

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20191127

Dossiers : A-324-19 (dossier principal),
A-325-19, A-326-19 et A-327-19

Référence : 2019 CAF 292

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Présent : LE JUGE STRATAS

ENTRE :

**BANDE INDIENNE COLDWATER, NATION SQUAMISH,
NATION TSLEIL-WAUTUTH et AITCHELITZ, SKOWKALE,
SHXWHÁ:Y VILLAGE, SOOWAHLIE, PREMIÈRE NATION
SQUIALA, TZEACHTEN, YAKWEAKWIOOSE**

demandeurs

et

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA,
TRANS MOUNTAIN PIPELINE ULC et
TRANS MOUNTAIN CORPORATION**

intimés

et

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA, LE PROCUREUR
GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN et LA RÉGIE
CANADIENNE DE L'ÉNERGIE**

intervenants

Requête jugée sur dossier sans comparution des parties.

Ordonnance rendue à Ottawa (Ontario), le 27 novembre 2019.

MOTIFS DE L'ORDONNANCE :

LE JUGE STRATAS

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20191127

Dossiers : A-324-19 (dossier principal),
A-325-19, A-326-19 et A-327-19

Référence : 2019 CAF 292

Présent : LE JUGE STRATAS

ENTRE :

**BANDE INDIENNE COLDWATER, NATION SQUAMISH,
NATION TSLEIL-WAUTUTH et AITCHELITZ, SKOWKALE,
SHXWHÁ:Y VILLAGE, SOOWAHLIE, PREMIÈRE NATION
SQUIALA, TZEACHTEN, YAKWEAKWIOOSE**

demandeurs

et

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA,
TRANS MOUNTAIN PIPELINE ULC et
TRANS MOUNTAIN CORPORATION**

intimés

et

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA, LE PROCUREUR
GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN et LA RÉGIE
CANADIENNE DE L'ÉNERGIE**

intervenants

MOTIFS DE L'ORDONNANCE

LE JUGE STRATAS

[1] La bande indienne Coldwater, la nation Squamish et la nation Tsleil-Waututh ont déposé des requêtes en exclusion de certains éléments de preuve utilisés par les intimés.

[2] Pour les motifs qui suivent, les requêtes seront rejetées.

A. Les requêtes doivent-elles être rejetées pour cause de retard?

[3] Les demandes réunies progressent suivant un rythme très accéléré et une ordonnance fixant un échéancier strict. Les intimés ont signifié leurs affidavits aux demandeurs le 25 octobre 2019. Les parties requérantes ont déposé leurs requêtes environ dix-sept jours plus tard, soit beaucoup trop près du moment où les parties devaient déposer leurs dossiers de preuve auprès de la Cour. La Cour a demandé aux parties requérantes, à ce moment-là seules la nation Squamish et la bande indienne Coldwater, de produire rapidement une explication pour leur retard. Elles l'ont fait.

[4] Les intimés affirment que l'explication fournie par les parties requérantes est inadéquate. Ils demandent à notre cour de rejeter les requêtes pour cause de retard aux termes des articles 58 et 59 des Règles.

[5] Les requêtes auraient pu être présentées beaucoup plus tôt. L'ordonnance fixant l'échéancier ne comportait aucune échéance pour soulever des oppositions aux éléments de preuve, toutefois, il ressort de la lecture objective de l'ordonnance que de telles oppositions devaient être soulevées très rapidement. Un délai de dix-sept jours ne pourrait être qualifié de très rapide.

[6] Néanmoins, plusieurs considérations viennent appuyer l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en faveur de l'audition des requêtes malgré ce délai. Les parties requérantes se sont montrées assidues et diligentes dans le traitement de dizaines de pages d'éléments de preuve complexes déposés par les intimés. Il n'est pas question d'un motif illégitime. Leurs requêtes sont plutôt complexes et leur préparation a pris du temps. Ce délai n'a pas empêché notre Cour de rendre une décision suffisamment longtemps avant l'échéance imposée aux intimées pour déposer leurs dossiers de preuve. Finalement, notre Cour préfère, dans la mesure du possible, trancher les questions sur leur véritable fond.

B. Faut-il statuer sur les requêtes à ce stade?

[7] Les demandes réunies sont gérées par un seul juge. Les parties requérantes demandent que la formation qui entendra les demandes statue sur leurs requêtes, en tout ou en partie, et non un juge unique.

[8] C'est à notre Cour, et non à l'une ou l'autre des parties, qu'il revient de déterminer qui prendra les décisions en l'espèce. La Cour peut tenir compte des souhaits des parties, mais notre Cour ne saurait être contrainte par ceux-ci.

