

CANADA

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

DEMANDE RELATIVE À LA MODIFICATION DES
TARIFS ET CONDITIONS DE TRANSPORT
D'HYDRO-QUÉBEC
À COMPTER DU 1^{ER} JANVIER 2009

NO : R-3669-2008, Phase 2

HYDRO-QUÉBEC dans ses activités de
transporteur (ci-après le « Transporteur »)

Régie de l'énergie
DOSSIER: R-3669-2008 Phase 2
DÉPOSÉE EN AUDIENCE
Date: 15/04/2011
Pièces n°: NON COTÉE

Demanderesse

-et-

BROOKFIELD MARKETING S.E.C. (ci-après
« Brookfield »)

Intervenante

**PLAN D'ARGUMENTATION RELATIVEMENT À L'OBJECTION DU TRANSPORTEUR
QUANT À LA RECONNAISSANCE DU STATUT D'EXPERT DE WILLIAM K. MARSHALL**

A. INTRODUCTION

1. Dans le cadre du présent dossier tarifaire, monsieur Marshall témoignera relativement aux modifications proposées aux annexes 4 et 5 des Tarifs et conditions des services de transport d'Hydro-Québec (ci-après les « Tarifs et conditions ») par le Transporteur et relativement aux formules proposées par le Transporteur et Brookfield pour l'application du service de compensation des écarts de réception et de livraison, le tout tel qu'il appert de son rapport d'expertise intitulé « Revised Evidence of William K Marshall - Imbalance Pricing And Related Issues Relative To Ferc Order 890 » déposé le 28 septembre 2010 (pièce C-6-52);
2. Monsieur Marshall sera également appelé à témoigner relativement à son deuxième rapport d'expertise qui porte notamment sur la question de la planification du réseau de transport et l'opportunité d'inclure une annexe K au texte des Tarifs et conditions du Transporteur, le tout tel qu'il appert de son rapport d'expertise intitulé « Revised Evidence of William K Marshall – Hydro-Québec Tariff relative to FERC Order 890 », déposé le 28 septembre 2010 (pièce C-6-52);
3. Lors de son témoignage, monsieur Marshall sera appelé à opiner sur des questions relatives à la tarification et les contrats de transport (OATT ou Tarifs et conditions incluant l'aspect réglementation en ce qui a trait aux parties pertinentes des ordonnances 890 et suivantes de la Federal Energy Regulatory Commission (ci-après la « FERC ») ainsi que la décision D-2009-015 de la Régie, et à la planification (incluant le processus de consultation), sujets considérés dans ses deux rapports;

Régie de l'énergie
DOSSIER: R-3669-2008 Phase 2
PIÈCE NO: C-6-56 EB7
Date: 15/04/2011

4. Monsieur Marshall viendra témoigner sur ses connaissances, expériences et compétences acquises essentiellement au Nouveau-Brunswick à l'égard des sujets mentionnés plus haut soit sur les questions de planification, tarification, contrats de transport et respect des ordonnances 890 et suivantes de la FERC;
5. Contrairement aux prétentions du Transporteur, monsieur Marshall détient les compétences nécessaires pour offrir à la Régie une opinion sur les principes applicables de la FERC et comment ceux-ci devraient s'appliquer dans le contexte québécois ayant déjà considéré ces questions dans le cadre du travail effectué au sein de NB Power, du NBSO ainsi qu'à titre de consultant;
6. Compte tenu de ce qui précède, Brookfield demande respectueusement à la Régie de reconnaître monsieur William K Marshall à titre d'expert en planification et opérations de réseaux électriques, incluant la tarification des services de transport et les contrats de service de transport, tel qu'indiqué dans la lettre du 28 septembre 2010 (pièce C-6-54), pour les motifs plus amplement exposés ci-après;
7. Brookfield demande également à la Régie d'accueillir le dépôt des rapports d'expertises de monsieur William K Marshall, déposés le 28 septembre 2010 (pièce C-6-52), pour les motifs plus amplement exposés ci-après;

B. BUT DU TÉMOIGNAGE D'UN EXPERT

8. Le rôle du témoin expert est d'éclairer le tribunal, c'est-à-dire la Régie, dans l'appréciation d'une preuve portant sur des questions scientifiques ou techniques;
 - Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n^o 465, p. 325 (**Onglet 1**) :

