

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

100-23-CA

VIRGINIA MATTSON

APPELLANT

- and -

TD GENERAL INSURANCE COMPANY

RESPONDENT

Mattson v. TD General Insurance Company,
2025 NBCA 114

CORAM FOR HEARING:

The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice LeBlond
The Honourable Justice LeBlanc

CORAM FOR JUDGMENT:

The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice LeBlanc

Appeal from a decision of the Court of King's
Bench:
September 26, 2023

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
2023 NBCA 104

Appeal heard:
May 14, 2025

Judgment rendered:
October 30, 2025

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice LeBlanc

VIRGINIA MATTSON

APPELANTE

- et -

COMPAGNIE D'ASSURANCES GÉNÉRALES
TD

INTIMÉE

Mattson c. Compagnie d'assurances générales TD,
2025 NBCA 114

CORAM POUR L'AUDIENCE :

l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge LeBlond
l'honorable juge LeBlanc

CORAM POUR LE JUGEMENT :

l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge LeBlanc

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi :
le 26 septembre 2023

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
2023 NBCA 104

Appel entendu :
le 14 mai 2025

Jugement rendu :
le 30 octobre 2025

Motifs de jugement :
l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge LeBlanc

As a result of Justice LeBlond's passing, the Court's judgment is delivered pursuant to s. 8(5) of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2.

Counsel at hearing:

For the appellant:
Timothy M. Collins

For the respondent:
Monika M.L. Zauhar and
Stephanie M. Charlton

THE COURT

The appeal is allowed and the decision in the Court of King's Bench is set aside. Judgment is granted to the appellant for the sum of \$20,000 for income replacement benefits under Section B of her motor vehicle liability policy with the respondent, together with interest, costs and allowable disbursements.

Par suite du décès du juge LeBlond, le jugement de la Cour est rendu en application du par. 8(5) de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Timothy M. Collins

Pour l'intimée :
Monika M.L. Zauhar et
Stephanie M. Charlton

LA COUR

L'appel est accueilli et la décision de la Cour du Banc du Roi est annulée. Jugement est rendu en faveur de l'appelante, à qui est accordée la somme de 20 000 \$ pour les indemnités de remplacement du revenu que prévoit le chapitre B de la police de responsabilité-automobile souscrite auprès de l'intimée, intérêts, dépens et débours remboursables en sus.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU and LEBLANC, JJ.A. under the authority of s. 8(5) of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, J-2.

I. Introduction and Overview

[1] Virginia Mattson appeals, with leave, the dismissal of her “small” claim for income replacement benefits under Section B of her motor vehicle liability policy with the respondent, TD General Insurance Company. In accordance with the *Small Claims Act*, S.N.B. 2012, c. 15 and its *General Regulation*, N.B. Reg. 2012-103, leave was granted on a question of law.

[2] Following her August 5, 2016 motor vehicle accident and related manifold injuries, including severe bruising, soft tissue injuries to the neck and back, and a brain injury, as diagnosed by several of her treating medical professionals, Ms. Mattson received Section B income replacement benefits until October 14, 2021, at which time they were terminated. TD did so on the ground Ms. Mattson was no longer disabled from engaging in any occupation for which she was reasonably suited by education, training or experience. In the Court of King’s Bench, TD anchored this defence to the theory that Ms. Mattson was malingering. In answer, Ms. Mattson filed a voluminous record of medical data, as well as supporting findings and opinions by her treating medical professionals. The record at our disposal also includes affidavits and lengthy reports by non-treating medical experts retained by TD to resist this “small” claim.

[3] At the outset of the hearing in the court below, the judge shared with counsel what she described as a “serious problem” with deciding the case based solely on the documentary record filed by the parties. In other words, she needed to hear from the opposing medical experts. She reiterated this adjudication-related concern in her reasons for decision: “How can this Court determine such a claim without hearing from the dueling experts?”.

[4] Ms. Mattson, her ex-husband and one of her treating neurologists, Dr. Renju Kuriakose, gave oral evidence. It was the latter's expert opinion that Ms. Mattson was not malingering and that her disabling symptoms (primarily headaches, dizziness and cognitive difficulties) were causally linked to the brain injury she sustained in the accident.

[5] A critical fact not mentioned in the decision is that TD requested and was granted an adjournment of the hearing to consider calling two of its medical experts, whose affidavits formed part of the record. Ostensibly, the adjournment was sought to address the judge's stated need to hear from the "dueling experts" and to follow up on the view expressed by TD counsel that their testimony was required to rebut Dr. Kuriakose's oral evidence negating TD's theory of malingering. Counsel for TD identified the experts as Dr. David King, a neurologist, and Dr. Scott Theriault, a psychiatrist. Shortly before the date scheduled for their oral evidence, TD advised it would not be calling them. By this time, Ms. Mattson had closed her case.

[6] The judge did not infer from TD's failure to call the experts in question that their evidence would likely have been detrimental to its defence. Rather, she spotlighted the lack of cross-examination of those experts by Ms. Mattson before dismissing the action on the ground entitlement to the benefits at issue had not been established, on a balance of probabilities.

