

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

2-11-CA

MARKUS ALEXANDER SCOTT

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Scott v. R., 2012 NBCA 21

CORAM:

The Honourable Justice Richard  
The Honourable Justice Bell  
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:  
February 26, 2010

History of Case:

Decision under appeal:  
February 26, 2010 (Unreported)

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard and judgment rendered:  
September 20, 2011

Reasons delivered:  
March 1, 2012

Reasons for judgment:  
The Honourable Justice Richard

Concurred in by:  
The Honourable Justice Bell  
The Honourable Justice Green

MARKUS ALEXANDER SCOTT

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Scott c. R., 2012 NBCA 21

CORAM :

L'honorable juge Richard  
L'honorable juge Bell  
L'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour provinciale :  
Le 26 février 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
Le 26 février 2010 (Inédite)

Procédures préliminaires ou accessoires :  
S.O.

Appel entendu et jugement rendu :  
Le 20 septembre 2011

Motifs déposés :  
Le 1<sup>er</sup> mars 2012

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Richard

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge Bell  
L'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant:  
David M. Hitchcock, Q.C.

For the respondent:  
Michael Hall

THE COURT

The appeal is allowed. The verdict is set aside and a new trial is ordered.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :  
David M. Hitchcock, c.r.

Pour l'intimée :  
Michael Hall

LA COUR

L'appel est accueilli. Le verdict est annulé et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD J.A.

[1] On February 26, 2010, a judge of the Provincial Court convicted Markus Alexander Scott of the indictable offence of assault causing bodily harm (s. 267(b) of the *Criminal Code*), and, on a later date, sentenced him to two months in jail to be served intermittently. Mr. Scott appeals his conviction. In addition to setting out grounds of appeal that allege errors of law, he seeks to adduce evidence on appeal in the form of affidavits from two individuals, one of whom admits to having been personally involved in the barroom-type altercation that led to Mr. Scott's conviction and to being the one who might have caused injury to the complainant. The testimony of these individuals, if believed, might cast significant doubt on Mr. Scott's guilt. However, the fresh evidence application was problematic in two significant respects. First, the existence of these two witnesses was known to Mr. Scott before trial and he chose not to inform his lawyer. Second, Mr. Scott was less than candid with the Court in the affidavit he filed in support of his application to adduce evidence on appeal. In other respects, the proposed new evidence meets the criteria for admissibility because the testimonies of the two individuals would be relevant, credible and potentially determinative.

[2] After hearing the application to adduce new evidence, including cross-examination of Mr. Scott and the two new witnesses, we reserved our decision and proceeded with the hearing of the appeal. Following the hearing, we allowed the appeal from the bench, set aside the conviction and ordered a new trial. We indicated that reasons for our decision would follow. These are my reasons.

[3] The appeal was allowed because of an error in law alleged in one of the grounds of appeal that is independent from the application for leave to adduce evidence on appeal. As a result, it is not necessary for us to rule on that application.

[4] The charge against Mr. Scott arose out of an incident that occurred at a Fredericton nightclub on June 7, 2008. It involved people who had consumed alcohol, and occurred on a crowded deck outside the nightclub. A first altercation between

Mr. Scott and the complainant was broken off by a bouncer. However, the complainant reports that at some later point he was hit across the back of the head so hard his hat flew off and that Mr. Scott then stepped on the front of his leg near his foot, causing him to fall when he tried to retaliate. From that point, the complainant needed assistance. The ambulance was called and the complainant was taken to the hospital, where he underwent open reduction surgery to insert a plate and screws to repair a broken bone in his ankle.

[5] Mr. Scott was charged with assault causing bodily harm. At trial, witnesses gave differing accounts of the events leading to the bouncer's intervention, but no one actually saw what occurred when the complainant was injured. The complainant alleged Mr. Scott was his assailant, while Mr. Scott testified he was nowhere near the complainant after the bouncer had separated the two. Thus, the key issue at trial pitted the testimony of the complainant against that of Mr. Scott, although the assessment of credibility would also take into account how their testimonies harmonized with those of others regarding the events that preceded this alleged second confrontation. In the end, the trial judge believed the complainant and was not left with a reasonable doubt by the testimony of Mr. Scott or by the evidence as a whole.