[9] Une jurisprudence de notre Cour est fixée en ce qui concerne cette question. Un juge unique chargé de l'audition d'une demande ou d'un appel peut, sans y être tenu, statuer sur les requêtes soumises avant l'audition. Le juge peut, à sa discrétion, renvoyer les requêtes à la formation chargée de l'audience.

[10] Les facteurs reconnus encadrant ce pouvoir discrétionnaire sont consacrés par la jurisprudence suivante : *Bernard c. Canada (Agence du revenu)*, 2015 CAF 263, 479 N.R. 189; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22, 428 N.R. 297, au paragraphe 11; *Collins c. Canada*, 2014 CAF 240, 466 N.R. 127, au paragraphe 6. Ces facteurs comprennent notamment :

- Le règlement d'une question interlocutoire est-il conforme aux objectifs de l'article 3 des *Règles des Cours fédérales*, aux ordonnances judiciaires antérieures, et au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, selon lesquels la Cour doit statuer en matière de contrôle judiciaire « à bref délai et selon une procédure sommaire »? (*Amgen Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2016 CAF 196, 487 N.R. 202, au paragraphe 8.) C'est ce qui a poussé notre Cour à affirmer qu'il « [...] est rare que notre Cour déroule le tapis rouge à l'intention de ceux qui tentent d'obtenir pareille décision interlocutoire » :

Association des universités au paragraphe 11; voir également *Gravel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CAF 14, au paragraphe 5. Cette préoccupation peut être atténuée lorsque les instances ne risquent pas d'être retardées en raison d'un processus de gestion de l'instance ou d'une ordonnance fixant un échéancier strict.

- Le règlement de la question interlocutoire permettra-t-il un déroulement plus rapide, plus ordonné et structuré de l'instance et de l'audition? Voir *Collins* au paragraphe 6; *Mcconnell c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2004 CF 817, confirmée dans 2005 CAF 389. Le règlement de la question interlocutoire aidera-t-il les parties à circonscrire leurs mémoires et à les densifier? Voir *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128 (*Tsleil-Waututh n° 1*), au paragraphe 23. Le règlement de questions interlocutoires peut parfois s'avérer utile pour éliminer les questions qui pourraient détourner les parties et la formation chargée de l'audience du bien-fondé réel d'un dossier.
- L'issue de la requête est-elle relativement claire ou évidente? Une réponse affirmative à cette question milite en faveur du règlement de la question avant l'audience. Toutefois, si l'on peut raisonnablement avoir des opinions divergentes, c'est à la formation chargée de l'audition qu'il reviendra de statuer sur la requête : *Collins*, au paragraphe 6; arrêt *Canadian Tire Corp. Ltd. c. P.S. Partsource Inc.*, 2001 CAF 8, 267 N.R. 135; *McKesson Canada Corporation c. Canada*,

2014 CAF 290, 466 N.R. 185, au paragraphe 9; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2015 CAF 27 (*Nation Gitxaala n° 1*), au paragraphe 12.

- Les circonstances du dossier penchent-elles en faveur d'une décision immédiate à l'égard de ces requêtes? Le temps est-il un facteur crucial? Voir *Amgen*, au paragraphe 9.
- La requête soulève-t-elle de nouvelles questions? Les requêtes, et plus particulièrement les observations, sont-elles incomplètes de sorte qu'il serait souhaitable de tenir une audition devant la formation chargée de l'audience pour les régler? Voir *Gitxaala Nation n° 1*, aux paragraphes 9-12; et *Amgen*, au paragraphe 10.
- De quel type de requête s'agit-il? Les requêtes de ce type sont-elles habituellement ou souvent tranchées à un moment donné du processus? Voir, par exemple, *Janssen Inc. c. Teva Canada Limited*, 2015 CAF 36; *Tsleil-Waututh Nation n° 1*, au paragraphe 22.
- Le principe de l'économie judiciaire favorise-t-il l'audition de la requête avant l'audience? Voir *Amgen*, au paragraphe 11.
- Que souhaitent les parties?

[11] Nonobstant ces facteurs, certaines questions doivent être tranchées par la formation chargée de l'audience qui entendra l'appel. Il s'agit de questions intimement liées au fond de l'instance, notamment quant à la pondération à accorder aux éléments de preuve et aux inférences à tirer de ceux-ci.

[12] En l'espèce, la majeure partie des facteurs favorisent le règlement immédiat des requêtes. L'issue est sans équivoque. Le règlement des requêtes permettra aux intimés de rédiger leurs mémoires selon les éléments de preuve dont la Cour sera saisie. Les questions relatives à la preuve étant réglées, la formation chargée de l'audience pourra se concentrer sur le fond des demandes. La Cour statuera maintenant sur les requêtes.