[7] With respect, we are of the view the judge erred in law: (1) in holding against Ms. Mattson the lack of cross-examination of TD's experts and; (2) in not drawing the inference that TD did not call Dr. King to give oral evidence because it would have been detrimental to its theory of malingering. Had the judge faulted TD, instead of Ms. Mattson, for failing to call Dr. King as a witness, and had she drawn the aforementioned inference, she would undoubtedly have found, as we do, that Ms. Mattson established her entitlement to the contested income replacement benefits.

[8] Ms. Mattson's claim exceeds the maximum recoverable as damages under the *Act*, which is \$20,000. For the reasons identified hereinabove, and fleshed out in the

text that follows, we allow the appeal, set aside the decision rendered in the Court of King's Bench and grant judgment in favour of Ms. Mattson for the sum of \$20,000, together with interest, costs and allowable disbursements.

II. The Context

[9] On August 5, 2016, Ms. Mattson was severely injured when her motor vehicle was struck at a T-intersection by a truck driven through a stop sign at relatively high speed. The collision was violent. The air bags in Ms. Mattson's vehicle deployed. The judge found the vehicle was "destroyed". Ms. Mattson suffered significant bruises to her upper body, soft tissue injuries to the neck and back, a major blow to the head with loss of consciousness for at least two minutes and amnesia for the events surrounding the accident, as found by the hearing judge. Several of her treating medical professionals, including two neurologists, diagnosed an accident-related brain injury with associated disabling headaches, dizziness and cognitive difficulties.

[10] As a result of her injuries, Ms. Mattson was unable to engage in the employment for which she had just been hired. She applied for and was paid weekly income replacement benefits by TD. After providing these benefits on a continuous basis for 1.5 years, TD retained the services of Dr. Edvin Koshi, a physiatrist based in Halifax, to assess whether Ms. Mattson continued to be disabled from her employment. She was examined in Halifax on May 17, 2018, and Dr. Koshi's report was provided on May 28, 2018. The report is categorical: Ms. Mattson did not suffer a brain injury and nothing prevents her from returning to work. A further examination, commissioned by the at-fault third party's Section A insurer, was conducted by Dr. David King, a neurologist, also based in Halifax. His examination of Ms. Mattson took place in Halifax on July 30, 2018, and his report was generated on August 2, 2018. Dr. King's report is less categorical than Dr. Koshi's in rejecting the basis for Ms. Mattson's claim. It appears Dr. King's report was provided to TD in June of 2019. At any rate, he became the key defence expert in the underlying action. Ms. Mattson was also "interviewed" by Dr. Theriault, but we need not dwell on the

findings, opinions and conclusions in his affidavit, given our ruling regarding TD's failure to call Dr. King as a witness. That is also the case for Dr. Koshi.

[11] As can be seen, Dr. Koshi's and Dr. King's reports were generated before the 2-year anniversary of the accident. Up to that point, weekly income replacement benefits were payable if Ms. Mattson was disabled from performing the tasks of her own occupation. Thereafter, in order to qualify for the benefits, Ms. Mattson had to be unable to perform the duties of any occupation for which she was reasonably suited by education, training or experience.

[12] In his August 2, 2018 report, Dr. King indicated it was possible Ms. Mattson was malingering. He also found it was possible she had sustained a traumatic brain injury, and he recommended a number of additional investigations to provide a more definitive opinion. In time, he came to the view Ms. Mattson had not suffered any such injury and that she was malingering.

[13] That said, the record includes numerous reports prepared by Ms. Mattson's treating medical professionals, none of which allude to a suspicion of malingering. In fact, all of the treating medical professionals who addressed the issue were satisfied she was not malingering. On that score, we highlight the following December 1, 2018 observations by Dr. McLean, one of Ms. Mattson's treating neurologists:

Ms. Mattson had previously been seen by Dr. Kuriakose and Dr. Amelia Barry both of whom agreed she had concussion. She had been referred to me by Dr. Barry because of resistant post-concussion headache. She has had two rounds of Botox A and certainly after the first round, there was no effect. I haven't seen her since the second round which occurred in August [of 2018].

If Botox is helpful, she would require indefinite treatment. I never had the sense at any time that Ms. Mattson was malingering. Even malingering patients wouldn't subject themselves to 25 injections over the face and scalp.

[14] Notwithstanding Dr. Koshi's and Dr. King's opinions regarding Ms. Mattson's disability and employability, TD continued to pay Ms. Mattson weekly income replacement benefits well into the "any occupation" period for over 3 years beyond the "own occupation" period. As indicated, TD terminated the benefits on October 14, 2021, more than five years after Ms. Mattson's motor vehicle accident.

[15] After her claim for income replacement benefits was denied by an adjudicator, Ms. Mattson appealed by way of new hearing to the Court of King's Bench.

