compagnies d'assurance, M^e 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'exams médicaux des assureurs. M^e 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^e Bent relatait son expérience dans deux dossiers mettant en cause le Dr 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 Dr 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^e 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*, L.R.O. 1990, c. C.43, de l'Ontario.

[184] Le juge de la motion, le juge Dunphy, a donné raison à M^e 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 Dr 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 Dr Platnick (2018 ONCA 687, 426 D.L.R. (4th) 60).

[185] I would allow the appeals. Dr. Platnick’s lawsuit — and the exorbitant amount of damages he is seeking — is precisely the kind of claim that has the effect of stifling expression on matters of public interest. Allowing his proceeding against Ms. Bent to continue would undermine the very purposes for which s. 137.1 was enacted.

Background

[186] Ms. Bent was called to the Bar in 1998 and is currently a lawyer at Lerner LLP. She acts for plaintiffs in personal injury actions.

[187] Dr. Platnick is a general practitioner who has been retained as an expert in several insurance disputes, mostly on behalf of insurance companies.

[188] Dr. Platnick and Ms. Bent were involved in two insurance proceedings. In the first, Ms. Bent acted for a client with serious physical health problems who had made “several suicide attempts”. Her client claimed to have been “catastrophically impaired” during a motor vehicle accident. Victims who are catastrophically impaired are entitled to enhanced compensation from insurers based on criteria and guidelines in the *Statutory Accident Benefits Schedule — Effective September 1, 2010*, O. Reg. 34/10, s. 1 (under the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8).

[189] A single finding of catastrophic impairment by a physician is sufficient for an insurer to accept the claim.

[190] Ms. Bent filed a claim with her client’s insurer for enhanced benefits. The insurer retained several experts, including Dr. Platnick, to provide opinions on whether Ms. Bent’s client was catastrophically impaired. Some of the experts clinically evaluated Ms. Bent’s client. Dr. Platnick did not. His role was to summarize the findings of the other experts and, based on those findings, to provide his

[185] Je suis d’avis d’accueillir les pourvois. La poursuite intentée par le D^r 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^e Bent de suivre son cours minerait les raisons mêmes pour lesquelles l’art. 137.1 a été adopté.

Contexte

[186] M^e 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^r 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^r Platnick et M^e Bent prenaient part à deux instances en matière d’assurance. Dans la première, M^e 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^{er} 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^e Bent a soumis à l’assureur de son client une demande d’indemnité majorée. L’assureur a engagé plusieurs experts, dont le D^r Platnick, pour qu’ils donnent leur opinion sur la question de savoir si le client de M^e Bent souffrait d’une déficience invalidante. Certains des experts ont procédé à une évaluation clinique du client de M^e Bent, ce que le D^r Platnick n’a pas fait. Le rôle de celui-ci consistait

opinion on whether the criteria for catastrophic impairment had been met.

[191] One of the experts who clinically evaluated Ms. Bent's client, Dr. Varinder Dua, concluded that the client "ha[d] sustained a catastrophic impairment". She set out her findings in a report which the insurer forwarded to Ms. Bent.

[192] The insurer delayed in finalizing a decision on the catastrophic impairment claim. Ms. Bent protested, emphasizing her client's serious physical and mental health condition and noting that Dr. Dua had already made the catastrophic impairment finding necessary for the insurer to accept her client's claim. The delay persisted, prompting Ms. Bent to file a complaint with the Financial Services Commission of Ontario.

[193] A week later, the insurer accepted the catastrophic impairment claim, consistent with Dr. Dua's evaluation.

[194] One month after the insurer accepted the catastrophic impairment claim, because the complaint of delay was still outstanding, the Financial Services Commission of Ontario sent Ms. Bent a report prepared by Dr. Platnick for the insurer. Ms. Bent had not previously seen or been given Dr. Platnick's report.

[195] In his report, Dr. Platnick concluded that Ms. Bent's client did not meet the criteria for catastrophic impairment. Of particular note was Dr. Platnick's summary of Dr. Dua's report. Contrary to the conclusion in the report by Dr. Dua sent to Ms. Bent by the insurer, Dr. Platnick stated that Dr. Dua had not found the degree of impairment necessary for a catastrophic impairment designation. Other findings in Dr. Dua's report favourable to Ms. Bent's client were also omitted in Dr. Platnick's summary. At no point in the summary did Dr. Platnick

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^e Bent, la D^{re} 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^e Bent.

[192] L'assureur a tardé à rendre une décision définitive concernant la réclamation fondée sur la déficience invalidante. M^e Bent a protesté en insistant sur le piètre état de santé physique et mentale de son client et en faisant observer que la D^{re} 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^e 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^{re} 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^e Bent un rapport préparé par le D^r Platnick pour l'assureur, étant donné que la plainte pour examen tardif était toujours en instance. M^e Bent n'avait jusque là ni vu ni reçu le rapport du D^r Platnick.

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

indicate that he had talked to Dr. Dua, or suggest that Dr. Dua had prepared a subsequent report to the one she originally submitted to the insurer.

[196] In the second insurance proceeding in which Ms. Bent and Dr. Platnick were involved, Ms. Bent's client, Dr. Laura Carpenter, claimed insurance benefits on the basis of catastrophic impairment. To evaluate the claim, the insurer retained an assessment company (Sibley & Associates), which in turn hired Dr. Platnick and other experts. The other experts hired by Sibley clinically examined Dr. Carpenter. Dr. Platnick did not. His role was to review and summarize the clinical assessments prepared by the other experts and, based on those reports, to provide his opinion on whether Dr. Carpenter met the criteria for catastrophic impairment.

[197] After the clinical evaluations of Dr. Carpenter by the experts were complete, Ms. Bent received two reports from the insurer prepared by Dr. Platnick: a "Catastrophic Impairment Determination" report and a "Catastrophic Determination Executive Summary" report.

[198] In these reports, Dr. Platnick stated that Ms. Bent's client did not meet the criteria for catastrophic impairment. He described this finding as a "consensus conclusion" of four experts who had examined Dr. Carpenter, stating:

It is the consensus conclusion of this assessment that [Dr. Carpenter] does not achieve the catastrophic impairment rating as outlined in the SABS

[199] After receiving Dr. Platnick's reports, Ms. Bent obtained an order from the arbitrator presiding over the insurance proceeding, requiring disclosure of Sibley's entire file. As a result, she received

M^e Bent étaient également absentes du sommaire du D^r Platnick. Nulle part dans son sommaire le D^r Platnick n'indique s'être entretenu avec la D^{re} Dua ou ne laisse entendre que la D^{re} 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^e Bent et le D^r Platnick, la cliente de M^e Bent, la D^{re} 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^r Platnick et d'autres experts. Ces derniers ont procédé à un examen clinique de la D^{re} Carpenter, ce que le D^r 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 le cas de la D^{re} Carpenter satisfaisait aux critères relatifs à la déficience invalidante.

[197] Une fois que les experts eurent terminé leur évaluation clinique de la D^{re} Carpenter, M^e Bent a reçu de l'assureur deux rapports préparés par le D^r 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^r Platnick affirmait que le cas de la cliente de M^e 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^{re} Carpenter, et elle se lisait comme suit :

[TRADUCTION] La conclusion par voie de consensus qui se dégage de la présente évaluation est que [le cas de la D^{re} Carpenter] n'obtient pas une cote de déficience invalidante suivant l'*AIAL*

[199] Après avoir reçu les rapports du D^r Platnick, M^e 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

the original reports prepared by the medical experts who had examined and evaluated Dr. Carpenter, as well as correspondence between Sibley and those experts.

[200] The additional disclosure revealed that three of the four experts who Dr. Platnick had said were part of a “consensus conclusion”, had originally concluded that Dr. Carpenter was catastrophically impaired or made findings consistent with that conclusion. The fourth said that Ms. Bent’s client did not meet the criteria for catastrophic impairment. At the time Dr. Platnick submitted his summary report, the medical experts remained divided and no “consensus conclusion” existed among them about whether Dr. Carpenter was catastrophically impaired. Dr. Platnick’s summary reports, however, did not include either the conclusions of the experts who were of the view that Dr. Carpenter had suffered catastrophic impairment, or other findings in their reports favourable to Ms. Bent’s client.

[201] The additional disclosure obtained by Ms. Bent also included communications between Sibley and the medical experts who had clinically evaluated Dr. Carpenter. These documents exposed efforts to have the experts revise their reports and, in some cases, their conclusions, as to catastrophic impairment:

- Sibley sent an email to the psychiatrist on the assessment team, Dr. Mark Rubens, asking him to sign on to Dr. Platnick’s summary report and the conclusion that Dr. Carpenter was not catastrophically impaired. Dr. Rubens refused, noting that Sibley was asking him to “sign a ‘consensus statement’ in which ‘consensus’ is quite clearly and explicitly contradicted”, and describing the request as “profoundly offensive and insulting”.
- Sibley sent an email to the psychologist on the assessment team, Dr. Myles Genest, suggesting that he delete certain references to Sibley’s

conséquent, elle a reçu les rapports originaux préparés par les experts médicaux qui avaient examiné et évalué la D^{re} Carpenter, de même que la correspondance entre Sibley et les experts en question.

