

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20200615

Dossier : T-1359-07

Référence : 2020 CF 690

[TRADUCTION FRANÇAISE CERTIFIÉE, NON RÉVISÉE]

Toronto (Ontario), le 15 juin 2020

En présence de monsieur le juge Diner

ENTRE :

**LA COMPAGNIE DE CHEMIN DE FER
CANADIEN PACIFIQUE**

demanderesse

et

SA MAJESTÉ LA REINE

défenderesse

ORDONNANCE ET MOTIFS

[1] Il y a un peu plus de six mois, la demanderesse (la Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique [CP]) a présenté une requête visant à exclure deux rapports d'experts, dont celui de Frank Urban [le rapport Urban]. Les rôles sont maintenant inversés, c'est-à-dire que la défenderesse, Sa Majesté la Reine [la Couronne], a demandé la radiation de deux rapports d'experts qui, selon CP, réfutent divers aspects du rapport Urban. La Couronne fait valoir que les

rapports de MM. Klein et Aharonian [les Rapports] présentés par CP dans le but de réfuter le rapport Urban ne constituent pas une réponse à ce rapport et devraient être exclus. En termes simples, la présente requête soulève une seule question à trancher, c'est-à-dire si les Rapports devraient être admis au procès.

[2] Après avoir lu les divers rapports et autres documents liés à la requête, je conclus que les deux Rapports contestés sont des éléments de preuve constituant une réponse appropriée, car ils répondent à la question des subventions, laquelle fait partie intégrante de la défense fondée sur la préclusion présentée par la Couronne. Le rapport Urban traite clairement des subventions. Comme il a été admis dans le cadre de la requête précédente, tant que les Rapports de CP y répondent, ceux-ci devraient être admis. Ce qui est bon pour l'un l'est aussi pour l'autre. Les motifs pour lesquels je rejette la présente requête en radiation des deux Rapports suivront la brève mise en contexte de la requête ci-après.

I. Contexte de la requête

[3] Dans le litige sous-jacent, CP prétend être exemptée des taxes fédérales sur une partie de sa ligne principale historique qui s'étend du Nord de l'Ontario au Pacifique. Cette exemption découle en partie d'un contrat conclu entre la Couronne et le prédécesseur non constitué en société de CP. La clause 16 du contrat est ainsi libellée :

Le chemin de fer Canadien du Pacifique et toutes les gares et stations, ateliers, bâtiments, cours et autres propriétés, matériel roulant et dépendances nécessaires et servant à sa construction et à son exploitation, et le capital-actions de la compagnie, seront à perpétuité exempts des taxes imposées par le Canada ou par aucune province devant être établie ci-après [...]

[4] Selon CP, la clause 16 n'a jamais été abrogée, modifiée, abolie, ni remplacée. Par conséquent, son exemption fiscale [l'exemption] demeure valide et en vigueur et confère un droit contractuel, constitutionnel et législatif qui met la société à l'abri de l'impôt sur le revenu, de l'impôt des grandes sociétés et des taxes sur le carburant et le carbone facturées directement ou indirectement relativement à la ligne directe de CP dans tout le Canada (plutôt que ses embranchements qui divergent de la ligne principale pour desservir des industries et des collectivités locales). La Couronne rejette l'affirmation et invoque la préclusion dans la cadre de sa défense. Pour obtenir davantage de détails sur les vastes paramètres du litige, consulter les paragraphes 3 à 13 de la décision *Chemin de fer Canadien Pacifique c Canada*, 2019 CF 1531 [CP 2019].

[5] À l'automne 2019, la Couronne a déposé le rapport Urban afin de [TRADUCTION] « combler les lacunes » que comportaient les réponses données par CP lors de l'interrogatoire préalable et a affirmé que ce rapport [TRADUCTION] « portera sur la façon dont la responsabilité à l'égard de l'impôt sur le revenu et de la taxe sur le carburant a été utilisée comme élément de calcul pour l'établissement des coûts liés à la réglementation du chemin de fer » grâce au versement par la Couronne de subventions à CP. Le rapport Urban vise principalement la période de 1979 à 1996.

[6] CP a présenté une requête visant à exclure le rapport Urban ainsi qu'un rapport d'expert principal de M. James W. Ely Jr. Dans la décision *CP 2019*, j'ai rejeté la requête pour les motifs suivants : (i) le rapport Urban fournissait d'importants renseignements contextuels sur les subventions et le comportement des parties qui a mené aux années d'imposition controversées et

répondait ainsi au critère juridique relatif à la présentation d'éléments de preuve d'expert (voir les paragraphes 14 et 32 à 37); et (ii) son exclusion nuirait à la capacité de la Couronne de présenter une défense pleine et entière (voir le paragraphe 39). J'ai également admis le rapport Ely, qui n'a depuis fait l'objet d'aucune contestation.