III. The New Hearing and Decision in the Court of King's Bench

[16] At the outset of the hearing, the judge raised what she viewed as a serious problem with the determination of the claim solely on the basis of the written record provided by the parties:

THE COURT: [...] I have a serious problem with how the parties expect me to come to any conclusion in relation to the medical reports, unless I hear from the doctors. Because [...] there's conflicting conclusions and conflicting assessments of Ms. Mattson. [Emphasis added; Transcript, Vol.1, p. 8, lines 14-18]

[17] The ensuing exchange between the judge and counsel focused on how the parties intended to address the problem:

THE COURT: [...] I'm going to ask the parties what the plan is in terms of the doctors [...] how am I to assess anything that any of the doctors say? [Emphasis added; Transcript, Vol. 1, p. 9, lines 11-12, 15-16]

Counsel for Ms. Mattson advised he would be calling one of her treating neurologists, Dr. Kuriakose. Although counsel for TD initially claimed lack of notice of Dr. Kuriakose's *viva voce* testimony, it was later established that notice had been given. Critically, counsel for TD underscored the importance of its experts giving oral evidence to rebut Dr. Kuriakose's anticipated testimony:

Had I known ahead of time – and I perfectly understand the position in which you find yourself [...] and I, 10 minutes ago, find that a neurologist is to testify. Had I known that, Madam Justice, ahead of time, I would have arranged to have Dr. King testify, and I would therefore suggest that I’m not sure if you’re going to proceed today or not, but we need to be able to rebut that evidence [...] the Defendant must be able to rebut that evidence. And I am not in a position today not having been advised ahead of time [...] the Defendant must be able to rebut that evidence in some manner, as opposed to relying on an affidavit from a small claims hearing. So I apologize if we need to adjourn. But we can’t have our hands tied. [...] [Emphasis added; Transcript, Vol. 1, p. 10, lines 8-10, 19-23, p. 11, lines 1-10]

[18] After hearing Ms. Mattson’s evidence and that of Dr. Kuriakose, the judge asked counsel for TD whether it was her intention to put forward any *viva voce* evidence. Counsel replied she would like time to consider and then added: “I’m thinking it would definitely be Dr. King, the neurologist [...] and likely also the psychiatrist, Dr. Scott Theriault” (Transcript, Vol. 1, p. 110, lines 8-10). TD asked for and was granted an adjournment to consider calling Dr. King and Dr. Theriault. A date was set for the hearing of their evidence. However, a few days before the scheduled date, TD advised it was not calling any of its medical experts and no explanation for its decision is found in the record. None of this is mentioned in the judge’s decision.

[19] In her decision, the judge finds the accident was a high velocity impact and that Ms. Mattson’s vehicle was “destroyed” (para. 14). She also finds Ms. Mattson was “indeed knocked unconscious by the impact for approximately two minutes” (*ibid*). The judge “accept[s] Ms. Mattson’s account that she has no memory of the accident, just before and just after the accident” (para. 15). A key component of the judge’s analysis and basis for the dismissal of Ms. Mattson’s claim is her supposed failure to cross-examine TD’s experts regarding what they perceived as the unreliability of Ms. Mattson’s correlation between her symptoms and the accident (para. 18). Although the judge voices concerns with Ms. Mattson’s credibility on some issues, she finds Ms. Mattson was not deliberately untruthful and testified “for the most part in a straightforward manner” (paras. 19 and 21). As well, the judge acknowledges the stark contrast between the defence medical opinions

relating to symptom exaggeration and the numerous reports by Ms. Mattson's treating medical professionals that espoused the contrary view (paras. 22-23). The judge writes: "How can this Court determine such a claim without hearing from the dueling experts?" (emphasis added; para. 24). As mentioned, TD did not call any of its "dueling experts". Ms. Mattson provided Dr. Kuriakose's oral evidence, which rejected as unsubstantiated the theory of malingering.

IV. Grounds of Appeal

[20] An appeal to this Court against a decision following a new hearing under the *Act* can only proceed, with leave, on a question of law. Ms. Mattson asserts four grounds, the first three of which allege errors of fact or mixed fact and law. They cannot form the basis of an appeal.

[21] The fourth ground, however, alleges the judge erred in law in her consideration and assessment of the expert evidence. That complaint brings into play the legal correctness of the judge's attribution of fault to Ms. Mattson for her supposed failure to cross-examine TD's experts. It also brings into the mix the legal consequences of the judge's omission to draw the adverse inference that arose from TD's decision to forego calling its experts, particularly Dr. King.

V. Analysis

[22] We cannot lose sight of the fact this case falls under the *Act's* adjudication regime, which is designed to dispose of claims in a simple, expedited, informal and inexpensive manner: s. 3. The Small Claims Court makes decisions that it considers just and reasonable in the circumstances: s. 4. Moreover, the rules of evidence and of procedure are relaxed. In the end, the Small Claims Court may grant any relief to secure a just determination: ss. 11 and 15.

[23] These features of the *Act* are not limited in their application to the Small Claims Court but also govern the hearing and disposition of an appeal by way of new hearing in the Court of King’s Bench, and any appeal to this Court. Indeed, s. 42.1(17) of the *General Regulation*, which deals with appeals to the Court of King’s Bench, states the relaxed rules of evidence and of procedure continue to apply. In terms of appeals to this Court, s. 48(3) provides the Court may allow or dismiss an appeal, “or” may make any other order it considers just. Here, “or” means “and”. To hold otherwise would lead to an absurdity.

[24] Against that statutory background, and as noted, the appeal turns on whether the judge committed reversible error of law in faulting Ms. Mattson for not cross-examining TD’s experts and by not drawing an adverse inference against TD for failing to call Dr. King as a witness.

