

DÉCISION

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2009-116

R-3703-2009

4 septembre 2009

PRÉSENTS :

Gilles Boulianne
Richard Carrier
Richard Lassonde
Régisseurs

Hydro-Québec
Demanderesse

et

Intervenants dont les noms apparaissent ci-après

Décision concernant les budgets de participation et les demandes de reconnaissance de statut d'expert (Phase 1)

Demande relative à certaines modifications de méthodes comptables

Intervenants :

- Association coopérative d'économie familiale de Québec (ACEF de Québec);
- Association québécoise des consommateurs industriels d'électricité et Conseil de l'industrie forestière du Québec (AQCIE/CIFQ);
- Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI);
- Option consommateurs (OC);
- Union des consommateurs (UC);
- Union des municipalités du Québec (UMQ).

1. INTRODUCTION

[1] Le 19 juin 2009, Hydro-Québec dans ses activités de transport d'électricité (le Transporteur) et Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur) (collectivement « la demanderesse ») déposent à la Régie de l'énergie (la Régie) une demande afin d'obtenir l'autorisation requise relativement à certaines modifications de méthodes comptables. Cette demande est présentée en vertu des articles 31(5) et 32 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*¹ (la Loi).

[2] La demanderesse propose de traiter le dossier en deux phases. Pour la phase 1, les conclusions recherchées par la demanderesse sont présentement circonscrites à la modification de la méthode d'amortissement des actifs appliquée par le Distributeur et le Transporteur aux fins de fixation des tarifs dès 2010. La Régie se prononcera sur la phase 1.

[3] Le 17 août 2009, la Régie rend sa décision D-2009-103 par laquelle elle accorde, notamment, le statut d'intervenant à l'ACEF de Québec, l'AQCIE/CIFQ, la FCEI, OC, l'UC et l'UMQ.

[4] Le 24 août 2009, tous les intervenants transmettent leurs budgets. L'UC transmet également des demandes de reconnaissance de statut de témoins experts pour messieurs Gaétan Breton et Co Pham.

[5] Le 27 août 2009, la demanderesse émet ses commentaires et, le 31 août 2009, l'UC y réplique.

[6] La présente décision porte sur les budgets de participation et les demandes de reconnaissance de statut d'expert relatifs à la phase 1.

¹ L.R.Q., c. R-6.01.

2. POSITION DE LA DEMANDERESSE

[7] Les seuls commentaires de la demanderesse concernent le budget de participation de l'UC qui est substantiellement plus élevé que celui des autres intervenants en s'établissant à plus de 55 000 \$. Ce budget serait justifié, notamment, par la présence d'un analyste externe et de deux témoins experts, M. Gaétan Breton, à titre d'expert en comptabilité, et M. Co Pham, à titre d'expert en tarification et en répartition des coûts.

[8] La demanderesse est d'avis que si la pertinence d'un expert en comptabilité s'explique facilement dans le présent dossier, il en va autrement en ce qui concerne la pertinence de retenir un expert en tarification et en répartition des coûts. Selon la demanderesse, ces sujets d'expertise ne font pas partie des enjeux du présent dossier, tel que précisé par la Régie dans sa décision D-2009-103².

[9] La demanderesse questionne également le mandat accordé à l'analyste externe, monsieur Paul Paquin, qui consiste à analyser les impacts de la demande de modification d'amortissement sur la valeur de la contribution du Transporteur pour les ajouts de transport, et ses conséquences possibles sur les projets en cours et futurs des clients du Transporteur. Elle considère qu'il s'agit là d'une question très accessoire au présent dossier.

3. RÉPLIQUE DE L'UC

[10] L'UC explique que le budget soumis doit être évalué dans un contexte où aucun intervenant n'a retenu les services d'experts et que plusieurs intervenants contactés se sont dits intéressés par les témoignages de messieurs Gaétan Breton et Co Pham, seules expertises qui seront soumises pour éclairer la Régie.

² Page 9.

[11] L'intervenante soumet que la répartition des coûts est un sujet pertinent au présent débat et que sa demande de recourir aux services d'un expert en tarification de l'électricité et en répartition des coûts est conforme aux enjeux fixés dans la décision D-2009-103. Elle indique que pour les tarifs du Transporteur, il faudra évaluer les impacts sur le tarif des services point à point de long terme et de court terme ainsi que la facture de transport attribuée à la charge locale. Pour les tarifs du Distributeur, il faudra évaluer les impacts sur les tarifs applicables aux diverses catégories de consommateurs.

[12] Par ailleurs, l'UC s'intéresse tout particulièrement aux impacts sur les tarifs de la catégorie Domestique et agricole. Cet impact semble être plus important sur les coûts qui sont attribués à ces consommateurs que sur les coûts attribués à l'ensemble des consommateurs québécois. L'examen de la répartition des coûts est donc important.

[13] L'intervenante note aussi que la demanderesse ne conteste nullement les compétences et l'expertise de monsieur Co Pham.

[14] L'UC considère que la valeur de la contribution maximale du Transporteur pour les ajouts au réseau détermine le montant des investissements que le Transporteur pourra ajouter à sa base de tarification, ce qui se répercute sur son revenu requis. L'intervenante souligne que la demanderesse ne conteste pas que la nouvelle méthode d'amortissement proposée puisse avoir un impact sur la valeur de la contribution maximale. Selon l'UC, seuls l'examen et l'évaluation de cet impact permettront de conclure sur son importance.

4. OPINION DE LA RÉGIE

[15] La Régie a reçu les budgets de participation de tous les intervenants totalisant 102 379,04 \$, dont un budget de participation de l'UC pour un montant de 55 545,15 \$, accompagné d'une demande de reconnaissance de deux témoins experts, messieurs Gaétan Breton et Co Pham.

[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. Quant à la répartition des coûts reliés aux nouvelles charges d'amortissement, le cas échéant, la Régie considère pertinent d'analyser l'effet de telles charges sur les tarifs des différentes catégories de consommateurs, mais n'entend pas revoir les méthodes actuelles de répartition de ces coûts.

[18] Par ailleurs, la Régie considère que le sujet traité par l'analyste externe de l'UC, monsieur Paul Paquin, concernant l'impact du changement de méthode d'amortissement sur l'évaluation de la valeur de la contribution maximale du Transporteur pour les ajouts au réseau indiquée à l'appendice J des Tarifs et conditions, fait partie de l'analyse des impacts du changement de la méthode d'amortissement.

[19] Par contre, la Régie considère le budget de participation de l'UC globalement élevé, notamment en ce qui concerne le nombre d'heures de l'analyste interne. En particulier, elle tient à préciser que l'intervenante doit éviter le dédoublement de preuve par rapport à celle qui sera déposée par ses experts et son analyste externe.

[20] À la lumière des sujets traités, la Régie accueille les budgets de participation de l'ACEF de Québec, l'AQCIE/CIFQ, la FCEI, OC, l'UC et l'UMQ, sous réserve de l'appréciation ultérieure, par la formation, du caractère raisonnable et de l'utilité de l'intervention.

5. CALENDRIER RÉVISÉ

[21] La Régie informe les parties de l'échéancier révisé et des instructions suivantes :

15 septembre 2009, 12 h	Date limite pour le dépôt des demandes de renseignements à la demanderesse
28 septembre 2009, 12 h	Date limite pour le dépôt des réponses de la demanderesse aux demandes de renseignements
7 octobre 2009, 12 h	Date limite pour le dépôt de la preuve des intervenants et des observations des intéressés
21 octobre 2009, 12 h	Date limite pour le dépôt des demandes de renseignements sur la preuve des intervenants
28 octobre 2009, 12 h	Date limite pour le dépôt des réponses des intervenants aux demandes de renseignements
4 novembre 2009, 12 h	Date limite pour le dépôt de l'argumentation de la demanderesse
11 novembre 2009, 12 h	Date limite pour le dépôt de l'argumentation des intervenants
20 novembre 2009, 12 h	Date limite pour le dépôt de la réplique de la demanderesse

[22] **Considérant ce qui précède,**

La Régie de l'énergie :

ACCUEILLE les budgets de participation de l'ACEF de Québec, l'AQCIE/CIFQ, la FCEI, OC, l'UC et l'UMQ, sous réserve de l'appréciation ultérieure, par la formation, du caractère raisonnable et de l'utilité de l'intervention;

RECONNAÎT monsieur Gaétan Breton comme témoin expert en comptabilité et comptabilité internationale;

RECONNAÎT monsieur Co Pham comme témoin expert en tarification de l'électricité et répartition des coûts;

FIXE le calendrier révisé de la section 5 de la présente décision.

Gilles Boulianne
Régisseur

Richard Carrier
Régisseur

Richard Lassonde
Régisseur

Représentants.:

- Association coopérative d'économie familiale de Québec (ACEF de Québec) représentée par M^e Denis Falardeau;
- Association québécoise des consommateurs industriels d'électricité et Conseil de l'industrie forestière du Québec (AQCIE/CIFQ) représenté par M^e Pierre Pelletier;
- Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI) représentée par M^e André Turmel;
- Hydro-Québec représentée par M^e F. Jean Morel et M^e Éric Fraser;
- Option consommateurs (OC) représentée par M^e Éric David;
- Union des consommateurs (UC) représentée par M^e Hélène Sicard;
- Union des municipalités du Québec (UMQ) représentée par M^e Steve Cadrin.

Résumé

[imprimer](#) | [fermer](#)



[Documents et formats](#)

[Référence](#) | [Télécharger](#)

Cette décision a été citée au moins une fois. A-t-elle été appliquée, distinguée ou critiquée ?
Cliquez sur le lien [Le Citateur](#) pour le savoir.

Parties

Hydro-Québec c. Moteurs électriques Dupras inc.

Juridiction

Cour supérieure (C.S.), Joliette

Numéro de dossier

705-05-001193-963

Décision de

Juge André Rochon

Date de la décision

1998-12-01

Références

AZ-99021103

J.E. 99-208

[1999] R.J.Q. 228

Texte intégral : 29 pages (copie déposée au greffe)

Indexation

CONTRAT DE SERVICES — divers — service public — électricité — subtilisation — fardeau de la preuve — présomption — durée — origine — valeur de l'expertise.
PRÉSUMPTION LÉGALE — RAPPORT D'EXPERT.

Résumé

Action en réclamation d'une somme de 56 457 \$ pour subtilisation d'électricité. Accueillie en partie (50 912 \$).

Lors d'une visite de routine à l'usine de la défenderesse, un préposé de la demanderesse a découvert une installation clandestine de contournement des appareils de mesurage. Quelques semaines après l'enlèvement de ce circuit de contournement, la consommation d'électricité de la défenderesse a augmenté de 1 200 %. La demanderesse réclame donc le coût de la consommation d'électricité telle qu'elle l'a évaluée, ainsi que le montant de la pénalité prévue à l'article 26 de la *Loi constituant en corporation la compagnie royale d'électricité*. Les défendeurs allèguent que l'installation de contournement n'avait été effectuée que la veille du passage du préposé de la demanderesse afin de vérifier le fonctionnement d'un moteur. La défenderesse explique l'augmentation de sa consommation d'électricité par la nouvelle orientation donnée à son entreprise à compter de 1994.

Décision

La valeur probante d'une expertise sera d'autant plus élevée que les faits sur lesquels elle repose sont prouvés. Par ailleurs, les connaissances, l'attitude et les méthodes de l'expert doivent être analysées de même que les moyens par lesquels il a acquis son expertise. En l'espèce, l'expert de la demanderesse possède une formation théorique et une expérience pratique de la matière faisant l'objet du litige. Il faut toutefois considérer l'expérience pratique de l'expert de la défenderesse quant au fonctionnement d'un atelier mécanique. L'expertise de la demanderesse est convaincante dans son analyse des causes de l'augmentation de la consommation d'électricité et s'appuie sur des faits précis et prouvés, alors que celle de la défenderesse repose sur des prémisses incertaines. L'analyse de l'expert de la demanderesse sera donc retenue. Il faudra toutefois tenir compte de l'augmentation de la clientèle industrielle de la défenderesse dans le calcul du coût de l'énergie subtilisée. Le deuxième alinéa de l'article 26 de la *Loi constituant en corporation la compagnie royale d'électricité* crée une présomption ayant trait à la perpétration de l'infraction qui y est prévue, mais non quant à sa durée ni à l'époque où elle a été commise. Comme la difficulté d'établir la consommation réelle d'électricité est causée par des gestes illégaux de la défenderesse, celle-ci ne peut se contenter d'invoquer le fait que le fardeau en incombe à la demanderesse (*Hydro-Québec c. St-Pierre* (C.S., 1991-11-14), 250-05-000100-875). Il en résulte plutôt un renversement du fardeau de preuve. À cet égard, il faut considérer la présence de poussière sur le dessus du circuit de contournement, la nature permanente de l'installation ainsi que la présence

d'indices matériels laissant croire qu'elle existait depuis un certain temps. Compte tenu de la nouvelle orientation de l'entreprise de la défenderesse et de l'augmentation de ses coûts de chauffage à la suite de l'agrandissement de son atelier en 1990, la réclamation de la demanderesse sera réduite de 20 %. La condamnation des défendeurs ne peut qu'être conjointe. En effet, la responsabilité de la défenderesse est de nature contractuelle tandis que celle du défendeur, dont les connaissances techniques et l'habileté ont été utilisées pour l'installation du circuit de contournement, est délictuelle. Les frais d'expertise de la demanderesse sont limités à 6 615 \$ puisque son expert n'avait pas à préparer de rapport pour disputer la thèse adverse une fois la sienne exposée. De plus, il n'est pas raisonnable pour un expert hautement qualifié et rompu à ce genre d'exercice de consacrer 60 heures pour la préparation du présent dossier.

Fascicule Express

J.E. 1999, no 04

Législation citée

C.C.Q., art. 317, 1621

Compagnie royale d'électricité (Loi constituant en corporation la), (S.Q. 1898, c. 66), art. 26, 27, 28, 29, 32

Hydro-Québec (Loi sur), (L.R.Q., c. H-5), art. 22.0.1, 48

Conditions de fourniture de l'électricité (Règlement no 411 établissant les), Décret 477-87 du 25-03-1987, (1987) 119 G.O. II 1918, art. 5 et ss., 92, 104, 106

Jurisprudence citée

Applique | Explique | Distingue | Critique | N'applique pas | Mentionne | Citée(s) par les parties

Applique

Page(s) 27: *Hydro-Québec c. Patry*, (C.S., 1992-03-23), SOQUIJ AZ-92021208, J.E. 92-640, [1992] R.J.Q. 1102

Page(s) 20: *Hydro-Québec c. St-Pierre*, (C.S., 1991-11-14), 250-05-000100-875

N'applique pas

Page(s) 20: *Hydro-Québec c. Caron*, (C.Q., 1994-10-25), 500-02-034241-922

Page(s) 20: *Hydro-Québec c. Tremblay*, (C.S., 1997-12-22), SOQUIJ AZ-98026373, B.E. 98BE-654

Mentionne

Page(s) 26: *Atelier d'usinage de Mont-Laurier c. Hydro-Québec*, (C.S., 1994-11-14), SOQUIJ AZ-94021775, J.E. 94-1987, [1994] R.R.A. 960, EYB 1994-73552

Page(s) 26: *Bédard c. Hydro-Québec*, (C.A., 1982-09-13), SOQUIJ AZ-82011191, J.E. 82-950, [1982] C.A. 518

Page(s) 8, 10: *Carl M. Halvorson Inc. c. Robert McLellan & Co.*, (C.S. Can., 1972-06-29), SOQUIJ AZ-73111008, [1973] R.C.S. 65

Page(s) 9: *Coulson c. Carruthers*, (C.S., 1967-11-02), SOQUIJ AZ-68021113, [1968] C.S. 600

Page(s) 8: *Daunais c. Farugia*, (C.A., 1985-04-09), SOQUIJ AZ-85122014, [1985] R.D.J. 223

Page(s) 9: *Kansa General Insurance Co. c. Quincaillere Roger Lambert ltée*, (C.S., 1994-10-14), SOQUIJ AZ-94021703, J.E. 94-1795, [1994] R.R.A. 881, EYB 1994-73517

Page(s) 8: *Owners of S.S. Australia c. Owners of Cargo of S.S. Nautilus*, (1926), [1927] A.C. 145

Page(s) 9: *Paillet c. Lorcon Inc.*, (C.A., 1985-08-26), SOQUIJ AZ-85011264, J.E. 85-841, [1985] C.A. 528, [1985] R.D.J. 421

Page(s) 9: *R. c. Abbey*, (C.S. Can., 1982-07-22), SOQUIJ AZ-82111071, J.E. 82-762, [1982] 2 R.C.S. 24, 138 D.L.R. (3d) 202, [1983] 1 W.W.R. 251, 39 B.C.L.R. 201, 68 C.C.C. (2d) 394, 29 C.R. (3d) 193, 43 N.R. 30, EYB 1982-149034

Page(s) 9: *R. c. Marquard*, (C.S. Can., 1993-10-21), SOQUIJ AZ-93111128, J.E. 93-1778, [1993] 4 R.C.S. 223, 25 C.R. (4th) 1, 85 C.C.C. (3d) 193, 108 D.L.R. (4th) 47, 66 O.A.C. 161, 159 N.R. 81

Page(s) 24: *Rothpan c. Drouin*, (B.R., 1959-07-23), SOQUIJ AZ-50304035, [1959] B.R. 626

Page(s) 9: *Shawinigan Engineering Co. c. Naud*, (C.S. Can., 1929-03-20), SOQUIJ AZ-50293267, [1929] R.C.S. 341

Page(s) 26: *Trust général du Canada c. Gaz métropolitain Inc.*, (C.S., 1983-02-18), SOQUIJ AZ-83021206, J.E. 83-364, [1983] C.S. 197

Catégorie

01

Date du versement initial
1999-02-02

Date de la dernière mise à jour
2010-11-04

[Documents et formats](#)

[Référence](#) | [Télécharger](#)



CANADA

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE JOLIETTE

N° 705-05-001193-963

COUR SUPÉRIEURE

Le 1^{er} décembre 1998

PRÉSIDENT:
L'HONORABLE ANDRÉ ROCHON, J.C.S.

HYDRO-QUÉBEC, personne morale de droit public légalement constituée (Lois refondues du Québec 1977, ch. H-5 et amendements), ayant son siège social et sa principale place d'affaires au 75, boul. René-Lévesque Ouest, en les cité et district de Montréal (H2Z 1A4);

Demanderesse

c.

LES MOTEURS ÉLECTRIQUES
DUPRAS INC., corps politique dûment constitué en vertu des lois du Québec, ayant son siège social au 226, rue Notre-Dame des Champs en la cité de Repentigny, district de Joliette (J6A 3B5);

-et-

MICHEL DUPRAS, domicilié et résidant au 3426, St-Henri en la cité de Mascouche, district de Joliette (J7K 3C3);

Défendeurs

JUGEMENT



N° 705-05-001193-963

2

Hydro-Québec réclame des défendeurs 56 457,14 \$ pour la valeur de l'énergie électrique que ces derniers auraient subtilisée, cette somme inclut les pénalités prévues à la Loi¹.

Le 13 avril 1994, un préposé d'Hydro-Québec, (M. Bertrand), constate la présence de fils électriques entre l'interrupteur principal et deux sous-interrupteurs. Cette installation clandestine fait en sorte de passer outre aux appareils de mesurage d'Hydro-Québec.

Michel Dupras admet avoir procédé lui-même à cette opération de pontage, la veille de la visite de M. Bertrand, soit le 12 avril 1994, et ce, dans le but de vérifier le fonctionnement d'un moteur triphasé. Hydro-Québec soutient plutôt que ce système est en place depuis au moins 10 ans.

Tel est l'objet du litige.

LES FAITS

L'examen du plan des installations électriques triphasées (P-11) et des photos P-4a) et P-4f) nous permet de constater le chemin emprunté par le courant électrique. Ce courant pénètre à l'intérieur du bâtiment et se rend au boîtier du maître interrupteur. Avant l'altération

¹ Loi sur l'Hydro-Québec, S.R.Q., c. H-5 art. 48



N° 705-05-001193-963

3

effectuée au système, l'électricité passait directement du maître interrupteur à l'appareillage de comptage et, de là, à une boîte de répartition, d'où partent de multiples fils pour desservir les besoins énergétiques du bâtiment. L'opération effectuée par Michel Dupras consiste donc au branchement de trois fils à l'intérieur du maître interrupteur. La photo P-4a) nous fait voir ce branchement. Ces trois fils se rendent à la base d'un sous-interrupteur. De ce sous-interrupteur partent différentes conduites électriques pour alimenter, notamment: un compresseur, un aérotherme de 15 kilowatts (kW) et un four.

M. Bertrand est un agent releveur pour l'Hydro-Québec. Il se rend, pour la première fois à l'atelier de la défenderesse, le 13 avril 1994. Sa fonction consiste, entre autres, à la lecture des compteurs situés à l'intérieur de cet atelier de réparation des moteurs électriques. Il examine d'abord le compteur monophasé (120 à 240 volts) situé au haut de l'escalier. Tout lui semble en bon état. Il descend alors examiner le compteur triphasé (300 à 620 volts) situé au sous-sol. La porte de l'interrupteur principal est fermée. Son attention est attirée par le compteur dont il doit prendre lecture. Ce dernier est situé à environ quatre pieds du maître interrupteur. Après avoir effectué la lecture, il constate la présence de trois fils sortant par une ouverture située sur le côté du boîtier du maître interrupteur. Il réalise rapidement qu'il y a un «raccord non mesuré». M. Bertrand indique que ces trois fils sont



N° 705-05-001193-963

4

vissés à l'intérieur du maître interrupteur. Il en conclut qu'il s'agit là d'une installation permanente, d'autant plus que le dessus des fils est couvert de poussière. Il remarque que les fils partant du sous-interrupteur de couleur bleue apparaissant à la photo 4f) sont, en partie, enduits de « vieille peinture ». Il note surtout qu'il n'y a aucune trace d'autres installations qui auraient alimenté ce sous-interrupteur.

M. Bertrand fait alors appel à un autre préposé d'Hydro-Québec, M. Pierre Dion. Ce dernier, en compagnie de M. Bertrand, se rend à l'atelier de la défenderesse dans l'après-midi du 13 avril 1994. M. Dion procède alors à la vérification des appareils branchés à partir des deux sous-interrupteurs, eux-mêmes alimentés uniquement à l'aide du circuit de contournement installé par Michel Dupras. On y relève que le compresseur, l'aérotherme de 15 kW et le four sont alimentés par ces deux sous-interrupteurs. De plus, M. Dion corrobore entièrement le témoignage de M. Bertrand, quant au caractère permanent de l'installation de contournement, quant à la présence de poussière sur le dessus des fils et quant à l'absence visible de toute installation ancienne ayant pu être branchée sur les deux sous-interrupteurs.

Le 4 mai 1994, M. Dion retourne sur les lieux en compagnie d'un troisième préposé d'Hydro-Québec, M. Plante. Ce dernier est habilité à mesurer les appareils. À cette occasion, les



N° 705-05-001193-963

5

préposés d'Hydro-Québec constatent que le circuit de contournement a été enlevé et que l'ensemble de l'électricité est mesurée adéquatement.

Les chiffres sont éloquents. Pour soutenir ses prétentions, Hydro-Québec a mesuré l'énergie électrique consommée pour le triphasé, durant l'année qui a suivi la découverte du 13 avril 1994 (année de référence). Dès le 14 avril 1994, Michel Dupras avait enlevé le système de contournement. On a ainsi calculé que, dans cette année de référence, la défenderesse a consommé sur le branchement triphasé 21,540 kilowattheures (kWh), alors que le total des dix années précédant la découverte, sa consommation avait été de 16,800 kWh. Dans les deux mois qui ont suivi, soit du 13 avril 1994 au 15 juin 1994, la défenderesse a consommé 2,040 kWh, alors que, pour l'année précédant la découverte du branchement illégal, elle n'avait consommé que 120 kWh, pour toute l'année.

Hydro-Québec évalue donc, à partir de l'année de référence, que les défendeurs ont subtilisé 196,000 kWh dans les dix années antérieures à la découverte, représentant un montant de 11 280,06 \$ incluant la taxe, ce qui équivaut à un peu plus de 1 000 \$ par année. S'ajoute à ce montant une demande d'indemnité, aux termes des dispositions de l'article 26 de la Loi concernant la



N° 705-05-001193-963

6

Compagnie royale de l'électricité², soit une somme additionnelle de 45 177,08 \$, pour un grand total de 56 457,14 \$.

Le mode de calcul d'Hydro-Québec pour établir le nombre de kWh subtilisé apparaît à la pièce P-5. Il s'agit là du travail détaillé effectué par M. Dion. Les experts, à l'aide de plusieurs graphiques, ont reproduit la consommation en kWh sur branchement triphasé. Le tableau P-12 est particulièrement éloquent. On y notera, sur une période de 10 ans, qu'à l'exception de deux années, la consommation électrique pour la première période de 60 jours qui suit immédiatement la découverte de la subtilisation est supérieure à chacune de ces années antérieures.

Les défendeurs soutiennent que cette subite augmentation de consommation énergétique sur le branchement triphasé s'explique par l'orientation donnée à l'entreprise au début de l'année 1994.

