

L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE D'EXPERT ET LES DÉPENS

Marc McAree,* Robert Woon** et Anand Srivastava***

Symposium sur l'environnement au tribunal :
les questions de preuve dans les poursuites et les procès en matière d'environnement

6 et 7 mars 2015
Université de Calgary

This project was undertaken with the financial support of:



Ce projet a été réalisé avec l'appui financier de :



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN

INFLUENCE. LEADERSHIP. PROTECTION.



Canadian Institute of Resources Law
Institut canadien du droit des ressources



UNIVERSITY OF CALGARY
FACULTY OF LAW

*Marc McAree est associé du cabinet Willms & Shier Environmental Lawyers LLP de Toronto. Il détient l'agrément de spécialiste en droit environnemental du Barreau du Haut-Canada.

**Robert Woon est associé du cabinet Willms & Shier Environmental Lawyers LLP. Robert a auparavant effectué son stage auprès de ce cabinet et y a occupé un emploi d'été.

***Anand Srivastava a occupé un emploi d'été en 2014 chez Willms & Shier Environmental Lawyers LLP. Anand reviendra au cabinet en 2015 et 2016 pour y effectuer ses stages.

L'Institut canadien du droit des ressources favorise l'accessibilité, la diffusion et l'échange des renseignements publics. Vous êtes autorisé à copier, à diffuser, à afficher, à télécharger et, par ailleurs, à traiter cet ouvrage librement, moyennant les conditions suivantes :

- (1) Vous devez mentionner la source de cet ouvrage;
- (2) Vous ne pouvez modifier cet ouvrage;
- (3) Vous ne pouvez en faire un usage commercial sans le consentement écrit préalable de l'Institut.

Tous droits réservés © 2015

INTRODUCTION

L'arrêt *R. c. Mohan*,¹ rendu par la Cour suprême du Canada, fait autorité en matière d'admissibilité de la preuve d'expert. Dans l'affaire *Mohan*, la cour a déclaré que l'admissibilité de la preuve d'expert repose sur les critères suivants :

- la pertinence;
- la nécessité d'aider le juge des faits;
- l'absence de toute règle d'exclusion et
- la qualification suffisante de l'expert.²

La partie qui entend déposer une preuve d'expert a le fardeau de remplir les quatre critères de l'arrêt *Mohan*.³ Le test de *Mohan* s'applique à la fois dans les procès criminels et civils.⁴

La pertinence

La pertinence d'une preuve d'expert est une question de droit déterminée par le juge qui préside l'instance.⁵ La preuve ne doit pas seulement concerner un fait qui est au centre du litige; elle doit aussi avoir une valeur aux fins du procès. Comme il est écrit dans *McCormick on Evidence*,⁶ ouvrage cité dans l'arrêt *Mohan*, la valeur de la preuve doit l'emporter sur l'impact sur le procès. Dans *Mohan*, la cour a affirmé :

La preuve qui est par ailleurs logiquement pertinente peut être exclue sur ce fondement si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable, si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur ou si elle peut induire en erreur en ce sens que son effet sur le juge des faits, en particulier le jury, est disproportionné par rapport à sa fiabilité.⁷

Dans les affaires *R. c. Melaragni*⁸ et *R. c. Bourguignon*,⁹ le tribunal s'est penché sur la possibilité qu'une preuve embrouille ou dérouté le jury. Dans l'affaire *Mohan*, il a tenu compte de ce facteur en évaluant la pertinence de cette preuve.

¹ *R c Mohan*, [1994] 2 RCS 9, para 31 [*Mohan*].

² *Ibid*, para 17.

³ *R c Terceira* (1998), 38 OR (3d) 175 (CA) aff'd [1999] 3 RCS 866.

⁴ *Drumonde c Moniz* (1997), 105 OAC 295 (CA).

⁵ *Ibid*, para 18.

⁶ Edward Cleary, *McCormick on Evidence*, 3^e éd, St Paul, MN, West Publishing, 1984, à la p 544.

⁷ *Mohan*, *supra* note 1, para 18.

⁸ *R c Melaragni* (1992), 73 CCC (3d) 348, à la p 353 (Gen Div).

⁹ *R c Bourguignon*, [1991] OJ No 2670 (Div Gén) (QL).