[200] Les documents additionnels communiqués révélèrent que trois des quatre experts qui, selon ce qu’affirmait le D^r Platnick, étaient arrivés à la « conclusion par voie de consensus », avaient d’abord conclu que la D^{re} Carpenter souffrait d’une déficience invalidante ou tiré des conclusions allant dans ce sens. Le quatrième expert affirmait que la cliente de M^e Bent ne satisfaisait pas aux critères relatifs à la déficience invalidante. Au moment où le D^r 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^{re} Carpenter souffrait ou non d’une déficience invalidante. Cependant, dans ses rapports sommaires, le D^r Platnick ne reprenait pas les conclusions des experts qui étaient d’avis que la D^{re} Carpenter souffrait d’une déficience invalidante, ni les autres conclusions de leur rapport qui étaient favorables à la cliente de M^e Bent.

[201] Les documents additionnels obtenus par M^e Bent comprenaient aussi des communications entre Sibley et les experts médicaux qui avaient procédé à une évaluation clinique de la D^{re} 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^r Mark Rubens, pour lui demander de souscrire au rapport sommaire du D^r Platnick et à la conclusion suivant laquelle la D^{re} Carpenter ne souffrait pas d’une déficience invalidante. Le D^r 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^r Myles Genest, pour lui suggérer de supprimer certains passages où

role in the assessment process and revise his answer to a question about Dr. Carpenter's employment capacity. To "maintain independence" and to avoid "compromis[ing] the integrity" of the assessment, Dr. Genest refused to make the suggested changes. Sibley sent a follow-up email providing Dr. Genest with "samples from Dr. Platnick" for the purposes of "complet[ing] an addendum" to his report. Dr. Genest refused to make these additions. When provided with Dr. Platnick's summary report, Dr. Genest told Sibley that he did not agree with Dr. Platnick's conclusion that "there is no catastrophic impairment resulting from the collision".

- A third doctor who had initially concluded that Dr. Carpenter's degree of impairment was sufficient for a catastrophic impairment designation, was sent "revisions" to his original report. After receiving these revisions from Sibley, he revised his report, removed the relevant finding of impairment, and agreed to defer to the conclusion of the "lead physician", Dr. Platnick.

[202] The matter proceeded to arbitration. The insurer, relying on Dr. Platnick's reports, argued that Dr. Carpenter was not catastrophically impaired. Dr. David King, a neurologist who was one of the four experts Dr. Platnick said was part of the "consensus conclusion", testified at the arbitration. He revealed that he had not participated in any consensus on whether Dr. Carpenter met the criteria for catastrophic impairment; that he had never seen Dr. Platnick's report; and that portions of his own report had been omitted without his knowledge or consent.

[203] Later that same day, the insurer settled with Dr. Carpenter on generous terms, agreeing that she had been catastrophically impaired. The insurer also agreed to full payment of insurance benefits on an enhanced basis retroactively with interest and to

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^{re} Carpenter. Pour [TRADUCTION] « conserver son indépendance » et pour éviter de « compromettre l'intégrité » de l'évaluation, le D^r Genest a refusé de faire les modifications demandées. Sibley a envoyé un courriel de suivi pour fournir au D^r Genest « d'autres éléments d'information provenant du rapport du D^r Platnick » afin de l'aider à « préparer un addendum » à son rapport. Le D^r Genest a refusé de faire ces ajouts. Après avoir pris connaissance du rapport sommaire du D^r Platnick, le D^r Genest a fait savoir à Sibley qu'il n'était pas d'accord avec la conclusion du D^r 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^{re} 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^r Platnick.

[202] L'affaire a été renvoyée à l'arbitrage. Se fondant sur les rapports du D^r Platnick, l'assureur a fait valoir que la D^{re} Carpenter ne souffrait pas d'une déficience invalidante. Le D^r David King, un neurologue au nombre des quatre experts qui, selon le D^r Platnick, étaient arrivés à la « conclusion par voie de 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^{re} Carpenter satisfaisait aux critères relatifs à la déficience invalidante; qu'il n'avait jamais vu le rapport du D^r 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^{re} Carpenter, reconnaissant qu'elle souffrait d'une déficience invalidante. Il a également accepté de verser rétroactivement à la D^{re} Carpenter l'intégralité de l'indemnité

fully indemnify Dr. Carpenter for her legal fees and disbursements. Ms. Bent described these terms as “virtually impossible to get on a settlement”.

[204] After the claim was settled, Ms. Bent sent a confidential email through a “Listserv” comprised exclusively of plaintiff-side personal injury lawyers who were members of the Ontario Trial Lawyers Association. These lawyers had all signed an undertaking to maintain the confidentiality of all information circulated on the Listserv:

CONFIDENTIALITY

I undertake to keep all LISTSERV information, opinions, and comments strictly confidential from all others, including OTLA members who are not LISTSERV Members, including my law firm partners, associates and staff.

I understand that other members of the OTLA rely on my undertaking to fellow members to maintain confidential[ity] in their decision to use the LISTSERVs.

[205] Ms. Bent’s email said:

Dear Colleagues,

I am involved in an Arbitration on the issue of catastrophic impairment where Sibley aka SLR Assessments did the multi-disciplinary assessments for TD Insurance. Last Thursday, under cross-examination the IE neurologist, Dr. King, testified that large and critically important sections of the report he submitted to Sibley had been removed without his knowledge or consent. The sections were very favourable to our client. He never saw the final version of his report which was sent to us and he never signed off on it.

d’assurance majorée, avec intérêts, et de l’indemniser intégralement de ses frais de justice et débours. Selon M^e 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^e 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^e 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^r 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^r 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.

He also testified that he never participated in any “consensus meeting” and he never was shown or agreed to the Executive Summary, prepared by Dr. Platnick, which was signed by Dr. Platnick as being the consensus of the entire team.

This was NOT the only report that had been altered. We obtained copies of all the doctor[s]’ file[s] and drafts and there was a paper trail from Sibley where they rewrote the doctors’ reports to change their conclusion from our client having a catastrophic impairment to our client not having a catastrophic impairment.

This was all produced before the arbitration but for some reason the other lawyer didn’t appear to know what was in the file (there were thousands of pages produced). He must have received instructions from the insurance company to shut it down at all costs on Thursday night because it offered an obscene amount of money to settle, which our client accepted.

I am disappointed that this conduct was not made public by way of a decision but I wanted to alert you, my colleagues, to always get the assessor’s and Sibley’s files. This is not an isolated example as I had another file where Dr. Platnick changed the doctor’s decision from a marked to a moderate impairment.

[206] Ms. Bent’s email was leaked from the Listserv and reached an advocacy group. It then found its way to a journalist at the “Insurance Business” magazine. The magazine published the email as part of a broader article about medical files being altered to suit insurers.

[207] Dr. Platnick sued, among others, the magazine, the magazine’s editor, the magazine’s associate editor, Ms. Bent, and Ms. Bent’s law firm, Lerner LLP, for defamation. He claimed damages in the amount of \$16.3 million in each lawsuit, for a total of close to \$50 million.

[208] In his statement of claim in the action against Ms. Bent, Dr. Platnick alleged that she had inaccurately accused him of professional misconduct. He

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^r Platnick, lequel a été signé par le D^r 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 avvertir, 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^r Platnick avait changé la décision du médecin, faisant passer la déficience de marquée à moyenne.

[206] Le courriel de M^e 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^r 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^e 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^e Bent, le D^r Platnick faisait valoir que celle-ci

claimed that in the case involving Dr. Dua, he was accurately summarizing a second, follow-up report in which Dr. Dua had changed her conclusion on catastrophic impairment after a conversation with Dr. Platnick. In Dr. Carpenter’s case, Dr. Platnick claimed that he used the term “consensus conclusion” with the expectation that such a consensus would emerge after the completion of his report. That was why he said he had attached an acknowledgment page with spaces for the signatures that Sibley was to obtain.

[209] Fifteen months after Dr. Platnick filed his statement of claim, Ms. Bent brought a motion under s. 137.1 of Ontario’s *Courts of Justice Act* to dismiss the action. Section 137.1 allows for the expeditious dismissal of proceedings which arise from expression on a matter of public interest.

[210] The motion judge, Dunphy J., agreed with Ms. Bent. He concluded that:

- Ms. Bent’s email addressed matters of “considerable importance to the administration of justice” and was sent to “underscore to other plaintiff-side lawyers the importance of obtaining production of the entire file in order to scrutinize expert reports”;
- There was a clear “public interest in educating OTLA members about the risk of relying upon selective ‘executive summary’ reports that omit evidence favourable to claimants and potentially make misleading and false claims of being consensus reports”;
- Ms. Bent “reported fairly and accurately on the facts reasonably known to her”;
- There was no evidence to reasonably support the inference that Ms. Bent acted with malice in publishing the email;

l’avait accusé à tort d’inconduite professionnelle. Il soutenait que, dans le dossier concernant la D^{re} 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^{re} Carpenter, le D^r 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^r Platnick eut déposé sa déclaration, M^e 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^e Bent. Il a conclu ce qui suit :

- Le courriel de M^e 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^e Bent « avait rapporté de façon exacte et impartiale les faits dont elle avait raisonnablement eu connaissance »;
- Rien ne permettait de conclure raisonnablement que M^e Bent avait agi avec malveillance en publiant le courriel;

- There was “no evidence to suggest that Ms. Bent bears any responsibility for the subsequent and unanticipated republication of the email to a broader audience”.

[211] Based on these findings, the motion judge held, among other things, that Ms. Bent had a valid defence of qualified privilege against the defamation claim, and that the public interest in protecting her expression outweighed the public interest in allowing Dr. Platnick’s claim to continue.