Michel Dupras est actionnaire et administrateur unique de la codéfenderesse, Les Moteurs électriques Dupras Inc. Cette corporation a débuté ses affaires en 1981. Elle a emménagé dans le local de Repentigny en 1983. Cette entreprise se spécialise dans la réparation des moteurs électriques. Selon le type de clientèle

² Chapitre 65 des lois de 1897-98 applicables en vertu de l'article 48 de la Loi de l'Hydro-Québec (L.R.Q., c. H-5)



N° 705-05-001193-963

7

desservie, on utilisera, soit du monophasé, soit du triphasé. Le monophasé sert lors de la réparation des moteurs de type domestique ou commercial. Le triphasé est utilisé pour la réparation des moteurs industriels. En 1994, Michel Dupras oriente sa corporation vers une clientèle industrielle, d'où, soutient-il, l'augmentation accrue de ce type de consommation électrique. En janvier 1994, la corporation retient les services d'un représentant pour solliciter les industries. Elle en embauche un second aux mêmes fins, au cours de l'été 1994.

Pour soutenir leurs prétentions, les défendeurs ont fait entendre un expert, l'ingénieur Jean Garceau. De son côté, Hydro-Québec a retenu les services de l'ingénieur Pierre Nadeau. Vu l'importance de cette preuve, il y a lieu de rappeler les règles applicables à la preuve par experts.

LES EXPERTISES

Devant un dossier présentant des difficultés de nature technique, les Tribunaux sont régulièrement appelés à trancher entre les thèses présentées par les experts. Avec le temps, des critères d'analyse furent retenus, permettant de guider le Tribunal dans son étude. Il y a lieu d'en rappeler les principaux éléments.



N° 705-05-001193-963

8

Dans un arrêt de principe, Lord Summer exposait la règle du fardeau de preuve dans des domaines où une preuve hautement technique avait été reçue :

S'il advient qu'un juge ne peut décider en lui-même si, oui ou non, l'opinion qui lui est donnée est valable, il conclut simplement que le point n'est pas prouvé, aux dépens de la partie à qui incombe le fardeau de la preuve sur cette question. C'est tout comme si la preuve nécessaire n'avait pas été établie³.

Ce principe devait être repris par la Cour suprême où, sous la plume de l'honorable juge Pigeon, la Cour ajoutait :

Aux prises, comme c'est habituellement le cas dans les affaires de ce genre, avec des opinions scientifiques contradictoires, le juge de première instance s'est dit incapable d'éliminer la confusion créée par les témoignages divergents des experts. Dans ces circonstances, la justice demande qu'on s'efforce d'éliminer la confusion⁴.
(soulignements ajoutés)

En 1985, le juge Monet, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, suggérait avec encore plus de précision le cheminement à suivre par un juge de première instance en pareille matière :

Lorsque la preuve offerte de part et d'autre est contradictoire, le juge ne doit pas s'empresser de faire succomber celui sur qui reposait la charge de la preuve mais il doit chercher d'abord à découvrir où se situe la vérité en passant au crible tous les éléments de conviction qui lui

³ Owners of S.S. Australia & Owners of Cargo of S.S. Nautilus, [1927] A.C., 145, 153

⁴ Halvorsen Inc. c. McLellan & Co., [1973] R.C.S., 65, 75 et 76



N° 705-05-001193-963

9

ont été fournis et c'est seulement lorsque cet examen s'avère infructueux qu'il doit décider en fonction de la charge de la preuve⁵.

Pour guider le juge dans cette recherche, les tribunaux ont élaboré deux types de critères : l'un relié à l'expertise même et l'autre relié à l'expert.

La valeur probante d'une expertise sera d'autant plus élevée que les faits sur lesquels elle repose sont prouvés. L'honorable juge Gilles Hébert expose ces principes à partir de deux décisions de la Cour suprême et d'un arrêt de la Cour d'appel⁶.

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.

Le Tribunal observera également l'attitude de l'expert. Ce dernier fait-il preuve de subjectivité ou d'objectivité? A-t-il un intérêt

⁵ Daunais c. Farugia, [1985] R.D.J. 223, voir opinion du juge Monet, p. 228

⁶ Kansa General Insurance Company & al c. Quincaillerie Roger Lambert Ltée, [1994], R.R.A. 881, citant les arrêts Shawinigan Engineering c. Naud, [1929] S.R.R. 341, 343; Rex c. Abbey, [1982] 2 R.C.S. 24; Pailhé c. Lorcon Inc., [1985] (C.A.) 528, 531

⁷ Marguard c. La Reine, [1993] 4 R.C.S. 223

⁸ Dame Couison c. Carruthers, [1968] (C.S.) 600, 605, voir également l'application pratique de ce principe dans l'arrêt Kansa précité



N° 705-05-001193-963

10

dans l'affaire? Quelle est son approche face aux théories apportées par les autres experts? Y apporte-t-il des éléments? En tient-il compte⁹? De façon secondaire, le Tribunal examinera la réputation de l'expert auprès de ses pairs¹⁰.

Les experts en présence n'ont pas la même formation ni la même expérience. Chaque expert a étudié le problème sous un angle tout à fait différent, faisant ainsi appel à l'expérience propre à chacun.

Jean Garceau, l'expert des défendeurs, obtient son diplôme en génie mécanique de l'École polytechnique en 1982. De 1982 à octobre 1993, il travaillera pour une corporation spécialisée dans la réparation de moteurs électriques. Il est doté d'une grande expérience pratique quant aux types d'énergie pouvant être utilisée à l'intérieur de ce genre d'atelier. Il n'a, par contre, aucune expérience ni formation particulières en génie électrique.

Son mandat consistait à vérifier dans quelle mesure un changement d'activités de l'entreprise pouvait faire varier sa consommation électrique. À l'aide de l'examen des bilans financiers de l'entreprise, des documents de travail de l'atelier pour certaines

⁹ Halvorson Inc., précité p. 74; Kansa précité. 31, 35;

¹⁰ Halvorson Inc., précité p. 74



N° 705-05-001193-963

11

périodes et de l'information qu'il obtient de Michel Dupras, il définit le profil d'activités de l'atelier. Il constate que, pour la période antérieure à 1990, les activités de l'entreprise sont modestes. Le type d'ouvrage confié par la clientèle fait surtout appel à une énergie en monophasé. Le chiffre d'affaires augmente réellement à compter de 1990. Comme la consommation en triphasé pour les années antérieures à 1994 ne dépassait pas généralement le minimum prévu au tarif, la variation de cette consommation en triphasé ne peut pas réellement être vérifiée.

Jean Garceau reproduit sur trois tableaux les résultats de son analyse quant à l'utilisation de l'énergie électrique. Il y distingue, pour un certain nombre d'années, les différences de consommation en monophasé et en triphasé. N'étant pas un spécialiste en génie électrique, il avance prudemment que l'utilisation des appareils alimentés par le pontage illégal ne peut justifier l'augmentation de la consommation constatée au cours de l'année de référence.

Pour l'ingénieur Pierre Nadeau, la thèse avancée par son collègue Garceau ne peut, en aucune façon, être retenue. M. Nadeau estime que l'augmentation subite de la consommation constatée après le 13 avril 1994 ne s'explique que par le mesurage de l'énergie réellement consommée, alors que ces mêmes besoins n'étaient pas comptés avant cette découverte du contournement. La seule énergie requise pour faire fonctionner correctement l'aérotherme dans l'atelier



N° 705-05-001193-963

12

explique, en grande partie, l'augmentation de la consommation. L'aérotherme était l'un des appareils qui, le 13 avril 1994, recevait son énergie à partir du pontage électrique effectué par Michel Dupras.

M. Nadeau est un spécialiste en génie électrique. Hydro-Québec l'a mandaté à plus de 80 reprises pour faire l'étude des dossiers de vols d'électricité. Ses expertises l'ont amené à témoigner à plus de 20 occasions à la Cour à titre de témoin expert dans cette matière. Le mandat qui lui est confié dans le présent dossier consiste à examiner les aspects techniques du vol et d'établir, le cas échéant, le coût de l'énergie subtilisée.

M. Nadeau constate, à partir des faits objectifs portés à son attention, le caractère permanent du branchement illégal effectué. La méthode employée a permis de fermer et de maintenir fermée la porte de l'interrupteur principal. Selon lui, seul un œil averti pouvait détecter pareil contournement.

Par la suite, il analyse les consommations des dix dernières années. Il reproduit, en annexes à son rapport du 29 avril 1996, les éléments importants de cette étude. La figure 1 nous fait voir que la consommation réelle dans l'année de référence a augmenté de plus de 1,200 %. Suivant trois méthodes, il établit la consommation énergétique nécessaire aux appareils desservis par le contournement



N° 705-05-001193-963

13

électrique. Il conclura donc que la réclamation d'Hydro-Québec de 196 000 kWh est conservatrice puisque ses propres études lui indiquent qu'il s'agirait plutôt de 320,000 kWh qui aurait été subtilisés. Il procède également à l'analyse des chiffres d'affaires et des consommations électriques pour en conclure qu'il n'y a aucune corrélation entre l'augmentation du chiffre d'affaires et l'augmentation fulgurante de consommation durant l'année de référence.

Pour appuyer sa prétention à l'effet que le chauffage par l'aérotherme est, en grande partie, responsable de l'augmentation du coût énergétique, M. Nadeau produit les tableaux P-13 et P-14, qui nous font voir, affirme-t-il, que cette augmentation correspond à la distribution mensuelle standard du chauffage au Québec. Il en tire un argument corroborant sa thèse de l'augmentation du coût relié au chauffage.

Que retenir de ces deux expertises?

Il est indéniable que l'expert Nadeau, contrairement à l'ingénieur Garceau, a une formation théorique et pratique de la matière en litige. Il n'a cependant pas l'expérience pratique de M. Garceau quant au fonctionnement d'un atelier mécanique. M. Nadeau est toutefois en mesure d'analyser les données fournies par l'entreprise.



N° 705-05-001193-963

14

défenderesse relativement aux besoins associés au type de travail de l'atelier.

Le Tribunal estime que le témoignage de l'expert Nadeau est convaincant dans son analyse des causes de l'augmentation de la consommation électrique. Son témoignage s'appuie sur des faits précis et prouvés. Son analyse est rigoureuse et documentée.

Le Tribunal ne conclut pas pour autant que l'analyse de l'ingénieur Garceau est dénuée de tout fondement. Il est utile de rappeler que Michel Dupras fait appel à M. Garceau, notamment à cause du fait que les deux individus se connaissent depuis déjà un certain temps, œuvrant tous deux dans le domaine de la réparation des moteurs électriques. M. Garceau intervient d'abord au dossier pour soutenir M. Dupras dans sa recherche de solutions lors de ses discussions avec l'Hydro-Québec et pour valider une thèse à l'effet que l'augmentation de consommation électrique est reliée au type de travail confié à l'atelier de la défenderesse. Les études de cet ingénieur démontrent une augmentation du genre de travail nécessitant une consommation triphasée. Cette hausse n'est pas arrivée soudainement. Elle remonte à l'année 1992. La faiblesse de son étude est de demeurer muette sur le phénomène d'augmentation important et précis dans le temps qui survient à compter du 14 avril 1994. L'examen du chiffre d'affaires industrielles et de la



N° 705-05-001193-963

15

consommation correspondante pour le triphasé ne conduit pas à une solution satisfaisante du phénomène d'augmentation vertigineuse observé. En 1993, le volume d'affaires en triphasé est de 100,000 \$. Pour cette même période, la consommation enregistrée est de 3,000 kWh. En 1992, ce volume d'activités est de 20 000 \$, soit cinq fois moins. La consommation, quant à elle, est de 1,140 kWh. Le chiffre d'affaires a augmenté de 500%, alors que la consommation a progressé de 38%. Il n'existe donc pas de corrélation précise entre le chiffre d'affaires pour la réparation de moteurs triphasés et l'utilisation d'énergie électrique. Cela peut également varier en fonction de la réparation à effectuer sur le moteur triphasé. Bref, cette thèse repose sur des prémisses incertaines.

À l'opposé, tous les indicateurs disponibles accréditent la thèse de l'expert d'Hydro-Québec. Comme l'affirme le procureur des défendeurs «ça regarde mal pour mes clients». L'augmentation subite de consommation suite à la découverte ne peut pas s'expliquer de façon fiable par une augmentation des activités industrielles de l'atelier. La preuve montre certes une modification dans le type de travail effectué, mais non de façon rapide et instantanée comparable à la consommation calculée dans les 60 jours de la découverte.

L'analyse de l'expert des défendeurs permet cependant au Tribunal de constater une augmentation réelle de la consommation



N° 705-05-001193-963

16

électrique en triphasé. Pour chaque année de calendrier de 1986 à 1994 inclusivement, les consommations de l'entreprise défenderesse en triphasé furent les suivantes:

1986 - 360 kWh

1987 - 1,200 kWh

1988 - 1,800 kWh

1989 - 4,380 kWh

1990 - 1,140 kWh

1991 - 1,320 kWh

1992 - 1,140 kWh

1993 - 3,000 kWh

1994 - 8,0007 ou 8,700 kWh

1995 - 13,320 kWh (pour une période de 4 mois).

Le Tribunal retient donc la thèse avancée par l'expert d'Hydro-Québec. Il y aurait toutefois lieu de tenir compte de l'augmentation de la clientèle industrielle, dans le calcul du coût de l'énergie subtilisée. Le Tribunal y reviendra un peu plus loin.

LE DROIT APPLICABLE

Il est admis qu'Hydro-Québec est une entreprise de production, de transmission et de distribution de vente d'énergie



N° 705-05-001193-963

17

électrique. Il est également admis que Les moteurs électriques Dupras Inc. était responsable en tant qu'abonnée du paiement de l'énergie électrique. C'est l'article 22.0.1 de la Loi sur Hydro-Québec (la Loi) qui prévoit la façon dont sont déterminés les tarifs:

Les tarifs et les conditions auxquels l'énergie est fournie sont fixés par la Régie.

Toutefois, malgré le paragraphe 1° de l'article 31 de la Loi sur la Régie de l'énergie (1996, chapitre 61), le gouvernement fixe à l'égard d'un contrat spécial qu'il détermine visant une puissance additionnelle ou nouvelle à facturer de 10 MW ou plus les tarifs et les conditions auxquels l'électricité est fournie par la Société à un client industriel.

Au moment de l'incident, le Règlement numéro 411¹¹ prévoyait les conditions de fourniture de l'électricité. L'article 106 de ce règlement indique que l'abonné est le «gardien de l'appareillage du distributeur installé chez lui». L'article 104 de ce même règlement formule les interdictions suivantes:

Le client ne doit pas entraver le bon fonctionnement des installations, de l'appareillage et de l'équipement du distributeur. De plus, tout accès à ceux-ci lui est interdit et il ne peut y effectuer quelque manœuvre ou quelque intervention que ce soit, à moins d'une autorisation expresse du distributeur.

¹¹ Décret 477-87 du 25 mars 1987, 1196.0.11 1918



N° 705-05-001193-963

18

L'article 92 du même règlement prévoit les méthodes à être utilisées pour les calculs de l'électricité subtilisée. Cet article se lit comme suit:

Dans les cas où l'électricité mesurée par l'appareillage de comptage du distributeur ou facturée par celui-ci ne correspond pas à l'électricité réellement utilisée, ou en l'absence d'appareillage de comptage, le distributeur établit la consommation d'énergie et la puissance de facturation à partir d'un ou de plusieurs des éléments suivants:

- 1° les données fournies par des épreuves de mesurage;
- 2° l'inventaire des appareils raccordés et l'estimation de leur utilisation moyenne;
- 3° les valeurs enregistrées durant les périodes de consommation précédant ou suivant immédiatement la défectuosité de l'appareillage de comptage ou durant la même période de l'année précédente;
- 4° tout autre moyen servant à établir ou à estimer la consommation d'énergie, et, le cas échéant, l'appel de puissance.

Lorsqu'il s'agit d'un réseau autonome dont l'électricité livrée aux divers clients n'est généralement pas comptée, le distributeur peut aussi établir la consommation moyenne par abonnement à l'intérieur d'une même catégorie d'usage.

La preuve indique que la somme réclamée aux défendeurs a été établie conformément à cette dernière disposition.

L'article 48 de la Loi prévoit qu'Hydro-Québec peut recourir aux dispositions des articles 26, 27, 28, 29 et 32 du chapitre 66 des Lois de 1897-1898. C'est précisément l'article 26 de cette Loi sur



N° 705-05-001193-963

19

la Compagnie Royale d'électricité¹² qui autorise Hydro-Québec à réclamer 45 177,08 \$. Cette disposition se lit comme suit:

Si une personne place, permet ou souffre qu'on place, fait placer, ou aide à placer un fil ou autre appareil en communication avec un fil ou conducteur appartenant à la compagnie, ou de quelque manière utilise, détourne, aide à utiliser ou à détourner le courant électrique ou autre produit de la compagnie, ou déränge les compteurs ou autres appareils de la compagnie, sans le consentement écrit de cette dernière, elle sera condamnée à payer à la compagnie la somme de cent piastres, et une somme additionnelle de quatre piastres par jour pour chaque jour durant lequel les actes de commission ou d'omission ci-dessus mentionnés existeront, et, en sus, un montant égal à trois fois la valeur du courant qui aura été ainsi utilisé, le tout en sus de tous dommages causés.

Tous les actes ci-dessus mentionnés, de commission ou d'omission, dont on pourra avoir constaté la perpétration, seront réputés avoir été faits ou permis par l'occupant ou les occupants en commun des lieux où ces actes auront été commis, ou par la personne qui aura obtenu le courant électrique comme susdit.

La difficulté inhérente à ce genre de litige a trait au fardeau de preuve. Le procureur d'Hydro-Québec invite le Tribunal à conclure que le second paragraphe de l'article 26 de la Loi sur la Compagnie Royale d'électricité crée une présomption, de telle sorte que la partie défenderesse aurait le fardeau d'établir que la réclamation d'Hydro-Québec, basée sur une période de 10 ans, est non fondée.

¹² Chapitre 66 des lois de 1897-98



N° 705-05-001193-963

20

Certains jugements ont donné leur aval à cette thèse¹³.

Soit dit avec égard et respect pour l'opinion contraire, le Tribunal conclut que le second alinéa de l'article 26 de la loi précitée établit bien une présomption ayant trait à la perpétration d'une infraction mais non à la durée ou à l'époque où elle fut commise.

Dans le présent dossier, il est acquis que M. Michel Dupras a posé un des actes prévus au premier alinéa de l'article 26 de la loi précitée. Même en l'absence de cet aveu ou de quelque preuve à ce sujet, il aurait été possible au Tribunal d'utiliser la présomption du second alinéa de l'article 26 de ce même article; ceci aurait forcé l'occupant ou l'abonné des lieux à établir qu'il n'était pas à l'origine de l'acte fautif. Le Tribunal ne retrouve cependant aucune disposition législative ou réglementaire établissant une présomption en faveur d'une période donnée de réclamation.

La seule véritable présomption applicable au présent dossier découle des faits. À cet égard, le Tribunal partage entièrement l'exposé du juge René Letarte, dans l'affaire Hydro-Québec c. Marcel St-Pierre¹⁴. Il affirmait, avec raison, que la difficulté de preuve pour Hydro-Québec origine des gestes illégaux posés par la partie

¹³ Hydro-Québec c. Tremblay, CS Roberval, #155-05-000086-935, Juge Gratien Duchesne, 22 décembre 1997; Hydro-Québec c. Caron, CQ Montréal #500-02-034241-922, Juge Jacques Desormeau, 25 octobre 1994

¹⁴ #250-05-000100-875, 14 novembre 1991



N° 705-05-001193-963

21

défenderesse. Cette partie a procédé aux travaux de contournement du mesurage de l'électricité. Dans ces circonstances, elle ne peut se contenter d'invoquer le fardeau de preuve qui incombe généralement à la demanderesse. Il en découle plutôt un déplacement du fardeau de preuve sur la partie défenderesse.

Il y a lieu de reprendre les éléments particuliers permettant de conclure au renversement du fardeau de preuve. L'existence de poussière sur le dessus des fils servant au contournement, la nature permanente de l'installation, la présence d'indices matériels à l'effet que l'installation de contournement était en place depuis un certain temps, l'absence d'autres installations pour desservir les appareils et la hausse subite et vertigineuse de la consommation électrique après la découverte du vol, sont d'autant d'éléments graves, précis et concordants, déplaçant ainsi le fardeau de la preuve sur les épaules de la partie défenderesse.

Le Tribunal estime que la partie défenderesse a échoué à renverser cette présomption. Les explications fournies par M. Dupras ne sont guère convaincantes. Ce dernier soutient que c'est le hasard qui a fait que le représentant d'Hydro-Québec découvre le mécanisme de contournement qu'il avait installé la veille, soit le 12 avril 1994.



N° 705-05-001193-963

22

Les deux experts sont d'avis que les raisons invoquées par Michel Dupras pour effectuer pareille manœuvre étaient, à tout le moins, questionnables. Michel Dupras a une formation en électricité. Il savait que l'opération de contournement était illégale. Il soupçonne un problème de déphasage, sans toutefois faire appel à un électricien ou, encore, sans jamais notifier Hydro-Québec de cette difficulté. Ce n'est, dit-il, que lors de la visite des préposés d'Hydro-Québec, dans l'après-midi du 13 avril 1994, qu'il aurait soulevé pour la première fois cette question. Les préposés d'Hydro-Québec nient que pareille rencontre eut lieu. Leur dossier ne relève aucune demande de quelque nature que ce soit provenant de cette entreprise.

Le Tribunal note de plus que lors de son interrogatoire au préalable, Michel Dupras ne reconnaît pas que des appareils permanents aient été branchés à même les fils de contournement. Devant le Tribunal, il admettra que le circuit de contournement alimentait un four, un aérotherme, un compresseur et, également, un palan.

Le procureur des défendeurs invite le Tribunal à aller au-delà des apparences et à retenir le fait qu'Hydro-Québec aurait décelé, il y a fort longtemps, ce vol d'énergie s'il avait vraiment eu lieu. Les préposés d'Hydro-Québec se rendent à tous les mois ou tous les deux mois sur les lieux, pour faire la lecture des compteurs. C'est là, le seul,



N° 705-05-001193-963

23

véritable élément troublant de ce dossier. Ce point n'est cependant pas demeuré sans explication. Hydro-Québec a des équipes spécialisées en vol d'électricité depuis 1996 seulement. Avant cette époque, elle se fiait à ses préposés chargés de relever les compteurs pour lui signaler toute situation anormale. C'est l'examen des signes physiques qui permettait éventuellement à ces préposés de découvrir un contournement. La preuve est à l'effet qu'ils sont chargés de lire plusieurs centaines de compteurs par jour et qu'ils s'intéressent peu au volet secondaire de leur travail. Dans le cas présent, le Tribunal retient que c'est grâce à la clairvoyance de M. Michel Bertrand, qui a un intérêt particulier pour ces matières, que ce système de contournement fut découvert. Il faut se rappeler également l'appréciation de l'ingénieur Nadeau, selon qui, le système mis en place était permanent, sophistiqué et décelable seulement pour un œil averti.

De tous ces éléments, le Tribunal conclut qu'il y a eu subtilisation de l'énergie pour la période de dix ans réclamée.

LES DOMMAGES

La réclamation d'Hydro-Québec repose sur la prémisse que l'énergie subtilisée est la même pour chacune des dix années antérieures à l'année de référence. Cette façon de faire ne tient pas



compte des conséquences de la modification du profil de la clientèle et de l'agrandissement de l'usine en 1990.

Le Tribunal a précédemment conclu que l'augmentation du chiffre d'affaires pour le triphasé ne suffit pas à expliquer à elle seule la variation importante de consommation électrique calculée dans l'année de référence. Il n'en demeure pas moins, de l'analyse des deux rapports d'expertises, que le chiffre d'affaires dit triphasé est passé à plus de 300 000 \$ en 1995, alors qu'il était uniquement de 19 535 \$ en 1992. L'examen des tableaux de tous les rapports d'experts montre que cette modification intervient progressivement à compter de 1992 tout en prenant une ampleur accrue en 1994 et 1995. C'est donc dire qu'un certain pourcentage du montant calculé dans l'année de référence s'explique, en partie, par une présence accrue d'une clientèle industrielle. La base du calcul est donc partiellement erronée. De plus, selon l'expert Nadeau, le chauffage explique en grande partie l'augmentation de la consommation électrique. Or, l'atelier fut agrandi de façon importante en 1990. Le coût de chauffage pour les années antérieures à cette année était moindre. Il y a lieu, pour ces différentes raisons, de réduire la réclamation. L'examen des différents éléments du dossier permet au Tribunal de conclure à une diminution de 20%, soit de 11 286 \$ à 9 024,04 \$. La pénalité doit, en conséquence, être réduite de 45 177,08 \$ à 41 888,14 \$¹⁵. Le Tribunal

¹⁵ Rothpan c. Drouin, [1959] B.R. 626



N° 705-05-001193-963

25

est d'avis que ce dernier montant peut être assimilé à des dommages-intérêts punitifs prévus à l'article 1621 C.c.Q. Les défendeurs n'ont ni demandé ni prouvé qu'il y avait lieu de réduire la pénalité réclamée.