La nécessité d'aider le juge des faits

Une preuve d'expert doit nécessairement « donner à la cour des renseignements qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury ». ¹⁰ Ceci comprend les situations où la preuve permet au juge des faits de comprendre des questions de nature technique. ¹¹ Dans le même ordre d'idées, cette norme s'exprime aussi du point de vue inverse, en ce que des personnes ordinaires ne pourront probablement pas former un jugement juste à cet égard sans l'assistance de personnes possédant des connaissances spéciales. ¹²

Une preuve d'expert ne devient pas nécessaire du simple fait qu'elle est présentée par un expert compétent avec des termes techniques complexes. Si des jurés peuvent décider d'une question sans l'aide d'un expert, alors une preuve d'expert est susceptible d'influencer indûment les conclusions du juge des faits. ¹³

L'absence de toute règle d'exclusion

Une preuve d'expert n'est pas automatiquement admissible si elle répond aux trois autres critères de l'arrêt *Mohan*. Elle doit aussi être admissible en vertu du droit de la preuve en général. Si une règle d'exclusion s'applique à la preuve d'expert, elle sera exclue en dépit de sa pertinence, de sa nécessité et de la qualification suffisante de l'expert. ¹⁴

La qualification suffisante de l'expert

Un expert compétent est un « témoin dont on démontre qu'il ou elle a acquis des connaissances spéciales ou particulières grâce à une expérience ou à des études relatives aux questions visées dans son témoignage ». ¹⁵ La qualité d'expert est un statut relativement modeste qu'on reconnaît à un témoin qui « possède des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits. ¹⁶

COUR D'APPEL DE L'ONTARIO (*R. c. ABBEY*)

En 2009, le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. c. Abbey* ¹⁷ a ajouté une analyse supplémentaire aux quatre critères de l'arrêt *Mohan*. Le juge Doherty, au nom de la cour, a adopté un processus en deux étapes pour déterminer l'admissibilité

¹⁰ *Mohan*, *supra* note 1, para 22.

¹¹ *R c Abbey*, [1982] 2 RCS, para 24.

¹² *Kelliher (Village of) c Smith*, [1931] RCS 672, à la p 684.

¹³ *Mohan*, *supra* note 1, para 23 à 25.

¹⁴ *Ibid*, para 26.

¹⁵ *Ibid*, para 27.

¹⁶ *R c Beland*, [1987] 2 RCS 398, para 16.

¹⁷ *R c Abbey*, 2009 ONCA 624 [*Abbey*].

d'une preuve d'expert.¹⁸ En premier lieu, la partie qui entend déposer la preuve doit remplir les quatre critères de l'arrêt *Mohan*. Deuxièmement, le juge des faits doit décider si la preuve est suffisamment bénéfique au procès.¹⁹

Le juge Doherty a apporté un deuxième volet de l'analyse dans l'affaire *Abbey*. Il décrit cette fonction du juge des faits comme celle d'un « gardien ».²⁰ L'analyse des critères de l'arrêt *Mohan* s'opère par des « oui » ou des « non », mais elle pourrait s'avérer insuffisante pour traiter des questions plus difficiles ou nuancées. Pour cette raison, voici comment la Cour d'appel a décrit le deuxième volet de l'analyse :

La question du gardien ne fait pas intervenir de règles limpides. Elle nécessite plutôt d'exercer une discrétion judiciaire. Le juge des faits doit identifier et peser des considérations afin de décider si, de façon équilibrée, elles favorisent l'admissibilité de la preuve. Cette analyse des coûts et des bénéfices dépend des faits en l'espèce et, à la différence de la première étape de l'analyse de l'admissibilité, amène souvent une autre réponse qu'un oui ou un non. Plusieurs juges de procès, même en appliquant correctement les principes pertinents dans l'exercice de leur discrétion, pourraient arriver à des conclusions différentes quant à l'admissibilité.

Avec ce cadre de réflexion, on peut tenir compte, sans appliquer les quatre critères de *Mohan*, des préoccupations de la Cour suprême du Canada face à la possibilité que le jury soit embrouillé ou dérouté. Le juge des faits doit entreprendre sa propre analyse discrétionnaire des coûts et des bénéfices.²¹ Les coûts et les risques inhérents liés à l'admissibilité d'une preuve d'expert comprennent la perte de temps, les préjugés et la confusion.²² La preuve d'expert comporte l'avantage que le juge des faits est correctement informé sur une question qui échappe à ses connaissances. De plus, le juge des faits doit songer à l'effet qu'aurait l'exclusion d'une preuve d'expert sur la saine administration de la justice.²³

Bien qu'on ne le mentionne pas expressément dans l'affaire *Abbey*, le gardien n'a pas nécessairement à remplir un rôle double. Le juge du procès peut être en mesure d'admettre une preuve d'expert en donnant des directives adéquates au jury, tout en gardant le contrôle de la présentation du témoignage afin de réduire les risques.