[6] At the outset of the trial, Crown counsel tendered for admission certain medical reports that outlined the nature and extent of the complainant's injuries. These records were admitted into evidence with Mr. Scott's consent and included notes by an ambulance attendant and by an attending physician that were obviously made in the course of their employment shortly after they had assessed and treated the complainant. In these notes, the complainant is reported to have said he was involved in an altercation outside a bar but he is also reported to have told the physician that he did "not recall the exact mechanism of injury" and the ambulance attendant that he had "rolled" his right ankle and felt a "POP" in the ankle. The notes are also replete with entries showing the very intoxicated state of the complainant while at the hospital. He was noted to be under the influence of alcohol, to have become belligerent with the medical staff and pushed some away and to have grabbed a nurse by the shirt, requiring security to be called.

[7] In arguments at trial, defence counsel sought to challenge the complainant's credibility by pointing to the entries in the medical reports the prosecution had adduced into evidence and in which the complainant was reported as having said he did not recall the exact mechanism of his injury and that he had rolled his ankle and felt a "pop" in it. Crown counsel objected, stating that these statements amount to hearsay and that they could not be considered by the Court even to determine the credibility of the complainant. Crown counsel also argued the medical reports were adduced solely to prove the bodily harm component of the offence.

[8] In her decision, the Provincial Court judge refused to consider the impugned portions of the report, ruling that they constituted hearsay because "[t]hese witnesses were not at the scene and did not testify", and because they were accepted as an exhibit "to prove the type of injury sustained". This particular ruling is the subject of one of the grounds of appeal and is the reason underlying our decision to allow the appeal, set aside the verdict and order a new trial.

[9] The medical reports in question were admitted into evidence by consent, thereby relieving the Crown of having to prove their authenticity and relevance. It is trite law to point out that once these are admitted, both inculpatory and exculpatory entries are properly before the court. Obviously, the reports were admitted in evidence to prove the truth of their content, that is, to prove the observations made by the various medical and nursing personnel as well as the diagnosis of the complainant's injuries and the treatment given. The effect of admitting the reports is that their authors will not be required to attend court to testify. Instead, both parties agree the judge can rely on what is stated in the document since the content will be unchallenged.

[10] However, while the admission of the document dispensed with the need to call the authors of the notes to testify in order to relate their first-hand knowledge of what is contained in the report, this does not necessarily abrogate the hearsay rule with regard to those entries in respect of which the author has no first-hand knowledge.

[11] At its core, hearsay evidence is an out-of-court statement meant to prove the contents of what was said. Here, the admission of the medical reports, by consent, dispensed with in-court proof of first-hand observations made by the authors of the entries. No one challenges the truth of what they report to have observed or done. This does not mean, however, that any entry they made of anything they heard can equally be considered for the truth of its content. That would offend the hearsay rule. Let me explain by reference to the ambulance call report in this case.

[12] The admission of the ambulance report by consent relieved either of the parties of having to call the ambulance attendant who had first-hand knowledge of the observations he made and what he personally did when he attended on the night in question. Had the attendant been called to testify, he undoubtedly would have been asked to describe what he observed and what he did. He might also have been asked to relate what he heard. Too often, a question like this is immediately objected to as constituting inadmissible hearsay. However, frequently the objection is not well-founded. If someone tells the ambulance attendant something, then, subject to the requirement of relevance, the attendant can restate what he had been told, not to prove the truth of the contents of the communication, but solely to prove that it was said. Thus there are two key elements that might make what the ambulance attendant heard admissible: (1) the purpose of the evidence, i.e. to prove only that the statement was made; and (2) relevance.

[13] In the present case, the complainant told the ambulance attendant he had rolled his ankle. This constitutes an out-of-court statement. Unless it falls into one of the exceptions of the hearsay rule or is otherwise admissible through what is called the principled approach (weighing necessity and reliability), such a statement is not admissible to prove that the complainant did in fact roll his ankle. On the other hand, if relevant, the statement can be admitted not to prove the complainant actually rolled his ankle, but to prove that he told the ambulance attendant he rolled his ankle. Relevance is the key. Many times, what others have said about a situation is irrelevant to determinations of fact. However, when credibility is the key issue at trial, as here, what a person said to another can be most relevant where the testimony at trial is significantly at odds with the original declaration. In the present case, the declaration to the ambulance

attendant was relevant, not to prove how the complainant hurt his ankle, but to prove inconsistency in his descriptions of how he sustained the injuries, so as raise an argument that his testimony at trial may not be truthful.