LA RESPONSABILITÉ DE MICHEL DUPRAS

La corporation, Les Moteurs électriques Dupras Inc., est l'abonnée d'Hydro-Québec. Il n'est pas contesté qu'en tout temps pertinent aux présentes, Michel Dupras agissait à titre de préposé ou d'administrateur de la codéfenderesse, Les Moteurs électriques Dupras Inc. En vertu de quel principe, le Tribunal devrait-il retenir la responsabilité personnelle de Michel Dupras?

L'emplacement de la codéfenderesse abrite des opérations commerciales et industrielles. La seule bénéficiaire de la subtilisation d'énergie est la corporation défenderesse. L'occupante des lieux, au sens du second alinéa de l'article 26 de la Loi sur la Compagnie Royale d'électricité, est également la corporation défenderesse. Celle-ci n'a pas été mise sur pied pour masquer une fraude ou, encore, pour contrevenir à une règle d'ordre public. L'article 317 du Code civil ne saurait donc être applicable en l'espèce.



N° 705-05-001193-963

26

Le lien entre Hydro-Québec et son abonné est contractuel¹⁶. Michel Dupras n'est pas l'abonné d'Hydro-Québec. Si sa responsabilité doit être retenue, elle ne saurait l'être qu'en vertu des règles applicables au régime extracontractuel.

C'est grâce à son habileté et à ses connaissances techniques que Michel Dupras a réussi les opérations de contournement. Il a commis une faute extracontractuelle, comme tout tiers qui aurait effectué le même travail. Il a certes privé Hydro-Québec d'un gain, soit les montants qu'elle aurait normalement facturés à son client. Il y a une relation causale évidente entre la faute et le dommage.

Est-ce à dire que Michel Dupras doit également être condamné aux dommages punitifs? La disposition de l'article 26 de la Loi sur la Compagnie Royale d'électricité est-elle exclusivement applicable au domaine contractuel? Rien ne l'indique. Il s'agit d'une disposition légale applicable autant au champ contractuel

¹⁶ Bédard c. Hydro-Québec, [1982] C.A., 518, 520; voir au même effet: Trust général du Canada c. Gaz Métropolitain Inc., [1983] C.S., 197, 199; Atelier d'usinage de Mont-Launier c. Hydro-Québec, [1994] R.R.A., 960, 964; voir également Les Règles applicables pour l'abonnement, décret 477-87, 25 mars 1987, art. 5 et suiv.



N° 705-05-001193-963

27

qu'extracontractuel. Donc, un tiers qui aide un abonné à s'approprier de l'énergie électrique peut y être assujéti.

Il n'y a pas, cependant, de solidarité entre les deux défendeurs. Leur condamnation ne saurait être que conjointe.

LES FRAIS D'EXPERTS

Dans une affaire d'Hydro-Québec c. Patry, M. le juge Louis-Philippe Landry rappelait, notamment à l'aide de l'enseignement de la Cour suprême, les principes applicables en la matière¹⁷:

Les frais d'experts peuvent être réclamés à titre de dommages (*Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, (1978) 1 R.C.S. 605). Pour obtenir ces dommages, la demanderesse devait démontrer que cette dépense était nécessaire aux fins de présenter sa cause et que la somme réclamée est raisonnable et dûment justifiée (*Corp. Mun. De Lac-du-Cerf c. Ruel*, C.S. Labelle (Mont-Laurier) 560-05-000150-79, le 20 juin 1980 (J.E. 80-680) juge Chevalier).

La facture de l'expert d'Hydro-Québec du 29 avril 1996, pour un montant de 2 615,27 \$, est tout à fait raisonnable suivant les principes ci-haut énoncés. Il n'en va pas ainsi cependant des factures additionnelles du 14 mai 1997 (2 529,80 \$), du 15 octobre 1997,

¹⁷ [1992] R.J.Q. 1102, 1121



N° 705-05-001193-963

28

(2 821,29 \$) et du 22 octobre 1998 (10 387,25 \$), pour un total de 15 738,34 \$. Cette demande doit être réduite pour les motifs suivants.

Le Tribunal considère que les experts n'ont pas besoin de préparer des rapports pour combattre la thèse de l'opposant, une fois leur thèse initiale exposée. Ce genre de débat s'effectue séance tenante. De plus, il est déraisonnable, pour un expert hautement qualifié et rompu à ce genre d'exercice, de consacrer 60 heures pour la préparation du présent dossier, notamment en tenant compte du montant en jeu et des circonstances propres de l'espèce.

Le Tribunal estime amplement adéquat d'ajouter une somme de 4 000 \$ au montant initial. À titre de frais d'experts, le Tribunal accorde donc à la demanderesse une somme totalisant 6 615,27 \$, tant pour les frais de préparation que de vacation à la Cour de l'expert.

PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL:

CONDAMNE les défendeurs conjointement à payer à la demanderesse la somme de 50 912,18 \$ avec intérêt au taux légal à compter de l'assignation, plus l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1619 C.c.Q.;



N° 705-05-001193-963

29

LE TOUT, avec dépens incluant les frais d'expertises
limités à la somme de 6 615,27 \$.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'André Rochon'.

ANDRÉ ROCHON, J.C.S.

Me Richard Paquette et
Me Christian Houde
MARCHAND, LEMIEUX
Procureurs de la demanderesse

Me Gérald Tremblay
DUVAL, BROCHU, TREMBLAY & ASS.
Procureurs des défendeurs

COURT FILE NO.: 99-CV-179945CM
DATE: 20060106

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE

BETWEEN:

STEPHEN J. DULONG

Plaintiff

)
)
) *S. M. Addison*
) *G.F. Camelino*
) For the Plaintiff

- and -

MERRILL LYNCH CANADA INC.
J. SCOTT CARLING MILLER, and
MICHAEL HENDERSON

Defendants

)
)
) *L.M. Plumpton*
) *A.K. Sternberg*
) For the Defendants, Merrill Lynch Canada
) Inc. and Michael Henderson
)
) *J.S.C. Miller*
) Appearing in person

) SUBMISSIONS HEARD: April 5, 2005

2006 CanLII 9146 (ON S.C.)

RULING

T. DUCHARME J.

I NATURE OF THE PROCEEDING

[1] The plaintiffs brings this action to recover stock market losses suffered by him allegedly as a result of the conduct of the defendants, Merrill Lynch Canada Inc.¹ and Mr. Henderson and Mr. Miller, two investment advisors employed by Merrill Lynch. The essence of the plaintiffs' claim is an allegation that Merrill Lynch and Messrs. Miller and Henderson failed to act in accordance with the standard of care required of an

¹ Midland Walwyn Capital Inc., Midland Walwyn amalgamated with Merrill Lynch in August 1998. For ease of reference, Midland Walwyn and Merrill Lynch are both referred to in this judgment as "Merrill Lynch".

investment advisor in the circumstances, and that such failure caused damage to the plaintiffs. The plaintiffs bring their claim in negligence, for breach of fiduciary duty, breach of contract and negligent misrepresentation.

II THE EVIDENTIARY ISSUE

[2] At the very outset of trial, Mr. Sternberg for the defendants, Merrill Lynch and Mr. Henderson, objected to the admissibility of both the evidence of Mr. Harry Malcolmson, a proposed expert witness to be tendered by the plaintiffs, as well the expert report prepared by Mr. Malcolmson and served pursuant to Rule 53.03.² After some initial confusion, Mr. Camelino, for the plaintiffs, eventually clarified that he did not seek to tender the Malcolmson report but simply wished to call Mr. Malcolmson and permit him to use the report as an *aide memoire*. Given this clarification, this ruling will be restricted to a consideration of the admissibility of Mr. Malcolmson's proposed opinion evidence. Although I will make some observations about the report that has been tendered by the plaintiff.

[3] It is, of course, important to consider for what purpose Mr. Malcolmson's evidence is being tendered. Initially, counsel for the plaintiff said he was seeking to tender him as a witness qualified to give opinion expert with respect to the regulations, policies and by-laws that affect the investment advisory industry and, in particular, the policies, regulations and by-laws of the Investment Dealers' Association of Canada ("I.D.A.") and the Toronto Stock Exchange ("T.S.E."). As a result, Mr. Sternberg suggested that the plaintiff was not seeking to have Mr. Malcolmson testify with respect to the issue of standards and practices in the brokerage industry as is commonly done in cases of this nature. He submits that having Mr. Malcolmson merely recite the policies and regulations of the I.D.A. or the T.S.E. would be of no assistance to the court and he likens it to an attempt to call an expert on domestic law – something that is clearly impermissible. Mr. Camelino responded by indicating that he did want Mr. Malcolmson

² Mr. Miller, acting for himself, adopted the position of counsel for the defendants, Merrill Lynch and Mr. Henderson.

to testify as to the standards and practices of the retail brokerage industry and submitted that this was implicit in his initial request.

[4] It should be obvious that the party seeking to qualify an expert witness should define with precision the scope of her proposed expertise. This is important both in terms of the initial admissibility inquiry as well as for the orderly reception of the expert's *viva voce* evidence, i.e. such a clear definition is required in case as frequently happens, an objection is made that the witness is going beyond the area in which he or she was qualified to give expert opinion. As Lamer J. put it in *R. v. Marquard* (1993), 108 D.L.R. (4th) 47 (S.C.C.) at p. 78:

The proper practice is for counsel presenting an expert witness to qualify the expert in all the areas in which the expert is to give opinion evidence. If this is done, no question as to the admissibility of their opinions arises.

[5] In this case, the plaintiff initially did not define with sufficient care the proposed scope of the witness' expertise. However, I will consider the matter as if Mr. Malcolmson is being tendered as a witness qualified to give opinion expert with respect to the standards and practices of the brokerage industry; the regulations, policies and by-laws that affect that industry and more specifically, the policies, regulations and by-laws of the I.D.A. and the T.S.E. I make this decision because it is obvious that any assessment of the duty of care imposed on brokers to clients should be informed by the statutes, regulations, by-laws and policies enacted to control securities trading: *Varcoe v. Sterling* (1992), 7 O.R. (3d) 204, (1992), 10 O.R. (3d) 574 (C.A.) leave to appeal refused, [1992] S.C.C.A. No. 440 (S.C.C., December 3, 1992); *Zraik v. Levesque*, [1999] O.J. No. 2263 at para. 93 (S.C.J.). As the connection between these matters is well known, this decision cannot be said to prejudice the defendant.

III THE LAW

(A) Preliminary Matter – Timing Of The Argument

[6] Counsel for the defendants propose that argument with respect to this objection be heard immediately after the opening statement of each party. They submit that this will benefit both parties as they will know in advance whether they need to prepare to deal with Mr. Malcolmson's evidence as part of the trial. The plaintiffs object that dealing with this objection at the outset of the trial is premature. They rely on the case of *Wilson v. Servier Canada Inc.* (2003), 33 C.P.C. 345 where, in dealing with a pre-trial motion objecting to an expert's report, Mr. Justice Cumming stated as follows at p. 351:

The defendants put forward several objections to these reports. First, they say that the plaintiffs' experts are being selective in referring only to these named patients. The defendants are not only being speculative in respect of this accusation, they are seeking to impugn the experts' integrity and evidence before that evidence is even put forward. The experts will, of course, be available for comprehensive cross-examination.

However, Mr. Camelino was unable to identify any specific prejudice that would be occasioned by considering this issue immediately following the openings.

[7] In my view, *Wilson v. Servier Canada Inc.*, *supra*, does not assist the plaintiffs. Indeed, that case underscored that it is the trial judge who should rule on the admissibility of expert evidence. The reason for this was set out well by Dambrot J. in *876502 Ontario Inc. v. I.F. Propco Holdings* (1997), 37 O.R. (3d) 70 (Gen. Div.) at p. 77:

such rulings are better left to the person charged with acquiring a full understanding of the matter, who is then best positioned to balance the competing arguments and rule wisely.

I am the trial judge in this matter and having heard the openings of the parties, I will be able to fully appreciate the positions of the parties and the possible relevance of the tendered evidence. Certainly, the plaintiff has been unable to identify any reason why I would be better situated to deal with this issue after hearing some of the plaintiff's case.³ I accept the defendant's submission that determining the admissibility of Mr.

³ Indeed, as I understand Ms. Addison, the only witness schedule to testify before Mr. Malcolmson is the plaintiff. His position can be fully outlined in Ms. Addison's opening.

Malcolmson's evidence at the outset will benefit both parties. This will also increase trial efficiency insofar as both parties will know, in advance, to what extent they will have to deal with Mr. Malcolmson's evidence through other witnesses. In this case, determining this matter at the outset of trial will also be consistent with the principles expressed in Rule 1.04(1).⁴

(B) The Test for Expert Evidence

[8] Expert evidence is a type of opinion evidence. Opinion evidence is generally inadmissible. To be admissible, expert evidence must meet the following criteria set out by Sopinka J. in *R. v. Mohan* (1994), 11 D.L.R. (4th) 419 at 427 (S.C.C.):

- (1) the evidence must be relevant;
- (2) the evidence must be necessary to assist the trier of fact;
- (3) there must be no exclusionary rule otherwise prohibiting the receipt of the evidence; and
- (4) the evidence is given by a properly qualified expert.

[9] There is no question that, in civil cases at least, the path of least resistance in matters such as these seems to be to admit the evidence and then compensate for any of its weaknesses by attaching less weight to the opinion. But such an approach is an abdication of the proper function of a trial judge and was explicitly rejected by Binnie J. in *R. v. J.-L.J.*, [2000] 2 S.C.R. 600 (S.C.C) at p. 613:

the Court has emphasized that the trial judge should take seriously the role of "gatekeeper". The admissibility of the expert evidence should be scrutinized at the time it is proffered, and not allowed too easy an entry on the basis that all of the frailties could go at the end of the day to weight rather than admissibility.

Of course, this gatekeeper function directly collides with the general requirement that the parties to an action must be afforded the opportunity to lead the most complete

⁴ Rule 1.04 provides, "These rules shall be liberally construed to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every civil proceeding on its merits."

evidentiary record consistent with the rules of evidence. This fundamental tension can only be resolved by the careful and consistent application of the rules of evidence.

[10] I will consider each of the *Mohan* requirements in turn.

(1) Is the Proposed Evidence Relevant?

[11] The determination of the relevance of the proposed expert evidence is to be decided by the trial judge as a question of law. As explained by Charron J.A., as she then was, in *R. v. A.K. and N.K.* (1999), 137 C.C.C. (3d) 225 at p. 261:

It involves the determination of the logical relationship between the proposed evidence and a fact in issue in the trial. The logical relevance of the evidence is determined by asking the following questions:

- (a) Does the proposed expert opinion evidence relate to a fact in issue in the trial?
- (b) Is it so related to a fact in issue that it tends to prove it?

If the answer to both these questions is yes, the logical relevance of the evidence has been established. This is the basic threshold requirement for the admissibility of any evidence.

[12] Mr. Sternberg concedes that evidence about the standards and practices of the retail brokerage industry is logically relevant in this case. Although he points to the next requirement set out in *R. v. A.K. and N.K.*, *supra*, i.e. although relevant, is the evidence sufficiently probative to warrant its admission? He suggests that the probative value of Mr. Malcolmson's evidence is outweighed by its prejudicial effect. His submission here is based primarily on the fact that Mr. Malcolmson purports to make findings of fact and is acting as more of an advocate than as a dispassionate expert. However, he abandoned this objection when he was assured that, if Mr. Malcolmson was qualified, the Court would not permit him to make findings of fact or testify *qua* advocate.

(2) Is the Proposed Evidence Necessary?

[13] In order to meet the necessity requirement, the expert evidence must be more than merely helpful. It must be necessary to assist the trier of fact in respect of an area she otherwise would be unable to understand – by providing a ready made inference which the trier of fact, due to the technical nature of the facts, would be unable to formulate. Thus, if the trier of fact can understand the evidence, concept or principles involved and form their own conclusion from the facts, then the opinion of the expert is unnecessary and the evidence is inadmissible.

[14] While an expert can provide the trier of fact with a ready-made inference, it is neither appropriate nor helpful for an expert to make factual findings. As stated by Binnie J. in *R. v. J.-L.J.*, *supra*, at p. 628:

The purpose of expert evidence is to assist the trier of fact by providing special knowledge that the ordinary person would not know. Its purpose is not to substitute the expert for the trier of fact. (emphasis added)

Where the expert purports to opine on the ultimate issue before the Court and threatens to usurp the role of the trial judge, the requirement of necessity should be strictly enforced: *R. v. Mohan*, *supra*, at 430; *R. v. J.-L.J.*, *supra*, at 623; *R. v. Pascoe* (1997), 32 O.R. (3d) 37 (C.A) at p. 55.

[15] Mr. Sternberg's primary objection is that, to the extent that Mr. Malcolmson makes findings of fact, his evidence is not necessary. As will be discussed further at paragraph 28, *infra*, there is no question that Mr. Malcolmson's report does purport to make findings of fact. Not only is it not necessary for an expert to do this – it is totally inappropriate. Accepting that the court would not permit Mr. Malcolmson to do this, Mr. Sternberg made the further submission that Mr. Malcolmson's evidence was not necessary insofar as it consists merely of an explanation of the policies, regulations and by-laws of the I.D.A. or the T.S.E. He likened this to an attempt to call an expert to give an opinion with respect to domestic law. I would agree with Mr. Sternberg's submission

if that was all Mr. Malcolmson was being tendered to do. However, Mr. Camelino did clarify that he was tendering Mr. Malcolmson to testify with respect to the practices and standards of the brokerage industry. It is conceded by Mr. Sternberg that, when tendered for this broader purpose, the evidence of Mr. Malcolmson satisfied the necessity criteria.

(3) Is Reception of the Evidence Barred by any Other Exclusionary Rule?

[16] Expert opinion evidence that would otherwise be admissible may still be excluded on the basis of another rule of evidence. In this case, Mr. Sternberg makes the submission that the evidence of Mr. Malcolmson violates the rule against oath-helping in that the report is replete with comments about credibility or findings of fact relating to contentious issues.

[17] There is no question that the rule against oath helping is well established. In *R. v. Marquard, supra*, McLachlin J. described the rule and the rationale for it as follows, at p. 228:

It is a fundamental axiom of our trial process that the ultimate conclusion as to the credibility or truthfulness of a particular witness is for the trier of fact, and is not the proper subject of expert opinion ...

A judge or jury who simply accepts an expert's opinion on the credibility of a witness would be abandoning its duty to itself determine the credibility of the witness. Credibility must always be the product of the judge or jury's view of the diverse ingredients it has perceived at trial, combined with experience, logic and an intuitive sense of the matter.

[18] As will be discussed at paragraph 28, *infra*, I agree that the report of Mr. Malcolmson is not in the proper form and there is no question that, if admitted, it would violate the rule against oath-helping. However, while this is a sufficient reason not to admit the Mr. Malcolmson's report, it does not preclude him from testifying. It is only reason to prevent him from offering such conclusions in his *viva voce* evidence. When assured by the Court that Mr. Malcolmson, if qualified, would not be permitted to make such observations Mr. Sternberg withdrew this objection. He conceded that reception of Mr. Malcolmson's evidence is not barred by any other exclusionary rule.

(4) Is Mr. Malcolmson a Properly Qualified Expert?

[19] As Sopinka J., stated in *Mohan, supra*, at p. 431:

the evidence must be given by a witness who is shown to have acquired special or peculiar knowledge through study or experience in respect of the matters on which he or she undertakes to testify.

As Charron J.A. observed in *R. v. A.K. and N.K., supra*, this criteria is usually not difficult to apply but it is important that it not be overlooked keeping in mind that:

Opinion evidence can only be of assistance to the extent that the witness has acquired special knowledge over the subject matter that the average trier of fact does not already have. If the witness's "special" or "peculiar" knowledge on a subject matter is minimal, he or she should not be qualified as an expert with respect to that subject.

[20] How the witness acquired that "special" or "peculiar" knowledge is not the central issue at this point. Rather the issue is whether the witness does, in fact, have the "special" or "peculiar" knowledge.⁵ Thus one can acquire the necessary knowledge through formal education, private study, work experience or other personal involvement with the subject matter. In some cases, the expertise will require formal study, for example, evidence of medical experts. Others areas of expertise can be developed in less formal ways. Thus, in *Rice v. Sockett* (1912), 27 O.L.R. 410 (C.A.), Falconbridge C.J. stated at p. 413:

The derivation of the term 'expert' implies that he is one who by experience has acquired special or peculiar knowledge of the subject of which he undertakes to testify, and it does not matter whether such knowledge has been acquired by study of scientific works or by practical observation. Hence, one who is an old hunter, and has thus had much experience in the use of firearms, may be well qualified to testify as to the appearance which a gun recently fired would present as a highly-educated and skilled gunsmith.

⁵ Where that knowledge involves a novel scientific theory or technique it must also be subjected to special scrutiny to determine whether it meets a basic threshold of reliability: *Mohan, supra*, at p. 415. Where it does not meet this threshold it will not be admitted as it will be of no assistance to the trier of fact. This consideration does not apply to the purported expertise of Mr. Malcolmson.

[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.

[22] Mr. Malcolmson is a lawyer who practised corporate and securities law for fifteen years. From 1982 to 1988, he was a senior officer at the Ontario Securities Commission ("OSC"), where his work included a wide range of administrative functions, policy formulation and market regulation. As part of his responsibilities at the OSC he was responsible for Commission oversight of the activities of the T.S.E. and the I.D.A. In this capacity he became familiar with the policies rules and regulations of the I.D.A. In 1988, he left the OSC and was an advisor to the TD Bank, assisting it in undertaking securities activities opened by financial sector deregulation including, the establishment of their own retail brokerage branch. Most recently, from 1992 to present, his résumé indicates that he has been a consultant engaged in international consultancy for the World Bank, the Asian Development Bank, USAID, the International Finance Corporation and private consultancies in various other countries. Broadly speaking, his work as a consultant has focussed on the development and restructuring of capital markets and the design of regulatory and legislative regimes for various aspects of the securities industry.

[23] Mr. Malcolmson also relies on his personal experience with public company investment. In his report, he states that he has personally held brokerage accounts with a number of securities firms and consequently has worked with a number of brokers. As a result, he claims, "thus, I am familiar with the give and take of the client/brokerage relationship."

[24] Mr. Malcolmson's résumé discloses no experience working for any brokerage firm in any capacity. It discloses no expertise in the details of day-to-day retail brokerage compliance, account supervision, account operations, account trading or other procedures. While Mr. Malcolmson passed the basic Canadian Securities Course in 1988, he has not passed any of the courses or examinations that would qualify him to work in the retail brokerage industry in Canada in any capacity (other than as a lawyer). While a lawyer in private practice, Mr. Malcolmson did work in the area of securities law but conceded that he did not have "a significant involvement in the retail client side." As a result, while he developed what he called "an overarching sense of the functioning of capital markets but not to a significant extent with respect to retail client issues." While at the O.S.C., Mr. Malcolmson was the officer responsible for monitoring the conduct of self-regulating organizations such as the I.D.A. and the T.S.E. He met with representatives of these groups and his role was both to monitor their activities and to participate in policy analysis. In this capacity, Mr. Malcolmson did not deal with people in the individual firms and this work ended in 1988. While his work with the TD Bank related to, among other things, the establishment of retail brokerage activities, Mr. Malcolmson's work was at a macro institutional level and ended in 1992. His work as an international consultant had little to do with the retail brokerage industry. To the extent there was a connection, it was at a very general level. As Mr. Malcolmson put it:

I suppose in a general sense that I had responsibility to design and draft and prepare rules in various countries which addressed the question, key question of the standards by which would establish the responsibility of registrants to retail clients in a range of jurisdictions in a range of underlying law. (emphasis added)

There is no evidence that the standards and practices in these foreign jurisdictions are at all comparable to those in Ontario or Canada. There is also no evidence that Mr. Malcolmson has kept current with the standards and practices of the retail brokerage industry in Canada or Ontario⁶ or that he has been qualified to give expert evidence

⁶ Mr. Malcolmson testified that the résumé presented to the Court summarized his work experience that was relevant to this case. While it describes him as working as an international consultant "to date" the last consultancy listed was one that ended in September, 2000.

before. Indeed, it appears to me that Mr. Malcolmson made reference to his experience as a personal investor in an effort to compensate for this lack of professional involvement in the industry.

[25] Despite the very detailed, specific challenge to Mr. Malcolmson's qualifications, the plaintiff's response was both brief and general, "The plaintiff submits that Mr. Malcolmson, as an expert in securities industry regulations, is a properly qualified expert." While Mr. Malcolmson could undoubtedly recite the regulations of the I.D.A. to court, this alone would not satisfy the necessity requirement of *Mohan, supra*. The question is whether he has the "special" knowledge to assist the Court in understanding the standards and practices of the retail brokerage industry in Ontario. There is no question that Mr. Malcolmson is not as qualified to testify about the retail brokerage industry as the experts called in many other similar cases.⁷ But the fact that another person may have been more qualified to testify on a particular topic goes only to weight, rather than admissibility: *McLean (Litigation Guardian of) v. Seisel* (2004), 182 O.A.C. 122 (C.A.) at p. 140; *Regina v. Wade* (1994), 18 O.R. (3d) 33 (C.A.), rev'd on other grounds (1995), 23 O.R. (3d) 415 (S.C.C.) at p. 42.