La Cour suprême du Canada a refusé la demande d'autorisation de pourvoi dans l'affaire *Abbey* sans indiquer de motif.

¹⁸ *Ibid*, para 76.

¹⁹ *Ibid*.

²⁰ *Ibid*, para 78.

²¹ *Ibid*, para 89.

²² *Ibid*.

²³ *Ibid*, para 93.

SCIENCE DE PACOTILLE

Certains commentateurs ont suggéré récemment que les tribunaux accordaient trop d'importance à la preuve d'expert et s'appuyaient sur elle outre mesure. Dans l'affaire *R. c. Mohan*, la Cour suprême du Canada a déclaré :

Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infaillible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite.²⁴

Le juge Sopinka, à la page 25 de l'arrêt *Mohan*, a ajouté :

En résumé, il ressort donc de ce qui précède que la preuve d'expert qui avance une nouvelle théorie ou technique scientifique est soigneusement examinée pour déterminer si elle satisfait à la norme de fiabilité et si elle est essentielle en ce sens que le juge des faits sera incapable de tirer une conclusion satisfaisante sans l'aide de l'expert.

Il s'agit d'une directive sans équivoque à l'avocat et aux tribunaux d'évaluer judicieusement la fiabilité qu'ils accordent aux preuves d'expert. Les tribunaux assument un rôle de gardien visant à éviter qu'on présente de la pseudoscience ou de la science de pacotille en guise de preuve devant les tribunaux.

L'approche adoptée par les tribunaux quant à la science de pacotille provient principalement de la jurisprudence des États-Unis, plus particulièrement, de la trilogie *Daubert*. La trilogie *Daubert* se compose de trois arrêts de la Cour suprême des États-Unis : *Daubert c. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*,²⁵ *General Electric Company c. Joiner*²⁶ et *Kumho Tire Company Ltd. c. Carmichael*.²⁷

Dans *Daubert*, la Cour suprême des É.-U. a examiné l'application du test « d'acceptation générale » avec les règles de la Cour fédérale au moment d'admettre un témoignage d'expert en sciences. La cour a conclu que le test d'acceptation générale ne constituait pas une condition préalable à l'admission d'une preuve scientifique aux termes des règles fédérales de preuve. Ces règles exigent plutôt une évaluation préliminaire qui déterminerait [TRADUCTION] « si le raisonnement ou la méthodologie à la base du témoignage est valide au point de vue scientifique et si ce raisonnement ou cette méthodologie peuvent être correctement appliqués aux faits en l'espèce ». La cour a dressé une liste non exhaustive de facteurs aux fins de cette évaluation :

- le fait que la théorie ou la technique peut être vérifiée et si elle l'a été;

²⁴ *Mohan*, supra note 1, para 23.

²⁵ *Daubert c Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*, 509 US 579 (1993) [*Daubert*].

²⁶ *General Electric Company c Joiner*, 522 US 136 (1997) [*Joiner*].

²⁷ *Kumho Tire Company Ltd c Carmichael*, 526 US 137 (1999) [*Kumho*].

- le fait que la théorie ou la technique a fait l'objet d'un contrôle par des pairs et d'une publication;
- le taux connu ou potentiel d'erreur ou l'existence et le maintien de normes de contrôle sur l'exécution de la technique;
- le fait que la théorie ou la technique est généralement acceptée par une communauté scientifique pertinente.

Dans *Joiner*, il a été question de la norme d'examen applicable aux décisions relatives à la preuve d'expert scientifique. La Cour suprême du Canada a estimé que la norme de contrôle adéquate était l'abus de pouvoir.

Dans *Kumho*, la Cour suprême des É.-U. a maintenu l'approche de *Daubert*. Cela comprenait les connaissances techniques ou spécialisées, comme en ingénierie. La cour a réaffirmé que la liste de facteurs dans *Daubert* n'était pas exhaustive et qu'elle ne pouvait pas toujours s'appliquer. La cour a donné quelques exemples où un sujet n'avait pas fait l'objet d'un examen par un pair par manque d'intérêt ou que l'acceptation générale ne pouvait peut-être pas s'appliquer, car la fiabilité de la discipline elle-même laissait à désirer.

La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *R. c. J.-L.J.*, a adopté la liste des facteurs de *Daubert*.²⁸ La cour a cité l'arrêt *Mohan*, où le plus haut tribunal du pays a déclaré que les nouvelles techniques ou théories devaient faire l'objet d'un examen rigoureux et franchir un seuil de fiabilité de base.²⁹ Fait à noter, en contexte de droit criminel, la cour tentait de déterminer dans *R. c. J.-L.J.* l'admissibilité d'une preuve d'expert liée à un nouveau test en matière d'agression sexuelle. La cour a déclaré que même si le test était utile dans un traitement, il n'était pas suffisamment fiable pour être utilisé dans une cour de justice.³⁰

La Cour d'appel, dans l'affaire *Abbey*, a offert une liste non exhaustive plus large de questions qui pourraient s'avérer pertinentes et utiles afin de déterminer si une preuve d'expert scientifique nouvelle devrait être acceptée.