C. Analyse des requêtes

1) Pertinence

[13] Certaines parties requérantes contestent la pertinence de certains éléments de preuve figurant dans l'affidavit de M. Labonté relativement à la réaction du gouvernement du Canada à l'annulation par notre Cour de la première approbation du projet d'élargissement de Trans Mountain dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 153, [2018] 3 C.N.L.R. 205 (*Tsleil-Waututh n° 2*).

[14] Pour obtenir gain de cause à ce stade, les parties requérantes doivent démontrer que la preuve « est de toute évidence dénuée de pertinence » : *Mayne Pharma (Canada) Inc. c. Aventis Pharma Inc.*, 2005 CAF 50, 331 N.R. 373, au paragraphe 18.

[15] Les parties requérantes sont loin du compte. Les éléments de preuve sur la manière dont le gouvernement du Canada a réagi à la décision de notre Cour sont pertinents quant à sa planification et à sa conception du processus de consultation.

[16] Certaines parties requérantes contestent également la pertinence de la preuve relative à la participation de M. Iacobucci, un juge à la retraite de la Cour suprême, au processus de consultation. Il s'agit d'un élément de preuve pertinent. Elle porte sur le caractère adéquat du processus de consultation.

[17] La bande indienne Coldwater conteste également la pertinence des déclarations sur les offres de financement faites aux groupes autochtones figurant dans l'affidavit de M. Anderson n° 2. Cette preuve est pertinente. Notre Cour a conclu que l'offre de financement était pertinente quant à la question de savoir si l'obligation de consulter a été respectée : *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418 (*Nation Gitxaala n° 2*), aux paragraphes 58, 189 et 209; *Tsleil-Waututh n° 2*, aux paragraphes 76, 99-108, 160, 534, 536 et 555; *Bigstone Cree Nation c. Nova Gas Transmission Ltd.*, 2018 CAF 89, aux paragraphes 10, 13, 17, 39, 44-45 et 52.

2) Déclarations argumentatives dans les affidavits

[18] Les parties requérantes affirment que certaines déclarations figurant dans les affidavits sont trop argumentatives. Elles invoquent le paragraphe 81(1) des Règles. Selon cette disposition des Règles, les affidavits doivent se limiter aux faits, sans argumentation.

[19] Il ne fait nul doute que les faits doivent être exposés dans les affidavits « sans commentaires ni explications » : *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 47, 399 N.R. 33, au paragraphe 18. Il existe une distinction entre la présentation de faits et « l'argumentation controversée qui dépasse les limites de ce qui est permis », comme un affidavit qui contient des paragraphes qui devraient plutôt se trouver dans un mémoire des faits et du droit : *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 116 (*Tsleil-Waututh n° 3*), au paragraphe 37.

[20] Certains affidavits des intimés comportent effectivement des déclarations argumentatives. Toutefois, on peut en dire de même de certaines sections des affidavits des parties requérantes : voir, par exemple, l'affidavit de M. Lewis, aux paragraphes 88, 161, 162 et 213 à 216. Il aurait été préférable que l'ensemble des auteurs des affidavits de toutes les parties se limitent à un exposé clinique des faits.

[21] L'argumentation dans un affidavit peut porter préjudice à la partie adverse. Cependant, la plupart du temps, celle-ci risque de causer davantage préjudice à la partie qui présente l'affidavit.

Elle peut réduire la crédibilité de l'auteur de l'affidavit et susciter des doutes quant à la capacité juridique et au professionnalisme de l'avocat.

[22] En l'espèce, les déclarations argumentatives figurant dans les affidavits des intimés sont isolées et sans importance. Parfois, ils témoignent plutôt de l'état mental ou de l'attitude de l'auteur de l'affidavit, un élément qui peut quelques fois être pertinent. En outre, les paragraphes dits argumentatifs ne sont pas sensiblement différents des paragraphes jugés admissibles par notre Cour à l'occasion de l'affaire *Nation Gitxaala n° 2* et *Tsleil-Waututh n° 3*. Enfin, on peut compter sur la formation chargée de l'audience pour faire fi de toute argumentation inappropriée. La Cour rejette cette opposition.

3) Pertinence des éléments postérieurs à la décision

[23] Dans le contexte d'une procédure de contrôle judiciaire, la règle générale veut que seuls les éléments de preuve qui ont été présentés au décideur administratif soient pertinents, et ainsi recevables devant une Cour de révision. En conséquence, les éléments de preuve postérieurs à la décision sont en principe non pertinents, et donc irrecevables. Voir *Association des universités; Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, 100 Admin. LR (5th) 301; *Bernard*; et *Tsleil-Waututh n° 1*, au paragraphe 86. Toutefois, il y a des exceptions.

[24] Une exception existe lorsque les éléments de preuve postérieurs à la décision sont pertinents quant à un motif d'annulation d'une décision. Imaginons par exemple qu'un décideur

administratif a reçu un pot-de-vin pour rendre sa décision. Les éléments de preuve postérieurs à la décision démontrant le pot-de-vin seront admissibles : *Tsleil-Waututh n° 1*, au paragraphe 99.