[25] As stated in our introductory remarks, we are of the view the judge erred in law in holding against Ms. Mattson the fact that TD’s experts were not cross-examined. Ms. Mattson was under no obligation to call those experts as part of her case, and she was advised TD would not be calling them after the close of her case. Put in simple terms, there was no cross-examination of TD’s experts because TD decided against calling them to give oral evidence. Ms. Mattson cannot be faulted for that decision. We now turn to a closely related issue, namely the failure to draw an adverse inference against TD for its failure to call Dr. King, who was clearly a material witness on the issue of malingering.

[26] In *The Law of Evidence in Canada*, (2018, 5th ed.) Lederman, Bryant and Fuerst make the following point on the effect of not calling a material witness:

[...] The failure to call a material witness amounts to an implied admission that the evidence of the absent witness would be contrary to the party’s case, or at least would not support it. [§ 6.471]

[27] While drawing an adverse inference is generally a matter of discretion owed deference on appeal (see *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352), the failure to do so in this case constitutes a reversible error of law. Indeed, there are instances where, as here, the adverse inference is so impactful and its drawing so compelling, that the failure to bring it into play yields a determination that does not reflect the merits of the case. In this regard, we underscore the exceptionality of the following circumstances: (1) the judge’s confirmation of the essentiality for adjudicative purposes of hearing TD’s “dueling experts”, which included Dr. King; and (2) TD counsel’s acknowledgment it needed to call Dr. King to rebut Dr. Kuriakose’s oral testimony negating the theory of malingering.

[28] The significance of the omission to draw the adverse inference in question stands to be appreciated within the unique and exceptional context of this case, one not found in the jurisprudence dealing with the issue. In *Parris v. Laidley*, 2012 ONCA 755, [2012] O.J. No. 5214 (QL), the Court confirms a case-specific inquiry must be made to determine whether the circumstances warrant drawing an adverse inference. As noted, the judge’s decision is completely silent on the issue. That leaves our Court with no choice but to do the analysis that ought to have been conducted and, under the exceptional circumstances of this case, we find the judge had no option but to draw the aforementioned adverse inference against TD.

[29] By omitting to draw that inference, the judge did not decide the case on its merits, thereby failing to make a just determination as required under the *Act*. In our view, Ms. Mattson has established her claim, on a balance of probabilities. That conclusion results from the cumulative effect of the following: (1) the inference that TD did not call Dr. King because his oral evidence would likely have been detrimental to its defence based on malingering; (2) the voluminous written record produced by Ms. Mattson’s treating medical professionals, which is overwhelmingly favourable to her *bona fide* entitlement to benefits; and (3) Dr. Kuriakose’s supporting oral testimony, which was not shaken by cross-examination.

VI. Disposition

[30] For the reasons set out hereinabove, we allow the appeal, set aside the decision in the Court of King's Bench and grant judgment in favour of Ms. Mattson for the sum of \$20,000 for income replacement benefits, together with interest on that sum at the annual rate of 3% from October 14, 2021 to the date of judgment herein, costs of \$500 (the maximum allowed under the *Small Claims Act*), and allowable disbursements.

LES JUGES DRAPEAU ET LEBLANC, en application du par. 8(5) de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2

I. Introduction et aperçu

[1] Virginia Mattson interjette appel, avec l'autorisation de la Cour, du rejet de sa « petite » créance relative aux indemnités de remplacement du revenu que prévoit le chapitre B de la police de responsabilité-automobile souscrite auprès de l'intimée, la Compagnie d'assurances générales TD. Notre Cour a accordé, en vertu de la *Loi sur les petites créances*, L.N.-B. 2012, ch. 15, et son *Règlement général*, Règl. du N.-B. 2012-103, l'autorisation d'appeler sur une question de droit.

[2] Par suite d'un accident de la route survenu le 5 août 2016, qui a provoqué diverses lésions diagnostiquées par plusieurs des professionnels de la santé qui l'ont traitée, y compris de graves contusions, des lésions des tissus mous au cou et au dos ainsi qu'une lésion cérébrale, M^{me} Mattson a touché des indemnités de remplacement du revenu, que prévoit le chapitre B, jusqu'au 14 octobre 2021. TD a mis un terme aux indemnités à cette date, pour le motif qu'une invalidité n'empêchait plus M^{me} Mattson d'exercer une profession à laquelle elle était raisonnablement adaptée compte tenu de ses études, de sa formation ou de son expérience. Devant la Cour du Banc du Roi, TD a fondé sa défense sur la théorie voulant que M^{me} Mattson simulait. En réponse, M^{me} Mattson a déposé à l'appui un volumineux dossier médical, ainsi que des conclusions et des avis des professionnels de la santé qui l'ont traitée. Le dossier dont nous disposons comprend en outre des affidavits et de longs rapports d'experts médicaux non traitants dont TD a retenu les services pour contester cette « petite » créance.

[3] Au début de l'audience devant le tribunal d'instance inférieure, la juge a dit aux avocats qu'elle se [TRADUCTION] « demand[ait] sérieusement » comment prononcer une décision sur le seul fondement de la preuve documentaire déposée par les

parties. En d'autres termes, il lui fallait entendre les experts médicaux de la partie adverse. Elle a réitéré cette préoccupation d'ordre décisionnel dans les motifs de sa décision, où elle a écrit : [TRADUCTION] « Comment la Cour peut-elle statuer sur cette demande sans entendre les experts antagonistes? »

[4] M^{me} Mattson, son ancien époux et le D^r Renju Kuriakose, l'un des neurologues qui l'ont traitée, ont témoigné oralement. Selon l'avis d'expert de ce dernier, M^{me} Mattson ne simulait pas et il existait un lien de causalité entre la lésion cérébrale subie lors de l'accident et ses symptômes invalidants (maux de tête, étourdissements et difficultés cognitives, surtout).

