

EXPERTS SEULEMENT

Jim Bunting, Terri-Lee Oleniuk et Sarah Powell*

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

* Jim Bunting est associé du groupe de litige chez Davies, Ward Phillips & Vineberg. Il exerce en litige civil et commercial, et plaide aussi devant le Tribunal de l'environnement. Terri-Lee Oleniuk est associée du groupe de droit réglementaire, environnemental et autochtone chez Osler, Hoskin and Harcourt LLP à Calgary (Alberta). Elle a plaidé devant l'Office national de l'énergie, l'Alberta Energy Regulator, l'Alberta Utilities Commission, l'Alberta Natural Resources Conservation Board, l'Office d'examen des répercussions environnementales de la vallée du Mackenzie, l'Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie, en plus de représenter des clients devant plusieurs commissions fédérales-provinciales d'examen conjoint. Sarah Powell est associée de l'équipe de droit environnemental, autochtone et énergétique de Davies, Ward, Phillips & Vineberg. Elle plaide souvent devant le Tribunal de l'environnement de l'Ontario. Le présent article a été rédigé aux fins du *Symposium sur l'environnement au tribunal : les questions de preuve dans les poursuites et les procès en matière d'environnement*.

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



Lorsque vous suivez un guide hors piste, vous lui confiez votre vie. Avant de le faire, vous passerez sans doute en revue ses compétences afin de vous assurer qu'il possède l'expérience et les habiletés nécessaires pour vous guider en toute sécurité jusqu'au bas de la montagne. Les auteurs ont malheureusement constaté que plusieurs de nos tribunaux administratifs de ressort énergétique ou environnemental n'appliquent pas la même rigueur dans l'examen de la recevabilité de la preuve d'expert déposée devant eux. Ces tribunaux administratifs appliquent souvent ce que la Cour d'appel de l'Ontario surnomme l'approche non restrictive lorsqu'ils reçoivent une preuve d'expert.¹ Cette approche est tellement devenue monnaie courante que les auteurs ont remarqué, en discutant avec des pairs, que certains avocats ne se donnent plus la peine de contester les compétences d'un expert en instance administrative.

Cette approche amène des difficultés pour toutes les parties. Bien que le résultat n'est pas aussi dramatique que de tomber dans un précipice ou d'être enseveli par une avalanche, l'approche non restrictive comporte peu de valeur pour les instances administratives. Elle augmente la complexité et les coûts de ces audiences, et parfois, elle porte à confusion pour le public.

Cet article passe en revue quelques exemples récents d'affaires où des tribunaux administratifs ont admis une preuve d'expert dans des circonstances où les auteurs estiment respectueusement qu'ils auraient dû la rejeter, ou à tout le moins, ne lui accorder aucune force probante. Également, il examine brièvement d'autres questions de preuve d'expert uniques aux tribunaux administratifs. Enfin, il se termine par quelques recommandations à l'intention des plaideurs et des décideurs pour traiter de l'admissibilité de la preuve d'expert d'une façon juste, efficace et raisonnable.

Il est à noter que l'intention des auteurs ne consiste pas à critiquer des décisions. Il semble que l'approche non restrictive ait évolué dans un effort visant à assurer la justice et l'efficacité ainsi qu'à éviter les appels dans des audiences où les règles de preuve strictes ne s'appliquent pas et où l'intérêt public est primordial. Toutefois, les auteurs sont d'avis que cette pratique comporte des lacunes et qu'on devrait revoir son application.

¹ *Johnson c Milton (Town)*, 2008 ONCA 440, 91 OR (3d) 190, par 46.

RÔLE DE GARDIEN

Le thème de l'admissibilité de la preuve d'expert a été abordé dans de nombreux articles. On songe par exemple à *Admissibility of Expert Evidence and Costs*,² qui traite du rôle vital de gardien qu'un décideur doit assumer lorsqu'on lui soumet une preuve d'expert. Le présent article en fait abstraction, mais il est utile de rappeler brièvement les principes juridiques qui s'appliquent aux témoins qui remplissent les critères du statut d'expert.

Le rôle du témoin expert consiste à fournir une aide indépendante en exprimant un avis objectif et impartial au sujet d'une question qui tombe dans son champ de compétences. Un témoin expert ne devrait jamais assumer le rôle d'un avocat; il est avant tout au service du tribunal, et non de l'une des parties.³ Lorsqu'il prend fait et cause pour une partie, il n'est plus considéré comme un expert au sens juridique strict du terme.⁴ Il revient au tribunal de déterminer si l'expert possède les compétences requises pour exprimer un avis sur une question particulière dans le domaine (en effet, il est possible qu'un expert soit compétent pour se prononcer sur une question, et pas sur une autre, même si les deux questions relèvent du même domaine).

On ne peut trop insister sur l'importance de bien jauger la preuve d'expert soumise au tribunal. Le rapport de la *Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario* relate ce qui pourrait être l'exemple le plus saisissant du tort que peut causer un témoignage d'expert inadéquat.⁵ Dans le cadre de travaux commandés par le gouvernement de l'Ontario, l'honorable Stephen Goudge, de la Cour d'appel de cette province, s'est penché sur quelques cas de condamnation injustifiée. L'enquête a révélé que ces condamnations découlaient partiellement du témoignage du D^r Smith, que le juge Goudge a décrit en ces termes :

Dans les cas qui ont donné lieu à la création de la présente Commission d'enquête, on a permis au D^r Charles Smith de présenter des preuves d'expert en médecine pédiatrique légale, souvent sans contestation ou avec un contrôle limité de ses titres de compétences. Il était apparemment un expert qualifié provenant d'une institution reconnue. Il avait une présence imposante et témoignait souvent dans un style dogmatique. La preuve entendue dans le cadre de la présente Commission a permis de démontrer que le système judiciaire est vulnérable aux preuves d'experts non fiables, particulièrement si elles sont présentées par une personne ayant le comportement et la réputation du D^r Smith. Ce type d'expert peut facilement tromper la vigilance et le scepticisme sain du protecteur,

² Marc McAree, Robert Woon et Anand Srivastava, *L'admissibilité de la preuve d'expert et les dépens*, article rédigé aux fins du Symposium sur l'environnement au tribunal : les questions de preuve dans les poursuites et les procès en matière d'environnement, Institut canadien du droit des ressources, Université de Calgary, 6 et 7 mars 2015, en ligne : <<http://www.cirl.ca/symposium/2015-symposium/download-2015-materials>>.