[25] Il existe également une exception lorsque des documents postérieurs à la décision sont pertinents non pas pour établir le caractère raisonnable de la décision administrative, mais relativement au pouvoir discrétionnaire d'accorder une mesure de la Cour : *Première nation de Namgis c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 149, au paragraphe 10.

[26] Ces deux exceptions jouent en l'espèce.

[27] Comme en l'espèce, les affaires *Gitxaala Nation n° 2* et *Tsleil Waututh Nation n° 2* étaient tous deux des procédures de contrôle judiciaire visant une décision du gouverneur en conseil d'approuver un projet de pipeline aux termes de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, ch. N-7. Dans ces affaires, les décisions du gouverneur en conseil ne pouvaient pas être maintenues si elles n'étaient pas raisonnables ou si une condition préalable essentielle (en l'occurrence, la consultation des peuples autochtones) n'était pas remplie. Les consultations étaient en cours et c'était à la Couronne, une partie distincte, qu'incombait l'obligation de consulter; en conséquence, les éléments de preuve postérieurs à la décision relativement à ces questions étaient recevables : voir *Tsleil-Waututh n° 3*, aux paragraphes 51 et 52 et 63 et 64, et *Gitxaala Nation n° 2*, aux paragraphes 66 et 318. En l'espèce, les éléments de preuve recueillis après la décision sont pertinents quant au motif d'annulation de la décision.

[28] De plus, pour autant que les éléments de preuve postérieurs à la décision démontrent que les manquements à l'obligation de consulter ont été corrigés, éliminant ainsi la nécessité d'annuler la décision du gouverneur en conseil, ils seront admissibles : *Première nation de Namgis*, au paragraphe 10, citant *Comité de la bande indienne d'Adams Lake c. Bande indienne d'Adams Lake*, 2011 CAF 37, 419 N.R. 38.

[29] Vu la jurisprudence, *Gitxaala Nation n° 2* et *Tsleil Waututh Nation n° 2*, et pour les motifs susmentionnés, les éléments de preuve postérieurs à la décision contestés sont recevables.

4) Le rapport de M. Iacobucci

[30] Le gouvernement du Canada a retenu les services de M. Iacobucci à titre d'expert-conseil sur le processus de consultation avec les peuples autochtones et les Premières Nations. Il a supervisé une partie de ce processus et a rédigé un rapport à la fin. Le rapport est pertinent et comprend beaucoup de renseignements quant à la nature du processus de consultation et à la planification et aux délibérations sous-jacentes au processus.

[31] Dans son rapport, M. Iacobucci affirme que les peuples autochtones et les Premières Nations ont été adéquatement consultés. Les parties requérantes contestent l'admissibilité de cette opinion. Elles citent le principe bien établi selon lequel les éléments de preuve d'un expert quant à la question principale que doit trancher la Cour, en l'occurrence le caractère adéquat des consultations avec les peuples autochtones et les Premières Nations, sont irrecevables. Elles soulignent également le fait que M. Iacobucci est un ancien juge de la Cour suprême. Les parties

requérantes se disent inquiètes que notre Cour soit indûment influencée, ou semble l'être, par l'opinion de M. Iacobucci.

[32] Ces préoccupations sont sans fondement. Il n'y a aucun risque réel ou apparent d'influence indue sur notre Cour. Les juges en exercice prêtent le serment de trancher les questions qui leur sont déférées en s'appuyant sur le droit et les éléments de preuves, et non d'accepter aveuglément les dires d'autres personnes ou de déléguer la décision à d'autres. Par ailleurs, pour de nombreux autres motifs, les opinions de juges à la retraite n'ont pas autant d'influence sur des juges en exercice que d'aucuns pourraient le croire.

[33] En l'espèce, le procureur général n'utilise pas le rapport de M. Iacobucci de manière inappropriée. Ce rapport n'est pas présenté comme étant un rapport d'expert admissible pour la véracité de son contenu quant à la question juridique fondamentale dont notre Cour est saisie. Si tel était le cas, le rapport serait irrecevable : voir, par exemple, *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 43, 412 D.L.R. (4th) 336; *Mathias c. Canada* (1998), 144 F.T.R. 106.

[34] Au contraire, le procureur général dépose le rapport en preuve afin d'expliquer les mesures prises par le Canada pour remédier aux lacunes particulières du processus de consultation antérieur relevées par notre Cour dans l'arrêt *Tsleil-Waututh n° 2*. L'utilisation qu'il fait de ce rapport s'apparente au recours aux opinions pour démontrer les motivations d'une partie ou indiquer qu'une mesure a été prise de bonne foi : *Ross, Barrett & Scott c. Simanic*

(1994), 137 N.S.R. (2d) 45, 391 A.P.R. 45 (N.S.C.A.), aux paragraphes 20 et 21; *R. v. Shacher*, 2003 ABCA 313, 339 A.R. 119, au paragraphe 31.