[14] In sum, this case was about credibility. Evidence was adduced to show that on the night in question the complainant told the ambulance attendant he rolled his ankle, and later told a physician he could not describe the exact mechanism of how his injury occurred. This evidence was admissible to show inconsistency between these statements and the testimony he was giving at trial. It was evidence that had to be weighed in determining his credibility and in making the ultimate decision whether the judge was left with a reasonable doubt. In my view, the judge erred in law in characterizing the evidence as inadmissible hearsay and in stating the medical reports could only be used to prove the type of injury sustained. The medical reports, once admitted, showed the complainant had made a prior inconsistent statement and it was quite open for the defence to challenge the credibility of the complainant by making reference to these.

[15] In my respectful view, the trial judge erred in refusing to consider the reports in question in assessing the complainant's credibility. This error is not insignificant. This is not a situation where the *proviso* contained in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* could be applied. It is for this reason that we were of the view to allow the appeal, set aside the verdict and order a new trial.

LE JUGE RICHARD

[1] Le 26 février 2010, une juge de la Cour provinciale a déclaré Markus Alexander Scott coupable de l'acte criminel de voies de fait causant des lésions corporelles (al. 267b) du *Code criminel*) et, à une date ultérieure, elle l'a condamné à une peine d'emprisonnement de deux mois à purger de façon intermittente. M. Scott appelle de la déclaration de culpabilité. Outre des moyens d'appel fondés sur des erreurs de droit alléguées, il souhaite présenter une preuve prenant la forme d'affidavits souscrits par deux personnes, dont l'une admet avoir été impliquée personnellement dans l'altercation – du genre de celles se produisant souvent dans des bars – qui est à l'origine de la déclaration de culpabilité de M. Scott et être la personne qui pourrait avoir causé des blessures au plaignant. Le témoignage de ces personnes, s'il se révèle crédible, pourrait sérieusement mettre en doute la culpabilité de M. Scott. Toutefois, la requête relative à la présentation d'une nouvelle preuve posait problème sous deux rapports importants. Premièrement, M. Scott était au courant de l'existence de ces témoins avant le procès et il a choisi de ne pas en informer son avocat. Deuxièmement, M. Scott ne s'est pas montré très sincère envers la Cour dans l'affidavit qu'il a produit à l'appui de sa requête en vue de présenter une nouvelle preuve en appel. Sous d'autres rapports, la nouvelle preuve proposée satisfait aux critères d'admissibilité parce que les témoignages de ces deux personnes seraient pertinents et crédibles et sont susceptibles d'être déterminants.

[2] Après avoir entendu la requête relative à la présentation d'une nouvelle preuve, y compris le contre-interrogatoire de M. Scott et des deux nouveaux témoins, nous avons réservé notre décision concernant la requête et entendu l'appel. Après l'instruction, nous avons accueilli l'appel séance tenante, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Nous avons aussi mentionné que les motifs de notre décision suivraient. Voici donc ces motifs.

[3] L'appel a été accueilli en raison d'une erreur de droit alléguée dans l'un des moyens d'appel qui n'a rien à voir avec la requête en autorisation de présenter une



nouvelle preuve en appel. Par conséquent, il n'est pas nécessaire pour la Cour de statuer sur cette requête.

[4] M. Scott a été inculpé à la suite d'un incident qui s'est produit dans une boîte de nuit de Fredericton le 7 juin 2008. L'incident, qui impliquait des personnes qui avaient consommé de l'alcool, a eu lieu sur une terrasse bondée se trouvant à l'extérieur de la boîte de nuit. Une première altercation entre M. Scott et le plaignant a été interrompue par un videur. Par ailleurs, le plaignant signale que, plus tard dans la soirée, il a été frappé derrière la tête si violemment qu'il en a perdu sa casquette et que M. Scott lui a marché sur le devant de la jambe à la hauteur de la cheville, ce qui a eu pour effet de le faire tomber au moment où il tentait de riposter. Le plaignant a alors eu besoin d'aide. L'ambulance a été appelée et il a été emmené à l'hôpital, où il a subi une réduction chirurgicale au cours de laquelle une plaque et des vis ont été mises en place pour réparer une fracture à sa cheville.

[5] M. Scott a été accusé de voies de fait causant des lésions corporelles. Au procès, les témoins ont donné des versions différentes des faits qui ont amené le videur à intervenir, mais personne n'a vraiment vu ce qui s'est produit lorsque le plaignant a été blessé. Le plaignant a allégué que M. Scott était l'agresseur, tandis que M. Scott a témoigné qu'il ne s'était jamais trouvé à proximité du plaignant après que le videur les eut séparés. Par conséquent, la principale question en litige au procès opposait le témoignage du plaignant à celui de M. Scott, bien qu'il ait été également tenu compte dans l'appréciation de la crédibilité de la compatibilité de leur témoignage avec ceux des témoins concernant les faits qui ont précédé la deuxième altercation alléguée. Au bout du compte, la juge du procès a cru le plaignant. Ni le témoignage de M. Scott ni la preuve dans son ensemble n'ont soulevé un doute raisonnable dans son esprit.