[212] The Court of Appeal allowed the appeal and reinstated Dr. Platnick’s action. The court held that a “reasonable trier” could find that the defence of qualified privilege was invalid on the basis that Ms. Bent acted inappropriately or maliciously in writing that Dr. Platnick had previously “changed [a] doctor’s decision”. The court also disagreed with the motion judge’s conclusion on the public interest weighing test and his related finding that Ms. Bent could not reasonably have anticipated the dissemination of the email outside the Listserv.

Analysis

[213] The issue in these appeals is whether Dr. Platnick’s defamation action should be dismissed under s. 137.1 of Ontario’s *Courts of Justice Act*.

[214] Section 137.1 provides a mechanism for the pre-trial dismissal of lawsuits that unduly limit expression on matters of public interest (*1704604 Ontario Ltd. v. Pointes Protection Association*, [2020] 2 S.C.R. 589, at para. 17). The goal of the legislation is to ensure that freedom of expression on matters of public interest is liberated from an aspect of fear over the costs and uncertainty of defending against a lawsuit (see Ministry of the Attorney General, *Anti-Slapp Advisory Panel: Report to the Attorney General* (2010), at pp. 8-10; see also Michaelin Scott and Chris Tollefson, “Strategic Lawsuits Against Public Participation: The British

- « Rien ne permet[tait] de penser que M^e 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^e 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^e Bent soit protégée l’emportait sur l’intérêt public à ce que la poursuite intentée par le D^r Platnick puisse suivre son cours.

[212] La Cour d’appel a accueilli l’appel et a autorisé la reprise de l’action du D^r 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^e Bent avait agi de façon inappropriée ou malveillante en écrivant que le D^r 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^e 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^r 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] 2 R.C.S. 589, 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*

Columbia Experience” (2010), 19 *RECIEL* 45, at p. 45; Hilary Young, “Rethinking Canadian Defamation Law as Applied to Corporate Plaintiffs” (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 529, at p. 562).

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] This goal is expressly identified in the legislation:

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

137.1 (1) The purposes of this section and sections 137.2 to 137.5 are,

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

(a) to encourage individuals to express themselves on matters of public interest;

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

(b) to promote broad participation in debates on matters of public interest;

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

(c) to discourage the use of litigation as a means of unduly limiting expression on matters of public interest; and

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

(d) to reduce the risk that participation by the public in debates on matters of public interest will be hampered by fear of legal action.

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.

(See also *Pointes Protection*, at para. 12.)

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

[216] These purposes are achieved by directing, through accelerated timelines,⁹ the expedited dismissal of proceedings which “aris[e] from” expression that relates to a matter of public interest:

[216] Le fait de permettre au tribunal, au moyen de délais abrégés⁹, 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

137.1

...

...

(3) On motion by a person against whom a proceeding is brought, a judge shall, subject to subsection (4), dismiss the proceeding against the person if the person satisfies the judge that the proceeding arises from an expression made by the person that relates to a matter of public interest.

(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.

...

...

⁹ These timelines are set out in s. 137.2.

⁹ Les délais en question sont énoncés à l’art. 137.2.

137.3 An appeal of an order under section 137.1 shall be heard as soon as practicable after the appellant perfects the appeal.

[217] There is no dispute that Dr. Platnick’s defamation action was based on expression that relates to a matter of public interest. The target of Dr. Platnick’s lawsuit was Ms. Bent’s email to her OTLA colleagues, which addressed questions of significance to the administration of justice, particularly the independence, accuracy and impartiality of experts and third-party assessment companies retained by insurers. Section 137.1(3) is therefore satisfied and Dr. Platnick’s defamation proceeding must presumptively be dismissed.

[218] Pursuant to s. 137.1(4), however, Dr. Platnick’s proceeding may continue if he satisfies a judge that there are grounds to believe that his case has substantial merit, that Ms. Bent has no valid defence to the proceeding, *and* that the likely harm suffered by him is serious enough that it outweighs the public interest in protecting Ms. Bent’s expression:

137.1

...

(4) A judge shall not dismiss a proceeding under subsection (3) if the responding party satisfies the judge that,

- (a) there are grounds to believe that,
 - (i) the proceeding has substantial merit, and
 - (ii) the moving party has no valid defence in the proceeding; and
- (b) the harm likely to be or have been suffered by the responding party as a result of the moving party’s expression is sufficiently serious that the public interest in permitting the proceeding to continue outweighs the public interest in protecting that expression.

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^r Platnick était fondée sur l’expression d’une personne relativement à une affaire d’intérêt public. La poursuite intentée par le D^r Platnick visait le courriel de M^e Bent à ses collègues de l’OTLA, qui 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 du D^r Platnick doit être rejetée.

[218] Toutefois, en vertu du par. 137.1(4), l’instance introduite par le D^r 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^e 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^e 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] Only if all three criteria are met by Dr. Platnick, is his proceeding allowed to continue.

[220] In my respectful view, Ms. Bent has a “valid” defence of qualified privilege and is therefore entitled to the relief mandated by s. 137.1(3), namely the dismissal of Dr. Platnick’s defamation action. Given this conclusion, it is unnecessary to consider whether she also has a valid defence of justification.

[221] In *Pointes Protection*, this Court clarified that a defence is “valid” if it has a “real prospect of success” (para. 60). To have a “real prospect of success”, a defence must be legally tenable, supported by evidence that is reasonably capable of belief, and have a prospect of success that, while not amounting to a demonstrated likelihood of success, tends to weigh more in favour of the person being sued (paras. 49-50 and 59-60). Dr. Platnick has the burden of showing that there is a sufficiently cogent basis in the record and the law to conclude “that the defence, or defences, put in play . . . can be said to have no real prospect of success” (para. 59).

[222] The defence of qualified privilege applies “where the person who makes a communication has an interest or a duty, legal, social, or moral, to make it to the person to whom it is made, and the person to whom it is so made has a corresponding interest or duty to receive it” (*Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 143; *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3, at para. 78, both quoting *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309 (H.L.), at p. 334). The focus is on the circumstances in which the communication was made. Qualified privilege can be lost if the communication exceeds the legitimate purposes of the privilege, or if the speaker was predominantly motivated by malice (*Botiuk*, at paras. 79-80). The focus at this stage is on the content of the communication, and on the conduct and motives of the speaker.

[219] Ce n’est que si le D^r Platnick remplit ces trois critères que l’instance qu’il a introduite pourra suivre son cours.

[220] À mon humble avis, M^e 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^r 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^r 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] In this case, the conclusion that Ms. Bent sent her email in circumstances protected by qualified privilege, is supported by evidence that is reasonably capable of belief and sufficiently compelling to give the defence the necessary likelihood of success (*Pointes Protection*, at paras. 59-60). Dr. Platnick has not provided a sufficient basis in the record and the law that shows otherwise. Ms. Bent was the incoming president of the OTLA, an organization whose members advocate for the fair treatment of accident victims in the insurance system and routinely act for them in legal disputes against insurers. As president-elect, Ms. Bent had a clear duty to inform OTLA members about selective and misleading expert reports which disadvantage the very individuals they advocate for and represent. The OTLA has raised concerns about this problem in public forums and consultations. Ms. Bent also had a duty to advise OTLA members of ways to protect their clients' interests against unfair practices by experts and assessment companies. These matters went to the heart of the OTLA's mandate — and, as a result, to Ms. Bent's role as president-elect.

[224] At the time Ms. Bent sent her email, there had already been significant public controversy over the neutrality of experts retained by insurance companies. Although all experts have a duty to act independently and impartially (*White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, [2015] 2 S.C.R. 182, at para. 10), concerns have been raised for many years about experts and assessors who produce selective or misleading reports that “may be the determining factor” in resolving a claim for insurance benefits (*MacDonald v. Sun Life Assurance Company of Canada*, 2006 CanLII 41669 (Ont. S.C.J.), at para. 100; see also paras. 101-3; *Burwash v. Williams*, 2014 ONSC 6828, at paras. 25-29 (CanLII); *Daggitt v. Campbell*, 2016 ONSC 2742, 131 O.R. (3d) 423, at paras. 27-30).

[223] Dans le cas qui nous occupe, la conclusion suivant laquelle M^e 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^r Platnick n'a pas fourni une base suffisante dans son dossier et en droit à l'effet contraire. M^e 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^e 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^e 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^e Bent en tant que présidente élue.

[224] Au moment où M^e 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); *Daggitt c. Campbell*, 2016 ONSC 2742, 131 O.R. (3d) 423, par. 27-30).

[225] Cunningham A.C.J. summarized the problem as follows in the Ministry of Finance’s *Ontario Automobile Insurance Dispute Resolution System Review: Final Report* (2014):

The problem is obvious. An expert retained by an insurer who supports claimants is unlikely to be retained again. [p. 23]

[226] These concerns came to the fore in the two insurance proceedings involving Ms. Bent and Dr. Platnick. Not only did Ms. Bent have a duty to share such concerns as the president-elect of the OTLA, she had a professional duty as a lawyer to participate in improving the administration of justice and to share best practices (see Law Society of Ontario’s *Rules of Professional Conduct*, rr. 2.1-2 and 5.6-1). It was arguably consistent with this duty for her to flag conduct by experts that had been the source of considerable public concern and controversy in her area of practice.