³ *1159465 Alberta Ltd c Adwood Manufacturing*, 2010 ABQB 133, par 2.11.

⁴ *Perricone c Baldassarra* (1995), 7 MVR (3d) 91 (Ont Gen Div), 99.

⁵ *Rapport de la Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario*, Toronto, ministère du Procureur général de l'Ontario, 2008 (Honorable Stephen T Goudge, commissaire), vol 3, [Commission Goudge], en ligne : <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/inquiries/goudge/fr/report/v3_fr_pdf/Vol_3_Fr.pdf>.

comme nous l'avons vu. En fait, comme nous le savons, le D^r Smith ne possédait ni la formation requise en médecine légale ni de fondement scientifique solide permettant de formuler bon nombre de ses opinions⁶ [nous soulignons].

Le rapport énumère certains des motifs qui indiquent que le témoignage d'expert du D^r Smith était erroné :

- a) le D^r Smith n'a pas compris que son rôle de témoin expert ne consistait pas à aider le client à étayer sa défense, mais à aider le tribunal;
- b) il n'a pas su reconnaître les limites de ses compétences; selon le juge Goudge, les témoins experts sont appelés à témoigner afin d'aborder des questions qui se rapportent à leur expertise. Ils n'ont pas carte blanche pour discuter d'autres sujets sur lesquels ils sont une opinion;
- c) le D^r Smith a fourni des preuves non scientifiques non appropriées en se fiant à ses expériences personnelles ou à ses impressions;
- d) il a exprimé des avis basés sur des suppositions, sans fondement, qui ne reposaient pas sur des conclusions scientifiques;
- e) il a employé un langage vague, non scientifique, qui prêtait à une mauvaise interprétation;
- f) à aucun moment il n'a démontré la sincérité qu'on exige d'un expert.⁷

Le cas du D^r Smith établit l'importance vitale de bien évaluer une preuve d'expert afin d'éviter le risque qu'un expert vienne influencer le tribunal sans fondement convenable. Cette affaire sert aussi de mise en garde aux juges des faits qui doivent demeurer vigilants à cet égard.

RÈGLES DE DIFFÉRENTS TRIBUNAUX CONCERNANT LE TÉMOIGNAGE D'EXPERTS

L'Alberta Utilities Commission

L'Alberta Utilities Commission (AUC) n'est pas liée par les règles de preuve applicables aux instances judiciaires.⁸ Bien qu'elle jouit cependant d'une certaine souplesse pour déterminer l'admissibilité et la force probante de la preuve, elle ne peut toutefois [TRADUCTION] « ignorer les principes qui sous-tendent les règles de preuve

⁶ Commission Goudge, *ibid*, p 470.

⁷ Commission Goudge, *ibid*, rubriques 17 à 19.

⁸ *Alberta Utilities Commission Act*, SA 2007, c A37.2, art 20. Ceci illustre le point de vue de la *common law* selon lequel les tribunaux administratifs n'ont pas à appliquer les règles de preuve de façon stricte, à moins qu'on les l'y oblige. Ils ont la latitude de tenir compte de toute preuve qui leur semble logique : *Alberta (Workers' Compensation Board) c Appeals Commission*, 2005 ABCA 276, par 63 à 64 [WCB].

officielles ». ⁹ L'AUC a le pouvoir discrétionnaire de refuser une preuve qui, selon elle, comporte des lacunes inhérentes. ¹⁰ Ceci dit, les tribunaux administratifs peuvent admettre des éléments de preuve qui ont « logiquement une certaine force probante ». ¹¹ Voici comment l'AUC décrit son approche en matière de preuve :

[TRADUCTION] La commission a le pouvoir d'entendre toute preuve déposée qu'elle estime pertinente, de décider de ce qui est pertinent et de ce qui ne l'est pas, de décider quelle partie de la preuve sera admise ou rejetée, d'évaluer la preuve qu'elle admet, et en cas de divergence dans la preuve, de déterminer celle qui est vraisemblablement la plus véridique, et d'en tirer des conclusions. Son premier devoir consiste à observer les principes d'équité procédurale. Ceci l'oblige à écouter toutes les parties et à agir de façon juste envers elles, en leur donnant la possibilité raisonnable de répondre et de contredire le témoignage de la partie ou les renseignements qu'elle présente. ¹²

Contrairement aux tribunaux judiciaires, l'AUC a reconnu que ses procédures ne se déroulent pas entre deux ou plusieurs parties opposées afin de déterminer celle qui aura gain de cause. ¹³ En ce qui concerne la preuve d'expert, l'AUC a procédé ainsi :

- a) évaluer la pertinence de la preuve;
- b) s'il y a lieu, déterminer si la preuve constitue une opinion rattachée à un domaine spécialisé ou technique et si la personne qui l'exprime a les compétences requises pour le faire;

⁹ Décision de l'AUC 2011-436 : *AltaLink Management Ltd and EPCOR Distribution & Transmission Inc – Heartland Transmission Project*, demande n° 1606609, instance n° 457, 1^{er} novembre 2011, par 82 [Heartland Transmission Project], en appel pour d'autres motifs, 2012 ABCA 378. Se reporter également à la décision de l'AUC 2012-303 : *ATCO Electric Ltd – Eastern Alberta Transmission Line Project*, demandes n° 1607153 et 1607736, instance n° 1069, 15 novembre 2012, par 96 [ATCO Electric Ltd], où l'AUC a repris cette déclaration en la soulignant : [TRADUCTION] « Bien que ceci donne à la commission la souplesse de déterminer l'admissibilité et la force probante de la preuve, elle ne peut toutefois ignorer les principes d'équité procédurale qui sous-tendent les règles de preuve officielles ».

¹⁰ *Lavallee c Alberta (Securities Commission)*, 2010 ABCA 48, par 16 à 17 [Lavallee], demande de pourvoi à la CSC refusée, 2010 CarswellAlta 1382 (interprétation d'un article similaire de la *Securities Act*, RSA 2000, c S-4).

¹¹ *WCB*, *supra* note 8, par 63, citant *TA Miller Ltd c Minister of Housing and Local Government*, [1968] 1 WLR 992, 995 (CA); *Trenchard c Secretary of State for the Environment*, [1997] EWJ No 1118, par 28 (CA) et *Bortolotti c Ontario (Ministry of Housing)* (1977), 15 OR (2d) 617 (CA).