[6] Dès l'ouverture du procès, l'avocat du ministère public a voulu verser en preuve certains rapports médicaux qui décrivaient la nature et l'étendue des blessures du plaignant. Ces dossiers ont été admis en preuve avec le consentement de M. Scott et ils comprenaient les notes d'un ambulancier et d'un médecin traitant qui avaient visiblement été rédigées dans le cadre de leur travail peu de temps après qu'ils aient évalué et soigné

le plaignant. Ces notes révèlent que le plaignant aurait affirmé qu'il avait été impliqué dans une altercation qui avait eu lieu à l'extérieur d'un bar et qu'il aurait dit au médecin qu'il [TRADUCTION] « ne se rappelait pas exactement comment il s'était blessé » et à l'ambulancier qu'il s'était [TRADUCTION] « tordu » la cheville droite et avait senti un craquement dans sa cheville. Les notes comportent également nombre d'inscriptions démontrant l'état d'intoxication avancé du plaignant à l'hôpital. Il y est également mentionné que le plaignant était en état d'ébriété, qu'il était devenu belliqueux à l'endroit des membres du personnel médical, qu'il avait repoussé certains d'entre eux, qu'il avait empoigné un membre du personnel infirmier par la blouse et que la sécurité avait donc dû être appelée.

[7] Dans les arguments qu'il a avancés au procès, l'avocat de la défense cherchait à attaquer la crédibilité du plaignant en faisant ressortir les passages des rapports médicaux, que la poursuite avait versés en preuve, dans lesquels il était déclaré que le plaignant avait dit qu'il ne se rappelait pas exactement comment il s'était blessé et qu'il s'était tordu la cheville et avait senti un craquement. L'avocat du ministère public a formulé une objection, affirmant que ces déclarations équivalaient à du oui-dire et qu'elles ne pouvaient être prises en compte par le tribunal même pour déterminer si le plaignant était crédible. Il a également soutenu que les rapports médicaux avaient été versés en preuve seulement pour établir le volet des lésions corporelles de l'infraction.

[8] Dans sa décision, la juge de la Cour provinciale a refusé de prendre en considération les parties contestées du rapport, concluant qu'elles constituaient du oui-dire parce que [TRADUCTION] « [c]es témoins n'étaient pas sur les lieux de l'incident et n'avaient pas témoigné » et parce que les rapports avaient été admis en preuve [TRADUCTION] « pour prouver le type de lésion corporelle subie ». Cette décision particulière est visée par l'un des moyens d'appel et constitue le motif sous-jacent à notre décision d'accueillir l'appel, d'annuler le verdict et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[9] Les rapports médicaux en question ont été admis en preuve par consentement, de sorte que le ministère public n'a pas eu à faire la preuve de leur

authenticité et de leur pertinence. Il est bien établi en droit que, une fois ces rapports versés en preuve, la Cour est dûment saisie des éléments inculpatatoires et disculpatoires qu'ils contiennent. Manifestement, les rapports ont été admis en preuve pour établir la véracité de leur contenu, à savoir pour prouver les observations faites par les différents membres du personnel médical et infirmier ainsi que le diagnostic des blessures du plaignant et les soins prodigués. L'admission des rapports a pour effet de décharger leurs auteurs de l'obligation d'avoir à témoigner devant la Cour. Les parties conviennent ainsi que le juge peut s'appuyer sur ce qui est déclaré dans le document puisque le contenu ne sera pas contesté.

[10] Cependant, même si l'admission du document dispensait de la nécessité d'appeler les auteurs des notes à témoigner pour faire part de leur connaissance directe de ce qui est contenu dans le rapport, l'application de la règle du oui-dire n'est pas forcément écartée dans le cas des notes à l'égard desquelles l'auteur ne possède aucune connaissance directe.

[11] Fondamentalement, la preuve par oui-dire est une déclaration extrajudiciaire qui vise à prouver le contenu de ce qui a été dit. En l'espèce, l'admission des rapports médicaux, par consentement, a permis de faire l'économie de la preuve devant le tribunal des observations directes faites par les auteurs des notes. Nul ne conteste la véracité de ce qu'ils ont déclaré avoir observé ou fait. Cela ne veut pas dire par ailleurs que les notes qu'ils ont rédigées à propos de ce qu'ils ont entendu peuvent également être prises en compte pour établir la véracité de leur contenu. Ce genre de preuve irait à l'encontre de la règle du oui-dire. Pour expliquer cette règle, prenons l'exemple du rapport d'intervention de l'ambulancier en l'espèce.