[26] After careful consideration, I have concluded that Mr. Malcolmson is not qualified to testify as to the standards and practices of the retail brokerage industry. For the reasons outlined above, while Mr. Malcolmson undoubtedly has expertise with respect to various aspects of the securities industry, he does not have the requisite "special" or "peculiar" knowledge about the retail brokerage industry to qualify him for the purpose for which he was tendered. Even if Mr. Malcolmson had acquired such knowledge during his time at the O.S.C., or through his work with the T.D. Bank, that ended almost thirteen years ago and the plaintiff led no evidence establishing that he has remained current with the standards and practices of the industry.

⁷ *Varcoe v. Sterling* (1992), 7 O.R. (3d) 204 (G.D.); *875121 Ontario Ltd. v. Nesbitt Burns Inc.*, [1999] O.J. No. 3825 (S.C.J.); *Zraik v. Levesque Securities*, [1999] O.J. No. 2263 (S.C.J.); *Chesebrough v. Willson*, [2001] O.J. No. 940 (S.C.J.); *Hunt v. TD Securities Inc. (c.o.b. TD Evergreen)*, [2002] O.J. No. 474; *Techhi Holdings Ltd. v. Merrill Lynch Securities Inc.*, [2004] O.J. No. 2265 (S.C.J.).

[27] In making this determination, I am well aware of the observation of Gillese J.A. in *McLean (Litigation Guardian of) v. Seisel, supra*, at p. 139 that the facts in *R. v. Marquard, supra*, “reveal that the threshold for admissibility is not high.” But in *Marquard*, unlike in this case, the problem was not that the proposed experts lacked the “special” knowledge. The challenged witnesses were trained, experienced physicians and, as McLachlin J. noted at p. 78, “There is little doubt that they all possessed some special knowledge relating to the matters on which they testified.” Rather, the problem in *Marquard* was that the witnesses were qualified more narrowly than either their actual areas of expertise or the scope of their testimony. Therefore, in my view, *Marquard* does not justify a departure from the clear direction of Binnie J. in *R. v. J.-L.J.*, quoted in paragraph 9, *supra*.

The Report

[28] It is appropriate that Mr. Camelino abandoned his original request to enter the Mr. Malcolmson’s report as an exhibit as it was seriously deficient in a number of respects. Some of these defects include the following:

- (1) The vast majority of his report does not opine on the standards and practices in the industry;
- (2) At the outset of his report, Mr. Malcolmson does not set out any specific questions on which he was asked to opine. Rather, he simply states that he is responding to a request to “report [his] conclusions following [his] examination of the pleadings, the transcripts from the examinations for discovery and the documents produced by the parties.” This is improper – it is essential that an expert report clearly indicate the scope of the expert’s opinion.
- (3) Mr. Malcolmson purports to make various findings of fact – which involve him making numerous contested factual findings in respect of such central matters as:
 - (i) the events which took place throughout the time Mr. Dulong had an account with Merrill Lynch;

(ii) the discussions Mr. Dulong and Mr. Miller had around the time the account was opened, including representations Mr. Malcolmson concludes Mr. Miller made;

(iii) the discussions Mr. Dulong and Mr. Miller had regarding the sale (and non-sale) of Mr. Dulong's CPI shares, including findings in respect of what instructions were given by Mr. Dulong and whether they were followed;

(iv) the discussions Mr. Dulong and Mr. Miller had regarding overall investments strategy, and Mr. Dulong's entitlement to borrow funds from Merrill Lynch on margin, including Mr. Malcolmson's interpretation of what certain correspondence between them meant; and,

(v) the facts leading to the ultimate sale of Mr. Dulong's CPI shares.

(4) In making the foregoing findings, Mr. Malcolmson so purports to make credibility assessments relating to the evidence expected from witnesses. For example, at one point, he concludes that, "after reviewing Miller's transcript, I am not persuaded" of various assertions. In another instance he states that he found the discovery answers of another witness to be "disquieting."

[29] This court does not require expert evidence to assist it with the above matters. Opinion evidence is not required to determine what discussions took place between Mr. Miller and Mr. Dulong; what recommendations Mr. Miller made regarding the sale of Mr. Dulong's CPI shares; what instructions Mr. Dulong gave as to whether he was prepared to sell the shares; what discussions they had regarding the purchase of bonds; what Mr. Dulong's understanding was of his margin position; what led to the ultimate sale of the shares by Merrill Lynch to repay the debit balance in Mr. Dulong's account; nor any of the other many factual matters on which Mr. Malcolmson seeks to opine. These matters will be determined based on all the evidence including an assessment of the credibility of the witnesses. The assessment of credibility of witnesses is a prime judicial function. That assessment is for the trier of fact and is not within the proper scope of expert testimony.⁸

⁸ Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2nd. ed. (Toronto: Butterworths, 1999) at 626, 637-638.

[30] Finally both the tenor and substance of the report are objectionable as it consists of Mr. Malcolmson arguing the facts and generally advocating his client's position with respect to them throughout – similar to what one would expect from counsel's closing argument. This is not the proper format for an expert opinion. As Reed J. put it in *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Empire Tug Boats Ltd.* (1995), 37 C.P.C. (3d) 119 at p. 126 (F.C.T.D.) an expert's report "cannot be advocacy dressed up as expert opinion". In this regard, I would adopt the words of MacDonald J. in *Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456 (G.D.) var'd (2000) 138 O.A.C. 28 (C.A.) at p. 112:

Experts must not be permitted to become advocates. To do so would change or tamper with the essence of the role of the expert, which was developed to assist the court in matters which require a special knowledge or expertise beyond the knowledge of the court.

T. DUCHARME J.

Released: January 6, 2006

Chapitre I

Pierre Tessier, j.c.s.

M^e Monique Dupuis*

Les qualités et les moyens de preuve

[Page 219]

Toute preuve doit répondre à certaines exigences. Elle doit être de la meilleure qualité possible, elle doit satisfaire au fardeau et au poids de la preuve requise de chacune des parties, elle doit être pertinente et recevable. Cette preuve émanera d'un témoignage ou de pièces.

1- Les exigences de la preuve

La force probante d'une preuve dépend de sa fiabilité et de sa pertinence par rapport aux faits en litige. La preuve offerte doit être la plus parfaite et complète possible; la règle de la meilleure preuve vise la fiabilité de la preuve offerte, sous réserve de l'administration exceptionnelle d'une preuve secondaire. La partie à qui incombe en vertu du droit substantiel la charge de la preuve doit en principe l'établir de façon prépondérante au moyen d'éléments factuels pertinents en droit et en faits. Au départ, cette preuve doit être recevable; tous les moyens de preuve ne sont pas universellement recevables, dont la preuve testimoniale qui, dans certains cas, est prohibée.

En matière de preuve, « il s'agit essentiellement de fiabilité et de suffisance [...] en autant qu'elle soit légale et fiable, la preuve doit être suffisante pour atteindre la qualité requise »¹.

A- La meilleure preuve

Pour être recevable au dossier, une preuve doit être fiable. Elle doit être, à cette fin, de la meilleure qualité possible, soit véridique.

Il y a lieu d'aller à la source même des faits en vue de les introduire en preuve au dossier, sans se contenter d'un reflet de ceux-ci. Les éléments introduits en preuve doivent être fiables et doivent revêtir la plus grande force probante possible.

1. La règle

* M^e Dupuis remercie également M^e Stéphane Reynolds pour sa précieuse collaboration à la mise à jour du texte.

1. *Garage Pierre Allard Inc. c. Sous-ministre du revenu du Québec*, [1995] R.D.J. 453, 455, EYB 1995-64678 (C.A.), J. Delisle.

La Cour d'appel ne doit pas reprendre le procès et réexaminer la preuve présentée en première instance⁴⁶⁶.

Une cour d'appel doit motiver son désaccord avec les conclusions de faits du juge de première instance⁴⁶⁷.

La Cour d'appel peut tirer des conclusions en droit à partir de faits que le juge de première instance a lui-même considérés comme établis, sans substituer sa propre appréciation de la preuve à celle du premier juge. Elle peut intervenir quant aux conclusions de droit fondées sur ces faits⁴⁶⁸. « Lorsqu'une juridiction d'appel accepte toutes les conclusions de faits proprement dites du juge, comme je le fais, elle est en aussi bonne position que lui pour qualifier ces faits. »⁴⁶⁹ Ainsi, en matière de présomption de faits, la Cour d'appel peut tirer ses conclusions à partir des faits retenus par le tribunal d'instance⁴⁷⁰.

La mise de côté de la preuve en première instance exige donc des motifs suffisants⁴⁷¹. Ainsi, lorsque le tribunal de première instance n'a pas tenu compte de parties importantes de la preuve, tels un aveu et des documents, la Cour d'appel est justifiée de réévaluer la preuve testimoniale et les conclusions d'ensemble du premier juge⁴⁷². Dans cette éventualité, la Cour d'appel appréciera selon son examen de la preuve au dossier⁴⁷³.

[Page 290]

Le témoignage provient le plus souvent d'un témoin ordinaire qui relate des faits dont il a eu personnellement connaissance; il peut aussi provenir d'un témoin expert. Le témoignage est aussi « la déclaration [...] par laquelle un expert donne son avis » (art. 2843 C.c.Q.).

G- Le témoignage d'expert

L'expert, auteur d'un rapport d'expertise, peut être entendu comme témoin à l'instruction. En raison de sa formation ou de son expérience, l'expert est particulièrement compétent à exprimer un avis sur un sujet donné. La tâche de l'expert consiste à éclairer d'abord l'avocat dans la conduite de son dossier par l'opinion qu'il est appelé à donner, puis éventuellement le tribunal dans la compréhension et l'appréciation de certains faits. Nous traitons ici de l'utilité, de la recevabilité et de la force probante du témoignage de l'expert. Nous traiterons de la confidentialité de certaines communications écrites ou verbales de l'expert au chapitre qui traite des objections.

466. *Farber c. Royal Trust Co.*, J.E. 95-1307, EYB 1995-59558 (C.A.).

467. *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, EYB 1992-67806.

468. *Procureur général de l'Ontario c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, EYB 1991-67621; *St-Jean c. Mercier*, REJB 2002-28009 (C.S.C.).

469. *Desgagné c. Fabrique de St-Philippe D'Arvida*, [1984] 1 R.C.S. 19, 31, j. Beetz, suivi dans *B.G. Checo International Ltée c. Les Hélicoptères Trans-Québec Ltée*, [1990] R.L. 507, EYB 1990-63545 (C.A.).

470. *Ferme Denijoy Inc. c. Société coopérative agricole de St-Tite*, [1994] R.R.A. 240, EYB 1994-64522 (C.A.); *Southière c. Allstate, compagnie d'assurances Inc.*, [1998] R.R.A. 329, REJB 1998-05576 (C.A.).

471. *Corporation municipale des Cantons Unis de Stoneham et Tewkesbury c. Ouellet*, [1979] 2 R.C.S. 172.

472. *Hamas Gestion Inc. c. 2973-3722 Québec Inc.*, précité, note 232; *Housen c. Nikolaisen*, précité, note 464; *Pouliot c. Promutuelle de Montmagny*, précité, note 465.

473. *Dumesnil c. Shaky*, [1976] 1 R.C.S. 152.

L'article 4.2 C.p.c., relatif à la proportionnalité et à l'utilité des procédures, permet au juge, lorsqu'il établit ou modifie un calendrier des échéances, de refuser une expertise si celle-ci est inutile ou disproportionnée. Ce pouvoir discrétionnaire doit cependant être exercé en tenant compte de l'importance de l'expertise relativement aux questions en litige, et non seulement sur la base de l'importance pécuniaire d'une cause⁴⁷⁴.

1. L'utilité

Le rôle de l'expert consiste à fournir des renseignements scientifiques et une conclusion qui, en raison de la technicité des faits, dépasse les connaissances et l'expérience du juge⁴⁷⁵.

Le témoin expert est appelé à donner une opinion susceptible d'éclairer le juge dans la décision qu'il aura à rendre. Ce droit à l'opinion caractérise le témoin expert et le distingue du témoin de faits.

« Les experts aident le juge des faits à arriver à une conclusion en appliquant à un ensemble de faits des connaissances scientifiques particulières, que ne possèdent ni le juge, ni le jury, et en exprimant alors une opinion sur les conclusions que l'on peut en tirer. »⁴⁷⁶

À titre d'exemples, l'expert pourrait être un ingénieur ou un architecte appelé à déterminer les causes probables d'un vice touchant un immeuble ou encore, de façon non limitative selon la nature de la cause, un comptable, médecin, chimiste, psychologue, expert en écriture, évaluateur, etc. Il peut aussi témoigner pour établir une coutume ou un usage⁴⁷⁷. Ainsi, la preuve d'expert portant sur des normes et usages est pertinente pour évaluer une pratique professionnelle⁴⁷⁸.

L'avis de l'expert se fonde sur sa science et son expérience, qu'il devrait donner de façon impartiale⁴⁷⁹.

L'expert peut énoncer des faits relevant d'une connaissance spécialisée, sans pour autant usurper la fonction du juge appelé à tirer de la preuve une conclusion juridique. L'expertise du professionnel de la santé mentale peut, dans certains cas, s'avérer utile, telle en Chambre de la famille ou en Chambre de la jeunesse. Un expert peut expliquer le comportement humain⁴⁸⁰.

« Quand une preuve d'expert est produite dans des domaines tels que le génie ou la pathologie, l'insuffisance des connaissances du profane n'est pas contestée. Il est depuis longtemps reconnu que le témoignage psychiatrique ou psychologique constitue également une preuve d'expert parce qu'on s'est rendu compte que, dans certaines circonstances, la personne moyenne peut ne pas avoir une connaissance ou une expérience suffisante du

474. *Groupe immobilier de Montréal c. Société en commandite immobilière l'Assomption*, REJB 2003-48860 (C.A.).

475. *R. c. Abbey*, précité, note 313, p. 42, j. Dickson pour la cour; *R. c. Lavallée*, précité, note 314, p. 889, j. Wilson pour la cour; *R. c. Burns*, précité, note 458, p. 666, j. McLachlin pour la cour.

476. *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337, 1348, EYB 1989-67451, j. Lamer pour la majorité.

477. *Joyal c. La Reine*, J.E. 90-527, EYB 1990-59434 (C.A.); *Caisse populaire St-Étienne de la Malbaie c. Tremblay*, [1990] R.R.A. 542, EYB 1990-63501 (C.A.).

478. *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, EYB 1991-67727.

479. *Donolo Inc. c. St-Michel Realities Inc.*, [1971] C.A. 536, 537, j. Brossard.

480. *R. c. Burns*, précité, note 458.

comportement humain pour pouvoir tirer des faits qui lui ont été présentés une conclusion appropriée. »⁴⁸¹

Un technicien ne peut se substituer aux experts pour produire l'estimation de ce qu'aurait dû être la consommation relevée par un compteur d'électricité chez un consommateur, lorsque, pour ce faire, le technicien a introduit des données telles la liste des appareils électriques dans les pièces d'une maison et la mesure desdites pièces, dans un ordinateur qui a calculé, en se servant d'un logiciel préparé à cette fin, ce qu'aurait dû être la

[Page 291]

consommation pour cette période. Seul un expert peut établir la consommation d'électricité normale par appareil ou accessoire, ainsi que l'électricité requise pour le chauffage⁴⁸².

Le législateur reconnaît l'utilité de l'expert dans certains cas. Ainsi, en matière de demande d'autorisation relative à des soins, le tribunal prend l'avis d'experts (art. 23 C.c.Q.). Le tribunal peut ordonner qu'une personne qui représente un danger pour elle-même ou pour autrui en raison de son état mental subisse un examen psychiatrique (art. 27 C.c.Q. et art. 778 à 781 C.p.c.). Dans les procédures pertinentes à un régime de protection du majeur, le tribunal prend notamment en considération l'évaluation médicale et psychosociale de celui qui a examiné le majeur (art. 270, 276, 279 et 288 C.c.Q.). L'article 399 C.p.c. traite de l'examen médical lorsque est mis en question dans une cause l'état physique ou mental d'une personne (que nous verrons au chapitre suivant). Un assuré peut être requis de se soumettre à un examen médical (art. 2438 C.c.Q.).

L'article 402 C.p.c. s'intéresse à l'expertise d'un élément matériel de preuve qui se rapporte au litige. En matière de bornage, l'arpenteur-géomètre dresse, pour valoir rapport, un procès-verbal de ses opérations (art. 789 C.p.c.). Dans une procédure de vente du bien d'autrui, la demande, sauf dispense, doit être accompagnée d'une évaluation faite par une personne compétente (art. 904 C.p.c.), qui peut même être ordonnée d'office (art. 907 C.p.c.). L'article 414 C.p.c. autorise le tribunal à ordonner une expertise par une personne qualifiée pour l'examen, la constatation et l'appréciation de faits relatifs au litige. En Chambre de la famille de la Cour supérieure, le juge peut rendre une ordonnance d'expertise psychosociale (art. 33 *R.p.fam.(C.S.)*). En Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec, une évaluation psychologique ou médicale de l'enfant et des membres de sa famille, ou toute autre expertise utile, peut être jointe à l'étude sur la situation sociale de l'enfant (art. 86 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*).

L'article 413.1 C.p.c. énonce ce qui suit :

« Lorsque les parties ont chacune communiqué un rapport d'expertise, le tribunal peut, en tout état de cause, même d'office, ordonner aux experts qui ont préparé des rapports contradictoires, de se réunir en présence des parties ou des procureurs qui souhaitent y

481. *R. c. Lavallée*, précité, note 314, p. 870 et 871.

482. *Tremblay c. Hydro-Québec*, REJB 2001-24081 (C.A.).

participer, afin de concilier leurs opinions, de déterminer les points qui les opposent et de lui faire rapport ainsi qu'aux parties dans le délai qu'il fixe. »

L'objectif de cette rencontre n'est pas d'échanger des documents ou des confidences que les experts ont reçues, mais de tenter de concilier leurs opinions ou encore de déterminer les points qui les opposent. Le but est donc d'explorer une possibilité de simplifier la preuve et d'établir les points de divergence entre les opinions des experts⁴⁸³. Ce rapport ne constitue pas un aveu judiciaire⁴⁸⁴.

Une fois ce rapport commun préparé par les experts et produit au dossier de la cour, il n'est pas possible à une partie de tenter, par le dépôt du rapport d'un autre expert, de tenter de contredire les conclusions du rapport commun produit par les experts à la demande du tribunal⁴⁸⁵.

En Cour supérieure, l'article 18.1 *R.p.c.(C.S.)* permet aux parties, en tout état de cause, de demander au tribunal la nomination d'un expert commun.

Ces dispositions fournissent une indication du rôle que peut jouer l'expert, en plus de celui que peuvent lui confier les parties à l'occasion de tout litige qui requiert ses services.

Signalons toutefois que le témoin ordinaire peut exprimer une opinion, à la portée de tout justiciable, notamment sur l'âge, le caractère ou l'état physique ou mental apparent d'une personne.

« Il est bien établi qu'un témoin qui n'est pas expert peut déposer que quelqu'un est ivre tout comme il peut témoigner au sujet de l'âge, de la vitesse, de l'identité ou d'un état émotif. [...] Ce n'est pas un sujet où il est nécessaire d'obtenir un témoignage scientifique, technique ou spécialisé pour que le tribunal apprécie les faits pertinents à leur juste valeur. »⁴⁸⁶

L'arrêt *Mayrand c. Gingras*⁴⁸⁷ illustre une telle appréciation profane de l'état d'un testateur.

La partie qui fait comparaître un expert doit d'abord établir sa compétence à fournir un avis.

[Page 292]

2. La recevabilité

483. *Maskatel Inc. c. Télécom Québec Inc.*, 2007 QCCS 9 (CanLII), par. 29 et 30, EYB 2007-112541 (C.S.).

484. *Industries et équipements Laliberté Ltée c. Ferme porcine de Beauce Inc.*, EYB 2008-152341 (C.A.).

485. *Marineau c. Chartrand*, REJB 2004-81613 (C.S.), décision rendue sur la base de l'article 19 *R.p.c.(C.S.)*, dont le contenu est repris dans son essence à l'article 413.1 C.p.c.

486. *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, 837 et 838, j. Dickson.

487. [1990] R.L. 112, EYB 1989-63411 (C.A.).

Le témoin, pour se démarquer du témoin ordinaire, doit établir sa qualité à agir comme expert habilité à fournir une opinion. « Le témoignage d'expert est admissible pourvu que l'expert possède les qualités requises et que son témoignage soit nécessaire ou utile au tribunal aux fins de trancher des questions de caractère technique ou scientifique. »⁴⁸⁸ Le tribunal ne devrait pas déclarer le témoignage de l'expert irrecevable sans connaître les questions précises qui peuvent lui être posées, la forme et l'objet de ces questions, leur pertinence et tous autres facteurs qui peuvent rendre une preuve recevable ou irrecevable⁴⁸⁹. 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. Cette compétence peut provenir d'une formation officielle ou d'une expérience pratique, ou des deux.

« 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. »⁴⁹¹

La preuve d'expert doit être pertinente et fiable⁴⁹².

L'avocat qui présente un témoin expert doit donc établir sa compétence à ce titre pour tous les domaines dans lesquels ce dernier doit exprimer un témoignage d'opinion⁴⁹³. Il serait cependant excessivement formaliste de rejeter le témoignage d'expert pour la simple raison que le témoin émet une opinion qui s'étend au-delà du domaine d'expertise pour lequel il a été qualifié. En pratique, il appartient à l'avocat de la partie adverse de soulever une objection si le témoin sort des limites de son expertise, soit à l'étape de la qualification initiale, soit au cours de sa déposition, selon le cas. Les failles dans l'expertise touchent la valeur probante du témoignage, plutôt que sa recevabilité⁴⁹⁴.

Au début de son témoignage, l'expert décline ses titres, qualifications, formation et expérience pertinents au sujet traité afin d'établir son aptitude à témoigner comme expert. La production du curriculum vitæ peut abrégé une longue nomenclature, quitte à ce que l'avocat en souligne les éléments importants en début d'interrogatoire. Rappelons qu'en Cour supérieure l'article 18.1 *R.p.c.(C.S.)* exige la production, avec le rapport d'expertise, du curriculum vitæ de l'expert, de son compte d'honoraires à jour et du tarif actuel pour sa présence à la cour.

Est recevable le témoignage de l'expert à l'emploi de la partie qui le fait comparaître en cette qualité, sous réserve d'en apprécier la valeur probante⁴⁹⁵. La crainte de partialité de la part d'un expert n'en prohibe pas le témoignage, sous réserve d'en apprécier la crédibilité⁴⁹⁶. L'expert qui a déjà agi pour la partie adverse peut comparaître comme témoin expert de l'autre

488. *Roberge c. Bolduc*, précité, note 478, p. 429, j. L'Heureux-Dubé pour la cour.

489. *Leroux c. Cake*, H. REID, D. FERLAND, C.p.c. annoté, suppl. 1982, p. 348, 1979 (C.A.).

490. *R. c. Béland*, précité, note 455, p. 414, j. McIntyre.

491. *R. c. Mohan*, précité, note 53, p. 25.

492. *Id.*, p. 37.

493. *Mongrain c. Desaulniers*, [1994] R.R.A. 417, EYB 1994-58468 (C.A.).

494. *R. c. Marquard*, précité, note 350, p. 243 et 244.

495. *General Motors du Canada Ltée c. Compagnie d'Assurances Missisquoi et Rouville*, [1988] R.D.J. 18, EYB 1988-62990 (C.A.); *Mont-Tremblant (Municipalité de) c. Tellier*, [1994] R.D.J. 44, EYB 1993-58689 (C.A.).

496. *Procureur général du Québec c. Marleau*, [1995] R.D.J. 236, EYB 1995-56046 (C.A.).

partie, à la réserve que ses réponses ne violent pas son obligation de respecter le secret professionnel⁴⁹⁷.

La recevabilité du témoignage dépend aussi, sur le plan procédural, de la communication préalable et de la production du rapport d'expertise, en conformité avec les dispositions de l'article 402.1 C.p.c. L'expert ne peut donc donner son opinion sans s'être soumis aux exigences de cet article⁴⁹⁸, sous réserve de la permission du tribunal qui jouit d'un pouvoir discrétionnaire à cet effet⁴⁹⁹. Cette permission est de nature exceptionnelle et la partie en défaut devra démontrer pourquoi elle n'a pas agi plus tôt⁵⁰⁰. L'absence de rapport écrit n'empêche toutefois pas le témoignage de l'expert sur des faits qu'il a constatés, à l'instar de tout témoin ordinaire⁵⁰¹. La communication et la production du rapport, en vertu de l'article 294.1 C.p.c., peuvent tenir lieu du témoignage de son auteur.