[227] Members of the OTLA Listserv — all plaintiff-side personal injury lawyers — unquestionably had a reciprocal duty as well as an interest in receiving Ms. Bent’s communication. Being alerted to questionable conduct by experts and assessment companies — and advised of ways to guard against such conduct — was of professional significance to them and especially to their clients. I cannot see how Ms. Bent or her colleagues could possibly have waived their professional obligation to exchange such information by joining a Listserv. Whether Ms. Bent and her colleagues were under a duty to share information does not solely depend on *how* they ultimately chose to communicate. The very terms and conditions of the Listserv, moreover, clarify that it was a confidential forum participated in precisely to “obtai[n] counsel, advice and assistance” on issues arising on their files.

[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^e Bent et le D^r Platnick. Non seulement M^e 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 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^e 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^e 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^e 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] Ms. Bent’s communication, therefore, was made by a person with a professional interest and duty to share the information with her colleagues, who had a corresponding interest and duty to receive it. This supports the conclusion that her defence of qualified privilege has a “real prospect of success” based on both the facts and the law.

[229] Qualified privilege can, however, be defeated if the communication exceeded the purposes of the privilege or if it can be shown that Ms. Bent was predominantly motivated by malice.

[230] A defendant cannot rely on qualified privilege if the information communicated is “not reasonably appropriate to the legitimate purposes of the occasion” (*Botiuk*, at para. 80; see also *Hill*, at paras. 146-47). A statement cannot be “reasonably appropriate” unless it is “*relevant and pertinent* to the discharge of the duty or the exercise of the right or the safeguarding of the interest which creates the privilege” (*Hill*, at para. 146 (emphasis added), citing *Adam v. Ward*, at p. 321). As Professor Raymond E. Brown has noted:

Courts take a broad view of a connection between the statement and the privileged occasion; it need not be central to the topic or occasion but only relevant.

(*Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 13-895; see also *Douglas v. Tucker*, [1952] 1 S.C.R. 275, at p. 286; *Netupsky v. Craig*, [1973] S.C.R. 55, at pp. 60-61; *McLoughlin v. Kutasy*, [1979] 2 S.C.R. 311, at p. 323; *Merit Consultants International Ltd. v. Chandler*, 2014 BCCA 121, 60 B.C.L.R. (5th) 214, at para. 30; *Wang v. British Columbia Medical Assn.*, 2014 BCCA 162, 57 B.C.L.R. (5th) 217, at paras. 99-100; *RTC Engineering Consultants Ltd. v. Ontario (Solicitor General)* (2002), 58 O.R. (3d) 726 (C.A.), at para. 18; *Chohan v. Cadsky*, 2009 ABCA 334, 464 A.R. 57, at paras. 105 and 108; *Lauffer v. Bucklaschuk* (1999),

[228] En conséquence, la communication de M^e 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^e 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^e 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; *Lauffer c. Bucklaschuk* (1999), 145 Man. R.

145 Man. R. (2d) 1 (C.A.), at para. 76; *Board of Trustees of the City of Saint John Employee Pension Plan v. Ferguson*, 2008 NBCA 24, 328 N.B.R. (2d) 319, at para. 9; *Cush v. Dillon*, [2011] HCA 30, 243 C.L.R. 298, at paras. 22-23.)

[231] Dr. Platnick argued that Ms. Bent exceeded the limits of qualified privilege because it was not “necessary” for her to identify him by name. The question, however, is whether Ms. Bent’s statements were relevant and “reasonably appropriate” in the circumstances, not whether they were strictly necessary (*Hill*, at para. 147; *Botiuk*, at para. 80). A necessity-based approach would have dangerous and restrictive implications for the defence of qualified privilege. It would effectively exclude from the defence statements containing specific examples of misconduct, since statements like that can almost always be stripped of detail and reconstructed without the “unnecessary” examples they previously contained. Courts, for good reason, do not apply this type of strict editorial scrutiny when evaluating claims of qualified privilege (*Brown*, at pp. 13-888 to 13-906). As the British Columbia Court of Appeal magnetically noted, a “person speaking on a privileged occasion should not be regarded as a tightrope walker without a safety net, with the judge waiting underneath with bated breath hoping for a tumble” (*Wang*, at para. 99, quoting *Birchwood Homes Limited v. Robertson*, [2003] EWHC 293 (Q.B.), at para. 27 (BAILII); see also *Tsatsi v. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan*, 2018 SKCA 53, at para. 48 (CanLII)).

[232] In this case, it is hard to see how Ms. Bent could have exceeded the bounds of her duty to inform OTLA members of selective and misleading expert reports, by identifying an expert who she reasonably believed to have engaged in precisely that conduct.

[233] The facts Ms. Bent knew when she identified Dr. Platnick clearly connected him to the selective or misleading practices that Ms. Bent was duty-bound to report to her colleagues, or, for that matter, that her

(2d) 1 (C.A.), par. 76; *Board of Trustees of the City of Saint John Employee Pension Plan c. Ferguson*, 2008 NBCA 24, 328 R.N.-B. (2e) 319, par. 9; *Cush c. Dillon*, [2011] HCA 30, 243 C.L.R. 298, par. 22-23.)

[231] Selon le D^r Platnick, M^e 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^e 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 de telles déclarations 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 (Q.B.), 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^e 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^e Bent était au courant lorsqu’elle a identifié le D^r Platnick associaient clairement celui-ci aux pratiques sélectives ou trompeuses qu’elle avait l’obligation de signaler à ses

colleagues would have been duty-bound to report to each other, since those facts went to the heart of their ability to do their jobs for their clients. Not only did Dr. Platnick's reports, on their face, misrepresent the conclusions of the experts who had clinically evaluated Dr. Carpenter, they omitted several findings the experts made in reaching conclusions that were favourable for Dr. Carpenter's position.

[234] In the Carpenter arbitration, Dr. Platnick produced reports purporting to summarize the findings of the medical experts who evaluated Ms. Bent's client. Dr. Platnick concluded that the client was not catastrophically impaired and described this finding as a "consensus conclusion" of the assessment team. The disclosure obtained by Ms. Bent showed that no such consensus existed; the experts, in fact, were divided, and a single finding of catastrophic impairment would have provided sufficient grounds for the insurer to accept Dr. Carpenter's claim.

[235] Nor was there a disclaimer or other qualifying statement in Dr. Platnick's report indicating that it was a draft. Moreover, when contacted by Sibley to revisit their findings in light of Dr. Platnick's report, two of the experts refused to endorse his conclusion or analysis. A third, Dr. King, testified at the arbitration that he had never seen Dr. Platnick's report and had not played any role in the report's preparation. This same doctor testified about alterations to his report made without his knowledge or consent.

[236] Dr. Platnick's conduct in the Carpenter arbitration was consistent with his conduct in the prior proceeding involving Dr. Dua. In a similar context — a catastrophic impairment claim against an insurer which retained experts to conduct an assessment — Dr. Platnick had again produced a report which Ms. Bent reasonably viewed as misrepresenting the conclusions of a medical expert who had

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^r Platnick, à première vue, présentent de façon inexacte les conclusions des experts ayant procédé à une évaluation clinique de la D^{re} 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^{re} Carpenter.

[234] Dans le cadre de l'arbitrage concernant le dossier de la D^{re} Carpenter, le D^r Platnick a produit des rapports censés résumer les conclusions des experts médicaux qui avaient évalué la cliente de M^e Bent. Le D^r 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^e 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^{re} Carpenter.

[235] Le rapport du D^r 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^r Platnick, deux des experts ont refusé de souscrire à la conclusion et à l'analyse de ce dernier. Un troisième médecin, le D^r King, a affirmé lors de l'arbitrage qu'il n'avait jamais vu le rapport du D^r 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^r Platnick au cours de l'arbitrage concernant le dossier de la D^{re} Carpenter est semblable à celle qu'il a eue lors d'une instance précédente à laquelle prenait part la D^{re} 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^r Platnick avait là encore produit

examined her client. At the time Ms. Bent sent the email, she only had the copy of Dr. Dua's report sent to her by the insurer. She had no knowledge of a second, amended report, nor did she have any reason to believe that a second report had been produced. Not only was there no reference to it in the report by Dr. Platnick, the insurer settled on terms consistent with Dr. Dua's first report.

[237] There is, therefore, solid evidentiary support for Ms. Bent's belief that Dr. Platnick had produced selective and misleading expert reports. Whether this belief was substantially true is the test for justification, a defence which is not the focus of these reasons. It is not the test for qualified privilege, where what matters is whether communicating her belief to members on the OTLA Listserv was relevant and reasonably appropriate in the circumstances. Given the compelling evidence in Ms. Bent's possession, it was clearly relevant and appropriate for her, in fulfilling her duty to protect her colleagues and their clients, to identify Dr. Platnick, a frequently-retained expert in whose cases it had proven to be especially important to obtain full disclosure of the insurer's files. Suggesting to her professional colleagues that there was a doctor somewhere in Ontario whose reports they ought to distrust, would have been a warning without content.

[238] It would defeat the purpose of qualified privilege to withhold the defence from Ms. Bent because she chose to identify Dr. Platnick by name. Qualified privilege exists to acknowledge the benefit of expression which is relevant to protecting the public interest, including protecting the public from the perpetuation of wrongdoing or injustice. Generic accounts of misconduct, which do not refer to specific persons (and are therefore not defamatory in the

un rapport qui, selon ce que M^e 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^e Bent n'avait en main que la copie du rapport de la D^{re} 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^r 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^{re} Dua.