[7] Par la suite, les parties ont conclu une ordonnance sur consentement [l'ordonnance], laquelle comprenait les trois étapes ci-dessous concernant les rapports d'expert :

- A. 20 déc. 2019 — La défenderesse doit présenter la version modifiée du rapport d'expert de M. Urban
- B. 28 févr. 2020 — La demanderesse doit présenter les rapports d'expert qui répondent aux rapports Urban et Ely
- C. 10 avril 2020 — La défenderesse doit présenter les rapports d'expert en contre-réfutation.

[8] À la suite de la présentation du rapport Urban par la Couronne (étape A), CP a répondu en déposant les Rapports mentionnés à l'étape B, dont l'admission est contestée en l'espèce. Les deux premiers rapports, rédigés par M. Kurt Klein, un économiste agricole canadien, présentent le contexte historique et économique entourant les programmes de subventions abordés dans le rapport Urban et exposent les objectifs stratégiques qui sous-tendent ces programmes [le rapport Klein].

[9] Le deuxième rapport attaqué, rédigé par M. Matthew Aharonian, un économiste financier, analyse les programmes de subventions d'un point de vue économique et fournit une opinion

quant à savoir si les subventions versées à CP ont entraîné un gain économique net aux dépens de la Couronne [le rapport Aharonian].

[10] La Couronne s'oppose maintenant aux Rapports déposés au titre de l'ordonnance en réponse au rapport Urban (la Couronne ne s'est pas objecté à la réponse formulée dans le rapport Ely. L'étape C — toute contre-réfutation de la Couronne en réplique aux Rapports — a été mise en suspens, en attendant le résultat de la requête présentée en l'espèce.

II. Question en litige et analyse

[11] La Couronne fait valoir que les Rapports ne répondent pas au rapport Urban et qu'ils devraient donc être radiés. Dans mon analyse de la question en litige, je répondrai aux trois questions suivantes :

1. Quelle est la nature de la preuve sous forme d'opinion attaquée?
2. Quelles sont les dispositions législatives applicables?
3. Les rapports a) Klein et b) Aharonian devraient-ils être admis?

1. *La nature des éléments de preuve attaqués*

[12] La première étape consiste à s'interroger sur la nature des rapports : sont-ils des éléments de preuve en réponse ou en réplique? La réponse à cette question déterminera les règles de preuve applicables. CP soutient que les rapports sont des éléments de preuve en réponse plutôt qu'en réplique. Je souscris à cette opinion.

[13] Premièrement, je remarque que la description figurant dans l'ordonnance mentionnée plus haut, au paragraphe 7, emploie le terme erroné [TRADUCTION] « en réplique », à l'étape B. Les parties conviennent du fait que, au moment où elles ont rédigé le libellé de l'annexe menant au procès (dont le début est maintenant fixé pour le début d'octobre 2020), elles avaient l'intention de suivre la séquence habituelle de trois étapes, à savoir a) la preuve d'expert principale, b) la preuve d'expert en réponse (parfois appelée « réfutation »), et c) la preuve d'expert en réplique (parfois appelée « contre-réfutation »).

[14] La Couronne s'est fondée sur divers cas où la Cour a tranché à l'égard des principes de la preuve en réplique dans ses observations écrites, mais, à l'audience, elle a admis que les Rapports devraient être examinés selon le critère applicable à la preuve d'experts en réponse (ou réfutation), et non pas en réplique (ou contre-réfutation). Cette concession, pour laquelle l'avocat mériterait des félicitations, a aidé à cibler les observations durant l'instruction de la requête en l'espèce.

[15] Je vais maintenant aborder les dispositions législatives applicables à la preuve en réponse et montrer pourquoi la portée de la réfutation est considérablement plus vaste que celle de la preuve en réplique.

2. *Quelles sont les dispositions législatives applicables?*

[16] Les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [les *Règles*] contiennent peu de dispositions régissant les éléments de preuve d'expert, outre les mémoires relatifs à la conférence préparatoire, auxquels doivent être joints « tous les documents destinés à être utilisés à

l'instruction qui peuvent servir au cours de la conférence préparatoire, y compris les affidavits et déclarations des témoins experts » (paragraphe 258(4) des *Règles*). Ces mémoires font « état de toute objection connue quant à l'habilité à témoigner du témoin expert de la partie qui demande la conférence ainsi que du fondement de l'objection » (paragraphe 262(2) des *Règles*). Toutefois, je remarque que les *Règles* sont plus précises quant au moment de la présentation des rapports d'expert dans le contexte des actions simplifiées (voir les paragraphes 299(1.1), (1.2) et (3)) des *Règles*. Des règles particulières sont également prévues pour d'autres contextes relatifs au droit fédéral, par exemple les paragraphes 77(1), (2) et (3) des *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141, qui prévoient les modalités de dépôt et de signification de rapports d'experts initiaux, en réponse et en réplique.