[Page 293]

L'appréciation de la recevabilité et de la valeur probante du rapport d'un expert relève du juge du procès. Ce dernier a le pouvoir de refuser qu'un expert émette une opinion qui ne soulève aucune question scientifique ou technique. C'est pour cette raison qu'une requête en rejet d'un rapport d'expert et en obtention d'une ordonnance de retrait du dossier de la cour de l'expertise communiquée en vertu de l'article 402.1 ou 294.1 C.p.c. sera rejetée, comme étant prématurée, si la requête invoque des motifs relevant de la recevabilité ou de la valeur probante de cette expertise⁵⁰².

Cependant, lorsque l'expert se prononce sur une question de droit pur, une partie pourra demander, à un stade préliminaire, le rejet de son rapport, puisqu'il appartient uniquement au tribunal de statuer sur les questions de droit, après plaidoirie des parties⁵⁰³.

Par ailleurs, la Cour d'appel confirme que les articles 4.1 et 4.2 C.p.c. permettent au juge de première instance de limiter le débat en écartant du dossier une preuve non pertinente, même à un stade préliminaire. Il peut donc rejeter un rapport d'expertise s'il tend à établir un fait non relié à une question en litige, sur requête présentée à cet effet⁵⁰⁴.

Bien que recevable, le témoignage de l'expert, comme tout autre témoignage, doit être néanmoins probant.

497. *149644 Canada Inc. c. St-Eustache (Ville de)*, [1996] R.D.J. 401, EYB 1996-65254 (C.A.); *Uni-Communications Inc. c. Dessurault*, EYB 2004-70925 (C.S.).

498. *Association canadienne de ski Inc. c. Hébert*, précité, note 214; *Commission scolaire Rouyn-Noranda c. Barrette*, précité, note 217; *Pietroniro c. Lévesque*, précité, note 217.

499. *Tremblay c. Barrette*, [1990] R.R.A. 319 (C.S.).

500. *National Bank of Greece (Canada) c. Maris*, EYB 2007-113648 (C.S.), par. 52.

501. *Desbiens c. Frenkiel*, précité, note 215.

502. *Beaudoin c. Optimum Assurance agricole Inc.*, REJB 2003-46503 (C.S.); *Laflamme c. Union-Vie, compagnie mutuelle d'assurances*, REJB 2003-42265 (C.S.); *Développement F.M.V. Inc. c. Lévis (Ville de)*, EYB 2008-149604 (C.A.).

503. *Tremblay c. St-David de Falardeau (Municipalité de)*, REJB 2003-39603 (C.S.); voir à ce sujet la synthèse effectuée par la juge Marie St-Pierre dans l'affaire *Agropur coopérative c. Cegerco constructeur Inc.*, EYB 2005-94595 (C.S.), par. 141 à 154.

504. *St-Adolphe d'Howard (Municipalité de) c. Chalets St-Adolphe Inc.*, EYB 2007-125079 (C.A.).

3. La force probante

Le témoignage de l'expert portera sur des faits qu'il a lui-même constatés ou qui ont été constatés et prouvés par d'autres témoins, qui sont admis ou de connaissance commune, ainsi que sur des hypothèses découlant de ces faits. L'expert examinera ces faits à la lumière de données scientifiques pour ensuite tirer une conclusion dictée par ses connaissances et son expérience dans le domaine de sa spécialité. À moins d'en arriver à une certitude absolue, l'expert devrait énoncer et motiver la conclusion qui, parmi plusieurs possibles, s'avère la plus probable. L'expert peut donner son avis selon un degré raisonnable de certitude, ce qui signifie une probabilité supérieure à 50 %, surtout lorsqu'il œuvre dans un domaine où la science n'est pas exacte⁵⁰⁵. Le poids du témoignage de l'expert dépendra des motifs qui supportent son opinion.

Une preuve scientifique peut, de prime abord, être plus impressionnante que celle qui émane d'un simple témoin de faits. Bien que l'expert doive en principe éclairer le tribunal sur le sujet traité, le juge n'est toutefois pas lié par la preuve technique et n'est pas tenu de retenir ce témoignage, qu'il lui est loisible d'écarter de façon motivée. Le tribunal apprécie la valeur, la qualité et la crédibilité du témoignage de l'expert, comme dans le cas de tout autre témoin ordinaire. « La force probante du témoignage est laissée à l'appréciation du tribunal », énonce l'article 2845 C.c.Q., qui ne distingue pas le témoignage du témoin ordinaire de celui de l'expert⁵⁰⁶.

« Le juge, cependant, reste l'arbitre final et n'est pas lié par le témoignage des experts »⁵⁰⁷, qui doit être apprécié de la même manière que tout autre témoignage⁵⁰⁸.

Un témoin peut être entendu pour contredire le rapport du praticien lors de la demande d'homologation du rapport dans une action en partage⁵⁰⁹.

L'opinion d'un expert se fonde sur un ouï-dire lorsqu'il tire une conclusion à partir de faits qu'il n'a pas personnellement observés, mais qui lui ont été rapportés par des tiers; les données sur lesquelles l'expert s'appuie devront être prouvées par la partie qui le fait comparaître, afin que ne soit pas touchée la valeur probante de son témoignage⁵¹⁰. Les faits retenus par l'expert pour former son opinion doivent être prouvés, autrement ce témoignage n'établit pas les faits y énoncés, non constatés ou vécus par le témoin, et constitue du ouï-dire. Le problème ne se pose pas sur le plan de la recevabilité du témoignage, mais plutôt sur celui de la valeur probante à accorder à l'opinion qu'il contient⁵¹¹.

« Je crois qu'aux fins de la présente analyse le fondement de l'arrêt *Abbey* peut se réduire aux propositions suivantes :

505. *Snell c. Farrell*, précité, note 28, p. 330, j. Sopinka pour la cour.

506. *Donolo Inc. c. St-Michel Realities Inc.*, précité, note 479, p. 538.

507. *Roberge c. Bolduc*, précité, note 478, p. 430, j. L'Heureux-Dubé pour la cour.

508. *R. c. Ratti*, [1991] 1 R.C.S. 68, EYB 1991-67597.

509. *Bérard c. Brochu*, [1995] R.D.J. 390, EYB 1995-57429 (C.A.).

510. *Lortie c. La Reine*, [1986] R.J.Q. 2787, EYB 1986-62338 (C.A.); *Trudel c. La Reine*, [1994] R.J.Q. 678, EYB 1994-64413 (C.A.).

511. *R. c. Abbey*, précité, note 313, p. 44.

1. une opinion d'expert pertinente est admissible, même si elle est fondée sur une preuve de seconde main.
2. cette preuve de seconde main (ouï-dire) est admissible pour montrer les renseignements sur lesquels est fondée l'opinion d'expert et non pas à titre de preuve établissant l'existence des faits sur lesquels se fonde cette opinion.
3. lorsque la preuve psychiatrique consiste en une preuve par ouï-dire, le problème qui se pose est celui de la valeur probante à accorder à l'opinion.
4. pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion. »⁵¹²

Il n'est pas essentiel que chacun des faits sur lesquels l'expert s'appuie soit individuellement établi et admis en preuve comme condition de l'attribution de quelque valeur probante à l'ensemble de l'opinion. Le tribunal ne peut faire complètement abstraction du témoignage tant qu'il existe quelque élément de preuve admissible tendant à établir le fondement de l'opinion de l'expert, puisqu'il s'agit alors d'une question de valeur probante, reliée à la quantité et à la qualité des éléments de preuve admissibles.

Dans l'arrêt *Lavallée*, le juge Sopinka, dans son opinion (p. 898 et 900), observe, en réaction à celle de la juge Wilson, qu'il y a lieu de distinguer la preuve qu'un expert obtient et sur laquelle il se fonde dans les limites de sa compétence, et la preuve qu'il obtient d'une partie au litige et qui concerne une question directement en litige. Dans le premier cas, l'expert forme une opinion en ayant recours à des méthodes d'enquête et à des pratiques qui constituent, dans son champ d'expertise, des moyens d'arriver à une décision. En n'accordant aucune valeur probante à ce genre de jugement professionnel formé en conformité avec de saines pratiques professionnelles, ou en l'écartant carrément, un tribunal ferait abstraction des fortes garanties circonstanciées de crédibilité que comporte un tel jugement et irait à l'encontre de l'approche adoptée par la Cour suprême pour l'analyse de la preuve par ouï-dire en général. Dans le second cas, lorsque les données sur lesquelles un expert forme son opinion proviennent d'une partie au litige ou d'une autre source fondamentalement suspecte, le tribunal devrait exiger que ces données soient établies par une preuve indépendante. L'absence d'une telle preuve influera directement sur le poids à donner à l'opinion, peut-être au point de lui enlever toute valeur probante. Quand l'opinion d'un expert est fondée en partie sur des renseignements suspects et en partie soit sur des faits reconnus, soit sur des faits qu'on essaie de prouver, il s'agit uniquement d'une question de valeur probante.

Le juge Sopinka souscrit aux propos suivants de la juge Wilson, selon lesquels :

« [...] tant qu'il existe quelque élément de preuve admissible tendant à établir le fondement de l'opinion de l'expert, le juge du procès ne saurait dire par la suite au jury de faire complètement abstraction du témoignage. Le juge doit, bien sûr, faire comprendre au jury

512. R. c. *Lavallée*, précité, note 314, p. 893, j. Wilson pour la cour.

que plus l'expert se fonde sur des faits non établis par la preuve, moins la valeur probante de son opinion sera grande. » (p. 900).

La preuve par expert se présente généralement dans le cadre d'une preuve par présomption de faits laissée à l'appréciation du tribunal, qui ne doit prendre en considération que les présomptions qui sont graves, précises et concordantes (art. 2849 C.c.Q.).

« In the end, of course, any evidence based upon presumptions must meet the test required by the jurisprudence. If inferences are to be drawn from this evidence, the facts on which it is based must be "grave, précis et concordants". But that, again, goes to weight and not admissibility. »⁵¹³

Ainsi, en raison de son haut degré de fiabilité, l'expertise sanguine est admise pour analyser le groupe sanguin, telle en matière de filiation⁵¹⁴, ainsi que le test d'ADN⁵¹⁵.

Cependant, l'absence de consensus sur la fiabilité d'une preuve ou le faible degré d'acceptation d'une théorie au sein de la communauté scientifique, par exemple à l'occasion d'une preuve controversée, ne devrait en affecter que la valeur probante, et non sa recevabilité⁵¹⁶. Le domaine des soins de santé (art. 11 à 25 C.c.Q.), surtout en cas de cessation autorisée, illustre cette problématique⁵¹⁷.

[Page 295]

La valeur probante de la preuve d'expert dépend de la crédibilité de ce dernier, de sa compétence, de la manière dont l'évaluation a été menée et de la validité des tests utilisés⁵¹⁸. La crédibilité de l'expert relève de l'appréciation du tribunal, qui doit non seulement considérer sa compétence, mais aussi la fiabilité des instruments d'évaluation et des techniques auxquels il a recours, en regard de leur degré d'acceptabilité par la communauté scientifique et l'application de cette technique selon les règles de la science⁵¹⁹.

« Une expertise valable doit rencontrer les critères de fiabilité, de rigueur scientifique, d'indépendance intellectuelle et d'éthique qui permettent à la cour de l'utiliser à la solution du [...] litige. »⁵²⁰

Rappelons que des tribunaux ont déjà rejeté, lors de l'audition au fond, la preuve par polygraphe, estimant que le technicien expert appelé à témoigner n'avait pas fait la preuve de la fiabilité de l'instrument, lequel, contrairement à l'alcootest, ne fait pas l'objet d'une certification

513. *Paillé c. Lorcon Inc.*, précité, note 70, p. 533, j. Rothman pour la majorité.

514. *S. c. S.*, [1973] C.S. 530; *Droit de la famille – 102*, [1984] C.S. 83, J.E. 84-1034 (C.A.).

515. *L. c. R.*, [1997] R.L. 394, REJB 1997-00776 (C.S.); *P. (A) c. D. (L.)*, REJB 2000-21326 (C.A.).

516. *City of St. John c. Irving Oil Co.*, [1966] R.C.S. 581, 592, j. Ritchie.

517. *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, [1986] R.D.F. 175, EYB 1986-62351 (C.A.); *Protection de la jeunesse – 332*, [1988] R.J.Q. 1666, EYB 1988-78068 (C.S.); *Commission de Protection des droits de la jeunesse du Québec c. T. (C.)*, [1990] R.J.Q. 1674, EYB 1990-76655 (C.S.).

518. *Protection de la jeunesse – 323*, [1988] R.J.Q. 1473, EYB 1988-78025 (T.J.).

519. *Protection de la jeunesse – 329*, [1988] R.J.Q. 1739, EYB 1987-77726 (T.J.); *Tremblay c. Systèmes Techo-Pompes Inc.*, EYB 2005-82865 (C.S.).

520. *Beaudoin c. Banque de développement du Canada*, précité, note 442.

gouvernementale. De plus, dans ces instances, aucune preuve scientifique ou médicale n'avait été présentée pour soutenir la prémisse qu'une personne qui ment démontre des réactions physiologiques mesurables et différentes de celle qui dit la vérité, mais qui est stressée⁵²¹.

La valeur du témoignage de l'expert est affaiblie par les lacunes qu'il contient, et les divergences et contradictions avec l'ensemble de la preuve. Il y a donc lieu de juger si la déposition de l'expert est conforme au poids de la preuve et si elle s'inscrit dans le cadre de faits positifs et probants.

L'expert doit faire preuve d'objectivité et de désintéressement. Le tribunal peut n'attacher aucune valeur probante au témoignage empreint de partialité⁵²². Les experts ne doivent pas se trouver dans une relation servile à l'égard de leurs clients de façon à faire triompher les prétentions de ces derniers, mais ils doivent plutôt être au service du tribunal pour lui communiquer leur opinion professionnelle sur des sujets complexes qui demandent à être mieux compris⁵²³.

Une preuve par expert, scientifique, théorique et conjecturale, ne peut l'emporter sur la preuve positive d'un fait rapporté par des témoins ordinaires qui parlent à leur connaissance personnelle⁵²⁴.

L'expertisé est-elle conciliable avec la prépondérance de la preuve profane rapportée par les témoins ordinaires?

4. La preuve profane

Le tribunal doit juger en fonction de la prépondérance de preuve. Lorsque la preuve par experts est controversée, il peut s'appuyer sur la preuve profane pour trancher le litige⁵²⁵, ainsi que sur des faits connus et généralement acceptés⁵²⁶.

Par exemple, le tribunal a tenu compte du témoignage de simples profanes qui l'ont éclairé sur les changements importants de personnalité d'une victime survenus depuis son accident, compte tenu de la preuve médicale contradictoire quant au degré d'incapacité partielle permanente de nature psychologique⁵²⁷, ou pour établir la capacité mentale d'un testateur⁵²⁸.

Le témoignage de l'expert constitue un des éléments de preuve, qui sera apprécié à la lumière de l'ensemble de la preuve scientifique et profane.

521. *Les vêtements Paul Allaire Inc. c. La Citadelle, compagnie d'assurances générales Inc.*, précité, note 462; *Protection de la jeunesse - 1121*, précité, note 462; *Latouche c. Promutuel Bellechasse*, précité, note 462; *Hydro-Québec c. Desaulniers*, précité, note 462; *Lefebvre c. Axa Assurances Inc.*, précité, note 462.

522. *Paterson c. Mannix*, [1966] R.C.S. 180; *Poulin c. La Reine*, [1975] C.A. 180; *Agropur coopérative c. Cegerco constructeur Inc.*, précité, note 503, par. 133 à 140.

523. *Protection de la jeunesse - 763*, J.E. 95-1202, EYB 1995-72858 (C.Q.).

524. *Royal Montreal Golf Club c. Corp. de St-Raphael*, [1964] B.R. 223, 228, j. Montgomery; *General Accident Insurance Co. c. Cie de chauffage Gaz Naturel*, [1978] C.S. 1160.

525. *La Métropolitaine c. Rivard*, [1984] C.A. 191; *Placements D.P.C. Inc. c. Gagnon Bolduc*, REJB 2001-23899 (C.A.).

526. *Longpré c. Société de l'assurance automobile du Québec*, J.E. 93-1592, EYB 1993-74733 (C.Q.).

527. *Michaud c. Bergeron*, [1980] C.A. 246.

528. *Mayrand c. Gingras*, précité, note 487.

Nous traiterons plus loin dans le présent chapitre de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire de l'expert à l'instruction.

* * * * *

De quelle façon s'établit la preuve testimoniale lors de l'instruction devant le tribunal? De toute évidence, en obtenant du témoin une réponse à une question posée!

[Page 296]

Mais encore faut-il déterminer quand, pourquoi et comment poser cette question.

Le Code de procédure civile et l'expérience devant les tribunaux déterminent la façon de bien administrer la preuve testimoniale à l'enquête. Bien que le Code de procédure civile fournisse un cadre formel, chaque cause présente un cas d'espèce, de sorte que la preuve testimoniale doit s'établir en fonction des faits de la cause alors instruite ainsi que de la personnalité du témoin et de l'avocat.

La preuve testimoniale au procès peut devenir l'écho des passions humaines en ce que chaque témoin relate, filtré par son caractère et sa motivation, un événement qu'il a vécu ou constaté.

Dans cette reconstitution d'événements passés, la tâche de l'avocat, tant en demande qu'en défense, consiste à présenter en preuve des faits vrais sous l'éclairage le plus favorable au client, dans le cadre des règles de preuve et de la dignité professionnelle. Les règles de forme seront vues lors de l'enseignement des journées de représentation. Nous examinerons les règles de fond.

Abordons en premier l'interrogatoire principal.

H- L'interrogatoire principal

L'interrogatoire principal est celui mené par l'avocat de la partie qui a produit le témoin. L'article 306 C.p.c. régit cet interrogatoire.

I. La portée

Le témoin ordinaire – partie au litige ou simple témoin – doit rapporter des faits dont il a eu personnellement connaissance. Il ne lui appartient pas d'émettre une opinion ou de tirer des conclusions, ce qui relève de la compétence du témoin expert. Il doit donc témoigner d'événements qu'il a personnellement vécus, vus ou entendus, en accord avec la définition du témoignage à l'article 2843 C.c.Q.

L'interrogatoire principal a pour but d'établir les faits allégués par la partie qui produit ce témoin, lorsque la preuve testimoniale est recevable. Il fournit l'information nécessaire à l'élaboration d'un jugement motivé. Les questions doivent porter uniquement sur les faits en litige, c'est-à-dire être pertinentes à la cause (art. 2857 C.c.Q.). Alors que l'interrogatoire



18856

Cour suprême du Canada



Supreme Court of Canada

SA MAJESTÉ LA REINE

HER MAJESTY THE QUEEN

-et-

-and-

ALAIN BÉLAND

ALAIN BELAND

-et-

-and-

BRUCE PHILLIPS

BRUCE PHILLIPS

CORAM:

CORAM:

Le très honorable Brian Dickson, c.p.
L'honorable juge Beetz
L'honorable juge McIntyre
L'honorable juge Lamer
L'honorable juge Wilson
L'honorable juge Le Dain
L'honorable juge La Forest

The Rt. Honorable Brian Dickson, P.C.
The Honourable Mr. Justice Beetz
The Honourable Mr. Justice McIntyre
The Honourable Mr. Justice Lamer
The Honourable Madame Justice Wilson
The Honourable Mr. Justice Le Dain
The Honourable Mr. Justice La Forest

Appel entendu
le 31 mars 1987

Appeal heard
March 31, 1987

Jugement rendu
le 15 octobre 1987

Judgment rendered
October 15, 1987

Motifs de jugement par

Reasons for judgment by

L'honorable juge McIntyre

The Honourable Mr. Justice McIntyre

Souscrivent à l'avis de
l'honorable juge McIntyre

Concurred in by

Le très honorable Brian Dickson
L'honorable juge Beetz
L'honorable juge Le Dain

The Rt. Honourable Brian Dickson, P.C.
The Honourable Mr. Justice Beetz
The Honourable Mr. Justice Le Dain

-2-

Motifs au même effet par

L'honorable juge La Forest

Motifs de dissidence sur le fond par

L'honorable juge Wilson

Souscrit à l'avis de
l'honorable juge Wilson

L'honorable juge Lamer

Avocats à l'audience

Pour l'appelante

M^c Jean-François Dionne
M^c François Landry

Pour les intimés

M^c Vincent Rose
M^c Joseph Elfassy

Concurring reasons by

The Honourable Mr. Justice La Forest

Reasons dissenting on the merits by

The Honourable Madame Justice Wilson

Concurred in by

The Honourable Mr. Justice Lamer

Counsel at hearing:

For the appellant

Mr. Jean-François Dionne
Mr. François Landry

For the respondents

Mr. Vincent Rose
Mr. Joseph Elfassy

Citation

Trial: C.S.P. Mtl.,
No. 500-01-010497-813, June 18, 1982
(Girouard J.)

Appeal: [1984] C.A. 443, 15 D.L.R.
(4th) 89, 16 C.C.C. (3d) 462, 40 C.R.
(3d) 193.

Référence

Procès: S.P. Mtl.,
n° 500-01-010497-813, 18 juin 1982
(J. Girouard)

Appel: [1984] C.A. 443, 15 D.L.R.
(4th) 89, 16 C.C.C. (3d) 462, 40 C.R.
(3d) 193.



r. c. béland

Sa Majesté La Reine

Appelante

c.

Alain Béland et Bruce Phillips

Intimés

répertorié: r. c. béland

N° du greffe: 18856.

1987: 31 mars; 1987: 15 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson,
Le Dain et La Forest.

en appel de la cour d'appel du québec

*Droit criminel -- Preuve -- Admissibilité -- Preuve obtenue par
détecteur de mensonges -- Accusés niant avoir participé à un complot en vue de
commettre un vol qualifié -- Rejet de la requête des accusés qui demandaient à
passer un test par détecteur de mensonges et à produire les résultats en preuve
-- Une telle preuve est-elle admissible?*

Les intimés ont été accusés de complot en vue de commettre un vol
qualifié. Au procès, un de leurs complices, devenu témoin à charge, a impliqué
directement les intimés dans sa déposition. Dans leurs témoignages, les intimés
ont opposé un démenti à cette déposition et ont nié leur participation au

- 2 -

prétendu complot. À la clôture de l'instruction, les intimés ont présenté une demande en réouverture de leur défense pour pouvoir subir chacun un test par détecteur de mensonges dont les résultats seraient produits en preuve. Le juge du procès, ayant conclu à l'inadmissibilité des résultats d'un tel test, a rejeté la requête et les intimés ont été déclarés coupables. La Cour d'appel à la majorité a accueilli leur appel contre cette déclaration de culpabilité et a rendu une ordonnance portant réouverture de l'instruction et exigeant que les résultats du test soient présentés au juge du procès pour qu'il statue sur leur admissibilité. Le pourvoi vise à déterminer si une preuve formée des résultats d'un test par détecteur de mensonges est admissible compte tenu des faits particuliers de l'espèce.

Arrêt (les juges Lamer et Wilson sont dissidents sur le fond): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre et Le Dain: Les résultats d'un test par détecteur de mensonges ne sont pas admissibles en preuve. Le détecteur de mensonges n'a pas de place dans le processus judiciaire dans la mesure où l'on s'en sert pour déterminer ou vérifier la crédibilité de témoins. L'admission d'une telle preuve irait à l'encontre de règles de preuve bien établies, notamment la règle qui s'oppose aux témoignages justificatifs, suivant laquelle une partie ne saurait produire une preuve destinée uniquement à confirmer la crédibilité d'un témoin, la règle qui interdit l'admission de déclarations antérieures ou extrajudiciaires d'un témoin et la règle relative à la preuve de moralité. La preuve obtenue par détecteurs de mensonges est également inadmissible en tant que preuve d'expert. La question

- 3 -

de la crédibilité relève clairement de l'expérience des juges et des jurys et aucune preuve d'expert n'est nécessaire à cet égard.

De plus, l'admission d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne servira aucune fin qui n'est pas déjà servie. Son admission perturbera les procédures et entraînera des procès consacrés à une étude de questions incidentes qui prendra beaucoup de temps, sèmera la confusion et fera dévier les procédures de l'examen de la question fondamentale de la culpabilité ou de l'innocence. Cela créera en outre de nombreuses complications, sans pour autant apporter au processus plus de certitude qu'on en trouve à présent. Les résultats enregistrés par le détecteur de mensonges, leur nature et leur signification seront communiqués au juge des faits par la bouche de l'opérateur. La faillibilité humaine sera par conséquent toujours présente, avec ceci de différent que maintenant elle sera renforcée par la mystique de la science.

Le juge La Forest: Les deux facteurs qui militent impérieusement en faveur de l'exclusion des procédures judiciaires de toute preuve obtenue par détecteurs de mensonges sont la faillibilité humaine dans la détermination du poids qu'il convient d'attribuer à une preuve empreinte de la mystique de la science et l'inopportunité de s'attarder à l'examen de questions incidentes.