- Dans quelle mesure le domaine d'où provient l'opinion offerte est-il une discipline, une profession ou un secteur de formation spécialisée qui sont reconnus?
- Dans quelle mesure le travail de ce domaine est-il soumis à des mesures d'assurance de la qualité et à une évaluation indépendante appropriée par les pairs?

²⁸ *R c J-LJ*, 2000 CSC 51, para 33.

²⁹ *Ibid*, para 35.

³⁰ *Ibid*.

- Quelles sont les compétences reconnues particulières de l'expert dans cette discipline, cette profession ou ce secteur de formation spécialisée?
- Dans la mesure où l'opinion repose sur des données recueillies de diverses façons, comme des entrevues, ces données sont-elles enregistrées et stockées convenablement et peut-on les consulter?
- Dans quelle mesure le témoin expert explique-t-il les processus de raisonnement à la base de son opinion et de ses méthodes de collecte d'information pertinente et le jury peut-il en faire un examen critique?
- Dans quelle mesure l'expert a-t-il développé son opinion au moyen de méthodologies acceptées par ses pairs?
- Dans quelle mesure les méthodologies acceptées favorisent-elles et améliorent-elles la fiabilité de l'information recueillie sur laquelle l'expert s'est fondé?
- Dans quelle mesure le témoin, en exprimant son opinion, a-t-il respecté les limites de sa discipline d'où il puise ses compétences?
- Dans quelle mesure l'opinion exprimée repose-t-elle sur des données et d'autres renseignements recueillis indépendamment des faits du procès ou du processus litigieux dans son sens large?³¹

Les avocats en droit environnemental devraient connaître les affaires *R. c. J.-L.J.* et *Abbey*, surtout dans les dossiers traitant de sciences nouvelles ou en pleine évolution. Ces affaires montrent en quoi les plaideurs doivent faire preuve de prudence en examinant les méthodologies des experts de la partie adverse et des leurs. Les plaideurs devraient déterminer si l'expert emploie des méthodes reconnues par ses pairs. Ils devraient passer en revue la jurisprudence afin de déterminer si d'autres tribunaux se sont déjà fiés aux méthodes ou aux techniques utilisées par d'autres experts dans des dossiers similaires. Les plaideurs doivent avoir confiance en leurs experts, y compris leurs méthodes et leurs techniques.

CRÉDIBILITÉ DE LA PREUVE

[TRADUCTION] Avec égard, la cour estimerait très difficile d'accepter une explication de la cause des odeurs à l'extérieur du site d'enfouissement des déchets lorsqu'elle provient d'un profane qui ne possède ni compétence ni expérience en la matière, en gestion des déchets ou en sciences environnementales, en comparaison avec celle d'un expert reconnu et chevronné dans le domaine des sites d'enfouissement des déchets.³²

³¹ *Ibid*, para 119.

³² *Ontario (Ministry of the Environment) c Sault Ste Marie (City)*, 2008 ONCJ 583, para 91.

La crédibilité d'un expert à un procès repose principalement sur son expérience et ses compétences. Toutefois, la crédibilité d'un expert n'est pas infaillible. Les experts peuvent perdre leur crédibilité plus vite qu'ils ne l'obtiennent. La perte de crédibilité ternit l'image de l'expert, de l'avocat qui a retenu les services de l'expert et de la partie qui a mandaté l'avocat.

L'indépendance et la partialité

Les experts sont rémunérés par la partie qui fait appel à leurs services. Naturellement, les experts veulent s'assurer de la satisfaction de leur client afin de poursuivre le travail en cours et obtenir d'autres mandats dans le futur. Les avocats jouent souvent un rôle déterminant dans le choix des témoins experts. Certains d'entre eux sont connus pour choisir l'expert qui leur fournira l'opinion qu'ils recherchent et pour exercer sur lui une légère influence. Il n'y a aucun doute que cette façon de faire puisse entacher la crédibilité de l'expert aux yeux du tribunal, en laissant l'avocat porter le poids de l'indépendance perçue ou perdue de l'expert.