[17] Les parties ont également mentionné que la jurisprudence de la Cour fédérale contient très peu d'observations sur les limites de ce qui constitue un témoignage d'expert « en réponse », à une ou deux exceptions récentes près (voir, par exemple, la décision *Loblaws c Columbia Insurance Company*, 2019 CF 961 [*Loblaws*] abordée ci-après). Les Cours fédérales ont surtout produit des observations sur les témoignages d'expert « en réplique ».

[18] Dans les provinces, la procédure tend à être plus précise quant au sujet des rapports d'expert et au moment de leur présentation. Les parties à la requête se sont fondées sur la jurisprudence de tribunaux de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de la Nouvelle-Écosse. Des règles provinciales de procédure civile prévoyant des délais précis pour la présentation d'un témoignage d'expert sous-tendent cette jurisprudence.

[19] En l'espèce, les délais pertinents ont été établis par l'ordonnance. Néanmoins, les principes qui découlent de la jurisprudence provinciale s'appliquent tout de même à la définition de la nature et de la portée des rapports en réponse ou en réfutation, en général. La jurisprudence provinciale concorde avec la jurisprudence limitée de la Cour, selon laquelle les rapports en réponse ou en réfutation signifiés adéquatement sont plus vastes que les rapports en réplique ou en contre-réfutation (pour consulter un commentaire sur ces derniers, voir la décision de principe *Halford c Seed Hawk Inc.*, 2003 CFPI 141 [*Halford*], abordée plus bas).

[20] Tout d'abord, pour ce qui est de la jurisprudence de l'Alberta, la Couronne se fonde sur le paragraphe 31 de la décision *Pocklington Foods Inc c Alberta (Provincial Treasurer)*, [1994] AJ n° 550 (QB) [*Pocklington Foods*], où le juge McDonald de la Cour du Banc de la Reine a déclaré que [TRADUCTION] « la réfutation ne se limite pas à une attaque chirurgicale des défauts allégués de la théorie de l'expert, mais peut consister à attaquer la théorie de l'expert ».

[21] Dans l'affaire *Sherstone c Westroc Industries Ltd*, 2000, ABQB 787 [*Sherstone*], des rapports d'expert avaient été déposés simultanément. Aux paragraphes 8 et 27 de la décision, le juge Rooke (titre qu'il détenait à l'époque) a souligné la différence par rapport au dépôt séquentiel en trois parties de rapports d'expert :

[TRADUCTION]

Un processus séquentiel aurait permis à la demanderesse (ou à la partie portant le fardeau de la preuve, si ce n'est pas la demanderesse) de déposer des opinions d'expert, à la défenderesse de déposer des opinions d'experts (exposant les opinions d'experts de la défenderesse et la réfutation des opinions d'experts de la demanderesse), puis à la demanderesse de déposer des opinions d'experts en réfutation (uniquement pour réfuter les opinions d'experts de la défenderesse).

[...]

Toutefois, cela ne signifie pas qu'un rapport en réfutation ne peut être déposé que si un rapport sur le même sujet a aussi été présenté initialement ou que le rapport en réfutation doit être lié, textuellement, à l'opinion initiale à laquelle il répond. Cependant, comme l'énoncent les définitions du dictionnaire, il doit se limiter à la réfutation de l'opinion précédente et présenter le contexte et le raisonnement de manière à la réfuter; il ne devrait pas proposer d'autres théories.

[22] Même si, dans la décision *Sherstone*, le tribunal a adopté une approche plus limitative à l'égard des éléments de preuve en réponse que dans bon nombre des autres décisions mentionnées, il accorde tout de même une certaine marge de manœuvre. En effet, lors de l'instruction de la requête en l'espèce, la Couronne a reconnu que l'affaire *Sherstone* semblait être un cas particulier, c'est-à-dire que l'approche y est plus limitative que dans bon nombre d'affaires instruites depuis. Par exemple, la Couronne a cité le paragraphe 71 de la décision *Wade c Baxter*, 2001 ABQB 812 [*Wade*], où la Cour du Banc de la Reine a rédigé ce qui suit :

[TRADUCTION]

Pour résumer, sur le plan pratique, une partie devrait généralement déposer d'abord ses rapports d'expert. Il s'agit en général de la partie qui porte le fardeau de la preuve. L'autre partie dépose ensuite un rapport en réfutation. Il n'y a rien de mal à ce que ce rapport soulève de nouvelles théories pour expliquer la question abordée. La notion d'un rapport « en réfutation » ne devrait pas être interprétée de façon si étroite que l'expert réfutant l'opinion de l'expert initial doit accepter la façon dont ce dernier a défini la question. Même si un rapport en réfutation soulève certains nouveaux renseignements, l'autre partie dispose de 60 jours pour réagir. Puisque, par définition, toutes les parties ont retenu les services d'experts et les ont consultés, il est habituellement possible pour l'expert initial de commenter les nouvelles dimensions apportées à la question. Si, à tout moment, une partie est véritablement prise par surprise, elle peut demander un ajournement, et les dépens sont toujours un recours possible. À certaines occasions, le rapport en réfutation abordera de tout nouveaux points d'analyse et d'explication. Le cas échéant, il devrait être traité comme un rapport initial tardif. Toutefois, si un médecin praticien propose simplement une autre méthode de

traitement d'une blessure connue, à mon avis, cela ne signifie pas qu'il ne s'agit plus d'un rapport en réfutation.