[5] Fait essentiel absent de la décision de la juge, TD a demandé et obtenu l'ajournement de l'audience afin d'envisager d'appeler deux de ses experts médicaux, dont les affidavits ont été versés au dossier. De toute évidence, TD a demandé l'ajournement afin de répondre au besoin exprimé par la juge d'entendre les [TRADUCTION] « experts antagonistes » et de donner suite à l'avis de ses avocates selon lequel ces experts devaient témoigner pour réfuter le témoignage oral du D^r Kuriakose infirmant la théorie de la simulation avancée par TD. Les avocates de TD ont précisé que ces experts étaient le D^r David King, neurologue, et le D^r Scott Theriault, psychiatre. Peu avant la date fixée pour l'audition du témoignage oral de ces experts, TD a indiqué qu'elle ne les appellerait pas à témoigner. À ce moment-là, M^{me} Mattson avait conclu sa preuve.

[6] La juge n'a pas inféré du défaut de TD d'appeler les experts en question à témoigner que le témoignage de ces derniers aurait vraisemblablement nui à sa défense. Elle a plutôt mis en évidence le fait que M^{me} Mattson n'avait pas contre-interrogé ces experts, puis a rejeté l'action au motif que le droit aux indemnités en cause n'avait pas été établi selon la prépondérance des probabilités.

[7] Avec égards, nous sommes d'avis que la juge a commis des erreurs de droit :
(1) en reprochant à M^{me} Mattson de ne pas avoir contre-interrogé les experts de TD; et
(2) en ne tirant pas l'inférence selon laquelle TD n'avait pas appelé le D^r King à témoigner

oralement parce que cela aurait nui à la théorie de la simulation avancée par TD. Si la juge avait reproché à TD d'avoir omis d'appeler le D^r King à témoigner, plutôt qu'à M^{me} Mattson, et si elle en avait tiré l'inférence susmentionnée, elle aurait sans aucun doute conclu, comme nous, que M^{me} Mattson avait établi qu'elle avait droit aux indemnités de remplacement du revenu contestées.

[8] L'indemnisation que sollicite M^{me} Mattson excède les dommages-intérêts qu'autorise la *Loi*, soit 20 000 \$. Pour les motifs exposés ci-dessus et étoffés dans le texte qui suit, nous accueillons l'appel, annulons la décision rendue par la Cour du Banc du Roi et accordons un jugement en faveur de M^{me} Mattson pour la somme de 20 000 \$, intérêts, dépens et débours remboursables en sus.

II. Contexte

[9] Le 5 août 2016, M^{me} Mattson a été grièvement blessée quand son véhicule automobile a été heurté dans un carrefour en T par un camion roulant à une vitesse relativement élevée qui a brûlé un panneau d'arrêt. La collision a été violente, et les sacs gonflables du véhicule de M^{me} Mattson se sont déployés. La juge a conclu que le véhicule avait été [TRADUCTION] « détruit ». Elle a également conclu que M^{me} Mattson avait subi des contusions importantes dans le haut du corps, des lésions des tissus mous au cou et au dos, un coup important à la tête qui lui a fait perdre conscience pendant au moins deux minutes, et une amnésie quant aux événements entourant l'accident. Plusieurs de ses médecins traitants, dont deux neurologues, ont diagnostiqué une lésion cérébrale liée à l'accident, ainsi que des maux de tête, des difficultés cognitives et des étourdissements invalidants connexes.

[10] Du fait des lésions subies, M^{me} Mattson n'a pas pu occuper l'emploi pour lequel elle venait tout juste d'être embauchée. Elle a demandé et reçu de TD des indemnités hebdomadaires de remplacement du revenu. Elle les recevait continûment depuis un an et demi lorsque TD a retenu les services du D^r Edwin Koshi, physiatre exerçant à Halifax, afin qu'il détermine si M^{me} Mattson restait incapable d'occuper son emploi. Le D^r Koshi a

examiné cette dernière à Halifax le 17 mai 2018 et remis son rapport le 28 mai suivant. Le rapport est catégorique : M^{me} Mattson n'a pas subi de lésion cérébrale et rien ne l'empêche de reprendre le travail. Un autre examen, commandé par l'assureur responsabilité civile (chapitre A) de la partie fautive, a été pratiqué par le D^r David King, neurologue exerçant lui aussi à Halifax. Il a procédé à son examen le 30 juillet 2018 et produit son rapport le 2 août 2018. Le rapport du D^r King est moins catégorique que celui du D^r Koshi dans son rejet du fondement de la demande de M^{me} Mattson. Il semble que le rapport du D^r King ait été remis à TD en juin 2019. Quoi qu'il en soit, le D^r King est devenu l'expert clé de la défense dans l'action sous-jacente. M^{me} Mattson a également été [TRADUCTION] « interrogée » par le D^r Theriault, mais il est inutile de s'attarder aux opinions et aux conclusions fournies par ce dernier dans son affidavit, puisque nous nous sommes déjà prononcés sur le défaut de TD d'appeler le D^r King à témoigner. Il en va de même pour le D^r Koshi.