Dans le contexte d'une poursuite, l'affaire *R. c. Commander Business Furniture Inc.*³³ montre un exemple d'une perte totale de crédibilité par le consultant qui s'était fait influencer par l'intimé (pas l'avocat). L'intimé exploitait des installations de peinture de meubles de bureau. Des voisins ont exprimé plusieurs plaintes à propos des odeurs au ministère de l'Environnement de l'Ontario de l'époque. L'intimé a fait appel à un consultant pour évaluer le problème et proposer des solutions possibles. Au procès, l'intimé s'est fié sur le consultant pour établir une défense de diligence raisonnable. La Cour de justice de l'Ontario a déterminé que l'intimé a demandé au conseiller de modifier ses recommandations.³⁴ L'intimé voulait que le conseiller recommande les mesures les moins coûteuses, même s'ils savaient tous deux qu'elles étaient moins efficaces. La cour a estimé que le témoignage de l'expert, fondé sur le rapport final, ne constituait pas une opinion professionnelle crédible, compte tenu de ce que le consultant avait affirmé dans des versions préliminaires de rapport.³⁵

Dans l'affaire *WCI Waste Conversion Inc. c. ADI International Inc.*, les deux experts des intimés ont perdu leur crédibilité en raison de l'influence exercée par les intimés dans la rédaction des rapports des experts.³⁶ Le demandeur et l'intimé avaient démarré une coentreprise en vue de construire et d'exploiter des installations de compostage. Le demandeur a intenté un recours lorsque l'intimé a mis fin au contrat et qu'il a pris possession des installations après le début de la coentreprise. L'intimé a mandaté des experts pour obtenir une opinion sur la conception et l'exploitation des installations.

³³ *R c Commander Business Furniture Inc* (1992), 9 CELR (NS) 185, 1992 CarswellOnt 222 (CJ Ont) [Commander].

³⁴ *Ibid*, para 174 à 175 et 188.

³⁵ *Ibid*, para 194.

³⁶ *WCI Waste Conversion Inc c ADI International Inc*, 2008 PESCTD 40 [WCI Waste].

La cour a estimé que la preuve contredisait la déclaration du premier expert de l'intimé, qui affirmait être le seul auteur du rapport. La cour a conclu que l'intimé avait activement participé à la rédaction du plan et de la version préliminaire du rapport d'expert ainsi qu'à sa révision.³⁷ La cour a affirmé qu'un [TRADUCTION] « rapport d'expert n'est utile au tribunal que s'il est indépendant, impartial et qu'il n'a pas été indûment influencé par une personne ayant un intérêt pécuniaire dans son contenu ».³⁸

Après avoir pris connaissance des versions préliminaires du rapport de l'autre expert de l'intimé, la cour a déterminé qu'on avait modifié le rapport définitif pour en retirer tous les éléments qui donnaient une mauvaise image de l'intimé ou une bonne image du demandeur.³⁹ En comparant les versions préliminaires des rapports, il était évident qu'on avait retranché ou modifié un grand nombre de paragraphes après que l'intimé les ait passés en revue. La cour a conclu :

[...] lorsqu'une partie qui engage un expert cherche à exercer indûment une influence ou un pouvoir sur son expert ou lui ordonne d'en venir à des conclusions particulières dans son rapport, cette partie diminue la crédibilité et la fiabilité du rapport ainsi que la sienne. Lorsqu'un expert se laisse influencer, il porte atteinte à sa propre intégrité, et la valeur de son rapport s'en trouve alors négligeable ou nulle.⁴⁰

Le rapport Osborne aborde justement le problème des mercenaires et des avis à vendre.⁴¹ Le juge Osborne a écrit :

Au cours des consultations, la question des « mercenaires » et des « avis à vendre » a été constamment désignée comme étant problématique. Afin de contribuer à éliminer le recours à des experts partiaux, il semble n'y avoir aucune raison politique valable pour que les Règles de procédure civile n'imposent pas expressément aux experts une obligation absolue envers la cour, plutôt qu'envers les parties qui les paient ou qui leur donnent des directives. La principale critique concernant une telle démarche est que, sans mécanisme d'exécution clair, elle ne peut avoir de répercussions importantes sur les experts influencés indûment par les parties qui retiennent leurs services.⁴²

On a alors modifié les *Règles de procédures civiles* de l'Ontario selon la recommandation du juge Osborne d'imposer expressément un devoir aux experts.⁴³ Ce devoir les oblige à fournir un avis impartial, objectif et non partisan. Le devoir de l'expert envers le tribunal l'emporte sur toute obligation envers son client ou son employeur. De plus, les règles

³⁷ *Ibid*, para 224 à 227.

³⁸ *Ibid*, para 228.

³⁹ *Ibid*, para 234.