[Non souligné dans l'original.]

[23] Dans la décision *Wade*, ainsi que dans plusieurs des autres affaires provinciales, le litige porte sur une blessure personnelle. Les experts fournissent souvent des avis médicaux. Dans l'affaire *Wade*, l'expert en réponse a proposé une arthroplastie du genou, au lieu du traitement post-accident suggéré par l'expert initial. Le tribunal a admis l'élément de preuve en tant qu'autre méthode de traitement et établi qu'il relevait bien du domaine d'un rapport en réfutation.

[24] L'autre question de droit importante mentionnée au paragraphe 71 de la décision *Wade*, susmentionnée, est que le fardeau de la preuve quant à une question particulière repose sur le défendeur et que le demandeur n'est pas tenu de répondre avant que la question soit vraiment contestée par les éléments de preuve du défendeur, moment à partir duquel les éléments de preuve en réponse sont admis. Deux décisions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique illustrent très bien ce principe; dont la première est *Sterritt c McLeod*, 2000 BCCA 318 [*Sterritt*] (aux paragraphes 28 et 29) :

[TRADUCTION]

À mon avis, la difficulté exposée plus bas découle de l'omission de comprendre qu'il existe deux types d'éléments de preuve produits par un demandeur après qu'un défendeur a plaidé sa cause, couramment appelée élément de preuve en réplique ou en réfutation. Il y a les éléments de preuve portant sur une question pour laquelle le fardeau de la preuve repose sur le défendeur, et les éléments de preuve répondant à un argument formulé à l'audience par les témoins appelés à comparaître par le défendeur.

Dans le premier cas, le demandeur n'est nullement obligé de produire des éléments de preuve sur la question avant que le

défendeur ait plaidé sa cause, moment à partir duquel il a le droit de répondre, s'il considère avoir une réponse à donner. S'il ne répond pas à la question dans sa propre plaidoirie, il ne peut généralement pas l'aborder de nouveau, car il scinderait alors sa preuve. Concernant le fait de scinder sa preuve, voir la décision *Allcock, Laight & Westwood Ltd. c Patten*, [1967] 1 O.R. 18 (ONCA).

[25] Dans une autre décision où le fardeau de la preuve a été pris en considération, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que le refus par le juge de première instance d'admettre les éléments de preuve d'expert en réfutation du demandeur était une erreur. Au paragraphe 51 de la décision *McPhee c Colombie-Britannique (Minister of Transportation and Highways)*, 2005 BCCA 139 [*McPhee*], il incombait aux défendeurs de prouver leur défense de négligence contributive :

[TRADUCTION]

Comme l'appelant n'a appelé personne à témoigner concernant sa vitesse, il ne scinderait pas sa preuve en produisant une preuve en réfutation sur cette question. Les demandeurs ne sont pas obligés de présenter une preuve relativement à une question dont le fardeau de la preuve incombe au défendeur. Toutefois, si le défendeur produit une preuve sur cette question, il doit en épuiser les éléments.

[26] La Couronne soutient que ces affaires d'appel n'aident pas CP, car elles portent sur des règles de procédure civile précises en Colombie-Britannique. Je ne souscris pas à cette opinion. Les principes généraux énoncés dans les décisions *Sterritt* et *McPhee* quant aux règles régissant la portée des éléments de preuve en réfutation sont de bonnes mesures législatives puisque des tribunaux d'autres provinces se sont fondés sur celles-ci (voir, par exemple, le paragraphe 21 de la *Doucet c Spielo Manufacturing Inc.*, 2008 NBQB 413; les paragraphes 20 et 22 de la décision *Marshall (Litigation Guardian of) c Annapolis (County) District School Board*, 2009 NSSC 375;

et le paragraphe 26 de la décision *Elgert c Home Hardware Stores Ltd.*, 2010 ABQB 66). Quoiqu'il en soit, les observations ci-haut, tirées des décisions *Sterritt* et *McPhee* étaient liées non pas à une règle de procédure civile particulière, mais plutôt aux principes généraux d'admissibilité des rapports d'expert en réponse (réfutation).

[27] Dans sa réplique aux observations écrites de CP, la Couronne renvoie à la décision *Luedecke c Hillman*, 2010 BCSC 1538 [*Luedecke*] pour appuyer la proposition selon laquelle les principes décrits dans les décisions *Sterritt* et *McPhee* sont liés à la procédure civile de la Colombie-Britannique. Un rapport en réponse peut comporter plus qu'une simple analyse critique de la méthode d'un expert, comme dans le cas d'une contre-réfutation, mais la réfutation doit tout de même [TRADUCTION] « répondre » au témoignage de l'expert (*Luedecke*, au paragraphe 52).