[11] Comme on peut le constater, les rapports des D^{rs} Koshi et King ont été produits avant le deuxième anniversaire de l'accident. Jusque-là, des indemnités hebdomadaires de remplacement du revenu étaient payables à condition que M^{me} Mattson soit toujours incapable d'accomplir les tâches de sa propre profession. Par la suite, M^{me} Mattson pouvait demeurer admissible aux indemnités si elle était empêchée d'accomplir les tâches d'une profession à laquelle elle est adaptée compte tenu de ses études, de sa formation ou de son expérience.

[12] Dans son rapport du 2 août 2018, le D^r King a indiqué qu'il était possible que M^{me} Mattson simule. Il a également conclu qu'il était possible qu'elle ait subi une lésion cérébrale traumatique et il a recommandé la réalisation d'autres examens afin qu'une opinion plus définitive puisse être formulée. Il a fini par juger que M^{me} Mattson n'avait pas subi une telle lésion et qu'elle simulait.

[13] Cela dit, le dossier contient de nombreux rapports produits par les médecins traitants de M^{me} Mattson, dont aucun ne faisait mention d'un soupçon de simulation. De fait, tous les médecins traitants consultés sur la question étaient convaincus que

M^{me} Mattson ne simulait pas. À ce sujet, nous soulignons les observations suivantes formulées par le D^r McLean, l'un des neurologues traitants de M^{me} Mattson, le 1^{er} décembre 2018 :

[TRADUCTION]

M^{me} Mattson a été vue précédemment par le D^r Kuriakose et la D^{re} Amelia Barry, qui estiment tous deux qu'elle a subi une commotion cérébrale. Elle m'a été adressée par la D^{re} Barry pour des maux de tête persistants post-commotion cérébrale. Elle a reçu deux séries de traitement à la toxine botulinique de type A, dont la première n'a manifestement produit aucun effet. Je ne l'ai pas revue depuis la seconde série de traitement, qui a eu lieu en août [2018].

Si la toxine botulinique lui est utile, elle devra en recevoir pour une période indéterminée. Je n'ai jamais eu le sentiment que M^{me} Mattson simulait. Même les patients qui simulent ne se soumettraient pas à 25 injections au visage et au cuir chevelu.

[14] Malgré les opinions des D^{rs} Koshi et King sur l'invalidité et l'employabilité de M^{me} Mattson, TD a continué à verser à cette dernière des indemnités hebdomadaires de remplacement du revenu bien longtemps pendant la période d'incapacité de l'assurée d'exercer [TRADUCTION] « une profession » quelconque, et pendant plus de trois ans après que ce soit terminée la période d'incapacité d'exercer sa [TRADUCTION] « propre profession ». Comme il a été indiqué, TD a mis fin aux indemnités le 14 octobre 2021, plus de cinq ans après l'accident de la route de M^{me} Mattson.

[15] Sa demande d'indemnités de remplacement du revenu ayant été rejetée par un adjudicateur, M^{me} Mattson a interjeté appel par voie de nouvelle audience auprès de la Cour du Banc du Roi.

III. Nouvelle audience et décision de la Cour du Banc du Roi

[16] Au début de l'audience, la juge a indiqué qu'elle se demandait sérieusement comment elle pourrait statuer sur la demande sur le seul fondement du dossier déposé par les parties :

[TRADUCTION]

LA COUR : [...] Je me demande sérieusement comment les parties s'attendent que j'arrive à quelque conclusion que ce soit, quant aux rapports médicaux, à moins d'avoir entendu les médecins. Parce que [...] des conclusions contradictoires et des évaluations contradictoires de M^{me} Mattson m'ont été présentées. [Soulignement ajouté; transcription, vol. 1, p. 8, lignes 14 à 18]

[17] L'échange qui s'en est suivi entre la juge et les avocats portait essentiellement sur la façon dont les parties entendaient résoudre le problème :

[TRADUCTION]

LA COUR : [...] Je vais demander aux parties ce qu'elles comptent faire quant aux médecins [...] comment veut-on que j'évalue quoi que ce soit dans ce que dit l'un ou l'autre des médecins? [Soulignement ajouté; transcription, vol. 1, p. 9, lignes 11 et 12, 15 et 16]

L'avocat de M^{me} Mattson a indiqué qu'il appellerait à témoigner l'un des neurologues traitants de sa cliente, le D^r Kuriakose. Les avocates de TD ont d'abord soutenu qu'aucun préavis n'avait été donné du témoignage de vive voix du D^r Kuriakose, mais il a été établi qu'un préavis avait effectivement été donné. Élément important : une avocate de TD a souligné à quel point il importait que les experts de la compagnie témoignent oralement pour réfuter le témoignage prévu du D^r Kuriakose :

[TRADUCTION]