⁴⁰ *Ibid*, para 244.

⁴¹ Hon Coulter A Osborne, « Projet de réforme du système de justice civile, Résumé des conclusions et des recommandations » (2007) à la p 75 [*Rapport Osborne*].

⁴² *Ibid*.

⁴³ *Règles de Procédure Civile*, RRO 1990, Règl 194 promulgué en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, règle 4.1 [*Règles*].

obligent maintenant l'expert à reconnaître son devoir envers le tribunal dans son rapport.⁴⁴

Dans *R. c. Inco*, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a déterminé qu'un lien d'emploi ou le statut d'expert n'était pas un gage d'indépendance ou d'impartialité.⁴⁵ Dans *Inco*, on reprochait à l'intimé de décharger des effluents miniers non traités dans un cours d'eau. Le juge des faits a refusé d'accorder le statut d'expert au témoin du ministère de l'Environnement de l'époque pour le motif qu'il manquait d'indépendance vis-à-vis la Couronne. En appel, la cour a déclaré qu'avant de refuser le statut d'expert à un témoin pour des motifs de manque d'indépendance, le tribunal devrait procéder à un voir-dire.⁴⁶ À l'audition, un juge peut déterminer si l'expert fait partie d'un projet conjoint avec la partie ou s'il agit à titre de défenseur de cette partie.⁴⁷ Un juge des faits peut aussi évaluer un avis d'expert selon ce qui ressort du contre-interrogatoire, des hypothèses utilisées, de la divulgation des faits ainsi que du niveau et de l'étendue des compétences de l'expert.⁴⁸

La crédibilité du témoin expert et les dépens

L'affaire *Seaspan ULC (formerly Seaspan International Ltd.) c. Director, Environmental Management Act* a abordé la question de la crédibilité du témoin expert et des coûts découlant du pourvoi complexe et non fondé de l'appelant, avec les avis de son expert ingénieur que le tribunal a qualifié de [TRADUCTION] « fondamentalement et irrémédiablement déficient ».⁴⁹ L'Environmental Appeal Board de la Colombie-Britannique a été saisi de cette affaire. La question des coûts a été tranchée le 15 septembre 2014.

Seaspan ULC (« Seaspan ») a fait appel de l'ordonnance d'un directeur de la C.-B. à l'encontre de Seaspan et de Domtar Inc. en lien avec une terre contaminée adjacente à l'inlet Burrard, au nord de Vancouver, où se trouve le chantier naval de Seaspan à Vancouver. Avant l'audience, Seaspan a déposé le rapport de son expert, dans lequel ce dernier conclut que les tests n'indiquaient pas que le panache de créosote s'étendait du lot A jusqu'au côté ouest du site. Le tribunal a cité l'avis de l'expert de Seaspan : [TRADUCTION] « selon son opinion professionnelle, la contamination à la créosote trouvée du côté ouest résulte probablement de l'entreposage en allingue de bois d'œuvre traité à la créosote dans les bas fonds intertidaux du côté ouest ». Cet avis appuyait le

⁴⁴ *Ibid*, règle 53.03(2.1).

⁴⁵ *R c Inco* (2006), 80 OR (3d) 594, para 42 à 45 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

⁴⁶ *Ibid*, para 45.

⁴⁷ *Ibid*, para 49.

⁴⁸ *Ibid*, para 45.

⁴⁹ British Columbia Environmental Review Board, Décisions n° 2010-EMA-005(c) et 2010-EMA-006(c), 15 septembre 2014, para 186.

point de vue de Seaspan selon lequel ce n'était pas à elle de remédier à la totalité de ce panache en particulier (même si elle devait décontaminer d'autres parties du site).

L'audience devant le tribunal a commencé. Seaspan a appelé son expert à témoigner. On a reconnu les compétences de l'expert en vue de « fournir un avis à titre d'ingénieur quant à la cause ou aux causes et à la délimitation de la contamination au créosote des sols, des eaux souterraines et des sédiments sur le site.⁵⁰ L'expert de Seaspan a déclaré qu'il était au courant de son devoir d'expert aux termes des règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le témoignage en interrogatoire principal et le contre-interrogatoire de l'expert se sont terminés à la fin de la deuxième journée d'audience. On pensait que l'expert serait réinterrogé à la troisième journée. Or, au troisième jour, le tribunal a reçu une lettre l'informant que Seaspan se désistait de ses appels (à l'exception de ceux relatifs à la sûreté et à l'enregistrement d'un engagement). À la suite de l'abandon de l'appel, l'avocat de la partie adverse a déclaré qu'il envisageait de demander les dépens. En même temps, le tribunal a accueilli une requête des parties adverses visant à faire produire le dossier de l'expert.