¹² Décision de l'AUC 2012-104 : *Milner Power Inc – Complaint by Milner Power Inc Regarding the ISO Transmission Loss Factor Rule and Loss Factor Methodology*, demande n° 1606494, instance n° 90, 16 avril 2012, par 200 [Milner Power Inc]. La commission a cité les arrêts suivants : *Kane c Cons d'administration de l'UCB*, [1980] 1 RCS 1105, par 1112 à 1113; *Mooring c Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 RCS 75 et *Lavallee*, *supra* note 10 (Cour du Banc de la Reine et CA).

¹³ *ATCO Electric Ltd*, *supra* note 9, par 87; *Heartland Transmission Project*, *supra* note 9, par 73; décision de l'AUC 2012-327 : *AltaLink Management Ltd – Western Alberta Transmission Line Project*, demande n° 1607067, instance n° 1045, 6 décembre 2012, par 140.

- c) Si tel est le cas, déterminer la force probante à accorder à la preuve, en fonction notamment : a) de l'indépendance et de l'objectivité du témoin expert; b) de la mesure dans laquelle le témoin prend fait et cause pour un client.¹⁴

L'AUC exige que les témoins experts restreignent leur opinion aux questions qui tombent dans leur champ de compétences. Lorsque des experts témoignent sur des questions qui dépassent leurs compétences, l'AUC : i) lui donnera la même force probante que s'il s'agissait d'un témoin ordinaire; ii) privilégiera plutôt la preuve d'un autre expert compétent dans le domaine donné. C'est au cours de l'audience que l'AUC analyse les questions de la force probante de la preuve et de sa portée vis-à-vis le champ de compétences du témoin expert.

Dans une affaire récente, l'AUC a avisé les avocats de toutes les parties qu'ils n'auraient pas à demander à ce qu'on accorde le statut d'expert à leurs témoins respectifs quant aux rapports qu'ils avaient préalablement déposés en preuve ou en vue de leur témoignage à l'audience. Elle a déclaré :

[TRADUCTION] La commission a généralement permis à des témoins, experts ou ordinaires, de fournir une preuve d'opinion lorsque cela était pertinent aux fins de l'instance. La valeur attribuée à une telle preuve est une question de force probante, qui est une fonction des compétences professionnelles, des connaissances spécialisées, de l'expérience, de publications pertinentes, de connaissance du secteur de l'industrie et d'indépendance du témoin.

Compte tenu de ce qui précède, la commission considère actuellement si sa pratique actuelle de donner aux témoins le statut d'expert est nécessaire ou efficace. Le fait d'éliminer le besoin d'attribuer un tel statut pourra simplifier le processus et éviter d'éventuels différends à ce sujet, et fera en sorte que les parties pourront continuer à se concentrer sur la question de la force probante que la commission devrait attribuer à la preuve d'une partie dans les circonstances.

La commission désire profiter de cette occasion pour évaluer une autre procédure d'attribution du statut de témoin expert. À cette fin, la commission a enjoint à l'auteur d'aviser toutes les parties qu'ils n'auraient pas à demander à ce qu'on accorde le statut d'expert à leurs témoins respectifs quant aux rapports qu'ils avaient préalablement déposés en preuve ou en vue du témoignage qu'ils livreraient à l'audience.¹⁵

Essentiellement, l'approche récente de l'AUC ne consiste pas à jouer le rôle d'un gardien dans quelque mesure que ce soit, mais de se concentrer uniquement sur la force probante qu'elle accorde à la preuve d'expert. Nous traiterons plus amplement de l'approche de l'AUC face à la preuve d'expert à la partie intitulée *Revue jurisprudentielle* du présent article.

¹⁴ Heartland Transmission Project, *ibid.*, par 96.

¹⁵ Dossier 2739, n° de demande 1609784, correspondance du 18 juin 2014.

Tribunal de l'environnement de l'Ontario

Les *Règles de pratique et instructions* du Tribunal de l'environnement de l'Ontario contiennent une section intitulée *Instruction concernant les preuves techniques et les témoignages d'opinion*. Cette directive explique le rôle des personnes livrant un témoignage technique, d'expert ou d'opinion ainsi que la procédure à suivre à cette fin. Les règles concernant les témoins experts ou d'opinion ressemblent substantiellement aux règles de *common law* sur les témoins experts. Voici comment on définit un « témoin technique » dans ces règles de pratique :

Beaucoup de personnes, surtout des fonctionnaires, témoignent devant le Tribunal pour lui présenter des observations, des tests, des mesures et des estimations scientifiques et techniques. Quoiqu'on les considère rarement comme des « experts » aptes à interpréter les données scientifiques et techniques et à fournir un avis à leur sujet, ces personnes recueillent, colligent et analysent dans une certaine mesure l'information souvent à la base du témoignage d'opinion des « experts » sans laquelle le Tribunal ne pourrait saisir les questions à l'étude. Dans la présente instruction, ces personnes sont appelées « témoins techniques » et l'information scientifique et technique qu'elles fournissent, une « preuve technique ».¹⁶

Ces directives établissent l'objet et le rôle des témoins experts et des témoins techniques; elles décrivent aussi les exigences à remplir dans la rédaction d'un rapport d'expert. Voici ce qu'elles prévoient dans le cas où on ne répond pas à ces exigences :

Si cette instruction n'est pas respectée, le Tribunal peut :

- a) décider de rejeter l'opinion ou le témoignage d'un témoin compétent en d'autres circonstances;
- b) admettre le témoignage sans y attacher beaucoup de poids;
- c) remettre la date de l'audience jusqu'à ce que la présente instruction soit observée;
- d) prendre note du comportement du témoin et formuler des critiques à son endroit dans son jugement;
- e) s'il estime que le code de déontologie professionnel a été enfreint, qu'on a essayé de l'induire en erreur, qu'il y a eu incompetence ou négligence, que l'instruction a été grossièrement négligée ou qu'on a sérieusement entravé le processus d'examen, rapporter le fait à l'association professionnelle ou à l'organisme chargé de faire respecter les normes de conduite professionnelles;
- f) ordonner que des dépens soient versés sans délai par la partie ayant fait appel au témoin ou l'ayant engagé.¹⁷

¹⁶ Tribunal de l'environnement de l'Ontario, *Règles de pratique et instructions* (9 juillet 2010) p 58.

¹⁷ Tribunal de l'environnement de l'Ontario, *ibid*, p 63.

Office national de l'énergie

Chose intéressante, l'Office national de l'énergie (ONE) permet à une personne d'intervenir à une audience à titre d'expert sans avoir été mandatée par une des parties potentiellement touchées.