[28] Encore une fois, j'estime que ce principe concorde avec le droit formulé dans la jurisprudence susmentionnée sur les éléments de preuve en réponse, dont la portée peut être plus grande que celle des éléments de preuve en réplique (ou en contre-réfutation), qui est plus limitative. Le droit régissant les éléments de preuve en réplique a été résumé de façon pertinente par le juge Pelletier, qui était membre de la Cour à l'époque, au paragraphe 15 de la décision *Halford* :

1- La preuve qui sert uniquement à corroborer une preuve déjà soumise au tribunal n'est pas admissible.

2- La preuve qui porte sur une question qui a été soulevée pour la première fois en contre-interrogatoire et qui aurait dû faire partie de la preuve principale du demandeur n'est pas admissible. Toute autre nouvelle question qui se rapporte à une des questions en litige et qui ne vise pas uniquement à contredire un des témoins de la défense est admissible.

3- La preuve qui sert uniquement à réfuter un élément de preuve qui a été présenté en défense et qui aurait pu être présenté dans le cadre de la preuve principale n'est pas admissible.

[29] Toutefois, même dans ce résumé du droit établissant les limites plus contraignantes des éléments de preuve d'expert en réplique, le juge Pelletier a ajouté l'exception suivante :

« J'ajoute un autre principe à ceux que je viens d'exposer. Le tribunal acceptera d'examiner la preuve qui est exclue parce qu'elle aurait dû être présentée dans le cadre de la preuve principale, pour déterminer s'il doit admettre cette preuve en vertu de son pouvoir discrétionnaire. »

[30] Les principes établis dans la décision *Halford* ont été appliqués dans de nombreuses affaires, comme récemment au paragraphe 12 de l'arrêt *Amgen Canada Inc c Apotex Inc*, 2016 CAF 121, au paragraphe 16 de la décision *Janssen Inc c Teva Canada Limited [Janssen]*, 2019 CF 1309 et, plus tôt cette année, au paragraphe 15 de la décision *Bauer Hockey LTD c Sport Maska Inc*, 2020 CF 212 [*Bauer*]; dans cette dernière décision, au paragraphe 33, le juge Grammond a également souligné la distinction entre la contestation d'un rapport en réponse et d'un rapport en réplique.

[31] Comme je l'ai mentionné plus haut, en plus de la règle interdisant que la preuve soit scindée, puisque les éléments de preuve en réplique sont admis ultérieurement, les règles qui les régissent sont plus contraignantes que dans le cas des éléments de preuve en réponse (voir, par exemple, les décisions *Sterritt* et *McPhee*). Toutefois, si un demandeur choisit de ne pas présenter d'éléments de preuve sur une question — et il en a le droit lorsque le fardeau de la preuve incombe à l'autre partie —, le fait de scinder la preuve ne pose pas problème, alors que c'est le cas pour les éléments de preuve en réplique. Voici qui décrit la situation en l'espèce, où

CP a le droit de répondre, plutôt qu'une obligation de présenter des éléments de preuve sur les éléments abordés par M. Urban.

[32] En bref, en l'espèce, il incombe à CP de prouver qu'elle est admissible à l'exemption. Toutefois, il incombe à la Couronne d'avancer toute défense, y compris celle fondée sur la préclusion qui a été soulevée parmi les trois moyens de défense d'equity. Pour obtenir gain de cause grâce à la défense fondée sur la préclusion, la Couronne devra établir que CP a fait une déclaration et qu'elle s'est fondée sur cette déclaration à ses dépens (créance désavantageuse) : Bruce MacDougall, *Estoppel*, 2^e éd. (Toronto : LexisNexis Canada Inc, 2019), p. 394. Le rapport Urban a été produit dans le but de prouver la préclusion et la créance désavantageuse. Par conséquent, il s'agit d'un rapport d'expert initial.

[33] Les rapports Klein et Aharonian ont été produits dans le but de répondre au rapport initial (Urban). Les Rapports ne sont pas des éléments de preuve d'experts en réplique; par conséquent, les principes établis dans les décisions allant de *Halford* à *Bauer*, ne s'appliquent pas en l'espèce.

[34] Encore une fois, les critères applicables aux éléments de preuve d'experts en réponse sont plus vastes que ceux visant les éléments de preuve d'experts en réplique. Or, je dois appliquer aux Rapports les critères applicables aux éléments de preuve d'experts en réponse au moment d'évaluer s'ils sont valables et devraient être admis aux fins du procès à venir. Pour résumer les dispositions législatives susmentionnées, y compris celles énoncées dans les décisions *Pocklington*, *Wade*, *Sterritt* et *McPhee*, les quatre principes qui doivent être pris en compte dans l'évaluation du caractère acceptable d'un rapport d'expert en réponse sont les suivants :