Si je l'avais su d'avance – et je comprends tout à fait la situation dans laquelle vous vous trouvez – et, il y a dix minutes, je découvre qu'un neurologue doit témoigner. Si je l'avais su d'avance, Madame la juge, j'aurais pris des dispositions en vue de faire témoigner le D^r King, et je ferai donc valoir que je ne sais trop si vous comptez poursuivre

aujourd'hui ou non, mais nous devons pouvoir réfuter ce témoignage [...] la partie défenderesse doit être en mesure de réfuter ce témoignage. Et je ne suis pas en position aujourd'hui, sans avoir été informée d'avance [...] la partie défenderesse doit être en mesure de réfuter ce témoignage d'une manière ou d'une autre, au lieu d'avoir à se fonder sur un affidavit d'une audience des petites créances. Je m'excuse, donc, s'il nous faut ajourner. Mais nous ne pouvons pas avoir les mains liées. [...] [Soulignement ajouté, transcription, vol. 1, p. 10, lignes 8 à 10, 19 à 23, p. 11, lignes 1 à 10]

[18] Après avoir entendu les témoignages de M^{me} Mattson et du D^r Kuriakose, la juge a demandé à l'avocate de TD si elle comptait présenter des témoignages de vive voix. L'avocate a répondu qu'elle souhaitait en envisager la présentation, et elle a ajouté : [TRADUCTION] « J'imagine que ce serait certainement le D^r King, le neurologue [...] et sans doute aussi le psychiatre, le D^r Scott Theriault » (transcription, vol. 1, p. 110, lignes 8 à 10). TD a alors demandé et obtenu un ajournement afin de pouvoir envisager d'appeler les D^{rs} King et Theriault à témoigner, et une date a été fixée pour l'audition de leurs témoignages. Toutefois, quelques jours avant la date fixée, TD a indiqué qu'elle n'allait appeler aucun de ses experts médicaux, et le dossier n'explique pas son choix. Rien de ceci n'est mentionné dans la décision de la juge.

[19] Dans sa décision, la juge a conclu qu'il s'agissait d'un accident avec un impact à grande vitesse et que le véhicule de M^{me} Mattson avait été [TRADUCTION] « détruit » (par. 14). Elle a aussi conclu que [TRADUCTION] « l'impact [lui] a en effet fait perdre conscience pendant environ deux minutes » (*ibid*). La juge [TRADUCTION] « accepte le compte rendu de M^{me} Mattson, qui dit n'avoir aucun souvenir de l'accident, ni de ce qui s'est passé immédiatement avant ou après celui-ci » (par. 15). L'un des éléments clés de l'analyse de la juge et de ses motifs de rejet de la demande de M^{me} Mattson est la présumée omission de celle-ci de contre-interroger les experts de TD concernant ce qu'ils considéraient comme le manque de crédibilité de la corrélation établie par M^{me} Mattson entre ses symptômes et l'accident (par. 18). Encore que la juge ait exprimé des réserves sur la crédibilité de M^{me} Mattson sur certaines questions, elle a conclu que celle-ci n'avait pas sciemment menti et que son témoignage avait été [TRADUCTION] « généralement franc »

(par. 19 et 21). Elle a en outre relevé la forte distance qui séparait les opinions médicales offertes par la défense sur l'exagération des symptômes et les nombreux autres rapports des médecins traitants de M^{me} Mattson portant une opinion contraire (par. 22 et 23). Elle a écrit : [TRADUCTION] « Comment la Cour peut-elle statuer sur cette demande sans entendre les experts antagonistes? » (soulignement ajouté; par. 24). Comme il a été indiqué, TD n'a appelé aucun de ses [TRADUCTION] « experts antagonistes » à la barre. M^{me} Mattson a fourni le témoignage oral du D^r Kuriakose, qui réfute la théorie de la simulation, l'estimant infondée.

IV. Moyens d'appel

[20] Un appel à notre Cour d'une décision prononcée au terme d'une nouvelle audience, sous le régime de la *Loi*, ne peut être interjeté que sur une question de droit, après avoir obtenu l'autorisation. M^{me} Mattson avance quatre moyens, dont les trois premiers font valoir des erreurs de fait ou des erreurs mixtes de fait et de droit. Elles ne peuvent former l'assise d'un appel.

[21] Selon le quatrième moyen, toutefois, la juge aurait commis une erreur de droit dans son examen et son appréciation de la preuve d'expert. La plainte appelle à se demander si la juge a eu raison d'attribuer à M^{me} Mattson le fait de ne pas avoir, semble-t-il, contre-interrogé les experts de TD. Elle fait également intervenir les conséquences juridiques de l'omission de la juge de tirer l'inférence défavorable que commandait la décision de TD de ne pas appeler ses experts à comparaître, en particulier le D^r King.

V. Analyse

[22] Il importe de se rappeler que la présente affaire relève du régime de règlement des petites créances de la *Loi*, qui est conçu pour que les décisions soient rendues d'une manière simple, expéditive, informelle et économique (art. 3). La Cour des petites créances rend les décisions et les ordonnances qu'elle considère comme justes et raisonnables dans les circonstances (art. 4). En outre, les règles de preuve et de procédure

y sont assouplies. Au bout du compte, toute mesure réparatoire peut être accordée par la Cour des petites créances pour assurer une résolution équitable (art. 11 et 15).