[35] Les trois juges qui entendront les demandes réunies se forgeront leurs propres avis juridiques en fonction de leur interprétation du droit, tel qu'ils s'y sont engagés en prêtant serment. Ils écarteront les opinions juridiques de M. Iacobucci quant à la suffisance des consultations puisque ces opinions sont irrecevables. Comme l'a observé notre Cour dans l'arrêt *Canada (Bureau de régie interne)*, les juges « sont habitués à faire abstraction des témoignages et opinions qu'ils ont exclus au cours de l'instance, et à apprécier les éléments de preuve qui, même déclarés admissibles, se révèlent d'une faible pertinence, fiabilité ou crédibilité » : au paragraphe 31.

5) Oppositions relatives au oui-dire

[36] Les parties requérantes s'opposent à des parties des affidavits Taylor (n^{os} 1 et 2), de l'affidavit Tupper, et de l'affidavit Anderson n^o 2 au motif qu'ils contiennent des déclarations qualifiées de oui-dire.

[37] Pour les motifs qui suivent, les oppositions relatives au oui-dire sont rejetées. En tirant cette conclusion, la Cour retient essentiellement les observations écrites des demandeurs sur la question du oui-dire.

[38] Dans certains cas, les affidavits présentent des éléments de preuve de mise en contexte et résumant des éléments de preuve trouvés ailleurs afin d'orienter la Cour. Il ne s'agit pas d'un recours à une preuve par ouï-dire. L'utilisation qu'en font les demandeurs est autorisée dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire : *Delios*.

[39] Toutefois, le fait que cette utilisation soit permise ne permet pas de faire admettre, en douce, en preuve des déclarations pour la véracité de leur contenu. La preuve doit toute même avoir été donnée en direct ailleurs ou être par ailleurs recevable en application d'une autre exception à la règle sur le ouï-dire : *Tsleil-Waututh n° 2*.

[40] A l'occasion de l'affaire *Tsleil-Waututh n° 2*, notre Cour a examiné la question de savoir si un affidavit produit par Trans Mountain devait être radié à titre de ouï-dire. L'affidavit a été admis afin d'orienter la Cour, mais pas à titre de preuve pour établir la véracité de son contenu, dont le déposant n'avait aucune connaissance personnelle. La Cour, dans l'arrêt *Tsleil-Waututh n° 2* a ensuite observé (au paragraphe 151) :

Comme [le déposant] n'a pas démontré qu'il avait une connaissance personnelle et pertinente des discussions que Trans Mountain a eues avec les demandeurs autochtones, et qu'on n'a pas expliqué pourquoi la preuve à cet égard n'a pas été présentée par une personne ayant directement participé aux discussions, ces éléments de preuve doivent provenir d'autres sources, comme les registres des consultations que Trans Mountain a produits devant l'Office.

[41] On comprend de cette citation que si le déposant avait eu une connaissance concrète et personnelle des discussions qui ont eu cours entre Trans Mountain et les demandeurs autochtones, et s'il avait pu expliquer les raisons pour lesquelles personne d'autre ne pouvait

produire la preuve, l'affidavit aurait été admissible. Cela correspond à l'approche raisonnée » quant au oui-dire, que nous expliquons ci-dessous. L'affidavit semble également faire référence à des circonstances dans lesquelles une personne occupant un poste de supervision dans un service pourrait présenter des éléments de preuve directs quant à la conduite du personnel, aux activités et aux événements dans son service.

[42] Cette conclusion de l'arrêt *Tsleil-Waututh n° 2* est conforme à celle qui a été rendue dans l'arrêt *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161, 400 D.L.R. (4th) 723, aux paragraphes 105 et 116. Dans cette affaire, la Cour a conclu que le témoignage de superviseurs de services ou de personnes occupant des postes semblables relativement aux activités de leurs services, à la conduite de leurs employés et aux événements ayant lieu en lien avec leurs services était admissible lorsqu'il avait une connaissance suffisamment directe et personnelle des faits allégués. Ils n'ont pas besoin, pour rendre ce témoignage, d'être directement impliqués dans l'ensemble des conduites, des activités et des événements au sein du service ou en périphérie. Toutefois, le superviseur d'un service ne peut pas produire en preuve des déclarations particulières formulées par des membres du personnel de son service pour la véracité de leur contenu. Comme l'a observé notre Cour dans l'arrêt *Pfizer*, au paragraphe 115, il n'existe aucune exception générale de « chef de service » à la règle sur le oui-dire.