L'Environmental Appeal Board de la Colombie-Britannique a posé deux questions : (1) quel est le test juridique pour accorder les dépens et (2) devrait-on accorder les dépens en pareilles circonstances?

Le tribunal a écouté les arguments qu'on lui a soumis et s'est posé les questions suivantes : à quel moment le comportement d'une partie dépasse-t-il la limite et devient-il une « situation exceptionnelle »? À quel stade une partie mérite-t-elle d'être punie? Et comment le tribunal peut-il éviter que le seuil ne soit trop bas, ce qui découragerait les titulaires de pourvois légitimes et nuirait aux stratégies de litiges?⁵¹ Le tribunal a déclaré que le pouvoir d'attribuer les dépens était discrétionnaire et que la question des dépens tournait autour des circonstances particulières de l'affaire. Le tribunal a rappelé qu'il avait pour mission de favoriser un comportement responsable tout au long de l'appel et de décourager les comportements déraisonnables ou abusifs.⁵² Il a déclaré [TRADUCTION] « [qu']en d'autres mots, les dépens constituent une mesure punitive, et non de compensation, comme si la partie qui obtient gain de cause devait payer les dépens de la partie défaite. Les dépens visent plutôt à punir et à contrer les comportements indésirables ». ⁵³ Finalement, le tribunal a déclaré [TRADUCTION] “[qu']au moment où il doit déterminer s'il devrait accorder les dépens ou non, le tribunal doit aussi mesurer l'importance d'attribuer des dépens dans les situations où cela produira un effet dissuasif non désiré.⁵⁴

⁵⁰ *Ibid*, para 52.

⁵¹ *Ibid*, para 153.

⁵² *Ibid*, para 162 à 165.

⁵³ *Ibid*, para 162 à 165.

⁵⁴ *Ibid*, para 168.

Le tribunal a ensuite passé en revue la preuve d'expert que Seaspan a déposée à l'audience. Le tribunal a déclaré que :

- le rapport d'expert était trompeur;
- l'expert avait adopté une définition artificiellement technique du mot « contamination » dans ses conclusions en incluant seulement des résultats d'analyses avec des dépassements enregistrés;
- une fois qu'on a découvert des substances à l'état libre, la théorie du panache discontinu que Seaspan a adopté s'effondre et la conclusion de l'expert s'en trouve complètement discréditée;
- le rapport était construit de façon à ce qu'un lecteur ne puisse pas discerner la définition de contamination avancée par l'expert;
- le rapport d'expert contredit les conclusions de rapports antérieurs même si on a donné la directive à l'expert de tenir pour acquis que les rapports antérieurs avaient correctement déterminé la nature et l'étendue de la contamination à la créosote dans le sol.⁵⁵

Comme le tribunal l'a mentionné, [TRADUCTION] « Seaspan prétend qu'elle ignorait ou ne pouvait connaître les déficiences du rapport [de son expert] ». Le tribunal n'est pas d'accord. Selon lui, Seaspan a avancé un point de vue qui était absolument mal fondé dès le début, présumément pour éviter ou réduire les coûts de décontamination du site ».⁵⁶

À la toute fin, le tribunal a ajouté qu'il s'agissait d'arguments [TRADUCTION] « pour le moins douteux ». C'était même sans espoir, et la théorie présentée à l'audience n'aurait jamais dû l'être.⁵⁷ Le tribunal a conclu [TRADUCTION] “[qu']en fin de compte, la théorie sous-jacente de cette affaire – celle qu'elle a choisi de présenter au tribunal, était tellement mal conçue qu'elle s'est presque immédiatement effondrée au contre-interrogatoire. Il était grotesque de prétendre que la présence de créosote sous forme de liquides non aqueux denses à l'état libre dans les trous de forage ne répondait pas à la définition de « contamination » en raison de l'absence d'une confirmation par analyse de laboratoire ».⁵⁸

À titre de mesure dissuasive, le tribunal a accordé les dépens aux parties adverses. De plus, le tribunal a ordonné à Seaspan de lui remettre, ainsi qu'aux autres parties, un

⁵⁵ *Ibid*, para 181.

⁵⁶ *Ibid*, para 187.

⁵⁷ *Ibid*, para 194.

⁵⁸ *Ibid*, para 193.

mémoire relatif au paiement des dépenses du tribunal.⁵⁹ Au moment de la rédaction de ce document, il n'était pas encore arrivé à une décision concernant le montant des dépens.