- i. Les demandeurs ne sont pas obligés de produire une preuve d'expert initiale sur une question dont le fardeau de la preuve incombe au défendeur; toutefois, si le demandeur choisit de le faire, il doit épuiser tous les éléments de preuve sur la question, sans quoi la preuve sera scindée.
- ii. La notion de preuve « en réponse » ou de réfutation ne doit pas être appliquée de manière si restreinte que l'expert qui fournit la réponse doit accepter la façon dont l'expert initial a défini la question; un rapport en réponse peut aussi inclure des renseignements contextuels et accessoires et ne doit pas être lié textuellement au rapport de l'expert initial. L'équité est maintenue grâce à la possibilité de fournir un rapport en réplique (ou en contre-réfutation).
- iii. Néanmoins, à certaines occasions, la réfutation (en tout ou en partie) ne répond pas à l'opinion initiale et aborde des aspects qui ne constituent pas une réponse, dépassant ainsi son domaine approprié et, en conséquence, l'ensemble ou une partie du rapport pourrait être jugé inadmissible;
- iv. La Cour conserve le pouvoir discrétionnaire d'admettre toute section non conforme du rapport d'expert en réponse, en tenant compte de tout préjudice qui en découlera pour l'autre partie.

[35] Dans l'optique de ces principes, j'examinerai maintenant le premier des Rapports afin d'évaluer s'il répond aux critères de la preuve en réponse.

3. *Les rapports*

a) Le rapport Klein

[36] La Couronne soutient que le rapport Klein ne devrait pas être admis; elle le décrit comme un rapport indépendant portant sur l'histoire de la politique sur le transport du grain au Canada, de 1897 à 1996 et affirme qu'il n'aborde aucune position imprévue exprimée dans le rapport Urban. Ainsi, tous les arguments formulés par M. Klein auraient pu être présentés dans un rapport d'expert initial. De plus, la Couronne soutient que, à divers endroits dans ses réponses aux interrogatoires préalables, M. Klein avait bien expliqué à CP son point de vue selon lequel

les programmes de subventions pour le grain décrits dans son rapport dédommageaient CP pour le transport du grain de l'Ouest et plus particulièrement pour les taxes liées à ce transport.

[37] Je ne souscris ni à la description du rapport Klein par la Couronne ni à la conclusion qu'elle en tire. Le rapport Klein présente un contexte historique et stratégique omis dans le rapport Urban. Ces renseignements seront utiles pour comprendre les opinions de M. Urban concernant les programmes de subventions mis en litige par la Couronne dans sa défense fondée sur la préclusion. L'exclusion de ce rapport pourrait être préjudiciable pour CP au moment d'examiner l'argument de la défense d'equity, ainsi que la créance désavantageuse qu'aurait subie la Couronne.

[38] Pour être plus précis, M. Klein présentait l'historique du besoin de subventions ferroviaires, qui remonte à la Convention du Nid-de-Corbeau de 1897, où CP avait accepté de maintenir à perpétuité certains tarifs pour le transport du grain (appelés les « tarifs du Nid-de-Corbeau ») en échange de fonds du gouvernement fédéral pour la construction d'un embranchement vers la vallée de Kootenay, qui est riche en minéraux. Selon la description de M. Klein, dans les années 1950, les tarifs du Nid-de-Corbeau n'étaient plus avantageux pour les compagnies de chemin de fer, CP a été forcée de mener ses activités de façon non efficiente à des coûts moyens élevés, et bon nombre des embranchements exploités aux fins du transport du grain n'étaient plus rentables. M. Klein explique pourquoi, en 1967, le gouvernement a promulgué la *Loi nationale sur les transports*, qui établissait un cadre stratégique obligeant les compagnies de chemin de fer à maintenir les embranchements non rentables, mais prévoyait

aussi les dédommager au moyen de subventions au titre de la *Loi sur les chemins de fer* [la LCF] pour la fluctuation connexe de leurs coûts.

[39] M. Klein explique également pourquoi il a l'impression que la LCF et la *Loi sur le transport du grain de l'Ouest* [la LTGO] ont été promulguées non pas pour enrichir les compagnies de chemin de fer, mais plutôt pour les dédommager parce qu'elles assument des coûts importants découlant de la politique agricole nationale du Canada et que les subventions avaient pour unique but de [TRADUCTION] « compenser » CP pour ces pertes, et non pas de lui faire un cadeau.

[40] Pour revenir à l'expert initial, l'incidence des subventions versées au titre de la LCF et de la LTGO était le fondement du rapport Urban et forme la toile de fond de ses conclusions. Même si le rapport Klein ne répond pas textuellement au rapport Urban, la mise en contexte historique et stratégique qu'il contient comble des lacunes laissées par M. Urban. Un rapport en réponse peut effectivement comprendre des renseignements contextuels accessoires (voir, par exemple, *Loblaws*, au paragraphe 98). À mon avis, le rapport Klein satisfait donc aux critères applicables à un rapport en réponse.