La *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable* est entrée en vigueur en juillet 2012, modifiant la *Loi sur l'Office national de l'énergie (Loi sur l'ONE)*. Une de ses modifications était l'ajout de l'article 55.2, qui donne à l'Office national de l'énergie le pouvoir discrétionnaire d'accorder à une personne la qualité pour agir ou d'autoriser une personne à intervenir dans les instances de cet organisme. L'article 55.2 stipule :

55.2 Si une demande de certificat est présentée, l'Office étudie les observations de toute personne qu'il estime directement touchée par la délivrance du certificat ou le rejet de la demande et peut étudier les observations de toute personne qui, selon lui, possède des renseignements pertinents ou une expertise appropriée. La décision de l'office d'étudier ou non une observation est définitive¹⁸ [nous soulignons].

L'ONE a indiqué que ces modifications l'aident à recueillir les renseignements qu'elle juge pertinents aux fins de sa mission et de la demande dont elle est saisie.¹⁹

Afin que l'ONE détermine que l'auteur d'une demande possède une expertise ou des renseignements pertinents, ce demandeur doit d'abord le lui démontrer. Dans le cadre de son rôle de gardien, l'ONE utilise un processus de demande de participation afin de déterminer les personnes autorisées à intervenir dans une instance. Le processus se limite à un formulaire de demande d'environ quatre pages, que la personne doit remplir.

Dans ses *Lignes directrices concernant l'article 55.2*, l'ONE a inclus les considérations suivantes pour expliquer comment il détermine si une personne détient des renseignements pertinents :

- a) La source des connaissances de la personne (par exemple, locale, régionale ou autochtone).
- b) La mesure dans laquelle les renseignements cadrent avec la portée du projet et sont en accord avec la liste des questions.
- c) La valeur ajoutée des renseignements dans le contexte de la décision à rendre ou de la recommandation à présenter par l'Office.

Ces mêmes lignes directrices stipulent que l'ONE peut tenir compte des facteurs suivants lorsqu'il décide si une personne dispose d'une expertise appropriée :

¹⁸ LRC 1985, c N-7, art 55.2.

¹⁹ ONE, *Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) – Demande visant le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain* (demande), 16 décembre 2013, et la *Décision sur la participation* (décision), 2 avril 2014.

- a) Les compétences de la personne (par exemple, connaissances et expérience spécialisées).
- b) La mesure dans laquelle l'expertise de la personne cadre avec la portée du projet et est en raccord avec la liste des questions.
- c) La valeur ajoutée des renseignements dans le contexte de la décision à rendre ou de la recommandation à présenter par l'Office.²⁰

Dans une décision récente, l'ONE a exprimé les commentaires suivants concernant l'évaluation des demandeurs qui prétendent détenir une expertise appropriée ou des renseignements pertinents :

[TRADUCTION] L'Office considère également si l'expertise ou les renseignements offerts ajouteront une valeur à son évaluation. L'Office est un tribunal disposant d'une expertise considérable; il possède des décennies d'expérience dans l'évaluation de demandes de projets relevant de son ressort dans l'intérêt du public canadien, et il utilise cette expertise lorsqu'il évalue des formulaires de demande de participation²¹ [nous soulignons].

La décision de l'ONE sur la participation détermine si une personne réussit le test de l'expertise appropriée et des renseignements pertinents et, si tel est le cas, si elle peut agir à titre d'intervenant ou de commentateur. Il est important de noter que si on autorise une personne à intervenir, celle-ci obtient tous les droits de participation, c'est-à-dire qu'elle peut déposer des requêtes, déposer de la preuve, demander de l'information au proposant ou à d'autres intervenants et exprimer des arguments.

Cette approche soulève des difficultés, car les décisions récentes de l'ONE relatives à la participation ne contiennent pas de directives quant au champ de compétences dans lequel l'expert peut donner son opinion, aux raisons de l'ONE pour conclure si ces compétences sont utiles ou quant à la valeur que l'ONE accorde à cette preuve. De plus, il n'est pas apparent pourquoi l'ONE, un tribunal possédant une expertise et plusieurs décennies d'expérience dans l'évaluation de projets relevant de son ressort dans l'intérêt du public canadien, déterminerait que de telles compétences sont nécessaires.

En plus d'autoriser les personnes disposant des compétences appropriées à intervenir, le Programme d'aide financière aux participants de l'ONE donne la possibilité aux intervenants de demander de l'aide financière afin d'intervenir dans une instance. Le montant maximum d'aide pour les intervenants individuels s'élève à 12 000 \$.²² Le Programme d'aide financière aux participants de l'ONE explique comment déposer une

²⁰ ONE, *Lignes directrices concernant l'article 55.2 – Participation à une audience concernant des installations*, 22 mars 2013.

²¹ ONE, *Décision sur la participation et sur le calendrier des événements mis à jour dans la Demande visant le Projet d'inversion de la canalisation 9B et d'accroissement de la capacité de canalisation 9*, p 3.

²² ONE, *Programme d'aide financière*, en ligne : <<http://www.neb-one.gc.ca/prtcptn/hrng/pfp/prtcptntfndng/prgrm-fra.html>>.

demande d'aide afin d'engager des experts.²³ Récemment, l'ONE a octroyé une aide de 1 790 \$ à une personne afin qu'elle puisse effectuer le déplacement requis pour se présenter à l'audience et y intervenir sur la base de ses compétences appropriées.²⁴

REVUE JURISPRUDENTIELLE

Refuser d'admettre une preuve d'expert lorsqu'il est évident que le témoin ne possède pas les compétences requises n'est généralement pas une tâche difficile. En ce qui concerne la preuve d'expert, la zone grise se situe autour de la portée des compétences et de l'indépendance ou de l'impartialité de l'expert. Les exemples ci-dessous illustrent certaines des difficultés auxquelles les tribunaux font face.

La décision *Armow Wind*²⁵

Une audience récente du Tribunal de l'environnement de l'Ontario concernant l'appel d'une autorisation du projet d'énergie renouvelable *Armow Wind* constitue un bon élément de discussion. Dans cette affaire, l'appelant a présenté Rick James à titre de témoin expert dans le domaine de l'acoustique. M. James avait déjà témoigné trois fois devant le Tribunal de l'environnement avant l'appel dans *Armow Wind*. On avait remis en question son impartialité dans l'appel de l'affaire *K2 Wind*, qui s'était déroulé quelques mois avant l'instance d'*Armow Wind*. Dans ce cas, le Tribunal de l'environnement n'avait pas avancé de motifs en analysant la contestation des compétences et de l'indépendance de M. James. Il l'a toutefois fait dans l'affaire *Armow Wind*.