[43] La décision rendue par notre Cour dans l'arrêt *O'Grady c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 221, est conforme celle de l'arrêt *Pfizer*. Dans l'affaire *O'Grady*, un directeur général de Statistique Canada a produit un affidavit visant à établir que certains dossiers appartenant à M^{me} O'Grady n'avaient pas été utilisés dans une étude. Notre Cour a conclu (au paragraphe 10)

que l'affidavit était recevable au motif que « l'auteur de l'affidavit était, en raison de ses responsabilités au sein de la fonction publique fédérale, en mesure de faire une déposition relativement à la question en litige sans nécessairement avoir une connaissance personnelle ». La Cour a cité la décision *Twentieth Century Fox Home Entertainment Canada Limited c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 823, confirmée pour d'autres motifs dans 2013 CAF 25, à l'appui de cette affirmation. Dans ce cas, la Cour fédérale a jugé recevables certaines déclarations formulées par une personne intervenant à titre de superviseur et étant en position de savoir si les faits avancés dans ces déclarations étaient véridiques.

[44] En ce qui concerne l'affaire *Kon Construction Ltd. v. Terranova Developments Ltd.*, 2015 ABCA 249, 387 D.L.R. (4th) 623, la déclaration controversée au titre du oui-dire était la matière première du témoignage d'un expert qui avait été recueillie par différents arpenteurs-géomètres, puis traitée par un programme informatique. La déclaration a été contestée, car aucun arpenteur-géomètre ou technicien informatique n'a été cité à comparaître comme témoin. La Cour d'appel de l'Alberta a cité la jurisprudence *Advance Rumely Thresher Co. v Laclair* (1916), 32 D.L.R. 609, pour conclure que [TRADUCTION] « le chef d'une équipe a le droit de témoigner quant au travail de l'équipe, et ce, même s'il ou si elle n'a pas une connaissance personnelle de tous les volets du travail ». Voici ce qu'a déclaré la Cour d'appel de l'Alberta (au paragraphe 47) :

[TRADUCTION]

Il est irréaliste de croire que chaque membre d'une équipe doit être appelé à témoigner simplement pour déclarer qu'il a suivi les procédures normales de saisie de données brutes. Faute d'indices montrant des lacunes dans la saisie de données ou dans le programme informatique, le principe d'économie des ressources judiciaires veut que la preuve soit produite par un seul témoin.

[45] L'arrêt *Advance Rumely* est également révélateur. Dans cette affaire, un gestionnaire a déposé un affidavit faisant référence à certains documents. Il n'était pas présent lorsque les documents ont été signés et n'a pas participé à la tenue de livres nécessaires pour vérifier la comptabilité. Toutefois, la Cour d'appel a admis sa preuve, car [TRADUCTION] « à titre de gestionnaire de l'entreprise, il avait accès à tous les registres de comptes », ce qui était [TRADUCTION] « certainement suffisant pour établir ses moyens de connaissance » et [TRADUCTION] « justifier sa préparation d'un tel affidavit » (à la page 615).

[46] À mon avis, la jurisprudence suivante, *Tsleil-Waututh n° 2*, *Pfizer*, *O'Grady*, *Twentieth Century Fox*, *Kon Construction* et *Advance Rumely* enseigne que les déposants qui sont des chefs de service ou des superviseurs ayant des responsabilités importantes relativement à leur service et à sa supervision ont une connaissance personnelle suffisante pour témoigner directement de la conduite du personnel, des activités et des événements au sein du service.

[47] À ce titre, MM. Taylor, Tupper et Anderson répondent à ce critère. En l'espèce, MM. Taylor et Tupper s'apparentaient à des superviseurs de service participant aux activités et supervisant la conduite d'autres participants à la consultation. M. Anderson, bien qu'il soit cadre supérieur au sein de l'organisation de Trans Mountain, a suivi de près la progression du projet d'expansion du réseau de pipeline. Le fait, pour la formation chargée de l'audience, de déterminer ce que savaient exactement MM. Taylor, Tupper et Anderson au sujet des consultations et de dire s'ils pouvaient recueillir des connaissances à ce sujet, est une question de poids. Cependant, il ne s'agit pas d'une question d'admissibilité de la preuve. Les affidavits

contestés sont une preuve recevable de ce qui s'est produit relativement à la consultation, du moins aux yeux des différents ministères et organismes.

[48] Cette conclusion est conforme à l'exception de principe à la règle du ouï-dire et est renforcée par celle-ci. Conformément à l'exception de principe à la règle du ouï-dire, la preuve par ouï-dire peut être admissible si elle répond aux critères essentiels de la nécessité et de la fiabilité : voir, par exemple, *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787.

[49] En l'espèce, une grande partie de la preuve controversée est fiable et étayée par des documents, incluant des résumés, des notes et des procès-verbaux de rencontres tenues dans le cadre des consultations; et ces documents pourraient, en totalité ou en partie, être admissibles à titre de registres.