[41] Comme je l'ai déjà mentionné brièvement, la Couronne formule également ce que je désignerai comme un argument procédural, à savoir que, en raison de ce qu'a appris CP dans le cadre des plaidoyers et du processus relatif aux interrogatoires préalables, le rapport Klein est en réalité un rapport initial déposé tardivement : CP aurait dû prévoir les arguments et déposer le rapport dès le départ.

[42] Cet argument est une esquivé reposant sur le fait que le rapport de M. Klein est un rapport en réplique. Tout d'abord, l'argument de l' [TRADUCTION] « anticipation » relève du domaine de la preuve en réplique et du fait que la partie qui réplique tente de « scinder sa preuve » (pour obtenir une explication complète de cette notion dans le contexte de la preuve d'expert en réplique, voir les paragraphes 21 à 24 et 39 de la décision *Bauer*).

[43] En l'espèce, la réponse complète à la question de savoir si le rapport de M. Klein est véritablement un rapport en réponse découle de la question du fardeau. L'instance s'est déroulée, comme la plupart des autres, avec un dépôt séquentiel de rapports d'expert. La principale question soulevée dans le rapport principal de M. Urban et abordée dans les Rapports en réponse touche les subventions. La Couronne prétend que CP a compté sur ces subventions à son détriment, ce qui a entraîné sa défense fondée sur la préclusion.

[44] La jurisprudence mentionnée plus haut (y compris les décisions *Wade*, *Sterritt* et *McPhee*) établit clairement qu'un rapport initial devrait être signifié par la partie qui porte le fardeau de la preuve à l'égard de la question particulière abordée dans le rapport initial. Il incombe à la Couronne d'invoquer des moyens de défense contre les affirmations de CP. Il s'agit notamment d'établir la créance désavantageuse dans le cadre de sa défense fondée sur la préclusion. La Couronne n'a fourni aucun précédent faisant autorité pour s'opposer à la jurisprudence existante ni pour appuyer sa position selon laquelle CP avait l'obligation d'obtenir proactivement des opinions d'expert pour contrer la préclusion ou l'une ou l'autre de ses autres défenses d'equity.

[45] Bien au contraire, j'estime que CP avait tout à fait le droit d'attendre de connaître les détails de la position de la Couronne, lesquels ont été présentés dans des sections distinctes des interrogatoires préalables et dans deux paragraphes des plaidoyers (paragraphes 1(f) et 30 de la défense modifiée). Même si la défense avait été amplement communiquée avant le rapport Urban, la Couronne aurait tout de même porté le fardeau de la preuve. Il est concevable que CP ait pu décider de déposer les Rapports en prévoyant l'aspect que prendrait la défense, mais les raisons pour lesquelles la société a choisi de ne pas le faire sont très évidentes. Elle en avait le droit.

[46] Pour tous les motifs susmentionnés, je conclus que le rapport Klein répond aux critères d'un rapport en réponse.

b) Le rapport Aharonian

[47] La Couronne soutient également que le rapport Aharonian devrait être exclu pour non réponse parce que CP [TRADUCTION] « a tardé à prendre cette décision, puisque la défenderesse pourrait maintenant être en mesure de préciser la nature et la sévérité du préjudice et qu'une réponse est requise pour montrer qu'il n'y a eu absolument aucun préjudice ». Elle affirme que le rapport Aharonian aurait dû être présenté en tant que rapport initial.

[48] Dans son argumentaire, la Couronne soutient, d'une part, que le rapport Aharonian ne constitue pas une réponse et, d'autre part, qu'il en est une, mais tardive. Cette position intrinsèquement incohérente ne tient pas la route. Le rapport de M. Aharonian répond

adéquatement au rapport Urban, ou bien il n'y répond pas. Les deux déclarations ne peuvent pas être vraies.

[49] La question sur laquelle M. Aharonian donne son opinion consiste à établir si les subventions abordées dans le rapport Urban ont procuré à CP des retombées économiques nettes et à analyser leur incidence sur la Couronne. Il décrit les différences entre les coûts recouvrables au titre des programmes de subventions prévus dans la LCF et la LTGO et explique la notion de profit économique en faisant valoir qu'elle révélera si les embranchements étaient non rentables, ou bien si les subventions ont [TRADUCTION] « compensé » CP.

[50] Plus précisément, M. Aharonian explique que cette politique exigeait que des montants de taxes soient intégrés dans la formule utilisée pour calculer les subventions et que celles qui ont été touchées sous le régime de la LCF et de la LTGO faisaient partie du revenu imposable général de CP. M. Aharonian poursuit en expliquant que, comme ces taxes n'ont pas été prises en compte dans le calcul des subventions avant 1979, elles ne dédommagent pas CP après impôt. Il soutient plutôt que le rajustement du montant des subventions de manière à tenir compte des taxes payables était nécessaire afin de [TRADUCTION] « compenser » CP et d'annuler son profit économique. M. Aharonian est également d'avis que le calcul des subventions brutes durant la période où la LTGO était en vigueur n'a pas surindemnisé CP, même durant les années où sa dette fiscale était nulle.