- 4 -

Les juges Lamer et Wilson (dissidents sur le fond): La preuve obtenue par détecteurs de mensonges se rapporte directement à la question de la crédibilité de l'accusé et devrait être admise en l'espèce. Le ministère public a attaqué la crédibilité des intimés en alléguant qu'ils se parjuraient alors que l'indicateur disait la vérité. La question centrale est qui faut-il croire: l'indicateur ou les intimés. Il n'y avait aucun autre élément de preuve impliquant les intimés dans le prétendu complot. Il serait injuste, dans les circonstances, d'empêcher les intimés de présenter tout élément de preuve ayant une valeur probante qui tend à indiquer qu'ils disaient la vérité. C'était là le moyen de défense qu'ils opposaient à l'accusation portée contre eux et on aurait dû leur permettre de le présenter en vertu du par. 577(3) du Code.

La règle selon laquelle le ministère public ne saurait produire des éléments de preuve à seule fin d'étayer la crédibilité de ses propres témoins ne devrait pas être élargie à un accusé lorsque l'ensemble de la preuve à charge repose sur le manque de crédibilité de l'accusé.

La preuve par détecteurs de mensonges est clairement pertinente et ne relève pas des autres règles d'exclusion avancée par le ministère public. On peut clairement faire une distinction d'avec l'arrêt *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18.

Toutefois le pourvoi doit être accueilli et un nouveau procès ordonné. La Cour d'appel n'avait pas compétence en vertu du par. 613(2) du Code criminel pour ordonner la réouverture du procès original.

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêt suivi: *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18; arrêts examinés: *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103; *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224; arrêts mentionnés: *R. v. Burkart*; *R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210; *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425; *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70; *Jones v. South-Eastern and Chatham Railway* (1917), 87 L.J.K.B. 775; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199; *R. v. Barbour*, [1938] R.C.S. 465; *R. v. Close* (1982), 68 C.C.C. (2d) 105; *R. v. McFadden* (1981), 65 C.C.C. (2d) 9; *R. v. McNamara No. 1* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *Davie v. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34.

Citée par le juge Wilson (dissidente sur le fond)

Phillion c. La Reine, [1978] 1 R.C.S. 18, conf. (1974), 20 C.C.C. (2d) 191; *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85; *R. v. Miller* (1952), 36 Cr. App. R. 169; *R. v. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199; *R. v. Cook* (1960), 127 C.C.C. 287; *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425; *R. v. Wong (No. 2)* (1976), 33 C.C.C. (2d) 511, inf. (1978), 41 C.C.C. (2d) 196; *R. v. Phillion* (1972), 10 C.C.C. (2d) 562; *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103; *R. v. Burkart*; *R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210; *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224; *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70; *R. v. Nelson*, [1982] Qd. R. 636; *City of Saint John v. Irving Oil Co.*, [1966] R.C.S. 581; *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263; *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (1923).

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 577(3), 613(2), 621(1)a).

Doctrine citée

Abbell, Michael. "Polygraph Evidence: The Case Against Admissibility in Federal Criminal Trials" (1977), 15 *Am. Crim. L. Rev.* 29.

Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979.

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

Elliott, D. W. "Lie-Detector Evidence: Lessons from the American Experience". In *Well and Truly Tried*. Edited by Enid Campbell and Louis Waller. Sydney, Australia: Law Book, 1982.

Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, 7th ed., vol. 1. Edited by A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen, 1956.

McCormick, Mark. "Scientific Evidence: Defining a New Approach to Admissibility" (1982), 67 *Iowa L. Rev.* 879.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984.

Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.

Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, 2nd ed., vol. 1. Toronto: Carswells, 1983.

Walsh, William Francis. *Outlines of the History of English and American Law*. New York: New York University Press, 1926.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 4. Revised by James H. Chadbourn. Toronto: Little, Brown & Co., 1972.

- 7 -

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1984] C.A. 443, 15 D.L.R. (4th) 89, 16 C.C.C. (3d) 462, 40 C.R. (3d) 193, qui a accueilli l'appel interjeté par les accusés contre leur déclaration de culpabilité d'avoir complété en vue de commettre un vol qualifié contrairement à l'art. 423 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, les juges Lamer et Wilson sont dissidents sur le fond.

Jean-François Dionne et François Landry, pour l'appelante.

Vincent Rose et Joseph Elfassy, pour l'intimé Béland.

*Procureurs de l'appelante: Jean-François Dionne, Québec;
François Landry, Joliette.*

Procureurs de l'intimé Béland: Elfassy, Rose & Associés, Montréal.



COUR SUPRÊME DU CANADA

SA MAJESTÉ LA REINE

- et -

ALAIN BÉLAND

- et -

BRUCE PHILLIPS

CORAM: Le Juge en chef et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest

Le juge McIntyre – La question en l'espèce est de savoir si les résultats d'un test par détecteur de mensonges subi par un inculpé sont admissibles en preuve dans le cadre d'un procès au criminel.

Les intimés, Béland et Phillips, ont été accusés de complot en vue de commettre un vol qualifié. La poursuite a produit une preuve tendant à démontrer qu'ils avaient comploté avec un nommé Grenier et un nommé Filippone de voler un camion blindé. Le vol qualifié n'a toutefois pas eu lieu parce que Grenier a révélé le complot à la police. Il est par la suite devenu témoin à charge et sa déposition est la seule qui établit un lien direct entre les intimés et le complot. Les intimés, témoignant pour leur propre compte, ont nié leur participation au complot et ont opposé un démenti à la déposition de



- 2 -

Grenier. Chaque intimé dans son témoignage s'est dit prêt à subir un test par détecteur de mensonges. À la clôture de la présentation de la preuve, les intimés ont saisi le juge du procès d'une demande en réouverture de leur défense afin qu'ils puissent se soumettre chacun à un test par détecteur de mensonges dont les résultats seraient produits en preuve. La requête a été rejetée par le juge du procès qui a conclu que, suivant l'arrêt *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18, les résultats d'un tel test ne sauraient être admis en preuve. Les intimés ont été déclarés coupables. En appel, la Cour d'appel leur a donné gain de cause. En effet, la Cour d'appel à la majorité a rendu une ordonnance portant réouverture de l'instruction et exigeant que les résultats du test par détecteur de mensonges soient présentés au juge du procès pour qu'il statue sur leur admissibilité en se fondant sur toutes les circonstances qui se dégagent de la preuve: [1984] C.A. 443, 15 D.L.R. (4th) 89, 16 C.C.C. (3d) 462, 40 C.R. (3d) 193. Le ministère public se pourvoit de plein droit devant cette Cour en vertu de l'al. 621(1)a) du *Code criminel*. L'unique question à trancher en l'espèce, comme les parties en conviennent, est de savoir si la preuve formée des résultats d'un test par détecteur de mensonges est admissible compte tenu des faits particuliers de la présente affaire.

La Cour d'appel était composée des juges Bisson, Jacques et Malouf et la majorité, formée des juges Bisson et Jacques, a fait une distinction entre la présente instance et l'affaire *Phillion c. La Reine*, précitée, en se fondant sur le fait qu'en l'espèce chacun des défendeurs avait témoigné et que leur crédibilité était manifestement en cause, tandis que *Phillion* n'avait pas témoigné à son procès, de sorte que la question de sa crédibilité ne se posait pas. La majorité a estimé en outre que le juge du procès, en prenant en considération



les inexactitudes possibles du détecteur de mensonges et l'incertitude que risquait d'entraîner son usage, avait confondu la question de l'admissibilité d'un élément de preuve avec celle du poids à lui accorder.

Le juge Malouf, dissident, s'est appuyé sur l'arrêt *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103 (C.A. Ont.), au soutien de l'inadmissibilité de la preuve obtenue au moyen du test par détecteur de mensonges. Il a fondé sa dissidence sur la proposition qu'on ne saurait citer des témoins pour témoigner de la véracité de ses propres témoins. Il s'appuyait donc en réalité sur la règle interdisant le recours aux témoignages justificatifs.

L'arrêt de principe de cette Cour sur la question de l'admissibilité d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges est l'arrêt *Phillion c. La Reine*, précité, qui conclut à l'irrecevabilité d'une telle preuve. Parlant au nom de la majorité, le juge Ritchie s'est dit d'avis que ce genre de preuve allait à l'encontre de la règle du oui-dire. Il affirme, à la p. 24:

Les déclarations faites à des psychiatres et à des psychologues sont parfois jugées recevables dans les affaires criminelles et, dans ce cas, c'est parce que ces experts dans le diagnostic du comportement humain se sont fondés sur elles pour émettre une opinion tenue pour pertinente par le juge de première instance; toutefois, les déclarations sur lesquelles ces opinions se fondent sont irrecevables comme preuves de leur propre véracité et constituent seulement le fondement de l'opinion médicale formée suivant les règles professionnelles reconnues.

Toutefois, des considérations entièrement différentes s'appliquent au témoignage de M. Reid qui n'est ni psychiatre ni psychologue et qui semble n'avoir reçu aucune formation médicale. La preuve démontre qu'il a vu l'accusé uniquement lorsqu'il lui a fait subir un test au détecteur de mensonges, soit la veille de son témoignage.

- 4 -

Il poursuit, à la p. 25:

À mon avis, M. Reid ne disposait pas des moyens nécessaires et n'était pas qualifié pour donner une opinion assurée sur la propension de la personne interrogée à dire ou non la vérité. Toutefois, son opinion se fonde non pas sur les déclarations de l'appelant, mais sur son interprétation d'expert des données fournies par l'appareil. Il est certain que si les déclarations avaient été faites à M. Reid uniquement, elles auraient été irrecevables comme étant manifestement intéressées et en tant que preuve de "seconde main" visant à établir leur propre véracité, au nom d'un accusé qui n'a pas jugé opportun de témoigner. Je ne suis pas disposé à conclure, à la lumière de la preuve déposée en l'espèce, que la simple présence d'un détecteur de mensonges et d'un expert en ces matières rende ces déclarations recevables. En jugeant une telle preuve recevable, on permettrait à tout accusé ayant fait des aveux de choisir de ne pas nier sous serment la véracité de ceux-ci et de substituer à son propre témoignage les données fournies par un appareil aux mains d'un expert qui, pour sa part, se fonde uniquement sur le bon fonctionnement dudit appareil pour déterminer la véracité des réponses données.

Le juge Spence, à l'avis duquel le juge en chef Laskin s'est rangé, a rédigé des motifs distincts dans lesquels il convenait qu'il y avait lieu de rejeter la preuve en cause, mais il s'est abstenu de trancher la question de savoir si, dans d'autres circonstances, la preuve obtenue par détecteurs de mensonges pourrait être admissible.

C'est sur la mention qu'une conclusion différente soit possible dans d'autres circonstances que la majorité en Cour d'appel s'est fondée pour faire une distinction d'avec l'arrêt *Phillion*. *Phillion*, rappelons-le, n'a pas témoigné lui-même, mais a tenté par le biais du témoignage de l'expert en détecteurs de mensonges de présenter sa version au jury et de donner créance à celle-ci. En l'espèce, les deux appelants ont témoigné au procès et ils désirent maintenant



invoquer le témoignage de l'expert en détecteurs de mensonges pour étayer leur crédibilité.

Règle générale s'opposant aux témoignages justificatifs

Le ministère public appelant fait valoir que l'admission d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges viole la règle qui interdit à une partie de produire une preuve destinée uniquement à renforcer la crédibilité de ses propres témoins. C'est ce qu'on appelle parfois dans la jurisprudence ancienne des témoignages justificatifs. Il paraît n'y avoir aucun arrêt de cette Cour qui traite directement de la règle, mais elle est tout de même appuyée par une jurisprudence considérable. Au Canada, l'arrêt de principe sur ce point est l'arrêt *R. v. Kyselka*, précité. Dans cette affaire, les trois inculpés étaient accusés du viol d'une arriérée mentale âgée de seize ans. Le juge du procès a permis à la poursuite de citer un psychiatre, lequel a témoigné qu'en raison de son bas âge mental, la plaignante n'avait pas l'imagination requise pour fabriquer une histoire. Il était donc vraisemblable qu'elle dirait la vérité devant le tribunal. Les accusés ont été déclarés coupables. En appel, le juge en chef Porter de l'Ontario, parlant au nom de la cour composée également des juges Kelly et McLennan, a conclu que le témoignage du psychiatre n'aurait pas dû être admis en preuve, car il avait pour seul but d'indiquer que la plaignante, à cause de son état mental, dirait probablement la vérité si elle était appelée à témoigner. Il dit, aux pp. 107 et 108:

[TRADUCTION] Bien que la crédibilité d'un témoin puisse être attaquée par la partie adverse, *R. v. Gunewardene*, [1951] 2 All E.R. 290, à la p. 294, rien ne justifie ni n'autorise qu'on ait recours à des témoignages justificatifs comme cela s'est produit en l'espèce. Il



s'agit là d'une pratique qui rappelle la procédure suivie antérieurement à la conquête normande, en vertu de laquelle le défendeur dans une action civile ou une personne inculpée au criminel se justifiait en citant des témoins pour jurer que son serment était vrai. Si l'une ou l'autre partie pouvait présenter une telle preuve, il serait impossible de limiter le nombre de témoins susceptibles d'être cités pour déposer concernant la crédibilité d'autres témoins relativement aux faits. Peu importe le nombre de ces témoins de moralité, cela aurait tendance à provoquer une confusion induite dans l'esprit des jurés en détournant leur attention des véritables questions en litige; la controverse deviendrait donc à ce point complexe que, loin de se dégager, la vérité risquerait plus probablement de rester cachée. Pour ces motifs, la preuve en question est inadmissible.

Dans l'arrêt *R. v. Burkart; R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210, la Cour d'appel de la Saskatchewan par la voix du juge en chef Culliton a suivi l'arrêt *Kyselka* devant des faits presque identiques et a écarté une preuve du même genre. La règle a en outre été appuyée dans d'autres arrêts, tels que *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Alb.), où les arrêts *Kyselka* et *Burkart* ont tous les deux été cités et suivis. Dans l'affaire *Clarke* il s'agissait d'un meurtre. La preuve recueillie était surtout circonstancielle et le ministère public a cité comme témoin un codétenu de l'accusé qui a témoigné que l'accusé lui avait fait une déclaration inculpatoire alors qu'ils étaient en prison. En présentant le témoin, l'avocat de la poursuite lui a posé une série de questions d'où il ressortait d'abord qu'il avait un casier judiciaire très chargé, pour aborder ensuite la conversion ou la réhabilitation du témoin. À ce propos, celui-ci a dit qu'il suivait maintenant un cours d'études bibliques, qu'il assistait régulièrement aux réunions des Alcooliques anonymes, qu'il avait effectué la restitution dans le cas de certaines infractions à l'égard desquelles il n'avait pas été poursuivi, qu'il avait changé d'attitude envers la police et la société en général, qu'il en était arrivé à se rendre compte qu'il était l'auteur de ses propres problèmes sociaux, qu'à présent la violence lui répugnait et qu'il la rejetait. Ce



témoignage a été attaqué pour inadmissibilité dans un appel interjeté contre la déclaration de culpabilité. Le juge McClung, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel, également formée du juge Clement et du juge suppléant Crossley, a conclu que les avocats doivent pouvoir présenter les témoins sous le meilleur jour possible, mais que l'interrogatoire auquel on avait procédé dans cette affaire-là dépassait les limites permises parce qu'il visait d'abord et avant tout à renforcer la bonne moralité du témoin et, partant, sa crédibilité. Pour étayer son point de vue, le juge McClung s'est référé à *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev., 1972), vol. 4, à la p. 233:

[TRADUCTION] 1104(A) *Preuve confirmant la bonne moralité: généralement inadmissible tant que celle-ci n'aura pas été attaquée.* La bonne moralité est tout aussi pertinente en tant qu'indication qu'on dit probablement la vérité que peut l'être la mauvaise moralité comme indication de la probabilité qu'on ne la dit pas. Il n'y a toutefois aucune raison de s'attarder à prouver ce dont l'existence peut être présumée. En ce qui concerne la propension à la véracité, on peut supposer qu'un témoin est d'une moralité normale, de même qu'on tient pour acquis qu'il possède une santé mentale normale. Tout témoignage tendant à établir sa bonne moralité est donc exclu *jusqu'à ce que celle-ci soit mise en doute*, de sorte qu'il devient utile de nier la mauvaise moralité.

Le juge McClung s'est référé en outre aux propos du juge Lacourcière au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425, affaire dans laquelle on avait admis un élément de preuve établissant qu'un témoin à charge avait déjà été jugé et acquitté relativement au meurtre dont l'accusé se trouvait inculpé. Le juge Lacourcière a dit, à la p. 433:

[TRADUCTION] La production de cette preuve au cours de l'interrogatoire principal est cependant difficilement justifiable. S'il s'agissait d'une tentative de la poursuite de renforcer et de soutenir la crédibilité de son propre témoin, laquelle, en dépit de l'orientation



évidente de la théorie de la défense, n'avait pas encore été attaquée, c'est à tort que la preuve en question a été admise.

Un point de vue semblable a été exprimé en Angleterre où le lord juge Lawton, parlant au nom de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70, mentionne, à la p. 75, la règle [TRADUCTION] "concernant la production de preuves touchant la question de la crédibilité, c.-à-d. la règle selon laquelle des preuves peuvent en général être apportées pour mettre en doute la crédibilité de témoins, mais ne peuvent l'être dans le cadre de l'interrogatoire principal pour renforcer leur crédibilité".

Cette règle a souvent été commentée dans la doctrine traitant de la preuve. McWilliams, dans *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984), affirme, à la p. 1078:

[TRADUCTION] D'une manière générale, on ne saurait produire des preuves destinées à renforcer la crédibilité des témoins. Une preuve de mauvaise moralité peut néanmoins être présentée pour attaquer leur crédibilité, auquel cas cette preuve peut être réfutée par une preuve de bonne moralité. Une preuve établissant la bonne moralité de témoins autres que l'accusé ne peut être produite pour démontrer qu'il était peu probable que ces témoins aient commis l'infraction pour la bonne raison que cette preuve serait dénuée de toute pertinence.

De même, Schiff, dans *Evidence in the Litigation Process* (2nd ed. 1983), dit, à la p. 585:

[TRADUCTION] On peut poser comme principe général que, tant que la partie adverse n'a pas attaqué la crédibilité d'un témoin, la partie qui l'a cité ne peut pas non plus prouver sa crédibilité.

- 9 -

Schiff adopte en outre l'opinion de Wigmore selon laquelle un témoin est présumé crédible jusque à ce que sa crédibilité soit attaquée. En Angleterre, sir Rupert Cross a abordé ce sujet dans la cinquième édition de son ouvrage intitulé *On Evidence* (1979), aux pp. 269 à 272. Il signale, à la p. 271, qu'il existe une jurisprudence du Commonwealth selon laquelle il est loisible à un accusé de produire une preuve psychiatrique relative à un état mental qui mettrait en doute sur la véracité d'une confession, mais il ajoute, aux pp. 271 et 272:

[TRADUCTION] L'exigence que la preuve doit viser un état mental anormal selon un expert dans le domaine, et non pas simplement des enregistrements faits sur un appareil par un témoin capable de le faire fonctionner est illustrée par la réaction prépondérante des tribunaux à la preuve du fonctionnement du détecteur de mensonges. La crainte que l'admissibilité d'une telle preuve qui viendrait mettre en doute la véracité d'une confession, puisse conduire au procès par machine plutôt que par jury, est à l'origine de la décision prise par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Phillion* d'exclure ce genre de preuve. Bien entendu, il se peut qu'un jour vienne où les détecteurs de mensonges seront considérés comme infaillibles mais, à ce moment-là, le droit de la preuve, comme bien d'autres choses d'ailleurs, aura beaucoup changé.

Jusqu'à maintenant il ne paraît pas y avoir eu d'affaire dans laquelle des éléments de preuve ont été admis à seule fin d'établir la crédibilité d'un témoin cité ou à citer par la partie qui les a produits; il ne paraît pas non plus y avoir eu d'affaire dans laquelle des éléments de preuve ont été présentés pour contredire la déposition d'un témoin cité pour attaquer la crédibilité d'un témoin de la partie adverse. Il est à espérer que la première possibilité sera écartée pour le motif que les témoins sont présumés crédibles.

Voir aussi *Phipson on Evidence* (13th ed. 1982).

Il se dégage de ce qui précède que la règle interdisant les témoignages justificatifs, c'est-à-dire toute preuve produite uniquement pour confirmer la crédibilité d'un témoin, repose sur un solide fondement

- 10 -

jurisprudentiel. Comme la preuve obtenue au moyen d'un test par détecteurs de mensonges n'a pas d'autre but, il est évident que son admission irait à l'encontre de la règle bien établie.

La règle interdisant la production de déclarations antérieures compatibles

La règle qui s'oppose aux témoignages justificatifs est aussi compatible en principe avec d'autres règles de preuve qui, dans une certaine mesure, correspondent au même contenu et qui sont fondées sur des principes semblables. Mentionnons à titre d'exemple la règle interdisant l'admission de déclarations antérieures compatibles d'un témoin. McWilliams, précité, traite de cette règle à la p. 353, puis se réfère aux propos souvent cités du juge Neville dans l'affaire *Jones v. South-Eastern and Chatham Railway* (1917), 87 L.J.K.B. 775 (C.A.), à la p. 179, où il dit:

[TRADUCTION] . . . des déclarations peuvent être utilisées contre un témoin à titre d'aveux, mais on ne saurait produire en preuve des déclarations faites à d'autres occasions par le témoin pour confirmer son témoignage.

Cette observation a été formulée dans le contexte d'une affaire où la demanderesse alléguait avoir subi une blessure au travail et où on a tenté de produire en preuve une déclaration qu'elle avait faite à un tiers après l'accident. McWilliams cite en outre l'arrêt *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (C.A. Ont.), dans lequel le juge Martin, exprimant l'avis de la cour composée également des juges Arnup et Lacourcière, a dit, à la p. 18:

[TRADUCTION] Le refus du juge de première instance d'admettre que d'autres témoins déposent, notamment au stade du contre-interrogatoire, concernant des déclarations antérieures de l'appelante, résulte de l'application de deux règles de preuve distinctes:

- I. La règle qui empêche un accusé de tirer des témoins des déclarations intéressées qu'il a faites antérieurement;
- II. La règle selon laquelle un témoin, qu'il soit ou non partie au litige, ne saurait répéter ses propres déclarations antérieures portant sur l'affaire dont la cour se trouve saisie, faites à d'autres personnes en dehors de la salle d'audience, ni ne saurait citer d'autres personnes pour témoigner relativement à ces déclarations.

Les déclarations d'un accusé qui enfreignent la règle I sont exclues parce qu'elles constituent du oui-dire. Quant à la relation par un témoin de déclarations antérieures faites à d'autres personnes en dehors de la salle d'audience, cela paraît être interdit par la règle II, parce que, sauf dans certaines circonstances précises, cette preuve manque généralement la valeur probante requise pour soutenir la crédibilité du témoin.

Wigmore on Evidence, précité, à la p. 255, par. 1124, formule la règle dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Lorsque le témoin a seulement témoigné à son interrogatoire principal sans qu'on l'attaque, une preuve de déclarations compatibles est inutile et sans valeur. Une telle preuve n'est d'aucun secours pour le témoin, car même si son récit est invraisemblable ou douteux, ce n'est pas à force de répétitions qu'il devient plus vraisemblable ou moins douteux. Normalement, ce genre de preuves se révèlent gênantes au procès et sont habituellement écartées.

Bien que le juge Martin, dans l'arrêt *Campbell*, et Wigmore, précité, laissent entendre que l'exclusion des déclarations s'explique parce qu'elles constituent du oui-dire et qu'elles manquent de valeur probante, un autre fondement possible de la règle a été avancée, savoir qu'il serait trop facile de fabriquer de telles déclarations en vue de leur emploi au cours d'une instance ultérieure. Dans la



décision *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199, le juge en chef Eyre a dit, aux pp. 1093 et 1094:

[TRADUCTION] . . . on présume que nul ne fera une déclaration qui lui sera préjudiciable, à moins qu'elle ne soit vraie, mais que quiconque se trouve en difficulté ou prévoit l'être fera des déclarations qui lui seront favorables.