« Le témoin expert est celui qui possède une compétence spécialisée dans un secteur donné d'activité et qui a pour rôle d'éclairer le tribunal et de l'aider dans l'appréciation d'une preuve portant sur des questions scientifiques ou techniques³³. »
9. La Régie a d'ailleurs reconnu ce principe dans sa décision D-2008-120 :
 - *Hydro-Québec et Intervenants*, D-2008-120 (R.É.Q.), p. 4 (**Onglet 2**) :

« Il est utile de rappeler que l'expertise est censée combler un besoin spécifique : donner une opinion à un intervenant (expert-conseil) ou à la Régie (témoin expert) sur des sujets techniques et complexes. » (nos soulignements)
10. Brookfield soumet respectueusement à la Régie que l'expertise de monsieur Marshall apporterait une contribution pertinente à la Régie afin que cette dernière puisse rendre une décision éclairée sur des sujets et questions complexes et techniques;
 - *Hydro-Québec et Intervenants*, D-2008-138 (R.É.Q.), p. 4 (**Onglet 3**) :

« La Régie considère que la connaissance qu'a M. Perrachon du matériel de réseau, de son usage et de son comportement en réseau lui permet de fournir une contribution pertinente à l'appréciation de l'impact de la stratégie de pérennité sur le volume des investissements requis chaque année par le Transporteur. Considérant de plus les participations

antérieures de M. Perrachon à titre d'expert devant la Régie, la Régie accorde la qualification demandée pour M. Perrachon pour le présent dossier. » (nos soulignements)

11. Brookfield soumet à la Régie que la très grande expérience et les connaissances de monsieur Marshall en tarification, planification et opération de réseaux électriques (incluant tout aspect réglementaire dont les interprétations et les applications des ordonnances de la FERC) sont amplement suffisantes et permettent d'éclairer la Régie dans l'appréciation de la preuve qui lui est soumise par le Transporteur;
12. Il en est de même en ce qui a trait à son analyse des modifications aux Tarifs et conditions proposées par le Transporteur, de leur conformité à l'égard des ordonnances de la FERC et des impacts possibles de ces différentes modifications;
13. En effet, tel qu'il sera démontré lors du voir-dire de monsieur Marshall, ce dernier dispose d'une solide expérience en matière de tarification, contrats de transport et planification de réseau de transport d'électricité et en matière de conformité des tarifs aux ordonnances de la FERC;
14. Il a occupé pendant 4 ans le poste de New Brunswick System Operator. Il a travaillé 24 ans au sein de NB Power. Il a participé de façon très active à différents comités menant au développement du « NB White Paper Energy Policy ». Il a participé à l'élaboration des amendements du NB OATT suite aux ordonnances 890 de la FERC. Il a été nommé à titre d'expert par le ministère de l'Énergie du Nouveau-Brunswick en août 2008 afin de revoir la structure de marché de l'électricité au Nouveau-Brunswick et il continue d'agir à titre de consultant pour le gouvernement dans des sujets pertinents au présent dossier (voir aussi C-6-61);
15. Les rapports de 2008 pour le Ministère de l'Énergie (Appendix 1) de la pièce C-6-61 comportaient une analyse de la portée des ordonnances 890 de la FERC et son application à l'égard de la tarification et des tarifs du Nouveau-Brunswick (NB OATT);

C. CRITÈRES DE RECEVABILITÉ DE LA PREUVE D'EXPERT

16. En vertu du droit civil, la recevabilité de la preuve par expert repose sur l'application des critères suivants :

- (1) l'utilité de l'expertise;
- (2) la qualification de l'expert;
- (3) l'impartialité de l'expert;

- Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n^o 465, p. 325 et 326 (**Onglet 1**) :

« Conditions générales d'admissibilité

465 [...] Cette définition atteste l'existence des conditions préalables à la recevabilité de ce témoignage, soit l'utilité de l'expertise, la qualification et l'impartialité du témoin. »