Exactitude des faits et confirmation des hypothèses

Contrairement aux témoins ordinaires, les témoins experts ne sont généralement pas présents lors des événements à la suite desquels on a besoin du témoignage d'un expert. Par conséquent, la preuve d'expert se compose habituellement d'opinions basées sur le témoignage d'autrui. L'avis de l'expert repose sur l'information factuelle qu'une partie et des tiers lui rapportent, et sur les hypothèses qu'il en tire. Dans son rapport, l'expert doit indiquer ce sur quoi il s'appuie lorsqu'il donne son avis, y compris une description des hypothèses factuelles sur lesquelles son opinion repose.⁶⁰

On peut donc se rendre compte qu'un avis d'expert est aussi fiable que les faits sur lesquels l'expert s'appuie. Les avocats doivent s'assurer que leurs experts ont en main tous les faits pertinents ainsi que tous les renseignements nécessaires. L'expert peut ainsi évaluer le problème qu'on lui présente et fournir un avis éclairé. Dans l'affaire *WCI Waste*, l'intimé a fait appel à son expert pour qu'il lui fournisse des recommandations relativement au système d'aération de ses installations de gestion des déchets. L'expert s'est fondé uniquement sur l'information que l'intimé lui a fournie. L'expert n'a pas lu ou n'a pas tenu compte d'un manuel de 60 pages contenant des renseignements détaillés sur le système de contrôle de l'aération.⁶¹ Par conséquent, le tribunal a considéré qu'on avait déjà mis en œuvre les recommandations de l'expert afin d'améliorer le système, ce qui a grandement fait diminuer la valeur probante de son rapport.⁶²

Dans *Simpson c. Chapman*, la cour a estimé que l'expert du demandeur avait utilisé la mauvaise méthodologie en évaluant si le site était contaminé.⁶³ L'expert avait employé une méthode qui n'était pas approuvée par la loi. Il a donc appuyé ses conclusions sur cette approche. Le demandeur a été débouté de son recours, car il n'a pas pu démontrer que le bien était contaminé au sens de la réglementation provinciale.

L'affaire *Simpson* démontre l'importance, pour les avocats, de vérifier avec leur expert les hypothèses factuelles sur lesquelles il fondera son avis. Ceci est particulièrement pertinent pour les avocats en droit environnemental, où la loi impose des exigences réglementaires hautement techniques. Le règlement de l'Ontario intitulé *Record of Site Condition Regulation* (O. Reg. 153/04 promulgué en vertu de la *Loi sur la protection de l'environnement*) en est un bon exemple. Le fait de connaître la nature du type de sol, l'utilisation de la terre et d'autres aspects précis du bien peut grandement changer

⁵⁹ *Ibid*, para 216 et 217.

⁶⁰ Règles, *supra* note 43, règle 53.03(2.1).

⁶¹ *WCI Waste*, *supra* note 36, para 212.

⁶² *Ibid*, para 201 à 213.

⁶³ *Simpson c Chapman*, 2009 BCPC 28 [*Simpson*].

l'évaluation de conformité d'un bien aux normes sur les sols, l'eau souterraine et les sédiments et du ministère de l'Environnement et du changement climatique de l'Ontario. Le fait de s'assurer au préalable que l'expert adopte des méthodologies correctes et se conforme aux normes appropriées (qu'elles soient prescrites ou non par la loi) peut éviter une perte de crédibilité fatale de l'expert.

FORCE PROBANTE ATTRIBUÉE À LA PREUVE

Dans l'affaire *Ostrander Point GP Inc. c. Prince Edward County Field Naturalists*⁶⁴ la Cour supérieure de justice de l'Ontario (cour divisionnaire) a récemment repris les mots du juge Mohoney dans *R. c. Capital Life Insurance Co.*, [1986] 2 C.F. 171 (C.A.), à la page 177 :

Dans ce contexte, la Cour n'a fait que reprendre une règle de droit bien établie : l'importance à accorder à un témoignage d'expert ressortit à l'appréciation du juge des faits et une conclusion d'expert qui n'est pas adéquatement expliquée et fondée peut à juste titre être considérée comme n'ayant aucune force probante.

Dans *Ostrander Point*, la Cour divisionnaire de l'Ontario a déclaré qu'il revenait au Tribunal de l'environnement de déterminer si la cour devait se fier à la théorie du médecin expert au sujet du lien de causalité entre les symptômes médicaux et l'exploitation des éoliennes. Sans surprise, la cour a estimé qu'elle devait faire preuve de déférence envers la décision du tribunal.

⁶⁴ *Ostrander Point GP Inc c Prince Edward County Field Naturalists*, 2014 ONSC 974 (Cour divisionnaire de l'Ontario).