Cette règle vise généralement les déclarations antérieures compatibles. En l'espèce, on désire produire en preuve des déclarations postérieures aux dépositions qu'ont faites les intimés au procès. L'estime toutefois qu'il n'y a en principe aucune différence entre les deux situations. Le problème est qu'il s'agit de déclarations extrajudiciaires compatibles. Le fait qu'on ait pu les faire après la preuve présentée au procès, ne change rien à leur valeur probante ni à leur fiabilité. À mon avis, la règle qui s'oppose à l'admission de déclarations extrajudiciaires compatibles est bien établie et son application s'impose particulièrement dans le cas de questions concernant l'utilisation du détecteur de mensonges. La preuve obtenue par détecteurs de mensonges serait entièrement intéressée et n'éclairerait pas le tribunal sur les véritables questions en litige. À supposer, comme c'est le cas en l'espèce, que la preuve qu'on cherche à présenter ne relève d'aucune exception reconnue à l'application de la règle, c'est-à-dire les situations où une telle preuve peut être admise pour réfuter l'allégation de fabrication récente ou pour établir l'état physique, mental ou émotionnel, elle doit être écartée. On courrait autrement le risque de voir le procès consacré à une étude de questions incidentes qui prendrait beaucoup de temps, sèmerait la confusion, et ferait dévier les procédures de l'examen de la question fondamentale de la culpabilité ou de l'innocence. Ce point de vue

est résumé par D. W. Elliott dans "Lie Detector Evidence: Lessons from the American Experience" dans *Well and Truly Tried* (1982), aux pp. 129 et 130:

[TRADUCTION] Un défendeur qui essaie de produire en preuve les résultats d'un test établissant sa véracité relativement aux questions en litige se heurtera inévitablement à la règle interdisant l'admission de déclarations intéressées ou, comme on l'appelle parfois, la règle selon laquelle une partie ne saurait fabriquer une preuve en sa faveur; et il ne s'agirait pas à ce moment-là d'un écueil dans un sens purement formel. La règle est parfois appliquée d'une façon machinale et peu intelligente pour exclure des éléments de preuve auxquels aucune exception valable ne peut être opposée, comme cela ressort de l'arrêt de principe *Gillie v. Posho*. Mais si l'on rejetait pour ce motif une preuve par détecteurs de mensonges produite par la défense, ce ne serait pas qu'un simple réflexe formaliste de juriste obscurantistes. La politique qui sous-tend le principe est primordiale et, en règle générale, une preuve par détecteurs de mensonges produite par la défense va fondamentalement à son encontre. Comme l'ont souligné certains juges, il est probable que seuls les défendeurs qui passent le test avec succès voudront que les résultats soient admis en preuve. Il n'y a aucune obligation de présenter les premiers résultats obtenus. Un défendeur peut subir le test à maintes reprises et, au besoin, aller d'expert en expert jusqu'à ce qu'il obtienne les résultats désirés. Même les tests obligatoires ne sont pas inattaquables à cet égard, car il va sans dire que les avocats d'un défendeur lui conseilleront de se soumettre en secret à plusieurs essais avant de se livrer au ministère public. A tout le moins ces essais lui permettront de s'habituer au test et de se mettre au courant des questions qui seront vraisemblablement posées.

J'estime en conséquence qu'une preuve formée des résultats d'un test par détecteurs de mensonges irait nettement à l'encontre de la règle interdisant l'admission de déclarations antérieures ou de déclarations extrajudiciaires d'un témoin. Chacune des considérations qui sous-tendent cette règle s'applique avec autant de force à la preuve obtenue par détecteurs de mensonges qu'à d'autres déclarations. Ce n'est pas parce qu'elles sont répétées par un autre témoin que des déclarations acquièrent un poids et une fiabilité accrues. La décision finale quant à la véracité ou à la fausseté d'un témoignage doit reposer sur le jugement dont fait preuve le juge des faits. Cela vaut autant pour la preuve

- 14 -

recueillie au moyen de tests par détecteurs de mensonges que pour n'importe quelle autre preuve. Le juge des faits doit en dernière analyse arriver à sa conclusion en se fondant sur la déposition faite par un être humain devant le tribunal. Du point de vue du juge des faits, le témoignage de l'expert en détecteurs de mensonges n'ajoute rien à la déclaration antérieure du témoin, que l'on cherche à corroborer.

La règle relative à la preuve de moralité

Une autre règle qui s'apparente à la règle interdisant les témoignages justificatifs et qui se révèle généralement compatible avec elle est celle concernant l'utilisation d'une preuve de moralité. McWilliams, précité, à la p. 275, énonce de la manière suivante la règle en tant qu'elle se rapporte à la position du ministère public:

[TRADUCTION] La *common law* anglaise pose comme principe fondamental que la poursuite ne saurait produire, pour établir qu'un accusé a commis l'infraction qu'on lui impute, une preuve qui fait ressortir sa mauvaise moralité et ses habitudes criminelles. La preuve de la culpabilité de l'accusé se limite à l'affaire qui donne naissance à l'accusation relativement à laquelle il se fait juger.

Cette proposition souffre toutefois une restriction: lorsqu'un accusé met sa moralité en cause, il est alors loisible au ministère public de présenter une preuve de sa mauvaise moralité. Déterminer comment un accusé pourrait mettre sa moralité en cause une question controversée. Autrefois, l'accusé qui présentait une preuve de moralité devait se limiter à une preuve de réputation générale plutôt que de mentionner des exemples précis de bonne conduite.

Cette position est plutôt en conflit avec l'opinion exprimée par le juge en chef Duff dans l'arrêt *R. v. Barbour*, [1938] R.C.S. 465, à la p. 469:

[TRADUCTION] Bien sûr, on laisse à l'accusé une latitude beaucoup plus grande et il peut apporter n'importe quelle preuve, par exemple une preuve de moralité, tendant à démontrer non seulement qu'il est peu probable qu'il ait commis le crime imputé, mais aussi qu'il n'était pas une personne encline à le faire.

Une jurisprudence plus récente a établi un moyen terme entre les deux extrêmes exposés ci-dessus. Le juge Brooke de la Cour d'appel, dans l'arrêt *R. v. Close*, (1982), 68 C.C.C. (2d) 105 (C.A. Ont.), à la p. 113, a dit qu' [TRADUCTION] "on conçoit mal comment un accusé peut témoigner de sa propre réputation" et les tribunaux ont en conséquence laissé une plus grande marge aux accusés. Dans l'arrêt *R. v. McFadden* (1981), 65 C.C.C. (2d) 9 (C.A.C.-B.), le juge Craig a dit, à la p. 13:

[TRADUCTION] La preuve de moralité a pour but de démontrer que l'accusé est une personne qui n'aurait probablement pas commis l'acte dont elle se trouve inculpée et aussi de renforcer sa crédibilité. Un accusé peut prouver sa moralité (1) en citant des témoins, (2) en contre-interrogeant à ce sujet les témoins à charge et (3) en témoignant lui-même. Normalement il ne lui est loisible d'établir sa moralité que par une preuve de sa réputation générale et non pas par une preuve d'actes précis pouvant tendre à démontrer sa moralité. Le ministère public peut présenter une contre-preuve de mauvaise moralité, mais cette contre-preuve doit elle aussi se rapporter uniquement à la réputation générale: *R. v. Rowton* (1865), L.C. & C. 520, 169 E.R. 1497. Il est permis à un accusé de mettre sa moralité en cause au cours de sa déposition, non pas en témoignant relativement à sa réputation générale, mais en faisant des assertions tendant à démontrer qu'il est une personne de bonne moralité, particulièrement en ce qui concerne l'aspect précis de sa moralité qui est en cause.



Voir en outre l'arrêt *R. v. McNamara No. 1* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.), à la p. 348:

[TRADUCTION] M^e Robinette a fait valoir en outre qu'il faut entendre par moralité la réputation générale et que l'accusé ne peut mettre sa moralité en cause qu'en produisant une preuve de sa réputation générale. Avec égard, nous ne sommes pas d'accord. En *common law*, la règle voulait que la preuve de bonne moralité ne puisse être apportée que sous la forme d'une preuve de réputation et ne puisse être réfutée que par une preuve de réputation et non par une preuve d'actes précis de mauvaise conduite: *R. v. Rowton* (1865), Le & Ca. 520, 169 E.R. 1497. Cette règle a toutefois été posée à une époque où l'accusé ne pouvait pas témoigner lui-même. Une longue série de décisions anglaises (dont deux ont été citées et approuvées dans la décision *Morris v. The Queen*, précitée) ont établi qu'un accusé peut mettre sa moralité en cause en témoignant de sa bonne moralité. Il a été jugé systématiquement que le terme "moralité" employé dans la *Criminal Evidence Act, 1898* signifie non seulement la réputation, mais aussi le sens moral: *Cross on Evidence* 4th ed. (1974), à la p. 426; *Phipson on Evidence*, 12th ed. (1976), à la p. 218. Il est vrai que lorsque l'accusé désire produire une preuve extrinsèque de sa bonne moralité en citant des témoins, cette preuve doit se limiter à une preuve de sa réputation générale, mais cette règle ne s'applique pas quand c'est l'accusé lui-même qui témoigne.

McWilliams, précité, à la p. 282, résume le principe en les termes suivants:

[TRADUCTION] Lorsque la défense cherche à mettre la moralité de l'accusé en cause en contre-interrogeant les témoins à charge ou en faisant déposer des témoins à décharge autres que l'accusé, la règle devrait être appliquée strictement, c'est-à-dire qu'il faut s'en tenir à une preuve de la réputation générale. Cette restriction ne joue cependant pas quand c'est l'accusé lui-même qui met sa moralité en cause.

L'affaire *R. v. Clarke*, précitée, représente un exemple d'une tentative de se servir d'une preuve de moralité pour appuyer la crédibilité d'un témoin. Quel effet la règle a-t-elle sur la preuve par détecteurs de mensonges? Lorsqu'on essaie de produire une telle preuve c'est l'expert en détecteurs de

mensonges qui sera cité comme témoin et sa déposition aura évidemment pour but d'étayer la crédibilité de l'accusé et, en fait, de démontrer sa bonne moralité en donnant à entendre qu'il n'a pas menti au cours du test. En d'autres termes, il s'agit d'une preuve non pas de la réputation générale mais d'un incident précis qui, en tant que telle, sera écartée en vertu de la règle. Il s'ensuit donc que la production en preuve du test par détecteur de mensonges constituerait une violation de la règle relative à la preuve de moralité.

La preuve d'expert

On a soutenu en outre que la preuve obtenue par détecteurs de mensonges était admissible en tant que preuve d'expert. L'opérateur en tant qu'expert en détecteurs de mensonges était compétent et qualifié pour exprimer son opinion quant à la véridicité du témoin, en se fondant uniquement sur son interprétation du sens des réponses données par le témoin aux questions posées dans le cadre du test.

Le rôle d'un témoin expert a été précisé par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24. Parlant au nom de la Cour, le juge Dickson (alors juge puîné) a dit, à la p. 42:

Quant aux questions qui exigent des connaissances particulières, un expert dans le domaine peut tirer des conclusions et exprimer son avis. Le rôle d'un expert est précisément de fournir au juge et au jury une conclusion toute faite que ces derniers, en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler. [TRADUCTION] "L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury. Si, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas

- 18 -

nécessaire" (*Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80, à la p. 83, le lord juge Lawton).

Lord Cooper a affirmé dans la décision *Davie v. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34, à la p. 40:

[TRADUCTION] Il leur incombe de fournir au juge ou au jury les critères scientifiques nécessaires pour vérifier l'exactitude de leurs conclusions, afin de permettre au juge ou au jury de former sa propre opinion par l'application de ces critères aux faits établis par la preuve.

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 de 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. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une question qui relève des connaissances et de l'expérience du juge des faits, point n'est besoin du témoignage d'un expert et, à ce moment-là, aucune opinion d'expert ne sera admise.

En l'espèce la seule question relativement à laquelle on présente une preuve obtenue par détecteur de mensonges est celle de la crédibilité des accusés, question qui relève clairement de l'expérience de juges et de jurys et à l'égard de laquelle aucune preuve d'expert n'est nécessaire. L'un des principes fondamentaux de notre système juridique porte que les juges et les jurys sont compétents pour déterminer la crédibilité et la fiabilité d'une preuve. Cette question a été commentée par Michael Abbell dans "Polygraph Evidence: The



Case Against Admissibility in Federal Criminal Trials" (1977), 15 *Am. Crim. L. Rev.* 29. À la page 55, il fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] La véracité d'un témoin ou d'un accusé a été rarement considérée comme une question technique sur laquelle des profanes "sans formation" n'ont pas compétence pour répondre intelligemment après avoir été saisis de l'ensemble de la preuve dans une affaire. Ce sont d'ailleurs les fonctions traditionnelles des jurés dans notre système d'appliquer leur propre expérience de la vie quotidienne aux témoignages et aux autres éléments de preuve produits devant eux, afin d'arriver à déterminer quels témoins disent la vérité. "C'est l'expertise des jurés" dans la conduite de leurs affaires personnelles et commerciales qui fait que, dans notre système judiciaire, ils sont depuis longtemps jugés particulièrement compétents pour faire la détermination qui leur incombe.

Je fais miennes ces observations et j'estime en conséquence qu'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges visant à soutenir la crédibilité d'un accusé n'est pas admissible en preuve au Canada.

En conclusion, ayant examiné les règles de preuve bien établies et appliquées depuis longtemps par nos tribunaux, je suis d'avis que le détecteur de mensonges n'a pas de place dans le processus judiciaire dans la mesure où l'on s'en sert comme moyen de déterminer ou de vérifier la crédibilité de témoins. On dit souvent que le détecteur de mensonges représente une application des connaissances et de l'expérience scientifiques modernes à la détermination de la véracité de déclarations humaines. Étant donné l'importance de leur tâche, les tribunaux, affirme-t-on, devraient accueillir cet appareil plutôt que de s'accrocher aux méthodes imparfaites du passé. Bien que cet argument puisse séduire à première vue, selon moi, la réalité de la procédure judiciaire vient empêcher qu'il soit retenu.

- 20 -

Je m'empresse de préciser que cette opinion ne repose nullement sur une crainte des inexactitudes du détecteur de mensonges, question sur laquelle on ne nous a pas présenté une preuve suffisante pour que nous puissions nous prononcer. On peut néanmoins faire remarquer que même une conclusion à l'existence d'un pourcentage important d'erreurs dans les résultats ne constituerait pas en soi un motif suffisant pour en interdire l'usage devant les tribunaux. L'erreur est inhérente aux affaires humaines, scientifiques ou non scientifiques. La procédure établie de nos tribunaux n'en est pas exempte non plus, c'est pourquoi il faut toujours se montrer vigilant. À mon sens, deux raisons impérieuses militent en faveur de l'exclusion dans les procédures judiciaires de toute preuve formée par les résultats de tests par détecteurs de mensonges. En premier lieu, l'admission d'une preuve obtenue au moyen du détecteur de mensonges irait à l'encontre des règles de preuve bien établies qu'on a déjà mentionnées. En deuxième lieu, quoique rien ne s'oppose à ce que les règles de preuve soient modifiées lorsque cela entraîne des améliorations, j'estime que l'admission d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne servira aucune fin qui n'est pas déjà servie. De plus, elle perturbera les procédures, occasionnera des retards et créera de nombreuses complications, sans pour autant apporter au processus plus de certitude qu'on en trouve à présent.

Depuis que le combat judiciaire a cédé le pas aux poursuites judiciaires, la détermination des faits, y compris la véracité des parties et de leurs témoins, incombe aux juges ou aux jurys qui, à cette fin, procèdent à une appréciation des déclarations des témoins. Cette façon de faire a engendré tout un ensemble de règles portant sur la production et l'admission de preuves et on

a élaboré des méthodes qui se sont révélées efficaces et qui ont acquis un degré considérable d'approbation. Elles ont facilité la conduite ordonnée des procédures judiciaires et sont conçues de manière que les procédures ne s'écartent pas de la question fondamentale en litige, c'est-à-dire, dans une affaire criminelle, celle de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. À quoi servirait-il d'introduire à titre de preuve dans le processus judiciaire des résultats de tests par détecteurs de mensonges? En premier lieu, il faut se rappeler que toute scientifique que puisse être cette preuve, son utilisation devant le tribunal dépend d'une intervention humaine, celle de l'expert en détecteurs de mensonges. Quels que soient les résultats enregistrés par le détecteur de mensonges, c'est par la bouche de l'expert que leur nature et leur sens sont communiqués au juge des faits. La faillibilité humaine est par conséquent toujours présente, mais on peut dire que maintenant elle est renforcée par la mystique de la science. On peut se demander alors à quoi cela sert-il? Il fournit une preuve sur la question de la crédibilité d'un témoin, ce qui n'a jamais été autre chose qu'une question incidente à trancher par le juge des faits. Cela aide-t-il donc le juge des faits si le témoin "A" affirme ne pas avoir été présent sur les lieux du crime et puis que le témoin "B", un expert en détecteurs de mensonges, déclare que "A" dit probablement la vérité? Quel serait le résultat, par exemple, si l'expert concluait de son test que le témoin "A" ment? Cette preuve serait-elle admissible? Pourrait-elle être exclue par le témoin "A"? Pourrait-elle être produite par le ministère public? Voilà des questions sérieuses qui en amènent d'autres encore. Serait-il loisible à l'adversaire de la personne qui s'appuie sur le détecteur de mensonges de faire procéder à un second test à ses propres fins? Si les résultats étaient différents, lesquels l'emporteraient et quel droit existerait-il de forcer la

- 22 -

production d'une preuve obtenue par ce moyen qui se trouverait en la possession d'une partie qui ne voudrait pas la produire? C'est cette crainte de confusion devant les tribunaux qui me conduit au rejet du détecteur de mensonges. Pas plus que le juge en chef Porter dans l'arrêt *Kyselka*, je ne souhaite un retour à la méthode employée dans les procès antérieurement à la conquête normande où les parties comptaient beaucoup sur des témoins justificateurs qui juraient qu'elles disaient la vérité. Pour une description du rôle du témoin justificateur autrefois, voir Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. 1, aux pp. 305 à 308, et Walsh, *Outlines of the History of English and American Law* (1926), aux pp. 99 et 100 (note II). Je cherche à maintenir le principe selon lequel, dans le règlement de litiges devant les tribunaux, les questions de crédibilité doivent être tranchées par des juges des faits qui sont des êtres humains et qui utilisent leur expérience des affaires humaines et fondent leur jugement sur leur appréciation du témoin et sur un examen de la manière dont un témoignage donné s'insère dans le tableau général qui se dégage d'un examen de l'affaire dans son ensemble.

Vu les motifs que je viens d'exposer et vu l'arrêt *Phillion*, précité, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public. Je suis en outre d'avis d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité inscrite au procès.

COUR SUPRÊME DU CANADA

SA MAJESTÉ LA REINE

et

ALAIN BÉLAND

et

BRUCE PHILLIPS

CORAM: Le Juge en chef et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain
et La Forest

Le juge La Forest -- J'ai eu l'avantage de lire le jugement de mon collègue le juge McIntyre et je suis d'accord avec la façon dont il propose de trancher le pourvoi. Cependant, je préfère fonder ma décision uniquement sur les facteurs suivants qu'il a identifiés dans la dernière partie de son jugement, savoir la faillibilité humaine dans l'évaluation du poids à donner à la preuve empreinte de la mystique de la science et l'inopportunité de s'attarder à l'examen de question incidentes.

COUR SUPRÊME DU CANADA

SA MAJESTÉ LA REINE

- et -

ALAIN BÉLAND

- et -

BRUCE PHILLIPS

CORAM: Le Juge en chef et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain
et La Forest

Le juge Wilson -- J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés en l'espèce par mon collègue le juge McIntyre. Comme il y expose les faits et présente l'historique de l'affaire devant les tribunaux d'instance inférieure, il n'est pas nécessaire que je le refasse.

Mon collègue donne quatre raisons fondamentales d'exclure en l'espèce la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Ces raisons sont les suivantes:

- (1) la règle s'opposant aux témoignages justificatifs;
- (2) la règle interdisant la production de déclarations antérieures compatibles;



- 2 -

- (3) la règle relative à la preuve de moralité et
- (4) la règle relative à la preuve d'expert.

Avec égards, je ne partage pas son avis que ces règles peuvent servir de fondement à l'exclusion de la preuve obtenue par détecteurs de mensonges et je commenterai brièvement chacune d'elles.

(1) La règle s'opposant aux témoignages justificatifs

Les témoignages justificatifs, si je comprends bien, constituaient une méthode de preuve à laquelle on avait recours en Angleterre antérieurement à l'époque normande. L'accusé dans une affaire criminelle ou le défendeur dans une affaire civile pouvait établir son innocence en produisant un certain nombre de témoins justificateurs qui juraient de la véracité de ce qu'il avait dit sous serment. La teneur du serment de ces témoins justificateurs était préétablie. S'ils s'en écartaient le moindrement, il y avait à ce moment-là "serment vicié" et la partie adverse obtenait gain de cause. Cette pratique est tombée en désuétude au cours du XIII^e siècle.

Le rapport qui peut exister entre le recours aux témoignages justificatifs et l'admissibilité d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges me paraît très ténu. Les témoins justificateurs n'étaient pas tenus de posséder des connaissances touchant l'innocence ou la culpabilité de l'accusé. Ils ne faisaient que réciter une formule particulière de serment, qui ne pouvait être contredit. L'expert en détecteurs de mensonges, par contre, administre à l'accusé plusieurs tests. Il rédige un rapport sur les résultats de ces tests et



- 3 -

exprime son opinion d'expert sur la question de savoir si les réactions physiologiques de l'accusé ressemblent à celles d'une personne qui dit la vérité. On peut le contre-interroger sur ses méthodes, sur ses hypothèses, sur son interprétation des données et sur la fiabilité de l'appareil. Sa déposition n'est qu'un élément parmi beaucoup d'autres dont le jury tiendra compte dans son appréciation de la crédibilité de l'accusé.

En quoi la preuve obtenue par détecteurs de mensonges ressemble-t-elle donc au procédé médiéval par lequel l'accusé avait la garantie d'être acquitté s'il pouvait réunir un nombre suffisant de témoins justificateurs? Toute affirmation de similarité entre les deux devrait, selon moi, reposer sur l'hypothèse que, malgré le contre-interrogatoire de l'expert en détecteurs de mensonges, malgré le témoignage d'autres experts en la matière pour réfuter les déclarations erronées du premier et malgré la présentation de directives appropriées au jury, celui-ci fonderait automatiquement sa décision sur le témoignage du premier expert. Or, je tiens cette hypothèse pour tout à fait injustifiée. Je ne crois pas que nous puissions la faire, même à supposer la crainte de mon collègue que la preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne reçoive un poids accru en raison de la "mystique de la science" ait quelque validité. Mais, pour des raisons qui seront exposées plus loin, je doute que cette crainte soit valide.

Pour ma part, j'estime que la règle s'opposant aux témoignages justificatifs n'est rien d'autre qu'un aspect curieux de l'histoire juridique qui a peu de rapport avec la question de l'admissibilité d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Le recours aux témoignages justificatifs est une façon

- 4 -

de se justifier qui date d'avant le concept moderne d'un jugement fondé sur la preuve. La preuve obtenue par détecteurs de mensonges, par contre, cadre parfaitement avec la théorie moderne des procès, selon laquelle les témoins sont soumis à des interrogatoires afin que la vérité puisse se dégager.

On prétend, cependant, que le recours aux témoignages justificatifs est le précurseur d'une "règle bien établie" qui rend inadmissibles les éléments de preuve produits à seule fin d'étayer la crédibilité de son propre témoin. Plusieurs précédents ont été cités pour appuyer la proposition selon laquelle on ne saurait produire un témoignage en interrogatoire principal pour étayer la crédibilité de ses propres témoins mais, si une preuve est produite pour les discréditer, une contre-preuve peut être présentée sur cette question. Il convient toutefois de souligner que la jurisprudence canadienne invoquée à l'appui de la règle susmentionnée se compose exclusivement d'affaires dans lesquelles le ministère public tentait de produire des témoignages en interrogatoire principal destinés à appuyer la crédibilité d'un témoin à charge. On n'a invoqué aucune décision canadienne dans laquelle la permission d'en faire autant a été refusée à l'accusé. J'ai en conséquence certaines réserves quant à la portée de la "règle bien établie" au Canada. À mon avis, pour que cette règle s'applique aux intimés en l'espèce, il faudrait lui donner une certaine extension. Peut-être convient-il de l'appliquer et au ministère public et à la défense, mais cela ne va pas de soi. D'ailleurs, si l'on se reporte à d'autres domaines de la preuve criminelle, il est possible de faire des analogies qui justifieraient une attitude plus souple à l'égard d'éléments de preuve produits par un accusé. Par exemple, dans l'affaire *R. v. Miller* (1952), 36 Cr. App. R. 169, on a permis à un accusé de produire contre un coaccusé une preuve qui

- 5 -

aurait été inadmissible en tant que preuve à charge. De plus, la Cour d'appel d'Angleterre a conclu dans l'arrêt *R. v. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199, qu'il est loisible à un accusé de commenter le fait qu'un coaccusé n'a pas témoigné, alors que la poursuite ne jouit pas de cette possibilité. Le fondement de cette jurisprudence est résumé par lord Morris dans l'arrêt *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85, à la p. 102, où il dit:

[TRADUCTION] . . . c'est une chose de dire qu'une telle preuve (des observations sur le fait de ne pas avoir témoigné) est exclue quand elle est invoquée par le ministère public comme preuve de culpabilité et toute autre chose de dire qu'elle est exclue quand elle est invoquée par l'accusé pour prouver son innocence.

Je suis très consciente du fait que les intimés en l'espèce se sont présentés à la barre des témoins pour nier leur participation au complot et que la seule preuve directe établissant leur participation a été le témoignage de Grenier, un comploter passé aux aveux. Le ministère public, par l'intermédiaire de Grenier, a mis en doute la crédibilité des intimés en disant qu'ils se parjuraient. C'était la parole de Grenier contre celle des intimés. Donc, en offrant de se soumettre à un test de détecteur de mensonges, les intimés se trouvaient en réalité à riposter à l'attaque du ministère public au sujet de leur crédibilité. Tout l'argument du ministère public revenait d'ailleurs à ceci: les intimés mentaient et l'indicateur Grenier disait la vérité.