[237] Il y a donc de solides preuves qui justifiaient M^e Bent de croire que le D^r Platnick avait produit des rapports d'experts sélectifs et trompeurs. La question de savoir si ce que croyait M^e 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^e 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^r 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. Dire 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^e Bent la possibilité d'invoquer cette défense parce qu'elle a choisi d'identifier le D^r 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

first place) do not require the protection of qualified privilege. The defence is, necessarily, engaged only when someone is identified. It is precisely in these circumstances that the shield of qualified privilege is most important, to ensure that communication in the public interest is not inhibited by fear of a potential lawsuit (Brown, at pp. 13-22 to 13-35).

[239] Relying on *Hill* and *Botiuk*, Dr. Platnick also argued that Ms. Bent exceeded the purposes of the privilege by not exercising further investigative diligence before publishing her email. *Hill* and *Botiuk* represent very different circumstances. The defamatory remarks in *Hill* concerned serious allegations of impropriety against senior Crown counsel, delivered on the steps of Osgoode Hall with major media outlets present, before the completion of an ongoing investigation into counsel's conduct. When the remarks were made, there was little evidentiary support for them. The defamatory remarks in *Botiuk* were included in documents that many of the defendant lawyers endorsed without reading, and that included claims they knew to be untrue. In both cases, the need for further investigation was obvious at the time the remarks were made. Neither *Hill* nor *Botiuk* state that a privileged occasion is exceeded when a lawyer declines to supplement what is *already* a reasonable belief with a further investigation.

[240] Unlike the defendants in *Hill* and *Botiuk*, moreover, Ms. Bent's communication was sent to a "restricted constituency" (*Foulidis v. Baker*, 2014 ONCA 529, 323 O.A.C. 258, at para. 46). Ms. Bent sent her email while she was president-elect of the OTLA through a Listserv restricted to members of the OTLA who practiced plaintiff-side personal injury law — the precise group of people who had either a duty or interest in receiving her communication.

(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^r Platnick a également soutenu que M^e 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 défenseurs 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^e Bent a été envoyée à [TRADUCTION] « un groupe restreint » (*Foulidis c. Baker*, 2014 ONCA 529, 323 O.A.C. 258, par. 46). M^e 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

Members of the Listserv were bound by a wide-ranging undertaking to keep the information “strictly confidential”. The unequivocal undertaking is worth repeating:

CONFIDENTIALITY

I undertake to keep all LISTSERV information, opinions, and comments strictly confidential from all others, including OTLA members who are not LISTSERV Members, including my law firm partners, associates and staff.

I understand that other members of the OTLA rely on my undertaking to fellow members to maintain confidential[ity] in their decision to use the LISTSERVs.

[241] Ms. Bent’s email, moreover, ended with a disclaimer which highlighted that the message contained “legally privileged and confidential information” and that “any review, dissemination, distribution or copying of this communication is prohibited”.

[242] As lawyers, Listserv members were required by the *Rules of Professional Conduct* to “strictly and scrupulously fulfill” their undertakings (r. 5.1-6; see also r. 7.2-11). There was no reason for Ms. Bent to expect that Listserv members would breach these undertakings and, in so doing, breach their professional obligations. Nothing in the undertakings suggests that Listserv members were free to ignore their confidentiality obligations based on their personal views about whether a communication is “potentially defamatory”, or relates to “ongoing files”. Ms. Bent relied, rightly, on her colleagues honouring their professional responsibilities. The fact that one of them did not, cannot be used to disintegrate the reality that

personnels — le groupe précis de personnes qui avaient l’obligation de recevoir la communication de M^e 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^e 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^e 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

she was complying with her own professional duty to protect her clients and those of her colleagues.

[243] All of this supports Ms. Bent’s defence that she acted in compliance with the purposes of the privilege in that she provided “appropriate information to appropriate people” using an appropriate means of communication (*RTC Engineering*, at para. 18). Neither the record nor the law provides a basis that tends to support Dr. Platnick’s position to the contrary (*Pointes Protection*, at para. 59).

[244] Qualified privilege can also be defeated, however, “if the dominant motive for publishing is actual or express malice” (*Botiuk*, at para. 79). Dr. Platnick argued that Ms. Bent was predominantly motivated by malice. Like the motion judge, I see no merit in this claim.

[245] This Court defined “malice” as follows in *Hill*:

Malice is commonly understood, in the popular sense, as spite or ill-will. However, it also includes . . . “any indirect motive or ulterior purpose” that conflicts with the sense of duty or the mutual interest which the occasion created . . . Malice may also be established by showing that the defendant spoke dishonestly, or in knowing or reckless disregard for the truth. [para. 145, citing *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067, at p. 1099.]

[246] Malice is determined by examining the “state of mind and motives of the defendant at the time of publication” (Brown, at p. 16-27; see also Peter A. Downard, *The Law of Libel in Canada* (4th ed. 2018), at pp. 188-89; *Jerome v. Anderson*, [1964] S.C.R. 291, at p. 299; *Hodgson v. Canadian Newspapers Co.* (2000), 49 O.R. (3d) 161 (C.A.), at para. 35). The inquiry focuses on the subjective attitude of the person making the communication, either towards the target of the communication or towards the truth (see Brown, at pp. 16-3 to 16-10). Malicious motives can

cours ». M^e Bent comptait à bon droit sur le fait 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^e 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^r 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^r Platnick soutient que M^e 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^e 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

include spite or ill-will towards the plaintiff, and acting with knowing or reckless disregard for the truth (*Smith v. Cross*, 2009 BCCA 529, 99 B.C.L.R. (4th) 214, at para. 34). The party alleging malice has the burden of proving it (*Hill*, at para. 144) and it is “not a burden that is easily satisfied” (Brown, at p. 16-204; see also *Martin v. Lavigne*, 2011 BCCA 104, 17 B.C.L.R. (5th) 132, at para. 44; *Cimolai v. Hall*, 2007 BCCA 225, 240 B.C.A.C. 53, at para. 29).

[247] To establish malice through recklessness, “the evidence must be sufficiently strong to transcend a finding of carelessness or negligence and demonstrate an indifference to truth or falsity” and thus “no honest belief in [the] truth” (Downard, at p. 183; see also *Laufer*, at para. 74; *Davies & Davies Ltd. v. Kott*, [1979] 2 S.C.R. 686, at pp. 697-98; *Korach v. Moore* (1991), 1 O.R. (3d) 275 (C.A.), at pp. 278-80; *Wells v. Sears*, 2007 NLCA 21, 264 Nfld. & P.E.I.R. 171, at para. 44; *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135 (H.L.), at pp. 150-53, per Lord Diplock). It was further explained by Professor Brown as follows:

“Recklessness is . . . not to be confused with mere carelessness, impulsiveness or irrationality”. Courts have drawn “a distinction between honest belief formed by carelessness, impulsiveness or irrationality — which does not amount to actual malice — and a belief based on recklessness, or no belief in its accuracy at all, which does.” [Footnotes omitted; p. 16-114.]

[248] The Court of Appeal held that a “reasonable trier” could conclude that Ms. Bent acted with reckless disregard in mentioning the arbitration involving Dr. Dua, primarily on the basis that she was in “no position to know what had gone on between Dr. Dua and Dr. Platnick”. But there was no reason for her to suspect that *anything* had happened between them. As my colleague notes, Ms. Bent “had no reason to know of a second version of Dr. Dua’s report”. There was no mention of any such document by the person best-placed to draw it to counsel’s

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, le 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 en 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^e Bent avait agi avec une insouciance téméraire en mentionnant l’arbitrage auquel prenait part la D^{re} Dua, principalement au motif qu’elle « n’était pas en mesure de savoir ce qui s’était passé entre la D^{re} Dua et le D^r Platnick ». Cependant, rien ne justifiait qu’elle soupçonne que *quelque chose* s’était passé entre eux. Comme le fait observer ma collègue, M^e Bent « n’avait aucune raison d’avoir connaissance d’une deuxième version du rapport de la D^{re} Dua ».

attention — Dr. Platnick — who omitted the existence of a second version in his report, along with any mention of his interactions with Dr. Dua. The insurer in Dr. Dua’s case, moreover, settled on terms consistent with Dr. Dua’s *first* report, leaving no reason for Ms. Bent to assume that a follow-up report had been produced with a different conclusion as to catastrophic impairment.

[249] Perhaps most significantly, Ms. Bent only referred to the incident involving Dr. Dua after going through a *second* arbitration, the one involving Dr. Carpenter, in which Dr. Platnick again produced a report which, on its face, misrepresented the catastrophic impairment determinations of the medical experts. There is simply no basis, in these circumstances, to conclude that Ms. Bent acted with carelessness, let alone reckless disregard or indifference to the truth.

[250] The Court of Appeal also emphasized Ms. Bent’s failure to refer to her notes about the case involving Dr. Dua. Ms. Bent, however, fully explained why she had no reason to refer to her notes: she remembered the case clearly because her client was suicidal and there had been significant delay by the insurer. Dr. Dua’s first report supports Ms. Bent’s description about her client’s serious condition. And the Financial Services Commission of Ontario noted that Ms. Bent’s complaint of delay against the insurer was well-founded. There is therefore nothing in the record to support a finding of malice against Ms. Bent, either due to recklessness or on any other basis.