[12] L'admission par consentement du rapport de l'ambulancier évitait aux parties d'avoir à assigner à comparaître l'ambulancier qui a eu directement connaissance des observations qu'il a faites et de ce qu'il a fait personnellement lorsqu'il s'est occupé du plaignant le soir en question. Si l'ambulancier avait été appelé à témoigner, on lui aurait demandé sans aucun doute de décrire ce qu'il avait observé et ce qu'il avait fait. Il se peut aussi qu'on lui aurait demandé de dire ce qu'il avait entendu. Trop souvent, les

questions de ce genre font immédiatement l'objet d'une objection au motif que la réponse constituerait une preuve par oui-dire inadmissible. Toutefois, l'objection n'est souvent pas bien fondée. Si quelqu'un dit quelque chose à l'ambulancier, sous réserve de l'application du critère de la pertinence, celui-ci peut alors répéter ce qui lui a été dit, non pas pour établir la véracité du contenu de la communication, mais uniquement pour prouver que ce quelque chose lui a été dit. Ainsi, deux éléments clés pourraient faire en sorte que ce que l'ambulancier a entendu soit admissible en preuve : (1) l'objet de la preuve, par ex., pour prouver uniquement que la déclaration a été faite; (2) la pertinence.

[13] Dans la présente affaire, le plaignant a dit à l'ambulancier qu'il s'était tordu la cheville. Cette déclaration constitue une déclaration extrajudiciaire. À moins qu'elle ne fasse partie des exceptions à la règle du oui-dire ou qu'elle ne soit autrement jugée admissible en preuve en raison de l'application de ce qu'il est convenu d'appeler la méthode fondée sur des principes (appréciation des exigences de nécessité et de fiabilité), cette déclaration n'est pas admissible pour prouver que le plaignant s'est en fait tordu la cheville. Par ailleurs, si elle est pertinente, la déclaration peut être admise non pas pour prouver que le plaignant s'est en fait tordu la cheville mais pour prouver qu'il a dit à l'ambulancier qu'il s'était tordu la cheville. La pertinence est l'élément clé. Bien souvent, ce que les autres ont dit au sujet d'une situation est dépourvu de pertinence dans la détermination des faits. Toutefois, lorsque la crédibilité constitue la principale question en litige au procès, comme en l'espèce, ce qu'une personne a dit à une autre peut se révéler particulièrement pertinent lorsque le témoignage au procès ne concorde pas du tout avec la déclaration originale. Dans la présente affaire, la déclaration faite à l'ambulancier était pertinente, non pas pour prouver comment le plaignant s'était blessé la cheville, mais pour prouver l'incohérence des descriptions qu'il a données sur la façon dont la blessure est survenue et pour ainsi faire valoir que son témoignage au procès n'est peut-être pas véridique.

[14] En résumé, la présente affaire portait sur la question de la crédibilité. Une preuve a été présentée pour démontrer que, le soir en question, le plaignant a dit à l'ambulancier qu'il s'était tordu la cheville et qu'il a dit aussi plus tard à un médecin qu'il ne pouvait se rappeler exactement comment il s'était blessé. Cette preuve était admissible

pour démontrer l'incohérence entre ces déclarations et le témoignage qu'il donnait au procès. Elle devait être appréciée pour déterminer si le plaignant était crédible et pour rendre la décision ultime quant à savoir s'il subsistait un doute raisonnable dans l'esprit de la juge. À mon avis, la juge a commis une erreur de droit en qualifiant la preuve de preuve par ouï-dire inadmissible et en affirmant que les rapports médicaux pouvaient être utilisés seulement pour prouver le type de blessure. Les rapports médicaux, une fois versés en preuve, ont révélé que le plaignant avait fait une déclaration incompatible antérieurement et il était tout à fait loisible à la défense d'attaquer la crédibilité du plaignant en faisant référence à ces rapports.

[15] À mon humble avis, la juge du procès a commis une erreur en refusant de tenir compte des rapports en question dans l'appréciation de la crédibilité du plaignant. Cette erreur n'est pas sans importance. Il ne s'agit pas d'une situation où la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b(iii) du *Code criminel* pourrait s'appliquer. C'est pour cette raison que nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le verdict et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.