Le paragraphe 577(3) du *Code criminel* dispose qu'un accusé a le droit, après que la poursuite a terminé son exposé, de présenter une défense pleine et entière. On pourrait dire que c'est là précisément ce que les intimés ont essayé de faire par la présentation de la preuve obtenue par détecteurs de

mensonges. En fait, il a déjà été établi que cette disposition du *Code* confère à un accusé le droit de citer les témoins et de produire les éléments de preuve qu'il peut juger nécessaires: voir *R. v. Cook* (1960), 127 C.C.C. 287 (C.S. Alb., Div. App.)

On a conclu dans l'arrêt *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425 (C.A. Ont.) que l'attaque contre la crédibilité du témoin à charge doit revêtir une forme plus explicite que [TRADUCTION] "l'orientation évidente de la théorie de la défense" pour que soit justifiée la présentation d'éléments de preuve tendant à établir la crédibilité. Mais, là aussi, c'était le ministère public qui tentait d'étayer la crédibilité de son propre témoin. Cette Cour n'a pas encore eu à examiner s'il convient d'appliquer la règle à l'encontre d'un accusé dans un cas comme celui-ci où le ministère public ne fait valoir que le manque de crédibilité des accusés. Par conséquent, je ne crois pas qu'il existe au Canada une "règle bien établie" qui joue contre les intimés. De fait, il est intéressant de noter que le passage tiré de la cinquième édition de Cross (1973) qu'a cité mon collègue a été omis dans la sixième édition (1985) et qu'il y a d'autres auteurs qui ne reconnaissent pas l'existence d'une telle règle. À mon avis, nous nous trouverions donc à faire du droit prétorien si nous devions juger une telle règle applicable dans les présentes circonstances. C'est dire non pas que nous ne devrions pas le faire, mais simplement que, si nous le faisons, ce doit être à bon escient. Je reviendrai sur ce point plus loin dans le cadre de mon analyse de la décision de la majorité dans l'affaire *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18.

- 7 -

(2) La règle interdisant la production de déclarations antérieures compatibles

Le second motif de l'exclusion de la preuve obtenue par détecteurs de mensonges est qu'elle va à l'encontre de la règle interdisant l'admission de déclarations antérieures compatibles. Il ressort clairement de la jurisprudence et de la doctrine que ces déclarations sont écartées parce que, au mieux, elles ne sont pas pertinentes et, au pire, elles sont fabriquées et intéressées. Le manque de pertinence en tant que justification s'applique, me semble-t-il, assez mal à la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. L'argument selon lequel la simple répétition d'un récit n'a rien à voir avec sa véracité est, bien entendu, convaincant. La preuve obtenue par détecteurs de mensonges n'est cependant pas une simple preuve que l'accusé a dit deux fois la même chose. Il s'agit d'une preuve d'expert portant sur le degré de correspondance entre les réactions physiologiques de l'accusé au cours du test et celles d'une personne qui dit la vérité. À ce titre, cette preuve est à mon avis manifestement pertinente.

Je ne suis pas non plus convaincue que cette preuve doive être exclue pour le motif qu'un accusé, en allant d'un expert de détecteurs de mensonges à un autre et en se soumettant à des essais, pourra augmenter ses chances de "succès" au test. À moins qu'il ne soit possible de démontrer que les tests par détecteurs de mensonges sont en soi dénués de toute valeur probante (et je ne crois pas que cela ait été établi ou qu'il soit possible de l'établir), il me semble que le risque d'abus est un facteur qui entre en ligne de compte relativement au

poids à donner à la preuve en question plutôt que relativement à son admissibilité.

(3) La règle relative à la preuve de moralité

On a fait valoir que certaines règles relatives à la preuve de moralité viennent empêcher l'admission d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Plus particulièrement, on invoque la jurisprudence qui interdit à l'accusé de produire une preuve d'incidents précis tendant à établir sa bonne moralité, si ce n'est dans son propre témoignage.

Je doute fort qu'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges constitue une preuve de moralité. Peter McWilliams, dans *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984), à la p. 279, fait une distinction entre la moralité et la crédibilité:

[TRADUCTION] Dans la décision *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199, l'éminent juriste Erskine a dit: "La moralité touche à la question principale, c.-à-d. celle de la probabilité que l'accusé ait commis l'infraction, tandis que la crédibilité touche à la question incidente, c.-à-d. celle du poids à donner au témoignage de l'accusé." Voir en outre l'arrêt *R. v. MacLean* (1940), 73 C.C.C. 310 (C.S.N.-B. Div. App.) Un accusé, comme n'importe quel autre témoin, met sa crédibilité en cause dès lors qu'il témoigne, mais il ne met pas en cause sa moralité de ce fait. Il met sa moralité en cause s'il produit une preuve de sa bonne moralité, qu'il témoigne ou non lui-même.

Je crois que cette distinction est juste. Comme le reconnaît le juge McIntyre, la preuve obtenue par détecteurs de mensonges est produite "uniquement pour confirmer la crédibilité d'un témoin". Elle n'est pas produite pour démontrer que l'accusé n'est pas le genre de personne qui commettrait l'infraction en

- 9 -

question. Elle est produite pour prouver que les réactions physiologiques de l'accusé correspondent à celles d'une personne qui dit la vérité.

Si, toutefois, j'ai tort en cela et que la preuve obtenue par détecteurs de mensonges peut être considérée comme se rapportant aussi bien à la moralité de l'accusé qu'à sa crédibilité, existe-t-il une règle qui s'oppose à l'admission de cette preuve? La règle générale semble être que, si l'accusé met sa moralité en cause en contre-interrogeant des témoins à charge ou en citant des témoins à décharge autres que lui-même, alors la preuve présentée doit se rapporter à la réputation générale de l'accusé plutôt qu'à des exemples précis de bonne conduite. Si l'accusé lui-même témoigne, il peut déposer relativement à des incidents précis. Mon collègue déduit de ces règles que, puisque c'est l'expert en détecteurs de mensonges et non l'accusé lui-même qui dépose au sujet d'incidents précis, ce témoignage doit être exclu malgré le fait que l'accusé a témoigné. Or, cette façon de voir crée, à mon sens, une distinction très artificielle: si l'accusé témoigne et met sa moralité en cause, il peut invoquer des exemples précis de bonne conduite, pourvu qu'il les relate lui-même à la cour. Toutefois, même si un accusé qui a témoigné et qui a mis sa moralité en cause peut produire une preuve d'incidents précis afin d'établir sa bonne conduite, il ne lui est pas permis de citer les témoins nécessaires pour donner du sens à ces incidents. À mon avis, l'esprit de la règle milite en faveur de l'admission en preuve dans un cas où l'accusé a témoigné.

- 10 -

(4) La règle relative à la preuve d'expert

On fait valoir en l'espèce qu'aucune preuve d'expert n'est nécessaire lorsque c'est la crédibilité d'un témoin qui est en cause, car il s'agit là d'une question qui relève particulièrement de la compétence des jurys. Ils n'ont pas besoin de l'aide d'experts pour s'acquitter de cette tâche.

À mon humble avis, l'expert en détecteurs de mensonges n'émet pas d'opinion sur la crédibilité du témoin. Sa fonction consiste plutôt à interpréter les données physiologiques et à indiquer si, à son avis, ces données correspondent à celles provenant d'une personne qui dit la vérité. Il témoignera en outre sur la nature et la précision de l'appareil lui-même. Pour arriver à sa conclusion définitive, le jury prendra en considération cette preuve ainsi que d'autres éléments de preuve touchant la question de la crédibilité. Il ne s'agit donc que d'une opinion d'expert sur la façon d'interpréter les résultats du test par détecteur de mensonges. Cette preuve, bien que pertinente relativement à la question de la crédibilité, ne la tranche pas pour autant.

Je doute que la crainte que l'expert en détecteurs de mensonges n'usurpe le rôle du jury soit justifiée. De nos jours, les jurés sont beaucoup plus avertis qu'ils ne l'étaient à l'époque où certaines de nos règles restrictives en matière de preuve ont été élaborées. Grâce à l'influence des mass media, les jurés d'aujourd'hui sont versés dans la technologie moderne et ne sont plus intimidés par la preuve scientifique comme ils ont pu l'être il y a une centaine, voire une cinquantaine, d'années. Je crois que cela se dégage nettement de la décision *R. v. Wong (No. 2)* (1976), 33 C.C.C. (2d) 511, de la Cour suprême de la

Colombie-Britannique. Dans cette affaire-là, le jury a conclu à la culpabilité de l'accusé, même si les tests par détecteurs de mensonges administrés tant par la police que par l'expert cité par la défense indiquaient que l'accusé n'avait pas tué la victime. Le juge Meredith a admis la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Il n'a pas souscrit à l'avis, exprimé par la Haute Cour de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Phillion* (1972), 10 C.C.C. (2d) 562, que le verdict du jury serait inévitablement dicté par la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Le juge Meredith a dit, à la p. 514:

[TRADUCTION] Compte tenu de la preuve produite en l'espèce, je ne partage pas l'inquiétude du juge Van Camp que le jury, "en raison de la technicité de la preuve, puisse être tenté d'accepter aveuglément l'opinion du témoin". En l'espèce, la preuve est raisonnablement compréhensible et je crois que le jury disposera de suffisamment de renseignements pour pouvoir l'apprécier à sa juste valeur. La preuve ne laisse certainement pas entendre que le détecteur de mensonge est infallible et je ne crois pas que le jury le traite comme tel.

Il a rejeté en outre l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario (1974), 20 C.C.C. (2d) 191, selon laquelle la preuve en question ne devait pas être admise parce qu'elle se rapportait directement à la question de savoir si l'accusé avait commis l'infraction. Il a dit, à la p. 515:

[TRADUCTION] Je ne connais aucune raison convaincante d'exclure l'opinion de l'expert en détecteurs de mensonges parce qu'elle porte quasiment sur la question même à laquelle le jury est appelé à répondre, à moins que le jury puisse être enclin à lui attribuer une importance induc. Il me semble d'ailleurs que nos tribunaux admettent souvent des témoignages d'opinion qui se rapportent directement à des questions à résoudre par le juge ou le jury.

- 12 -

Le juge Meredith a conclu que, bien que les tests par détecteurs de mensonges ne soient pas exacts à cent pour cent, ils ont tout de même un haut degré de fiabilité et, qu'en fait, c'était la police elle-même qui s'était servie la première du détecteur de mensonge dans ce cas précis.

En appel (1978), 41 C.C.C. (2d) 196, cependant, on a suivi l'arrêt *Phillion* de cette Cour et la décision du juge Meredith a été infirmée. Le juge McFarlane a dit succinctement, à la p. 199:

[TRADUCTION] Ce dernier arrêt établit clairement que la preuve sous forme d'opinion concernant les tests par détecteurs de mensonges n'aurait pas dû être admise.

La règle qui interdit d'étayer la crédibilité de son propre témoin

Parce que je ne crois pas que l'une des autres règles s'oppose à l'admission d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges, je reviens à la règle qui interdit d'étayer la crédibilité de son propre témoin. La jurisprudence sur cette question semble se diviser en deux catégories, savoir: (1) les affaires dans lesquelles la preuve a été produite à seule fin d'étayer la crédibilité du témoin et (2) celles où l'on a produit des éléments de preuve ayant pour effet d'étayer indirectement la crédibilité du témoin.

(1) Les cas où le seul but visé est d'étayer la crédibilité

Seules trois affaires, toutes canadiennes et toutes portant sur des témoins à charge, semblent tomber dans la première catégorie. Dans l'affaire *R.*

v. *Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103 (C.A. Ont.) et aussi dans l'affaire *R. v. Burkart*; *R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210 (C.A. Sask.), le ministère public a cité un psychiatre qui a témoigné que, en raison de la faible intelligence de la plaignante, il était peu probable qu'elle fabrique une histoire à l'intention de la cour. Dans les deux cas, le témoignage a été jugé inadmissible pour le motif qu'il se rapportait uniquement à la crédibilité du témoin. L'arrêt *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Alb.) a suivi les arrêts *Kyselka* et *Burkart*. Dans l'affaire *Clarke* le ministère public a cité comme témoin un détenu. La poursuite lui a posé une série de questions concernant sa conversion à une vie honnête et sa réhabilitation en prélude à sa déposition importante portant que l'accusé lui avait fait une déclaration inculpatoire en prison. La cour a conclu à l'irrégularité de ces questions préliminaires parce qu'elles ne servaient qu'à étayer la crédibilité du témoin.

(2) Les cas où la crédibilité est étayée indirectement

Dans deux affaires anglaises et une affaire australienne, l'accusé a témoigné ne pas avoir commis le crime qu'on lui imputait et il a tenté de produire une preuve psychiatrique ou psychologique à l'appui de sa version des événements. La preuve en question avait trait à l'état d'esprit de l'accusé au moment du crime et ne se rapportait pas directement à la question de savoir si l'accusé dirait probablement la vérité en tant que témoin. Si toutefois on avait ajouté foi à cette preuve, elle aurait appuyé le récit de l'accusé concernant ce qui s'était passé. Elle aurait donc eu pour effet d'étayer indirectement la crédibilité de l'accusé.

- 14 -

La première de ces affaires est *Lowery v. The Queen*, précitée. La question en litige était de savoir si un des accusés pouvait faire témoigner un psychologue relativement aux personnalités respectives des deux accusés. Or, le témoignage du psychologue donnait à entendre qu'il était plus probable que la victime avait été tuée par le second accusé que par le premier. Cela revenait donc à étayer implicitement la crédibilité de celui-ci. La cour, qui a conclu à l'admissibilité de ce témoignage, s'est fondée sur le fait que le témoignage se rapportait clairement à la question de savoir lequel des deux accusés on pouvait croire. Comme l'a dit la cour, à la p^o 101:

[TRADUCTION] La défense avancée par l'avocat de King consistait à poser au jury la question de savoir "lequel de ces deux hommes a plus probablement tué la jeune fille" et à l'inciter à conclure que c'était Lowery. S'il s'agit d'un crime qui a été commis apparemment sans aucun mobile, à moins que ce ne soit pour éprouver la sensation qui accompagnait l'assassinat, alors, à moins que les deux hommes n'aient agi de concert, l'acte n'a été perpétré que par l'un d'eux. Il serait donc injuste d'empêcher l'un ou l'autre de produire tout élément de preuve ayant une valeur probante qui pourrait indiquer la probabilité que l'auteur de l'acte était l'un plutôt que l'autre.

Toutefois, dans l'arrêt subséquent *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70, la Cour d'appel a considéré que l'arrêt *Lowery* avait été tranché en fonction de [TRADUCTION] "ses faits particuliers", de sorte que sa portée se limitait à ces faits-là. Dans l'affaire *Turner*, l'accusé avait tué sa maîtresse. Comme moyen de défense, il a invoqué la provocation. D'après son témoignage, quand la femme lui a dit qu'elle avait couché avec d'autres hommes pendant qu'il était en prison, il a perdu toute maîtrise de lui-même. L'avocat de l'accusé a cherché à citer un psychiatre pour qu'il témoigne sur le tempérament général de l'accusé. Il se serait dégagé de ce témoignage que l'accusé était généralement bien

- 15 -

placide et que les événements précédant l'assassinat l'avaient mis en fureur. En appuyant la version des faits présentée par l'accusé, la preuve psychiatrique étayait implicitement la crédibilité de ce dernier. La Cour d'appel a conclu que cette preuve devait être écartée. Son raisonnement ressemble à celui qu'a adopté le juge McIntyre en traitant de la règle relative à la preuve d'expert. Le lord juge Lawton dit, à la p. 74:

[TRADUCTION] Les jurés n'ont que faire de psychiatres pour leur dire comment des gens ordinaires qui ne souffrent d'aucune maladie mentale réagiront probablement devant les pressions et les tensions de la vie quotidienne. Il s'ensuit que la preuve qu'on a voulu produire n'était pas admissible pour établir que l'appelant avait probablement été provoqué. Le même raisonnement s'applique à l'allégation de son admissibilité sur la question de la crédibilité. Le jury avait à décider dans quelle mesure il pouvait ajouter foi au témoignage de l'appelant. Il fallait le juger comme une personne non atteinte de troubles mentaux. C'est là le rôle d'un jury. La loi présume que les jurés peuvent bien s'acquitter de leurs devoirs. En l'espèce, il n'avait pas besoin du témoignage d'un psychiatre pour l'aider à décider de la véracité du témoignage de l'appelant, et cette aide n'aurait pas dû leur être offerte.

Une décision australienne récente a adopté la solution retenue dans l'arrêt *Turner*. En effet, dans l'affaire *R. v. Nelson*, [1982] Qd. R. 636 (Q. Ct. of Crim. App.), l'accusé a été inculpé et reconnu coupable d'avoir jeté de l'acide sur sa femme. Selon la déposition de l'accusé, son intention n'avait pas été de la défigurer. Il a cherché à citer un médecin pour témoigner que les traumatismes qu'il avait subis rendaient peu probable qu'il ait eu la capacité de former l'intention requise. La cour a conclu que c'est à bon droit que la preuve en question avait été exclue. Se fondant sur l'arrêt *Turner*, elle a conclu que [TRADUCTION] "admettre le témoignage du D^r Quinn . . . aurait constitué une usurpation de la fonction qu'avaient les jurés de décider une question qu'ils étaient capables de trancher par eux-mêmes" (à la p. 640).

- 16 -

À mon avis, la preuve obtenue par détecteurs de mensonges se rapporte directement à la question de la crédibilité de l'accusé. Il s'agit d'une preuve de la mesure dans laquelle ses réactions physiologiques correspondent à celles d'une personne qui dit la vérité. Donc, du point de vue de son admissibilité, cette preuve relève plutôt de la première catégorie de cas examinés ci-dessus que de la seconde. La preuve qui tombe dans cette dernière catégorie se rapporte à la probabilité que l'accusé avait commis l'infraction et ne porte qu'indirectement sur la crédibilité de l'accusé.

La jurisprudence pertinente me semble donc appuyer le point de vue selon lequel le ministère public ne saurait produire des éléments de preuve à la seule fin d'étayer la crédibilité de ses propres témoins. Par analogie avec les arrêts *Turner* et *Nelson*, on pourrait en théorie élargir la portée de cette règle pour qu'elle s'applique également à l'accusé. Bien qu'il ne soit pas question dans ces deux arrêts d'une preuve directe de la crédibilité de l'accusé, la conception traditionnelle du rôle du jury qu'ils véhiculent pourrait être considérée comme appuyant l'exclusion d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges produite par l'accusé. Dans l'affaire *Lowery*, par contre, on a permis à un accusé de présenter toute preuve pertinente, ce qui milite fortement contre une analogie comme celle susmentionnée.

Avec égards pour les tenants du point de vue contraire, je n'étendrais pas la portée de la règle établie dans l'arrêt *Kyselka* aux intimés en l'espèce. Je suis fortifiée dans cette conclusion par l'arrêt *Lowery* et par l'opinion de la minorité en cette Cour dans l'affaire *Phillion*. Comme dans l'arrêt *Lowery*, la

- 17 -

question centrale en l'espèce est qui faut-il croire. C'était la parole de l'indicateur Grenier contre celle des intimés. Parce qu'aucun acte n'avait été commis en exécution du prétendu complot, il n'y avait aucun autre élément de preuve impliquant les intimés. J'estime que dans ces circonstances il serait injuste d'empêcher les intimés de présenter tout élément de preuve ayant une valeur probante qui tend à indiquer qu'ils disaient la vérité. C'était là le moyen de défense qu'ils opposaient à l'accusation portée contre eux. Je crois qu'on aurait dû leur permettre de la présenter en vertu du par. 577(3) du Code.

À mon avis, l'arrêt *Phillion* de cette Cour est manifestement différent de la présente instance. En effet, *Phillion* avait avoué sa culpabilité et n'avait pas témoigné à son procès. Ces faits revêtaient une importance cruciale dans la décision de la majorité, au nom de laquelle le juge Ritchie dit, à la p. 25:

En jugeant une telle preuve recevable, on permettrait à tout accusé ayant fait des aveux de choisir de ne pas nier sous serment la véracité de ceux-ci et de substituer à son propre témoignage les données fournies par un appareil aux mains d'un expert qui, pour sa part, se fonde uniquement sur le bon fonctionnement dudit appareil pour déterminer la véracité des réponses données.

Il ajoute, toujours à la p. 25:

Le droit élémentaire d'un accusé de ne pas témoigner n'est aucunement en cause en l'espèce, mais puisque ce droit a effectivement été exercé, il serait, à mon avis, contraire aux règles fondamentales de la preuve de permettre la substitution de l'opinion d'un opérateur de détecteurs de mensonges au témoignage que l'appelant aurait pu faire lui-même.

Puis il affirme, à la p. 26:

- 18 -

Pour ces seuls motifs, je suis convaincu que le savant juge de première instance n'a commis aucune erreur en jugeant irrecevables en preuve les données fournies par le détecteur de mensonges.

Comme l'ont fait remarquer plusieurs commentateurs de l'affaire *Phillion*, chaque tribunal qui l'a entendue a invoqué des motifs différents pour écarter la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Le juge du procès a conclu que, si elle était admise, le jury lui donnerait trop de poids. La Cour d'appel a estimé qu'il s'agissait d'une preuve sous forme d'opinion portant sur la question même dont la cour se trouvait saisie et pour cette raison elle ne devrait pas être admise. Par ailleurs, il semble se dégager implicitement de l'opinion de la majorité en cette Cour que la preuve obtenue par détecteurs de mensonges était inadmissible parce qu'elle constituait du ouï-dire. Or, à mon avis, il ne convient pas de classer cette preuve dans la catégorie du ouï-dire. On désirait la produire non pas pour établir la véracité de la déclaration mais simplement dans le but limité de s'en servir comme fondement de l'opinion de l'expert. Cette Cour a souvent admis des éléments de preuve à cette fin: voir *City of Saint John v. Irving Oil Co.*, [1966] R.C.S. 581; *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263.

Dans l'affaire *Phillion*, quoique la minorité en Cour suprême du Canada, formée du juge en chef Laskin et du juge Spence, ait été d'accord avec la majorité qu'il y avait lieu dans les circonstances d'exclure la preuve obtenue par détecteurs de mensonges, elle s'est expressément abstenue de se prononcer sur la question de savoir si une telle preuve ne pourrait pas être admissible

- 19 -

dans "d'autres circonstances". Quant à moi, j'estime que de telles "autres circonstances" existent en l'espèce.

Le ministère public fait cependant valoir que la preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne devrait pas être admise parce qu'elle [TRADUCTION] "ne satisfait à aucune norme acceptable de fiabilité". Voilà évidemment qui est incompatible avec ce qu'a dit la minorité en cette Cour dans l'affaire *Phillion*, savoir qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles il conviendrait de l'admettre. Il s'agit en fait d'un plaidoyer en faveur de l'adoption au Canada du critère établi dans l'affaire *Frye*, lequel a été initialement appliqué aux États-Unis (voir *Frye v. United States*, 293 F 1013 (D.C.Cir. 1923)) et dont la portée a par la suite été considérablement restreinte par les tribunaux de ce pays-là. Le critère de "l'acceptation générale" posé dans l'affaire *Frye* a maintenant cédé le pas aux États-Unis à celui de la "fiabilité raisonnable". Mark McCormick, dans son article "Scientific Evidence: Defining New Approach to Admissibility", 67 *Iowa L. Rev.* 879, explique pourquoi, à la p. 904:

[TRADUCTION] Si certains tribunaux se sont éloignés de la décision *Frye*, cela tient évidemment à ce qu'ils ont considéré que la norme est trop rigide et plutôt vague et qu'elle représente dans certaines situations une entrave inutile et indésirable à l'admissibilité de preuves scientifiques. L'abandon de la décision *Frye* s'est traduit par une libéralisation en matière d'admission de preuves scientifiques. En effet, on discerne clairement une tendance vers une norme libérale en matière d'admissibilité.

Se fondant sur son analyse de la jurisprudence américaine modifiant ou rejetant la décision *Frye*, McCormick conclut que les critères traditionnels de la

- 20 -

pertinence et de l'utilité fournissent un moyen de conserver ce qu'il y a de positif dans *Frye*, sans qu'on ait à supporter ses inconvénients.

Étant donné que la partie adverse à toute liberté de contre-interroger l'expert en détecteurs de mensonges au sujet des faiblesses inhérentes au procédé et de citer un autre expert pour contester les résultats du test ou l'interprétation donnée à ceux-ci, je ne vois aucune raison d'exclure la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Il est d'ailleurs certainement loisible au juge, s'il estime qu'une telle mise en garde s'impose, d'avertir le jury de ne pas accorder à la preuve obtenue par détecteurs de mensonges un poids indu.

Conclusion

La pertinence de la preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne fait aucun doute. De plus, je ne suis pas convaincue que l'une quelconque des règles d'exclusion invoquées par la poursuite s'y applique. Selon moi, il est évident que la présente affaire peut être distinguée d'avec l'arrêt *Phillion*.

Normalement, les raisons que je viens d'exposer commanderaient le rejet du pourvoi du ministère public. Je ne crois cependant pas que le par. 613(2) du *Code criminel* autorise la Cour d'appel du Québec à rendre l'ordonnance qu'elle a rendue. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.