[50] Au paragraphe 72 de son affidavit, M. Tupper explique que le Canada a préparé ces procès-verbaux afin qu'ils soient regroupés et reflètent l'opinion commune quant aux thèmes discutés. Ils ont été communiqués à la nation Tsleil-Waututh pour qu'elle les commente et les approuve conformément au protocole mis en œuvre pour ce processus de consultation. Lors de cette consultation, la nation Tsleil-Waututh n'a exprimé aucune opposition quant à l'exactitude des procès-verbaux. Une garantie indirecte de crédibilité de ce type permet de répondre au critère de la nécessité.

[51] Rien n'indique que les intimés tentent d'empêcher l'examen minutieux de témoins disposant de renseignements directs. En effet, dans de nombreux cas, les parties requérantes

elles-mêmes n'ont pas produit le type de preuve directe que devaient produire les intimés, selon elles. De plus, rien n'indique que les parties requérantes ont l'intention d'interroger des personnes ayant une preuve directe ou qu'elles ont demandé l'assignation de témoins en application de l'article 41 des Règles (tel qu'il a été expliqué dans l'arrêt *Tsleil-Waututh n° 1*, au paragraphe 103).

[52] Trois facteurs doivent être gardés à l'esprit en ce qui concerne l'appréciation de la question de la nécessité.

[53] D'abord, il faut donner au critère de la nécessité « une définition souple, susceptible d'englober différentes situations » dans laquelle « pour différentes raisons, la preuve directe pertinente n'est pas disponible » : *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, aux pages 933 et 934. La « [...] nécessité [n'a pas à être] aussi grande; il s'agit peut-être à peine d'une nécessité; on peut supposer qu'il s'agit d'une simple commodité » : *Smith* à la page 934, citant J.H. Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2^e éd. (Boston, Little, Brown & Co., 1923) aux paragraphes 1420 à 1422.

[54] Deuxièmement, l'article 18.4 de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit qu'il faut statuer sur les demandes de contrôle judiciaire « à bref délai et selon une procédure sommaire ». De plus, notre Cour a ordonné un échéancier très accéléré pour le traitement des demandes réunies. Ce besoin de rapidité et d'efficacité a une influence sur l'analyse de la nécessité.

[55] Troisièmement, il arrive que la nature et les exigences concrètes d'une instance aient une incidence sur l'admissibilité d'éléments de preuve et, plus particulièrement, sur l'appréciation de la nécessité par la Cour.

[56] Le présent contentieux porte sur le caractère adéquat d'un processus de consultation touchant de nombreuses personnes dans les deux camps. L'imposition d'une exigence stricte quant à la présentation d'éléments de preuve directs exigerait de toutes les parties qu'elles préparent et produisent de nombreux affidavits supplémentaires (peut-être dix, voire plus), ainsi que les contre-interrogatoires connexes. Par conséquent, le règlement d'un litige portant sur l'obligation de consulter pourrait prendre des années et s'avérer incroyablement coûteux.

[57] Ceci est important pour les deux camps. D'une part, le retard inévitable pourrait pousser les promoteurs et leurs investisseurs à retirer leur appui au projet, ce qui y mettrait fin. En substance, le simple fait de soulever une contestation, avec le retard intolérable et inévitable qui s'ensuit, constitue l'exercice d'un veto à l'égard du projet, ce qui n'est pas la raison d'être de l'obligation de consulter : voir *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 224, aux paragraphes 22 et 47, et la jurisprudence qui y est citée. D'autre part, les peuples autochtones et les Premières Nations, contraints de faire signer plusieurs affidavits directement et de se soumettre à des contre-interrogatoires pendant des journées entières parfois, devront assumer des coûts accablants et subiront des perturbations. Certains peuples autochtones et Premières Nations n'auraient ainsi peut-être pas la capacité de prendre part aux procédures judiciaires.

[58] Je retiens l'observation des intimées Trans Mountain selon laquelle [TRADUCTION] « il serait absurde, dans une instance faisant l'objet d'un contrôle judiciaire très accélérée d'exiger d'une organisation de la taille de [Trans Mountain] (ou du gouvernement du Canada) de produire une preuve directe de chaque personne ayant communiqué avec les peuples autochtones et les Premières Nations ou ayant participé aux réunions, aux appels téléphoniques et à la correspondance écrite ».