[251] A final point on malice. The motion judge concluded that there was no evidence to reasonably support the inference that Ms. Bent acted with malice in publishing her email, a conclusion fully supported by the record. It was his task to assess the evidence before him and, from his review of the record, to

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^r 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^{re} Dua. De plus, dans le cas de la D^{re} Dua, l’assureur avait conclu un règlement qui était conforme au *premier* rapport de celle-ci, ne donnant à M^e 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^e Bent n’a mentionné l’incident concernant la D^{re} Dua qu’après être intervenue dans un *second* arbitrage, celui concernant la D^{re} Carpenter, au cours duquel le D^r 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^e 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^e Bent avait omis de se référer à ses notes sur le dossier auquel avait pris part la D^{re} Dua. M^e 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^{re} Dua confirme la description de M^e 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^e 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^e 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^e Bent avait agi avec malveillance en publiant son courriel, cette conclusion étant amplement justifiée au vu du

determine the likelihood of Dr. Platnick’s establishing malice at trial. His conclusions are entitled to deference since, as this Court has said, appellate deference is not limited to proceedings involving *viva voce* testimony (*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 24-25). “[N]umerous policy reasons” support a deferential stance to first-level decision-makers — including “[l]imiting the [n]umber, [l]ength and [c]ost of [a]ppeals”, a central policy objective underpinning the s. 137.1 regime (paras. 16 and 32; see also *Courts of Justice Act*, s. 137.3; Ministry of the Attorney General, at pp. 5 and 18). Moreover, showing deference to the assessments of a motion judge that involve a review of the record, absent an error of law or palpable and overriding error of fact, is the approach this Court has endorsed for summary judgment motions (*Hryniak v. Mauldin*, [2014] 1 S.C.R. 87, at para. 81). I see no reason for having a different one for motions under s. 137.1.

[252] Based on the foregoing, Ms. Bent’s defence of qualified privilege has a “real prospect of success”, the standard this Court endorsed in *Pointes Protection*. As a result, Dr. Platnick’s defamation action must be dismissed.

[253] Nonetheless, there are aspects of the weighing test set out in s. 137.1(4)(b) worth exploring in light of my colleague’s conclusion that the weighing exercise favours Dr. Platnick.

[254] Section 137.1(4)(b) states:

(4) A judge shall not dismiss a proceeding under subsection (3) if the responding party satisfies the judge that,

...

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^r Platnick établit 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 motions 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^e 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^r 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^r 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) the harm likely to be or have been suffered by the responding party as a result of the moving party's expression is sufficiently serious that the public interest in permitting the proceeding to continue outweighs the public interest in protecting that expression.

[255] The first part of the weighing exercise is the harm “likely to be or have been suffered” by the party bringing the proceeding. Harm must have occurred “as a result of” the expression of the party being sued.

[256] Ms. Bent's email was sent on a confidential Listserv to members of the OTLA. The bulk of the harm alleged by Dr. Platnick, however, occurred because of the *leak* of the email. The answer to whether the harm caused by the leak of the email was “a result of [Ms. Bent's] expression” depends on whether Ms. Bent could be held legally liable for the leak.

[257] As a general rule, “a person is responsible only for his or her own defamatory publications, and not for their repetition by others” (Brown, at pp. 7-51 to 7-61; see also *Crookes v. Newton*, [2011] 3 S.C.R. 269). There is an exception where the “republication is the natural and probable result of the original publication” (*Breeden v. Black*, [2012] 1 S.C.R. 666, at para. 20, referencing Raymond E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (1987), vol. 1, at pp. 253-54). The reasonable foreseeability of the leak of the email is therefore key.

[258] The Listserv was exclusively comprised of OTLA members all of whom were bound not only by a confidentiality undertaking not to disclose the information, but also by Ontario's *Rules of Professional Conduct*, which emphasize the importance of lawyers' abiding by their undertakings. To suggest that Ms. Bent ought to have foreseen that Listserv members — all lawyers — who were bound by a confidentiality undertaking would breach that undertaking in possible violation of their professional obligations, amounts to asserting that a lawyer cannot reasonably expect another lawyer to

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^e 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^r 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^e Bent] » dépend de la question de savoir si M^e 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^e 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

honour his or her undertaking to protect confidential or privileged information.

[259] This amounts to a presumption of professional misconduct. And, in effect, it suggests that lawyers can be held liable for the professional misconduct of colleagues whom they trusted, on reasonable grounds, to act in accordance with their professional duty to “strictly and scrupulously fulfill” their undertakings to protect confidential information. That, in my respectful view, would rupture the foundation of the expectations lawyers have in their communications with one another on behalf of their respective clients.

[260] Any harm resulting from the leak, therefore, was caused by unforeseen and unforeseeable communication by others, not by Ms. Bent sending the email to its intended audience of lawyers on the Listserv.

[261] The second part of the weighing exercise is the public interest in protecting Ms. Bent’s expression. Ms. Bent’s email addressed matters of critical importance to the administration of justice. Her experience in the two proceedings involving Dr. Platnick illuminated the practices of an expert who frequently acts for insurers and whose summary reports she reasonably believed did not accurately and fully represent the clinical evaluations conducted during the claims assessment process. Communicating this information to members on the OTLA Listserv — and advising them to always obtain full disclosure of insurers’ files — encouraged protective disclosure practices for lawyers and alerted them to be cautious in their dealings with assessors and with insurers’ experts.

[262] There is also a broader public interest in protecting Ms. Bent’s expression. Permitting a

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^e 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^e Bent. Le courriel de M^e Bent abordait des questions d’une importance capitale pour l’administration de la justice. Son expérience lors des deux instances mettant en cause le D^r 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^e Bent. Permettre, dans

\$16.3 million defamation lawsuit to proceed against her in these circumstances would produce a considerable chilling effect. Lawyers — or for that matter any professional — with reasonable grounds to believe they have seen or experienced misconduct, will be significantly inhibited in their ability to communicate that cautionary information to others, even on a confidential basis. There was, as the motion judge identified, evidence that Dr. Platnick’s lawsuit has already had such a chilling effect.

[263] Amplifying the risk of a chilling effect is Dr. Platnick’s excessive claim for damages in the amount of \$16.3 million, a clear reflection of the “punitive or retributory purpose” which is the hallmark of a classic SLAPP suit (*Pointes Protection*, at paras. 78-81). This informs why allowing his proceeding to continue would undermine the public interest by deterring future expression (paras. 80-81).

[264] This is not a question of encouraging the needless defamation of individuals or discouraging reasonable due diligence, as Dr. Platnick claims. It is a question of ensuring that the goals of the legislation are preserved, by protecting individuals from liability for holding others to account when they reasonably believe misconduct has occurred. There is no doubt that reputation should be protected from gratuitous attacks, but sometimes, as in this case, protecting expression on matters of public interest outweighs the harm to individual reputation. If the powerful vision of s. 137.1 set out in *Pointes Protection* is to be given meaningful effect, vindication of reputation — a value engaged in all defamation cases — cannot be allowed to overwhelm the analysis and goals mandated by the statute.

[265] This brings us finally to Dr. Platnick’s motion to admit fresh evidence.

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^r Platnick a déjà eu un tel effet paralysant.

[263] Un autre facteur susceptible d’accroître l’effet paralysant est la demande de dommages-intérêts excessifs présenté par le D^r Platnick, au montant de 16,3 millions de dollars, demande 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^r 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, — supprime l’analyse et les objectifs prescrits par la loi.

[265] Cela nous amène enfin à la requête présentée par le D^r Platnick en vue de faire admettre de nouveaux éléments de preuve.

[266] Dr. Platnick has submitted a package of “fresh evidence” in a 214-page motion record, which includes an assortment of unsworn correspondence, pleadings in related lawsuits, and proposed amendments to those pleadings.

[267] Most of the material is clearly irrelevant and inadmissible.¹⁰ What is left are two unsworn letters sent by email from counsel for the Insurance Business magazine to counsel for Dr. Platnick. In these emails, counsel for the magazine conveys information from the magazine’s then-associate editor, who claims that he interviewed Ms. Bent prior to the magazine’s publishing her confidential communication in an article in its December 29, 2014 issue.

[268] There was no reference to an interview with Ms. Bent in the article.

[269] Dr. Platnick first tried to admit these emails after the hearing of Ms. Bent’s motion to dismiss his lawsuit on the merits and while Dunphy J.’s decision was under reserve. The motion judge refused to admit the evidence, describing the attempt to do so as a “clear abuse of process” (2016 ONSC 7474). The Court of Appeal noted that “the motion judge’s order involved the exercise of his discretion to control the proceedings before him and [Dr. Platnick] offers no basis upon which this court could properly interfere with the exercise of that discretion”.

[270] Before this Court, Dr. Platnick has renewed his attempt to admit the two emails as fresh evidence. To succeed, he must satisfy each element of the test in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759:

¹⁰ The letter from Dr. Dua has no relevance to whether Ms. Bent has a valid defence of qualified privilege.

[266] Le D^r 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 admissibles¹⁰. 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^r 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^e Bent en 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^e Bent.

[269] Le D^r Platnick a d’abord tenté de faire admettre ces courriels en preuve après l’instruction sur le fond de la motion présentée par M^e 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^r 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^r 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 :

¹⁰ La lettre de la D^{re} Dua n’a aucune pertinence quant à savoir si M^e Bent a une défense valable d’immunité relative.

(1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases

(2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.