17. Également, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. Mohan*, arrêt de principe en matière de témoignage d'opinion d'un expert, rappelle les critères quant à l'admissibilité de la preuve d'expert :

➤ *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 17 (**Onglet 4**) :

« L'admission de la preuve d'expert repose sur l'application des critères suivants :

- a) la pertinence;
- b) la nécessité d'aider le juge des faits;
- c) l'absence de toute règle d'exclusion;
- d) la qualification suffisante de l'expert. »

18. Ces critères s'appliquent à la Régie puisqu'ils sont repris par les tribunaux administratifs, qui s'en inspirent largement :

➤ Yves OUELLETTE, *Les tribunaux administratifs au Canada – procédure et preuve*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 361 et 362 (**Onglet 5**) :

« Les cours considèrent depuis longtemps³⁵ le témoignage comme admissible en preuve à certaines conditions : ce témoin doit être accepté comme expert en raison de ses études ou de son expérience et la question sur laquelle l'expert est appelé à témoigner doit se prêter à une expertise³⁶.

Dans un arrêt récent³⁷, la Cour suprême du Canada a reformulé les critères applicables à l'admission d'une opinion d'expert lors d'un procès criminel : la pertinence, la nécessité d'aider le juge des faits, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert. Ces énoncés, fondés sur l'expérience et le bon sens, conservent leur pertinence à l'égard des tribunaux administratifs et ces derniers, maîtres de leur preuve et de leur procédure, s'en inspirent³⁸. » (nos soulignements)

D. UTILITÉ ET PERTINENCE DE L'EXPERTISE

19. Brookfield soumet à la Régie que le témoignage de monsieur Marshall et ses expertises sont utiles, nécessaires et pertinents à la Régie dans la présente cause tarifaire pour les motifs plus amplement exposés ci-après;

20. Puisque dans le présent dossier, les questions relatives à l'inclusion ou la non-inclusion d'une annexe K aux Tarifs et conditions et les questions relatives à l'application du service de compensation des écarts de réception et de livraison portent sur des questions scientifiques et techniques d'une certaine complexité, le témoignage de monsieur Marshall à titre d'expert est nécessaire puisque ce dernier aidera la Régie à comprendre les enjeux et impacts du présent dossier tarifaire, ainsi qu'à apprécier et à confronter la preuve soumise par le Transporteur par rapport à celle de l'intervenante Brookfield :

➤ Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n° 466, p. 326 (**Onglet 1**) :

« La première condition préalable à la recevabilité d'une expertise est que celle-ci soit de nature à aider le tribunal à comprendre les faits et à apprécier la preuve³⁴. Il faut donc que le litige porte sur des questions scientifiques ou techniques d'une certaine complexité. »

21. Relativement au critère de l'utilité, la Cour suprême du Canada mentionne ce qui suit :

➤ *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 20 (**Onglet 4**) :

« Toutefois, je ne jugerais pas la nécessité selon une norme trop stricte. L'exigence est que l'opinion soit nécessaire au sens qu'elle fournit des renseignements «qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury» : cité par le juge Dickson, dans *Abbey*, précité. Comme le juge Dickson l'a dit, la preuve doit être nécessaire pour permettre au juge des faits d'apprécier les questions en litige étant donné leur nature technique. » (nos soulignements)

22. Les deux expertises de monsieur Marshall (pièce C-6-52) et son témoignage sont des plus pertinents puisqu'ils sont directement reliés aux enjeux faisant l'objet de la présente cause tarifaire. En effet, les expertises de monsieur Marshall analysent les impacts de l'ajout ou non d'une annexe K au texte des Tarifs et conditions et analysent la formule proposée par le Transporteur relative à l'application des services de compensation des écarts de réception et de livraison et proposent une formule alternative;

➤ Pierre-Claude LAFOND et Charles-Maxime PANACCIO, « Témoin expert », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Preuve et prescription*, fasc. 6, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 41 (**Onglet 6**) :

« Comme toute preuve, la preuve par expert doit être pertinente et doit être liée au fait qu'elle tend à établir. » (nos soulignements)