Pour situer l'affaire *Armow Wind* dans son contexte, à des fins d'efficacité, on a remis en question les compétences et l'impartialité de M. James pendant son contre-interrogatoire sur l'essentiel de son opinion et il n'y a pas eu de voir-dire distinct pour évaluer l'admissibilité de son témoignage. Ceci touche évidemment la façon dont un tribunal se décharge de son rôle de gardien, en ce qu'il entendra la preuve avant de statuer sur son admissibilité.

Voici ce que la preuve a établi à propos de l'indépendance de M. James :

- a) Depuis 2005, M. James a représenté une trentaine de clients dans des affaires différentes, et pas un d'entre eux n'était favorable au développement d'éoliennes.

²³ ONE, *Guide sur le Programme d'aide financière aux participants* (9 décembre 2014), en ligne : <<http://www.neb-one.gc.ca/prtcptn/hrng/pfp/prgrmgd-fra.html>>.

²⁴ ONE, *Allocation de fonds pour la participation à l'audience publique concernant l'agrandissement de Trans Mountain* (17 février 2015), en ligne : <<http://www.neb-one.gc.ca/prtcptn/hrng/pfp/llctnfd/trnsmntx/pnsn-fra.html>>.

²⁵ *Kroepin c Directeur, Ministère de l'Environnement*, 2014 CarswellOnt 5220 [*Kroepin*].

- b) M. James est membre fondateur de la Society for Wind Vigilance, dont il siégeait toujours au conseil d'administration, et cet organisme avait publiquement réclamé un moratoire sur les prochains projets de développement industriel d'éoliennes.
- c) M. James a convenu que son travail auprès de la Society for Wind Vigilance l'amène à militer contre le développement de projets d'éoliennes à proximité de quartiers résidentiels.
- d) Alors que M. James a déclaré qu'il ne s'opposait pas à tous les projets d'éoliennes, mais seulement à ceux situés à une trop grande proximité de lieux d'habitation, il a ajouté qu'il n'avait jamais vu un projet en Ontario qu'il considérait comme sécuritaire et qu'il ignorait ce que serait une distance sécuritaire quant aux éoliennes.

En plus des faits mentionnés ci-dessus qui ont une incidence sur l'indépendance de M. James, son contre-interrogatoire a révélé d'autres instances où, selon les auteurs, il n'a pas rempli les critères nécessaires pour faire admettre en preuve son témoignage et pour que celui-ci soit considéré comme approprié. Sur une note particulière, M. James a exprimé (ou il a au moins tenté d'exprimer) une opinion qui ne tombe pas dans son champ d'expertise (l'acoustique), ce qui comprend un témoignage qui portait sur la réaction physiologique du corps humain à certains types de bruit et sur la pertinence d'une étude épidémiologique. M. James a offert une opinion dans ces domaines malgré la confirmation qu'il n'avait pas les compétences pour fournir un avis médical, tel un médecin, et qu'il n'était pas un expert ni en statistique ni en épidémiologie.

M. James a également fait des déclarations non scientifiques et alarmistes pendant son témoignage. Par exemple, il a reconnu qu'il avait auparavant témoigné dans une instance au Michigan, où il avait comparé le bruit d'une petite éolienne non industrielle au bruit que l'on percevait sur un cuirassé de la Seconde Guerre mondiale vers lequel un pilote kamikaze est en trajectoire de collision. De même, lors de son témoignage devant le Tribunal de l'environnement :

- a) M. James a déclaré que des éoliennes produisent des sons à basse fréquence et des infrasons situés sur la fréquence d'un hertz, et que des tremblements de terre, des tsunamis et des tornades constituaient des sources de bruit naturelles de la même étendue que cette fréquence. Il a toutefois concédé que la fréquence du son des vagues sur une plage s'en rapprochait également.
- b) M. James a comparé les salves d'infrasons élevés à un coup d'arme à feu. Il a toutefois admis qu'il aurait aussi pu affirmer que ces salves sonores étaient courtes comme un claquement de doigts ou comme un tapement de pied.²⁶

Le Tribunal de l'environnement a tenu compte du témoignage entier de M. James et a estimé que ce dernier détenait les compétences pour fournir une preuve d'expert sur les

²⁶ Transcription du témoignage de M James, 9 janvier 2014, p 364 à 366, recueil, vol 1, onglet E.

questions liées à l'acoustique, à l'ingénierie acousticienne et aux éoliennes. Le tribunal a toutefois conclu [TRADUCTION] « qu'il ne tiendrait pas compte de son témoignage à l'égard d'autres questions, comme des effets des éoliennes sur la santé et de l'épidémiologie », ²⁷ ce avec quoi les auteurs sont d'accord. M. James détenait suffisamment d'expérience dans le domaine de l'acoustique, mais n'avait pas les compétences pour livrer un témoignage sur d'autres questions.

Néanmoins, le principal point en litige concernant le témoignage de M. James était de savoir s'il jouissait de suffisamment d'indépendance pour livrer un témoignage d'expert. Voici donc la conclusion du Tribunal de l'environnement au sujet de la question de l'objectivité et de l'impartialité de M. James :

[TRADUCTION] La preuve relative à l'indépendance de M. James est équivoque. Certains aspects de son témoignage étaient sélectifs et il n'a pas été entièrement communicatif à propos de l'état actuel de la science concernant le bruit des éoliennes. Le fait qu'il n'a pas modifié son témoignage après qu'un contre-interrogatoire dans une autre affaire ait démontré qu'il était inexact démontre à tout le moins sa négligence. Son langage alarmiste indique qu'il joue plutôt un rôle de militant que d'expert objectif et indépendant. Bien que tous ces facteurs pourraient influencer le poids à accorder à son témoignage, le Tribunal ne le considère pas comme biaisé au point qu'il devrait être rejeté totalement. ²⁸

Selon les auteurs, le Tribunal de l'environnement a bien fait de soulever les problèmes d'indépendance de M. James. Cependant, après avoir tiré de telles conclusions, le Tribunal aurait pu aller plus loin en statuant que même en acceptant son témoignage, il ne lui aurait accordé que très peu, voire aucune valeur. Les auteurs croient qu'en l'absence d'indépendance chez un expert, un tribunal ne peut accorder de confiance à son témoignage, et qu'il existe un risque, comme l'illustre D^r Smith, que le témoignage ne soit pas juste ou équilibré, et qu'il soit trompeur.