[51] M. Aharonian critique également l'estimation par M. Urban du montant des subventions versées à CP en guise de remboursement des taxes entre 1979 et 1996, et il s'agit d'une

conclusion déterminante du rapport initial. M. Aharonian explique pourquoi il a l'impression que les totaux de M. Urban [TRADUCTION] « ne sont pas éclairants », que ses estimations « comportent des erreurs importantes attribuables au manque de données » et que ses suppositions et estimations « ne permettent aucune réflexion quant au fait que les subventions versées à CP lui ont procuré des bénéfices nets aux dépens du gouvernement fédéral ».

[52] Au vu du rapport principal de M. Urban, le rapport Aharonian constitue un rapport en réponse approprié pour les mêmes motifs que celui de M. Klein : il est nécessaire pour aider la Cour à comprendre le programme de subventions que la Couronne a invoqué dans le cadre de sa défense fondée sur la préclusion et fournit à CP des points de vue sur ces versements. Il n'est pas nécessaire que la réponse corresponde exactement au rapport initial : en sa qualité d'expert fournissant une réponse, M. Aharonian peut présenter ses propres théories quant à la façon dont les calculs devraient être formulés et effectués, et il n'a pas besoin de répondre à chacun des propos de M. Urban.

[53] Même si j'adoptais le point de vue selon lequel certaines parties sortent du cadre approprié d'un rapport d'expert, ce qui n'est pas le cas, la Couronne ne subira pas de préjudices découlant de l'admission du rapport. Elle aura plutôt toutes les occasions de contester l'analyse financière de M. Aharonian dans sa contre-réfutation. En effet, l'exclusion du rapport Aharonian entraînera un préjudice pour CP.

III. Conclusion

[54] J'estime que ni l'un ni l'autre des Rapports ne sort du cadre d'une preuve en réponse ou en réfutation appropriée. Les deux rapports fournissent plutôt des renseignements contextuels et des réponses au rapport Urban : celui de M. Klein apporte un point de vue historique et stratégique, et celui de M. Aharonian, un point de vue économique. Même s'ils abordent de nouvelles notions, celles-ci réfutent le rapport Urban. Ainsi, les qualifier de réponses constitue une description appropriée.

[55] CP n'avait pas l'obligation de déposer ces rapports au tout début, étant donné qu'il incombe à la Couronne d'invoquer la défense. Ainsi, l'exclusion des Rapports prive CP de son droit de présenter une réponse complète à la défense de préclusion. À l'inverse, leur admission ne fera subir aucun préjudice à la Couronne : elle a toujours eu et conserve le droit de fournir une réplique entière aux Rapports au moyen de la contre-réfutation déjà décrite dans l'annexe de l'instruction.

[56] Enfin, pour clore la boucle de la présente décision, dans la décision *CP 2019*, j'ai fait observer que, en fin de compte, la question de savoir si le rapport de M. Urban tient la route dans le cadre rigoureux d'un contre-interrogatoire et le poids qui lui est accordé par rapport aux autres témoignages seront tranchés à la lumière de l'ensemble de la preuve présentée à l'instruction. Le même principe s'applique à la requête en l'espèce : l'exclusion des Rapports avant que la Cour ait la possibilité de les comprendre dans le contexte général du procès est prématurée. L'importance qui leur est accordée ne peut être évaluée qu'au regard des autres positions

soumises et des éléments de preuve présentés. C'est particulièrement le cas en l'espèce, où il n'existe aucun témoin direct des événements qui ont eu lieu il y a près d'un siècle et demi. Tout comme dans le cas des rapports de MM. Ely et Urban, la décision d'admettre les rapports en réponse de MM. Klein et Aharonian ne signifie aucunement qu'ils ont force de persuasion.

JUGEMENT rendu dans le dossier T-1359-07

LA COUR STATUE que :

1. La requête est rejetée.
2. Les rapports Klein et Aharonian seront tous deux admis.
3. Les dépens sont adjugés à la demanderesse (CP).

« Alan S. Diner »

Juge

Traduction certifiée conforme
Ce 29^e jour de juin 2020.

Caroline Tardif, traductrice

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1359-07

INTITULÉ : LA COMPAGNIE DE CHEMIN DE FER CANADIEN
PACIFIQUE C SA MAJESTÉ LA REINE

LIEU DE L'AUDIENCE : INSTRUIT PAR VIDÉOCONFÉRENCE À TORONTO
(ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 2 JUIN 2020

ORDONNANCE MOTIFS : LE JUGE DINER

DATE DES MOTIFS : LE 15 JUIN 2020

COMPARUTIONS :

Michael Barrack
Max Shapiro
Justin Manoryk

POUR LA DEMANDERESSE

Michael Ezri
Linsey Rains
Joanna Hill
William Softly

POUR LA DÉFENDERESSE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Blake, Cassels & Graydon LLP
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR LA DEMANDERESSE

Procureur général du Canada
Toronto (Ontario)

POUR LA DÉFENDERESSE