23. Brookfield est d'avis que le témoignage de monsieur Marshall à titre d'expert sur l'annexe K et sur les services de compensation des écarts de réception et de livraison est en mesure d'aider la Régie à apprécier la preuve soumise par le Transporteur, d'où la nécessité de reconnaître le statut d'expert de monsieur Marshall tel que demandé dans la lettre du 28 septembre 2010 (pièce C-6-54);

24. De plus, Brookfield soumet à la Régie que cette dernière a déjà, par le passé, reconnu le statut d'expert sur la seule base de la pertinence des expertises déposées au dossier :

➤ *Hydro-Québec et Intervenants*, D-2009-116 (R.É.Q.), par. 16 et 17 (**Onglet 7**) :

« [16] La Régie est d'avis que l'expertise de monsieur Gaétan Breton en comptabilité est pertinente dans l'analyse de la nécessité et la pertinence du changement de méthode d'amortissement ainsi que l'analyse des avantages et inconvénients des méthodes d'amortissement. La Régie accepte donc de reconnaître monsieur Gaétan Breton comme témoin expert en comptabilité et comptabilité internationale dans le présent dossier.

[17] La Régie est d'avis également que l'expertise de monsieur Co Pham est pertinente pour la phase 1 du présent dossier, laquelle comprend une analyse des impacts du changement de méthode d'amortissement sur les revenus requis et les tarifs du Transporteur et du Distributeur. La Régie accorde le statut de témoin expert en tarification de l'électricité et répartition des coûts à monsieur Co Pham pour le présent dossier. »

E. LA QUALIFICATION DU TÉMOIN EXPERT

25. Brookfield soumet à la Régie que les connaissances de monsieur Marshall relativement aux sujets mentionnés précédemment sont amplement suffisantes pour qualifier monsieur Marshall d'expert en planification et opérations de réseaux électriques, incluant la tarification des services de transport et les contrats de service de transport, pour les motifs plus amplement exposés ci-après;

26. La qualification du témoin expert est acquise par l'étude ou l'expérience :

- Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n^o 467, p. 328 (**Onglet 1**) :

« 467 – Qualification du témoin expert – La partie qui produit un expert doit préalablement établir sa compétence⁴⁴. Celle-ci est acquise par l'étude ou l'expérience. Le scientifique, l'universitaire et le professionnel sont régulièrement utilisés comme témoins experts. » (nos soulignements)

- *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 23 (**Onglet 4**) :

« Enfin, la preuve doit être présentée par un témoin dont on démontre qu'il ou elle a acquis des connaissances spéciales ou particulières grâce à des études ou à une expérience relatives aux questions visées dans son témoignage. »

- *Hydro-Québec c. Moteurs électriques Dupras inc.*, [1999] R.J.Q. 228 (C.S.), p. 9 (**Onglet 8**) :

« Les connaissances, l'attitude et les méthodes de l'expert doivent être analysées. Le Tribunal se penchera sur le ou les moyens par lesquels l'expert a acquis son expertise⁷. La formation théorique est importante. Les tribunaux accordent toutefois une préférence à l'expérience pratique⁸. »

27. La Cour supérieure de l'Ontario a rappelé que, pour les fins d'évaluer la qualification de l'expert, elle devait considérer divers facteurs :

- *Dulong v. Merrill Lynch Canada inc.*, 2006 CanLII 9146 (ON S.C.), par. 21 (**Onglet 9**):

« [21] When assessing the qualifications of a proposed expert, trial judges regularly consider factors such as the proposed witness's professional qualifications, her actual experience, her participation or membership in professional associations, the nature and extent of her publications, her involvement in teaching, her involvement in courses or conferences in the field and her efforts to keep current with the literature in the field and whether or not the witness has previously been qualified to testify as an expert in the area. » (nos soulignements)

28. Brookfield soumet à la Régie que monsieur Marshall dispose des compétences suffisantes pour témoigner sur les impacts de l'inclusion ou non d'une annexe K aux Tarifs et conditions eu égard aux ordonnances de la FERC et sur l'application du service de compensation des écarts de réception et de livraison, compétences qu'il a acquises par le biais de son expérience professionnelle et du fruit de ses analyses passées dans les domaines pertinents à ce dossier, notamment en ce qu'il a :