En des termes simples, la question de l'indépendance et de l'impartialité d'un expert ne devrait pas être « équivoque ». S'il existe des préoccupations et des problèmes sérieux à l'égard de l'indépendance d'un expert, son témoignage devrait être rejeté ou le tribunal ne devrait y accorder qu'une très faible force probante, voire aucune.

La décision Platinum Produce²⁹

Dans un autre appel d'approbation de projet d'énergie renouvelable, le Tribunal de l'environnement a autorisé l'appelant, Platinum Produce, à déposer le rapport d'expert du D^r Robert McMurtry en réponse à une certaine preuve du bénéficiaire de l'approbation. Le

²⁷ *Kroeplin, supra* note 25, par 86.

²⁸ *Kroeplin, ibid.*, par 86.

²⁹ *Platinum Produce Company c Directeur, Ministère de l'Environnement*, Dossier n° 13-096 [*Platinum*].

D^r McMurtry avait déjà témoigné dans plusieurs appels similaires, et avait exprimé une opinion au sujet des effets allégués néfastes des éoliennes sur la santé humaine.

Bien que son opinion dans cet appel n'ait ultimement pas eu d'incidence pour la raison qu'elle reposait sur des hypothèses non fondées, les auteurs sont préoccupés par le seul fait qu'on en ait tenu compte dans les circonstances de cette affaire. À cet égard, plusieurs faits ont remis en question l'indépendance du D^r McMurtry, comme le fait qu'il ait été le président fondateur de la Society for Wind Vigilance et qu'il ait été administrateur au moment de la constitution de l'Alliance to Protect Prince Edward County (APPEC), une organisation dont l'énoncé de mission laisse croire qu'aucun endroit du comté ne pourrait convenir à un projet d'éoliennes. La manière dont le D^r McMurtry a rédigé son rapport d'expert aux fins de cet appel a amplifié les inquiétudes concernant son indépendance. Voici certaines conclusions du Tribunal de l'Ontario :

[97] [TRADUCITON] Lors de son contre-interrogatoire, le D^r McMurtry a reconnu qu'il n'avait pas rédigé sa déclaration de réponse par le témoin, et qu'elle devrait être corrigée afin qu'on y lise plutôt qu'il est « probable », selon lui, que le projet causera des problèmes de santé graves aux travailleurs. Il a également omis de signer une attestation de l'obligation de l'expert avant de soumettre son opinion.

Autrement dit, le D^r McMurtry n'était pas l'auteur de son propre rapport. Il semblait ne pas l'avoir lu avant de le déposer. Le rapport était inexact en ce qu'il exagérait l'opinion du D^r McMurtry et ce dernier n'a pas, à quelque moment que ce soit, signé une attestation d'obligation d'expert en lien avec son témoignage comme le prévoyait la règle de pratique en vigueur.

Dans les circonstances de cette affaire, les auteurs estiment, avec égard, que le D^r McMurtry ne jouissait pas du niveau d'indépendance et d'impartialité nécessaire pour que le Tribunal de l'environnement accorde quelque force probante que ce soit à son témoignage.

L'instance de mise en application de la loi à l'égard de TransAlta³⁰

En décembre 2014, l'AUC a commencé les auditions dans l'instance n°3110, qui porte sur une enquête de l'administrateur de la surveillance du marché de l'Alberta menée à l'égard d'interruptions planifiées et d'activités connexes à certaines centrales au charbon exploitées par TransAlta Corporation (TransAlta). Dans sa demande, l'administrateur de la surveillance du marché de l'Alberta s'est fié sur le rapport de son administrateur adjoint et économiste en chef, M. Matt Ayres, Ph. D. L'administrateur de la surveillance du marché de l'Alberta a également présenté M. Ayres en tant qu'expert à l'audience devant l'AUC.

M. Ayres a joué un rôle central dans l'enquête que l'administrateur a effectuée sur TransAlta pendant deux ans, ce qui a ultimement mené à l'instance. Pendant l'enquête :

³⁰ L'AUC n'a pas rendue sa décision dans l'instance n° 3110.

i) Matt Ayres a signé l'avis initial d'enquête, dont il était l'auteur; ii) il a interrogé plusieurs employés de TransAlta; iii) il était la personne-ressource de l'administrateur de la surveillance du marché de l'Alberta aux fins de la correspondance avec TransAlta; iv) il a guidé les employés de l'administrateur de la surveillance du marché de l'Alberta; v) il a rédigé un rapport sur lequel l'administrateur de la surveillance du marché de l'Alberta s'est appuyé dans le cadre de la demande.

Dans son curriculum vitae qu'il a déposé auprès de l'AUC, M. Ayres décrit ses fonctions au sein de l'équipe de l'administrateur de la surveillance des marchés de l'Alberta : i) gérer une équipe d'économistes et d'autres experts qui analyse les règles du marché, les activités de surveillance du marché et les études; ii) livrer des témoignages d'expert lors d'instances de l'AUC relativement à des questions qui touchent l'administrateur de la surveillance des marchés de l'Alberta.

TransAlta n'a pas contesté le statut d'expert de M. Ayres avant l'audience. Dans son argumentation écrite, TransAlta a tout de même invité l'AUC à accorder peu de poids à la preuve de M. Ayres, voire à l'écarter. Pour soutenir ce point de vue, TransAlta s'est appuyée sur le fait que M. Ayres avait mené l'enquête sur le comportement reproché, et qu'il avait un intérêt dans les conclusions de l'instance. Selon TransAlta, M. Ayres n'était pas indépendant, ce qui entachait la fiabilité de la preuve qu'il allait déposer.

L'administrateur de la surveillance des marchés de l'Alberta a déposé sa réponse le 19 février 2015³¹ en avançant que M. Ayres était un expert. Selon l'administrateur de la surveillance des marchés de l'Alberta, son travail est de surveiller à temps plein le marché albertain, et les hypothèses qu'il a formulées découlaient à la fois de sa grande expérience en la matière et de ses compétences en économie. L'administrateur de la surveillance des marchés de l'Alberta a déclaré : i) que M. Ayres est indépendant de tout intervenant du marché; ii) qu'il remplit seulement le mandat que le législateur a confié à son organisation, qui consiste à développer un marché juste, efficace et ouvertement concurrentiel en Alberta.³² Il a aussi indiqué qu'en tant qu'organisation spécialisée dont le mandat prévu par la loi consiste à saisir l'AUC de questions, ce serait la priver de ses fondations que de l'empêcher, pour des raisons de partialité, de faire usage de ses compétences lorsqu'elle remplit son mandat.³³

L'AUC a pris l'affaire en délibéré et devrait faire connaître sa décision ce printemps.