[23] Ces particularités de la *Loi* ne sont pas applicables uniquement à la Cour des petites créances. Elles régissent également l'audition d'appels formés par voie de nouvelle audience auprès de la Cour du Banc du Roi et de tout appel interjeté auprès de notre Cour, ainsi que les décisions rendues sur ces appels. De fait, le par. 42.1(17) du *Règlement général*, qui traite d'appels interjetés auprès de la Cour du Banc du Roi, prévoit que les règles de preuve et de procédure assouplies demeurent applicables. Quant aux appels interjetés auprès de notre Cour, le par. 48(3) du *Règlement général* prévoit que la Cour peut : accueillir l'appel; rejeter l'appel; rendre toute autre ordonnance qu'elle estime juste. En l'espèce, le mot « or » [dans la version anglaise, rendu par un point-virgule dans la version française] signifie « and ». Toute autre interprétation conduirait à une absurdité.

[24] Ce contexte législatif étant défini, l'appel repose sur la question de savoir si la juge a commis une erreur de droit justifiant l'infirmité de sa décision en imputant à M^{me} Mattson l'omission consistant à ne pas contre-interroger les experts de TD et en ne tirant pas une inférence défavorable de la décision de TD de ne pas appeler le D^r King à témoigner.

[25] Comme nous l'avons indiqué dans nos remarques introductives, nous estimons que la juge a commis une erreur de droit en reprochant à M^{me} Mattson le fait que les experts de TD n'aient pas été contre-interrogés. M^{me} Mattson n'avait aucunement l'obligation d'appeler ces experts à témoigner dans le cadre de sa cause, sans compter qu'elle avait été avisée que TD ne les appellerait pas à témoigner après la clôture de sa preuve. En termes simples : les experts de TD n'ont pas été contre-interrogés parce que TD a choisi de ne pas les appeler à témoigner oralement. On ne saurait reprocher cette décision à M^{me} Mattson. Passons maintenant à une question étroitement liée, soit le défaut de tirer une inférence défavorable à TD relativement à son défaut d'appeler le D^r King, qui était manifestement un témoin clé sur la question de la simulation.

[26] Lederman, Bryant et Fuerst, dans *The Law of Evidence in Canada* (2018, 5^e éd.), ont expliqué ainsi l'effet de ne pas appeler un témoin clé :

[TRADUCTION]

[...] Le défaut d'appeler un témoin clé équivaut à admettre implicitement que les éléments de preuve du témoin absent iraient à l'encontre de la preuve de la partie, ou à tout le moins qu'ils ne l'appuieraient pas. [§ 6.471]

[27] Bien que le fait de tirer ou non une inférence défavorable relève, de façon générale, d'un exercice de pouvoir discrétionnaire qui commande la déférence en appel (voir *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352), le défaut de tirer une telle inférence en l'espèce constitue une erreur de droit justifiant l'infirmité de la décision. En effet, dans certaines circonstances, comme celles en l'espèce, l'inférence défavorable a de telles répercussions et est si convaincante que le fait de ne pas la tirer donne lieu à une décision qui ne reflète pas le bien-fondé de l'affaire. Nous soulignons à cet égard le caractère exceptionnel des circonstances suivantes : (1) la confirmation par la juge que, pour rendre sa décision, il lui fallait entendre les [TRADUCTION] « experts antagonistes » de TD, dont le D^r King; et (2) le fait que les avocates de TD ont reconnu la nécessité d'appeler le D^r King à témoigner pour réfuter le témoignage oral du D^r Kuriakose qui niait la théorie de la simulation.

[28] L'importance du fait d'avoir omis de tirer l'inférence défavorable en question doit être appréciée dans le contexte unique et exceptionnel de la présente affaire, qui ne se retrouve pas dans la jurisprudence traitant de la question. Dans *Parris c. Laidley*, 2012 ONCA 755, [2012] O.J. No. 5214 (QL), la Cour a confirmé qu'il faut mener une analyse propre à l'affaire pour déterminer si les circonstances justifient que soit tirée une inférence défavorable. La décision de la juge, comme nous l'avons vu, est complètement muette sur ce point. Notre Cour n'a ainsi d'autre choix que de mener l'analyse qu'il aurait fallu mener et, dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce, nous concluons que la juge n'avait d'autre choix que de tirer cette inférence défavorable à TD.

[29] En omettant de tirer cette inférence, la juge n'a pas rendu sa décision sur le bien-fondé de l'espèce, et n'a donc pas assuré une résolution équitable, tel que le prescrit la *Loi*. À notre avis, M^{me} Mattson a établi le bien-fondé de sa demande selon la prépondérance des probabilités. Cette conclusion découle de l'effet cumulatif des éléments suivants : (1) l'inférence voulant que TD n'ait pas appelé le D^r King à témoigner parce que son témoignage oral aurait vraisemblablement nui à sa défense, qu'elle fondait sur la simulation; (2) le volumineux dossier produit par les professionnels de la santé qui ont traité M^{me} Mattson, qui est très fortement favorable à son droit de bonne foi aux indemnités; et (3) le témoignage oral à l'appui du D^r Kuriakose, auquel ce dernier a tenu fermement en contre-interrogatoire.

VI. Dispositif

[30] Pour les motifs énoncés ci-dessus, nous accueillons l'appel, annulons la décision de la Cour du Banc du Roi et rendons en faveur de M^{me} Mattson un jugement lui accordant la somme de 20 000 \$ pour les indemnités de remplacement du revenu, à laquelle s'ajoute des intérêts au taux de 3 % par année pour la période allant du 14 octobre 2021 à la date du présent jugement, des dépens de 500 \$ (le maximum autorisé par la *Loi sur les petites créances*) et les débours remboursables.