- Voir à ce sujet son curriculum vitae au sein du NB Power Corporation, du NBSO et de ces derniers mandats à titre de consultant incluant ceux gouvernementaux;

29. De plus, Brookfield soumet respectueusement à la Régie que monsieur Marshall a les connaissances requises pour témoigner sur l'ajout d'une annexe K aux Tarifs et conditions et sur le service de compensation des écarts de réception et de livraison puisque ce dernier possède des connaissances et des expériences spéciales qui sans nul doute assisteront la Régie dans ses délibérations :

- L'honorable juge Pierre TESSIER, j.c.s. et Monique DUPUIS, « Les qualités et les moyens de preuve », dans Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 2, *Preuve et procédure*, Montréal, Barreau du Québec, 2009, p. 219, à la page 292 (**Onglet 10**) :

« La seule condition à la recevabilité d'une opinion d'expert est que « le témoin expert possède des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits »⁴⁹⁰. »

- *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, p. 18 (**Onglet 11**) :

« Le rôle du témoin expert consiste à mettre à la disposition du jury ou de tout autre juge des faits son opinion d'expert sur le sens des faits établis, ou sur les conclusions à en tirer, dans un domaine où le témoin expert possède des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits. Il est permis au témoin expert d'exprimer de telles opinions pour aider le jury. » (nos soulignements)

30. Cette condition, à savoir que le témoignage d'un expert est recevable si les renseignements fournis par l'expert dépassent l'expérience et la connaissance du tribunal a été reprise dans l'arrêt de la Cour suprême *R. c. Mohan*, précité :

- *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 20 (**Onglet 4**);

31. Brookfield soumet à la Régie que la qualification de monsieur Marshall comme expert quant à l'annexe K et quant au service de compensation des écarts de réception et de livraison doit se faire *prima facie*, à la lumière du curriculum vitae (pièce C-6-27) de monsieur Marshall (et autres pièces qui y réfèrent) et des rapports d'expertises déposés en preuve;

- *Hydro-Québec et Intervenants*, D-2002-122, p. 10 (**Onglet 12**) :

« ACÉÉ/S.É./STOP a retenu les services de MM. Jacques Fontaine et de Dominique Égré. La Régie a pris en considération le fait que l'expertise de M. Fontaine ait déjà été reconnue par la Régie pour des matières semblables dans d'autres dossiers. Compte tenu de cette considération mais surtout de l'examen des curriculum vitae et des rapports déposés, la Régie reconnaît le statut d'expert à MM. Fontaine et Égré dans le présent dossier. » (nos soulignements)

32. Monsieur Marshall a participé à divers processus réglementaires au Nouveau-Brunswick où les principes de la FERC furent appliqués, sans compter qu'il a déjà participé au processus réglementaire québécois dans le cadre du dossier tarifaire R-3401-98;

G. LES RÈGLES D'ÉQUITÉ PROCÉDURALE ET LA NOTION DE PRUDENCE

33. Brookfield soumet respectueusement à la Régie que la décision que rendra cette dernière dans la présente cause tarifaire est susceptible d'affecter ses droits et la Régie, en tant que tribunal administratif, doit appliquer avec un degré relativement élevé les règles d'équité procédurale et de justice naturelle en pareille situation;

34. Conséquemment, la Régie doit reconnaître le statut d'expert de monsieur Marshall tel que demandé afin de respecter la règle *audi alteram partem* et afin de permettre à Brookfield de faire valoir pleinement ses représentations et sa preuve;

35. Le fait de ne pas permettre à monsieur Marshall de témoigner à titre d'expert en planification et opérations de réseaux électriques, incluant la tarification des services de transport et les contrats de service de transport, aurait pour effet de priver Brookfield de faire valoir ses moyens :

- Patrice GARANT, *Droit administratif*, 6^e éd., Éditions Yvon Blais, 2010, p. 609, 610, 622 et 634 (**Onglet 13**) :

« La règle *audi alteram partem* est la première de ces règles issues des principes de justice naturelle ou fondamentale. Son importance est telle qu'on doit la considérer comme la règle d'or du droit administratif.