(3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and

(4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. [p. 775]

[271] If we admit into the 15-volume appeal record before this Court these 2 unsworn and untested emails, emails relating to issues that were, from the day Dr. Platnick brought his defamation action, live and in serious dispute but unchallenged and unexplored by him, and emails that were rejected as fresh evidence 4 years ago by the motion judge, then we are essentially declaring that the *Palmer* test does not apply in appeals of s. 137.1 motions before our Court. The emails, in my respectful view, are neither “fresh” nor “evidence”.

[272] The first requirement for the admission of fresh evidence under *Palmer* is that due diligence has been demonstrated, that is, whether Dr. Platnick *could have* obtained the emails prior to the hearing before Dunphy J. had he made reasonable efforts (*Palmer*, at p. 775; *R. v. Sipos*, [2014] 2 S.C.R. 423, at para. 29). The question is not, as Dr. Platnick claims, whether the emails were actually in his possession before the hearing.

[273] The unadorned chronology makes clear that no efforts, let alone reasonable ones, were made to get evidence about the disputed interview before the

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^r 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 explorees, 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^r 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^r 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

motion hearing. Dr. Platnick started his defamation action on January 27, 2015, 17 months before the hearing of Ms. Bent's motion to dismiss. Dr. Platnick himself put the issue of an interview in play in his statement of claim:

The defendant, Bent gave an interview to the Insurance Business Magazine to bring further attention to the defamatory communication and maximize the harm, injury, embarrassment and humiliation to the plaintiff and his family;

The defendants knew that the Insurance Business Magazine reached a large and particularly important audience for the plaintiff and that the on-line version of its article . . . was still widely accessible

[274] In her statement of defence, filed on March 31, 2015, Ms. Bent expressly denied giving such an interview:

. . . Ms. Bent denies providing an interview to *Insurance Business Magazine* in respect of the Confidential Communication and/or authorizing the publication of the Confidential Communication to Donald Horne for an article appearing in the December 29, 2014 issue of *Insurance Business*.

[275] On April 27, 2016, Ms. Bent commenced the process to dismiss Dr. Platnick's action by way of a motion pursuant to s. 137.1. In her supporting affidavit, she once again denied giving an interview to the magazine.

[276] On April 28, 2016, following a scheduling hearing with the motion judge, the parties were given a hearing date and a timetable to file their materials. In none of his numerous objections to the timetable did Dr. Platnick's counsel mention the need for more time to pursue evidence about the existence of an interview.

[277] On June 6, 2016, Ms. Bent was cross-examined on her affidavit. The issue of the interview was not raised by Dr. Platnick's counsel. There is, in fact, no indication that he took steps to obtain

des éléments de preuve sur l'entrevue contestée avant l'instruction de la motion. Le D^r Platnick a intenté son action en diffamation le 27 janvier 2015, 17 mois avant l'instruction de la motion en rejet présentée par M^e Bent. Le D^r Platnick a lui-même abordé la question d'une entrevue dans sa déclaration :

[TRADUCTION] La défenderesse, M^e 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^e Bent nie expressément avoir accordé une telle entrevue :

[TRADUCTION] . . . M^e 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^e Bent a commencé le processus en vue de faire rejeter l'action du D^r 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^r 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^e Bent a été contre-interrogée au sujet de son affidavit. L'avocat du D^r Platnick n'a pas soulevé la question de l'entrevue. En fait, rien n'indique qu'il a entrepris des

relevant information or evidence about it from anyone at the magazine or its representatives in the two months between the filing of Ms. Bent's motion to dismiss and the hearing on June 27, 2016. Nor at any other time before then did he follow up on the obvious conflict in the pleadings about the existence of an interview.

[278] On June 13, 2016, the magazine filed its statement of defence in the related defamation proceeding started by Dr. Platnick for its republication of Ms. Bent's email. The claim was for \$16.3 million in damages. The statement of defence contained two sentences stating that the magazine's associate editor had sought and obtained Ms. Bent's permission before publishing her email as part of an article in the magazine.

[279] When the hearing before Dunphy J. took place two weeks later on June 27, 2016, Dr. Platnick did not mention the reference to an interview in the magazine's statement of defence, let alone request an adjournment to pursue further evidence on that basis.

[280] It was not until July 5 — over three weeks after the magazine filed its statement of defence — that counsel for Dr. Platnick corresponded by email with counsel for the magazine. Two of the emails from these exchanges are the subject of Dr. Platnick's motion to admit fresh evidence. In them, counsel for the magazine claims that the magazine's associate editor told him that he sent an email to Ms. Bent attaching the article which referenced Dr. Platnick, and then had a discussion with Ms. Bent in which she acknowledged being the author of the email in the article and voiced no objection to its publication.

[281] On November 8, 2016, over four months after the motion hearing and while the decision was under reserve, Dr. Platnick sought to enter these emails into the record as fresh evidence. The motion judge denied the motion, stating:

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^e 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^r Platnick concernant la republication, par le magazine, du courriel de M^e 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^e 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^r 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^r Platnick a correspondu par courriel avec l'avocat du magazine. Deux des courriels échangés font l'objet de la requête présentée par le D^r 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^e Bent un courriel avec en pièce jointe l'article où il était question du D^r Platnick, et qu'il avait ensuite eu une discussion avec M^e 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^r 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 :

The plaintiff had 18 months to pursue that issue before argument of the s. 137.1 motion on its merits on June 27, 2016. The issue of the alleged “interview” given [b]y Ms. Bent and Ms. Bent’s position with respect to it was plainly joined in the pleadings by March 31, 2015. It was also squarely raised in Ms. Bent’s affidavit filed on this motion that that affidavit was the object of cross-examination. . . . Dr. Platnick’s failure to cross-examine on that issue reflects his own tactical choices but cannot form the basis of a last-minute request to open new avenues for resisting the making of an order under s. 137.1 of the *CJA*. Permitting such a late amendment would substantially frustrate the intent of s. 137.1(6) in my view and ought not to be permitted.

...

The fact of the matter is that (i) *all* of the fresh allegations are matters that were either known or readily discoverable by the plaintiff in the 18 months between his action being commenced and the hearing of the motion to dismiss it; and (ii) all or substantially all of the matters raised in the amended pleadings are addressed in the pleadings already or referenced in the record that was already before me on June 27, 2016. The proposed amendments can form no basis to request argument on the motion to be re-opened or the process to be started afresh.

...

Is it otherwise in the interests of justice that I allow the evidence to be filed at this stage? In my view it is not. To the contrary, allowing these two affidavits to be added to the record of a motion already fully-argued and taken under reserve would be a clear abuse of process. [Emphasis in original; paras. 36, 38 and 72; see also paras. 44-46 (CanLII).]

[282] No opportunity was ever taken — or sought — by Dr. Platnick to determine whether Ms. Bent gave either an interview to the magazine or her permission to publish the email. Dr. Platnick was served with Ms. Bent’s motion to dismiss his lawsuit 15 months after filing his statement of claim. In that time, he took no steps to pursue evidence about an interview

[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^e Bent de même que celle de la position de cette dernière à cet égard, était manifestement incluse dans les actes de procédure. M^e 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^r Platnick de contre-interroger M^e 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. [En italique dans l’original; par. 36, 38 et 72; voir aussi par. 44-46 (CanLII).]

[282] Le D^r Platnick n’a jamais saisi — ou recherché — l’occasion de vérifier si M^e Bent avait accordé une entrevue au magazine ou si elle avait autorisé celui-ci à publier son courriel. Le D^r Platnick a reçu signification de la motion présentée par M^e Bent en vue de faire rejeter sa poursuite 15 mois après le dépôt de sa déclaration. Dans l’intervalle, il n’a

the existence of which he himself had raised in his pleadings. Even after Ms. Bent filed her motion to dismiss, Dr. Platnick made no efforts to obtain evidence about whether there had been an interview until well after the conclusion of the hearing of the motion on its merits and then only by way of untested emails.

[283] Dr. Platnick has offered no reasonable explanation for why he did not pursue the contested issue of the existence of an interview.

[284] Dr. Platnick claims that he was only alerted to this issue after reviewing the magazine's statement of defence. But it is hard to see how the magazine's pleading brought something to his attention that he himself had raised in the statement of claim he had filed 15 months earlier. The fact that there are expedited timelines does not explain the absence of any efforts at any time to pursue the issue, or ask for an adjournment to do so.

[285] Dr. Platnick also argued that since Ms. Bent had denied having an interview with the magazine in her statement of defence, he had no reason to cross-examine her about it. But conflicts in the parties' pleadings are precisely the sorts of issues that are meant to be explored in cross-examination.

[286] Finally, Dr. Platnick argued that there was no judicial guidance on interpreting s. 137.1 when he prepared his motion record. But even on a plain reading of the legislation, Dr. Platnick had to be aware that he was required to prove that Ms. Bent had no valid defences and that he had suffered harm as a result of her expression. Given the nearly 1000-page record he submitted for the motion hearing, there is no doubt that Dr. Platnick understood the importance of providing evidence on these issues. Yet even though he challenged the defences available to Ms. Bent on several grounds, he did not do so on the issue of the existence of an interview, the basis

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^e Bent eut déposé sa motion en rejet, le D^r 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^r 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^r 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^r Platnick a également fait valoir que, puisque M^e 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^r 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. Même à la simple lecture du texte de loi, le D^r Platnick devait savoir qu'il était tenu de prouver que M^e 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^r 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

of his seeking to introduce fresh evidence. He clearly regrets his decision to leave this issue unexplored, but as the motion judge noted, “Regrets about arguments not made and evidence not led are part of the life of an advocate . . . [D]ecisions must be made and hearings must end.”