³¹ Réponse de l'administrateur de la surveillance des marchés de l'Alberta, demande n° 1610350, instance n° 3110 [réponse].

³² Réponse, *ibid*, par 132.

³³ Réponse, *ibid*, par 136.

Projet d'éoliennes Bull Creek de BluEarth Renewables³⁴

En juin 2012, 1646658 Alberta Ltd. (« BluEarth »), une filiale à part entière de BluEarth Renewables Inc., a demandé à l'AUC l'autorisation de construire et de diriger le projet d'éoliennes Bull Creek, qui comprenait quarante-six éoliennes de 2,5 mégawatts. L'AUC a reçu des objections au projet, notamment de la part de membres du Killarney Lake Group (KLG), un regroupement de propriétaires terriens voisins.

Une des principales questions dans cette affaire était de savoir si l'exploitation du projet pouvait entraîner des effets néfastes sur la santé des résidents avoisinants, y compris ceux qui éprouvaient déjà des problèmes de santé. Huit témoins experts ont déposé leur rapport et ont livré un témoignage à ce sujet au cours de l'instance. Le dossier soumis à l'AUC sur ce sujet était substantiel. En plus des rapports d'expert, plusieurs études et rapports médicaux, épidémiologiques et acoustiques ont été déposés ou cités en référence pendant l'instance.³⁵

Le 15 janvier 2013, KLG a déposé une demande d'avance de fonds, notamment afin de retenir les services de neuf témoins experts. Dans la décision 2013-0261, l'AUC a accordé une avance de fonds de 142 109,50 \$ à KLG aux fins de services juridiques et de consultation.³⁶

L'AUC a tranché la question des compétences des témoins experts trois jours avant l'audience.³⁷ Ce faisant, elle a noté les principes juridiques suivants en ce qui concerne les témoins experts :

- [TRADUCTION] *Expertise indépendante et impartiale* : Un témoin expert doit fournir une aide indépendante au tribunal au moyen d'une opinion impartiale sur une question relevant de ces compétences. Les témoins experts doivent observer une norme exigeante et divulguer la nature des relations actuelles et antérieures qui pourraient susciter des craintes de partialité. Une telle découverte amènerait généralement à tirer des conclusions défavorables quant à l'impartialité et la réputation de ce témoin expert.
- *Étendue de l'expertise* : Lorsque des éléments de la preuve dépassent les limites des compétences de l'expert, on devrait leur accorder le même poids que s'ils provenaient d'un témoin ordinaire, et non pas d'un expert en la matière.
- *Expert, pas avocat* : Un témoin expert ne devrait jamais assumer le rôle de l'avocat.

³⁴ Décision de l'AUC 2014-040 : 1646658 Alberta Ltd., projet Bull Creek Wind (20 février 2014) [décision].

³⁵ Décision, *ibid.*, par 365.

³⁶ Décision de l'AUC 2013-026 : 1646658 Alberta Ltd – projet Bull Creek Wind – Avance, demande n° 1608556, code d'instance n° 1955 (31 janvier 2013).

³⁷ Décision sur le statut de témoin expert dans l'instance n° 1955.

L'AUC a indiqué que ce n'est pas parce qu'on admet la preuve d'un expert par rapport à un élément en particulier que l'AUC détermine par le fait même la crédibilité ou le poids à accorder à cette preuve.³⁸ On résume ci-dessous les questions qui ont été soulevées concernant les témoins qu'on a présentés comme experts.

L'expert qui défend la cause du client

Les experts de KLG, Carl Phillips, Ph. D., et Christopher Hanning, Ph. D., et M. James, avaient tous un lien avec la Society for Wind Vigilance (la « société »), soit en tant que membre du conseil ou de conseiller scientifique. Pendant l'audition, MM. Phillips, Hanning et James n'ont pas nié que les communiqués de presse de la société indiquent qu'elle appuyait un moratoire sur le développement de projets industriels d'éoliennes.³⁹ De plus, la majorité des études ou rapports cités en référence à l'appui des déclarations des experts de KLG ont soit été rédigés ou révisés par des membres ou des conseillers de la société : Phillips, Hanning, James, Nissenbaum, Krogh, Horner, Aramini, Salt, Shepherd et Thorne.

M. Hanning a témoigné sur ses liens avec la société.⁴⁰ Le seul article sur les effets des éoliennes dont il est l'auteur, M. Aramini, Ph. D. et M. Nissenbaum, Ph.D, ont aussi participé à sa rédaction. M. Hanning a déclaré que M. Aramini est un conseiller scientifique de la société, et que M. Nissenbaum, Ph.D, siège à son conseil d'administration.⁴¹ M. James est l'un de ses fondateurs et assume aussi les fonctions d'administrateur. Il a indiqué que la société est formée par un groupe de professionnels, qu'elle constituait un forum qui vise à passer en revue et fournir des livres blancs sur le bruit des éoliennes et ses effets sur la santé et, curieusement, qui a aussi pour but de protéger personnellement ses membres contre les poursuites judiciaires.⁴²

L'expert en tant que médecin sans permis d'exercice

Le KLG a aussi fait appel à M^{me} Sarah Laurie, Ph. D. M^{me} Laurie a pratiqué la médecine en région rurale pendant une courte période. Elle n'avait pas exercé depuis onze ans, et au moment de l'audience, elle ne détenait pas de permis d'exercice. Dans son rapport d'expert, M. Laurie a expliqué son rôle de première dirigeante de la fondation Waubra, une organisation australienne ayant pour mission de favoriser la recherche bien menée, indépendante et multidisciplinaire sur les problèmes de santé éprouvés par des personnes

³⁸ Décision sur le statut de témoin expert dans l'instance n° 1955; décision de l'AUC concernant la provision pour frais 2013-026, 6.

³⁹ Communiqué de presse de la Society for Wind Vigilance, *The Society for Wind Vigilance Announces First International Symposium* (17 juillet 2010) (consulté le 17 octobre 2013).

⁴⁰ Transcription, vol 6, 1426.