[...] Avoir l'occasion de se faire entendre, cela signifie essentiellement, suivant l'expression du juge Pigeon de la Cour suprême, avoir « le droit de faire valoir ses moyens »²²⁵. Suivant la jurisprudence, l'administré concerné doit avoir au minimum la possibilité de faire valoir ses représentations ou son point de vue, quelle que soit la méthode utilisée ; un tribunal quasi judiciaire de même qu'une autorité administrative doit ainsi prendre connaissance des prétentions et arguments de l'administré avant de rendre une décision²²⁶.

[...] les personnes dont les droits sont affectés par une décision doivent avoir l'occasion de présenter leurs prétentions à ce sujet²²⁸, « de façon aussi complète et équitable que possible eu égard à toutes les circonstances de l'affaire »²²⁹.

[...] L'application de la règle *audi alteram partem* implique que le tribunal administratif doive permettre aux parties d'apporter tout élément de preuve susceptible d'éclairer le débat et d'avoir une influence sur l'issue de la contestation³⁰⁰.» (nos soulignements)

36. Comme le mentionnent les auteurs Jean-Claude Royer et Sophie Lavallée, les tribunaux doivent faire preuve de prudence lorsqu'ils se prononcent sur la recevabilité d'une preuve d'expert :

- Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n^o 470, p. 332 et 334 (**Onglet 1**) :

« La jurisprudence canadienne et québécoise refuse rarement d'entendre un expert en raison de l'insuffisance de ses qualifications.

[...]

Il est dangereux d'exclure a priori une preuve d'expertise, sauf s'il est manifeste qu'elle n'a aucune valeur probante. Or, celle-ci est généralement déterminée au moment où l'enquête est close et que toute la preuve a été soumise au tribunal⁷⁵.» (nos soulignements)

- *Leroux c. Cake*, J.E. 79-317 (C.A.), p. 3 (opinion du juge Crête) (**Onglet 14**) :

« À mon avis, - et je le dis avec le plus grand respect – le juge ne devait pas déclarer le témoignage de l'expert irrecevable a priori sans connaître les questions précises qui pouvaient être posées, la forme et l'objet des questions, leur pertinence, et tous autres facteurs qui peuvent rendre une preuve admissible ou inadmissible. »

- *Rioux c. Fortier*, décision n^o CD00-0619, 24 novembre 2006 (Comité de discipline, Chambre de la sécurité financière), n^o AZ-50399348, par. 3 à 10 (**Onglet 15**) :

« [3] La décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R c. Mohan*¹ établit que «[l']admission de la preuve d'expert repose sur l'application des critères suivants: a) la pertinence; b) la nécessité d'aider le juge des faits; c) l'absence de toute règle d'exclusion; d) la qualification suffisante de l'expert.»²

[4] Selon l'arrêt *Mohan*, la preuve d'expert «doit être présentée par un témoin dont on démontre qu'il ou elle a acquis des connaissances spéciales ou particulières grâce à des études ou à une expérience relatives aux questions visées dans son témoignage.»³

[5] Le critère de qualification d'un témoin expert est modeste⁴. Comme le note le professeur Royer dans son ouvrage *La Preuve Civile*, 3^{ème} édition : «[l]a jurisprudence canadienne et québécoise refuse rarement d'entendre un expert en raison de l'insuffisance de ses qualifications. En effet, cette question concerne davantage la valeur probante que la recevabilité d'une preuve.»⁵

[6] Le professeur Royer met en garde contre l'exclusion de la preuve d'une preuve d'expertise à l'étape de la qualification. Il s'exprime ainsi :

6.1.1. Il est dangereux d'exclure a priori une preuve d'expertise, sauf s'il est manifeste qu'elle n'a aucune valeur probante. Or, celle-ci est généralement déterminée au moment où l'enquête est close et toute la preuve a été soumise au tribunal. La recevabilité et la valeur probante du témoignage doivent généralement être décidées par le juge saisi du fond du litige.⁶

[7] Dans *Terjanian c. Dentistes*⁷, le Tribunal des professions affirmait récemment qu'il « est toujours dangereux pour un Tribunal d'exclure une preuve d'expert avant d'avoir entendu toute la preuve. »⁸. Le Tribunal des professions réfère ensuite au passage du professeur Royer que nous venons de citer.