[59] Eviter la production d'un nombre important et difficilement réalisable d'affidavits, pour plus de rapidité et d'efficacité, peut suffire à répondre à l'exigence de la nécessité établie dans l'approche raisonnée pour l'admission de ouï-dire : *Lecoupe v. Canada* (1994), 81 F.T.R. 91 au paragraphe 24. La Cour suprême reconnaît également que la « nécessité » pourrait être établie en fonction du simple nombre de sources éventuelles d'éléments de preuve :

En outre, le nombre d'appels peut aussi étayer le critère de nécessité. On ne saurait s'attendre, lorsque les déclarants sont nombreux, que le ministère public les trouve et les convainque tous ou presque tous de témoigner au procès, et ce, même dans la situation peu probable où ils auraient fourni leurs adresses, comme en l'espèce.

(*R. c. Baldree*, 2013 CSC 35, [2013] 2 R.C.S. 520, au paragraphe 72.)

[60] Pour les motifs susmentionnés, je rejette les oppositions des parties requérantes fondées sur la règle d'exclusion des ouï-dire.

6) Défaut de présenter la « meilleure preuve »

[61] Certaines des parties requérantes soutiennent que les intimés n'ont pas produit la « meilleure preuve » possible. Le défaut de produire la meilleure preuve possible peut parfois porter la Cour à accorder peu, voire aucun, poids à la preuve. Parfois, cette omission peut aller dans le sens d'une inférence défavorable : arrêt *Lévesque c. Comeau*, [1970] R.C.S. 1010, 16 D.L.R. (3d) 425; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, aux paragraphes 22 à 30. En revanche, la preuve n'est pas pour autant irrecevable si elle n'est pas la meilleure disponible : arrêt *Première Nation Crie de Tataskweyak c. Sinclair*, 2007 CF 1107, 320 F.T.R. 1, au paragraphe 26; *Lumonics Research Ltd. v. Gould*, [1983] 2 F.C. 360, 46 N.R. 483 (C.A.).

D. Décision

[62] Pour les motifs susmentionnés, les requêtes seront rejetées.

[63] Les intimés demandent tous deux des dépens majorés, quelle que soit l'issue de la cause. Je ne vois aucun motif justifiant l'adjudication de dépens majorés. Néanmoins, les intimés auront droit aux dépens en lien avec les présentes requêtes, quelle que soit l'issue de la cause.

[64] La Cour a seulement tranché la question très précise de l'admissibilité des éléments de preuve controversés en l'espèce. Rien dans les présents motifs ne porte sur les conclusions à tirer des éléments de preuve admissibles ni sur la probabilité de tirer ou non des conclusions défavorables du fait que les intimés ont choisi de ne pas déposer d'éléments de preuve de

témoins ayant une meilleure connaissance des faits en cause. De plus, rien n'est dit quant au poids à accorder aux éléments de preuve admissibles. Les éléments de preuve auxquels aucun poids n'est accordé sont tout aussi inutiles que les éléments de preuve irrecevables. Ces questions devront être tranchées par la formation chargée de l'audition de l'affaire.

« David Stratas »

j.c.a.

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIERS : A-324-19 (DOSSIER PRINCIPAL),
A-325-19, A-326-19 et A-327-19

INTITULÉ : BANDE INDIENNE
COLDWATER *ET AL.* c. LE
PROCUREUR GÉNÉRAL DU
CANADA *ET AL.*

REQUÊTE JUGÉE SUR DOSSIER SANS COMPARUTION DES PARTIES

MOTIFS DE L'ORDONNANCE : LE JUGE STRATAS

DATE DES MOTIFS : LE 27 NOVEMBRE 2019

OBSERVATIONS ÉCRITES :

Michelle L. Bradley POUR LA DEMANDERESSE, LA
NATION SQUAMISH

Michelle L. Bradley POUR LA DEMANDERESSE, LA
BANDE INDIENNE
COLDWATER

Scott A. Smith POUR LA DEMANDERESSE, LA
Paul Seaman NATION TSLEIL-WAUTUTH

Jan Brongers POUR L'INTIMÉ, LE
PROCUREUR GÉNÉRAL DU
CANADA

Maureen Killoran, c.r. POUR LES INTIMÉES,
TRANS MOUNTAIN PIPELINE U
LC ET TRANS MOUNTAIN
CORPORATION

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Ratcliff & Company LLP
Vancouver (Colombie-Britannique)

POUR LA DEMANDERESSE, LA
NATION SQUAMISH

Ratcliff & Company LLP
Vancouver (Colombie-Britannique)

POUR LA DEMANDERESSE, LA
BANDE INDIENNE
COLDWATER

Gowlings WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Vancouver (Colombie-Britannique)

POUR LA DEMANDERESSE, LA
NATION TSLEIL-WAUTUTH

Nathalie G. Drouin
Sous-procureure générale du Canada

POUR L'INTIMÉ, LE
PROCUREUR GÉNÉRAL DU
CANADA

Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Calgary (Alberta)

POUR LES INTIMÉES,
TRANS MOUNTAIN PIPELINE
ULC ET TRANS MOUNTAIN
CORPORATION