[287] There is, in short, no evidence of anything approaching due diligence in this case.

[288] The importance of a finding of lack of due diligence varies by context (*Palmer*, at p. 775; Donald J. M. Brown, with the assistance of David Fairlie, *Civil Appeals* (loose-leaf), at pp. 10-19 to 10-21). In the context of a s. 137.1 motion, it seems to me that an approach is necessary that aligns with the purposes of the legislation. The timelines imposed by s. 137.2, the prohibition on amending pleadings without leave in s. 137.1(6), and the direction in s. 137.3 that appeals be heard “as soon as practicable”, are all reflections of the overarching goal of expediting proceedings. These are statutory directions, not inconveniences to be circumvented by the subsequent attempt to admit evidence a party could have discovered through reasonable efforts. It would “undermin[e] the rationale” of the legislative regime if parties could “ignore the obligation to produce evidence of merit before the trial court, and then rely on a fresh evidence application on appeal to defeat summary dismissal” (*McDonald v. Brookfield Asset Management Inc.*, 2016 ABCA 375, at para. 21 (CanLII)).

[289] Aggravating this concern in the present case, is the fact that admitting the emails would require the Court to overturn the factual findings of the motion

défense dont dispose M^e 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

judge. The motion judge exercised his discretion not to admit the evidence on the basis that it was “readily discoverable” well before the motion hearing, and that Dr. Platnick had not offered a “reasonable explanation” for failing to place such evidence before the court at least by the time he cross-examined Ms. Bent (emphasis added). The motion judge explained at length why Dr. Platnick had not exercised due diligence in pursuing the emails which he now claims to be critical to resolving these appeals. The motion judge noted, correctly, that the possibility of an interview was “plainly joined in the pleadings” many months before the motion hearing; that Dr. Platnick had taken no steps to pursue evidence about the issue for 18 months; that he had failed to cross-examine on the issue; and that he had not sought leave to file any relevant evidence at the motion hearing even though the magazine had filed its statement of defence 2 weeks before the hearing started.

[290] Disregarding the findings of the motion judge would frustrate the goals of s. 137.1. Allowing parties a perpetual right to try to have previously-rejected evidence admitted will, with respect, encourage more attempts to “broaden the field of combat” on appeal (*Public School Boards’ Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 1 S.C.R. 44, at para. 10) — the inverse of the legislature’s intent to ensure expedited proceedings under s. 137.1.

[291] Due diligence protects against dilatory evidence-gathering that interferes with the expeditious and fair resolution of proceedings. Concerns about fairness are heightened when, as here, a party makes no efforts to pursue a relevant issue raised in their own pleadings until *after* they have had the benefit of having their case tested at a hearing.

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^r Platnick n’avait offert aucune « explication *raisonnable* » pour justifier son omission de soumettre ces éléments de preuve au tribunal au moins avant de procéder au contre-interrogatoire de M^e Bent (je souligne). Le juge de la motion a expliqué en détail la raison pour laquelle le D^r Platnick n’avait pas fait preuve de diligence raisonnable pour tenter d’obtenir les courriels qu’il affirme maintenant être essentiels aux 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^r 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^e 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 2 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] Like the Court of Appeal, I see no basis for interfering with the motion judge’s exercise of discretion. I would, accordingly, refuse to admit the emails on the basis of lack of due diligence.

[293] The emails, in any event, do not represent “credible” evidence, that is, evidence “reasonably capable of belief”. They are unsworn and untested. In addition, the statements from counsel for the magazine about statements by the magazine’s associate editor, are double hearsay from a party embroiled in a \$16.3 million lawsuit against Dr. Platnick in which his “discussion” with Ms. Bent was a potentially decisive issue.

[294] Controversial, untested evidence on matters “that concern the immediate parties” and purport to “disclose who did what, where, when, how and with what motive or intent” should not be admitted either as fresh evidence, or as evidence, period. The Court has refused to admit such evidence even where it related only to background legislative facts (*Public School Boards’ Assn.*, at para. 16).

[295] The claims about the existence of an “interview”, moreover, are directly contradicted by the evidence properly in the record, and are uncorroborated by any objective evidence. The magazine article itself, for example, does not mention any communication with Ms. Bent, and there is no record of her being interviewed by anyone at the magazine.

[296] Finally, the emails cannot reasonably be expected to have affected the result of Ms. Bent’s motion to dismiss Dr. Platnick’s defamation case. Because they contain untested hearsay, the emails would not have been admissible for the truth of their contents (see *Bukshynov v. McMaster University*, 2019 ONCA 1027, at paras. 24-25 (CanLII); *Graham Underwood and Jonathan Penner, Electronic*

[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^r Platnick, dans laquelle la « discussion » qu’il a eue avec M^e 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^e 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^e Bent en vue de faire rejeter la poursuite en diffamation du D^r 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 *Bukshynov c. McMaster University*, 2019 ONCA 1027, par. 24-25

Evidence in Canada (loose-leaf), at pp. 13-13 to 13-16). And, in any event, they address almost none of the issues relevant to qualified privilege. They do not address whether Ms. Bent's communication was made in circumstances attracting qualified privilege, nor do they assist in resolving whether sending that message to Listserv members was reasonably appropriate in the circumstances. They have negligible probative value in establishing Ms. Bent's state of mind nearly two months before the republication of her email by the magazine, and are entirely consistent with Ms. Bent's honest belief in the truth of her comments and the reasonableness of those beliefs.

[297] Even on the narrow issue of republication, the emails do not undermine the “real prospect” that Ms. Bent's defence of qualified privilege will succeed at trial. At its highest, Dr. Platnick's argument for how the evidence could be expected to affect the result is this: the emails *might* lead to admissible evidence at trial from the magazine's associate editor about a possible discussion he had with Ms. Bent; which *might* be accepted by a trier of fact despite minimal corroboration and despite Ms. Bent's denial of such a discussion; which *might*, depending on the details of the discussion, allow a trier of fact to infer that Ms. Bent implicitly authorized republication; which *might* result in Ms. Bent being held responsible for the content of an article which, in any event, was not published until after most of the harm alleged by Dr. Platnick had occurred. This speculative line of reasoning could not possibly have affected the motion judge's decision to dismiss Dr. Platnick's lawsuit.

[298] The admission of fresh evidence on appeal is an “exceptional” step (*R. v. M.(P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), at p. 411). The *Palmer* criteria reflect a “broader judicial policy to achieve finality on the factual record at the trial level, with very limited exceptions” (*Public School Boards'*

(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^e 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^e Bent près de deux mois avant la republication de son courriel dans le magazine, et ils sont tout à fait compatibles avec la croyance sincère de M^e 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^e Bent soit accueillie au procès. Dans le meilleur des cas, l'argument invoqué par le D^r 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^e Bent; ce témoignage *pourrait* être accepté par le juge des faits malgré sa corroboration minimale et malgré le fait que M^e 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^e Bent avait implicitement autorisé la republication du courriel; ce qui *pourrait* donner lieu à ce que M^e 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^r 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^r 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

Assn., at para. 10; see also *Iroquois Falls Power Corp. v. Ontario Electricity Financial Corp.*, 2016 ONCA 271, 398 D.L.R. (4th) 652, at para. 49). The matters in issue between the parties are supposed to “narrow rather than expand as [a] case proceeds up the appellate ladder” (*Public School Boards’ Assn.*, at para. 10).

[299] Admitting the two emails would do exactly the opposite. It would require the Court to overturn the exercise of discretion by the motion judge, ignore Dr. Platnick’s demonstrable lack of due diligence, and accept unsworn, untested, hearsay evidence, all to obtain information that would not, in any event, have affected the result of Ms. Bent’s dismissal hearing. Such an outcome, in my respectful view, would not only frustrate the purposes of s. 137.1, it would inexplicably depart from our jurisprudence on the admission of fresh evidence.

[300] I would therefore dismiss the motion to adduce fresh evidence.

[301] I would allow the appeals with costs throughout.

Appeals dismissed, ABELLA, KARAKATSANIS, MARTIN and KASIRER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant Maia Bent: Winkler Dispute Resolution, Toronto.

Solicitors for the appellant Lerner LLP: Lax O’Sullivan Lisus Gottlieb, Toronto.

Solicitors for the respondent: Danson Recht, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Goodmans, Toronto; Maia Tsurumi, Vancouver.

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), 398 D.L.R. (4th) 652 (C.A. Ont), 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 Dr Platnick et qu’elle accepte une preuve par ouï-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^e 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.

Solicitors for the intervener Greenpeace Canada: Stockwoods, Toronto; Greenpeace Canada, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Constitution Foundation: McCarthy Tétrault, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Ecojustice Canada Society: Ecojustice Canada Society, Toronto; Ecojustice Environmental Law Clinic at the University of Ottawa, Ottawa.

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

Solicitors for the interveners the West Coast Legal Education and Action Fund, the Atira Women's Resource Society, the B.W.S.S. Battered Women's Support Services Association and the Women Against Violence Against Women Rape Crisis Center: Dentons Canada, Vancouver.

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.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: St. Lawrence Barristers, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation: Canadian Broadcasting Corporation, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic: Birenbaum Law, Toronto; Torys, Toronto.

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

Solicitors for the interveners the Ad IDEM / Canadian Media Lawyers Association, the Canadian Journalists for Free Expression, CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, the Aboriginal Peoples Television Network and Postmedia Network Inc.: Linden & Associates Professional Corporation, 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.