[...]

[9] En l'espèce, même si Mme Poissant n'a jamais été qualifié comme expert par les tribunaux et que la syndic n'a pas établi de façon précise l'expertise de celle-ci en lien avec les chefs 10 et 12, le comité ne peut conclure qu'il est manifeste que cette preuve n'a aucune valeur probante¹⁰.

[10] La formation académique, l'expérience professionnelle à son propre compte, l'enseignement fourni par Mme Poissant, sa participation durant deux ans au comité d'évaluation des plaintes de l'Association des intermédiaires en assurance de personnes du Québec (AIAPQ) la qualifie pour exprimer une opinion à titre d'expert sur les pratiques généralement reconnues à l'égard des chefs 10 et 12. » (nos soulignements)

- *Thibault c. Martel*, décision n° CD00-0683, 22 avril 2009 (Comité de discipline, Chambre de la sécurité financière), 2009 CanLII 18322 (QC C.D.C.S.F.), par. 13 et 14 (Onglet 16) :

« [13] Le comité estime qu'en l'espèce refuser le rapport et par conséquent au syndic de faire témoigner son expert compétent équivaldrait à l'empêcher de faire établir les normes généralement reconnues dans la profession à l'égard des faits énoncés dans la plainte et ainsi de s'acquitter de son fardeau de preuve.

[14] Même si le comité a pu constater à même les passages relevés par le procureur de l'intimé dans le rapport de M. Bissonnette que ce dernier tirait des conclusions qui excèdent ses compétences, le comité ne peut conclure qu'il est manifeste à ce stade-ci que le rapport de M. Bissonnette n'a aucune valeur probante. » (nos soulignements)

37. Dans le cadre de cette cause tarifaire, deux théories s'opposent quant à l'ajout ou non d'une annexe K au texte des Tarifs et conditions et deux formules sont proposées relativement au service de compensation des écarts de réception et de livraison et le fait de priver l'intervenante Brookfield de présenter une preuve complète et pertinente relativement à ces sujets aurait pour effet de violer la règle *audi alteram partem* :

- *Cie Price Ltée et Commission des affaires sociales*, [1987] C.A.S. 115 (C.S.), p. 118 (Onglet 17) :

« Le Tribunal est d'opinion que l'intimée a manqué aux principes de justice naturelle, en particulier à la règle *audi alteram partem*, en refusant de prendre connaissance du rapport d'expertise du docteur Jean-Marie Lévesque. Il nous apparaît, avec tous les égards possibles, que la requérante a été empêchée de faire une preuve pertinente et s'est vue refuser une opportunité raisonnable de faire valoir ses droits.

Effectivement, il semble bien que tout un débat sur deux théories importantes, soit celle du docteur Gilbert et celle du docteur Lévesque, s'est engagé dans ce dossier et il aurait été juste de permettre la

production de l'expertise du docteur Lévesque. La décision aurait peut-être été différente.

J'estime que la règle *audi alteram partem* n'a pas été respectée et que la requérante a été empêchée de faire valoir tous ses droits. Ceci constitue un excès de juridiction qui donne ouverture à l'intervention de notre Cour. » (nos soulignements)

38. Les auteurs Denis Ferland et Benoît Emery mentionnent aussi que les tribunaux ne devraient pas déclarer irrecevable le témoignage d'un expert *a priori* sans connaître les questions précises qui pourraient être posées :

- Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, 4^e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 489 (**Onglet 18**) :

« Le juge ne devrait pas déclarer le témoignage de l'expert irrecevable *a priori* sans connaître les questions précises qui pouvaient être posés, la forme et l'objet des questions, leur pertinence, et tous autres facteurs qui peuvent rendre une preuve admissible ou inadmissible³⁴¹. »

39. Brookfield soumet pour tous les motifs invoqués plus haut que l'expertise de monsieur Marshall doit être reconnue.

Montréal, le 17 février 2011

(S) GOWLING LAFLEUR HENDERSON S.E.N.C.R.L.

GOWLING LAFLEUR HENDERSON, S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Procureurs de l'intervenante
BROOKFIELD MARKETING S.E.C.

COPIE CONFORME


Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L.