⁴¹ Transcription, vol 6, 1447.

⁴² Transcription, vol 8, 1738.

qui résident à proximité d'éoliennes. Elle avait auparavant témoigné au nom d'opposants à un projet de parc éolien dans d'autres territoires.⁴³

L'expert qui exprime une opinion au-delà de son champ de compétences

Les niveaux de bruit constituaient la question centrale de l'instance. Le D^r Adrian Upton, neurologue, a qualifié la règle 012 de l'AUC (qui régit le bruit provenant d'installations, mesuré cumulativement avec le bruit d'autres installations) d'évaluation arbitraire de ce qui constituait un bruit acceptable.⁴⁴ De plus, le D^r Upton n'a pas été en mesure d'expliquer plus en profondeur la façon dont les références qu'il avait fournies dans sa déclaration préliminaire venaient appuyer son opinion concernant les effets des éoliennes sur le sommeil et la santé.

Les conclusions de l'AUC

L'AUC n'était pas disposée à rejeter la preuve des experts de KLG pour la seule raison qu'ils étaient membres de la société ou d'une organisation semblable, pas plus qu'elle n'était prête à le faire pour la preuve des témoins des demandeurs pour le motif qu'ils avaient déjà témoigné en faveur d'autres promoteurs. L'AUC a indiqué qu'elle pouvait certes tenir compte de telles affiliations en évaluant l'objectivité de chaque expert, mais qu'elle devait aussi tenir compte d'autres facteurs afin de déterminer la force probante générale de la preuve de chaque expert. Selon elle, le meilleur moment pour effectuer cette analyse est celui où elle traite de la preuve de l'expert.⁴⁵

L'AUC a conclu que M^{me} Laurie ne disposait pas de la formation, de l'expérience et des habiletés nécessaires pour commenter l'interprétation d'études épidémiologiques ou d'études et de rapports en acoustique. L'AUC a accordé peu de poids à cet aspect de son témoignage.⁴⁶

Selon ce tribunal, le D^r Upton ne semblait pas détenir d'expérience ou de connaissances spécialisées concernant les éoliennes et leurs effets sur la santé. Elle a aussi déclaré que le D^r Upton ne semblait pas connaître les compétences de certains des auteurs de rapports sur lesquels il s'est appuyé pour former son opinion sur les effets des éoliennes sur la santé, et il semblait aussi ignorer s'il avaient été publiés ou révisés par des pairs. L'AUC a tenu compte de cette méconnaissance apparente du sujet lorsqu'elle a évalué le poids de la preuve du D^r Upton concernant les effets des éoliennes sur la santé en général des résidents avoisinants.⁴⁷

⁴³ Décision, *supra* note 34, par 309.

⁴⁴ Transcription, vol 8, 1833.

⁴⁵ Décision, *supra* note 34, par 52.

⁴⁶ Décision, *ibid*, par 375.

⁴⁷ Décision, *ibid*, par 373.

L'AUC a conclu que le M. Phillips avait fourni une preuve qui tombait dans son champ de compétences, qu'il avait livrée avec objectivité. Elle a aussi remarqué que les conclusions de M. Phillips paraissaient beaucoup moins catégoriques lors de son témoignage qu'elles ne l'avaient paru dans son rapport. Ceci a indiqué à l'AUC que M. Phillips a fait preuve d'une certaine souplesse dans ses opinions concernant les effets sur la santé associés aux éoliennes. Malgré cela, L'AUC a accordé peu de poids aux conclusions particulières de M. Phillips concernant les effets du projet sur la santé des résidents à proximité. En premier lieu, M. Phillips a fourni peu de motifs à l'appui de ses prédictions entourant le nombre de personnes qui éprouveraient des effets sur la santé en raison du projet. Deuxièmement, il a confirmé que ses conclusions ne reposaient pas sur des rapports de signalement d'effets indésirables en particulier, et qu'en fait, il n'avait pas consulté de tels rapports en rédigeant la preuve qu'il allait déposer. Troisièmement, M. Phillips a confirmé que les données qu'il avait consultées n'étaient pas organisées de façon systématique, et qu'il ne les avait pas analysées en profondeur afin de déterminer un lien de cause à effet entre le fonctionnement des éoliennes et les symptômes qu'il a décrits. Quatrièmement, M. Phillips a admis qu'il n'avait pas défini avec précision l'échantillon de population sur lequel il appuyait ses conclusions.⁴⁸

En dépit de ces déterminations, le tribunal a néanmoins accordé des frais de participation de plus de 20 000 \$ pour ces experts.

CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

Il n'existe pas d'approche universelle applicable en ce qui concerne la preuve d'expert devant les tribunaux administratifs. Dans certaines instances, l'ampleur et le volume de la preuve déposée seront tels qu'il sera tout à fait convenable de statuer sur les compétences et l'indépendance des experts avant d'entendre leur témoignage. Il y aura aussi des situations où la preuve, si elle est admise, pourrait s'avérer suffisamment préjudiciable ou complexe qu'elle pousserait un tribunal administratif à décider d'avance s'il est disposé à entendre cette preuve avant de déterminer les compétences et l'indépendance de l'expert. Finalement, une sorte d'approche non restrictive sera la plus efficace dans certaines circonstances. Ce sera le cas lorsque le fait d'entendre la preuve ne rallongera pas considérablement la durée de l'audition et si le tribunal administratif est en mesure de le faire sans être induit en erreur.

Il revient à l'avocat et au tribunal administratif d'évaluer chaque situation avec soin et de décider de l'approche à suivre. Il est cependant indéniable que plusieurs tribunaux administratifs doivent faire mieux que d'admettre l'ensemble de la preuve sans imposer de restriction. Lorsqu'une personne avance une preuve sans détenir les compétences, l'impartialité et l'indépendance pour le faire, le tribunal administratif devrait le souligner et refuser d'admettre cette preuve pour ce motif, ou encore y accorder peu de force

⁴⁸ Décision, *ibid*, par 369 et 383 à 386.

probante, voire aucune. De plus, dans le cas de certains tribunaux administratifs qui accordent les frais ou du financement aux participants, il serait plus efficace et moins coûteux pour toutes les parties d'exclure des experts au commencement de l'instance (au lieu d'admettre l'ensemble de la preuve, puis de ne lui accorder que très peu de poids, voire aucun).

En conclusion, lorsqu'un tribunal administratif en particulier s'acquitte de sa fonction de gardien, la fin justifie les moyens.