

Université de Montréal

REPENSER LA NATURE JURIDIQUE DE L'EXPERTISE DANS L'INSTANCE CIVILE

par Shana Chaffai-Parent

Faculté de droit de l'Université de Montréal

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de Maître en droit (LL.M.)

Septembre 2018

© Shana Chaffai-Parent, 2018

RÉSUMÉ

REPENSER LA NATURE JURIDIQUE DE L'EXPERTISE DANS L'INSTANCE CIVILE

Dans une société dépendante des connaissances scientifiques et techniques, l'expertise est indispensable au processus de recherche de la vérité des tribunaux. Or, sous l'effet du système contradictoire, les experts sont de plus en plus critiqués pour leur manque d'impartialité, et l'expertise constitue l'une des principales causes d'augmentation des coûts et des délais de la justice. Pour ces raisons, la réforme du *Code de procédure civile* s'est intéressée à l'expertise. À titre de principe directeur, le législateur a énoncé que l'expert a la mission d'éclairer le tribunal dans sa prise de décision avec impartialité, objectivité et rigueur, et que cette mission prime les intérêts des parties. Toutefois, les mesures intégrées au *Code* semblent vouloir atténuer les manifestations d'un problème dont les causes demeurent existantes.

L'objectif du mémoire est d'offrir une vision renouvelée de la nature juridique de l'expertise. Celle-ci y est envisagée juridiquement comme un outil du tribunal plutôt qu'un moyen de preuve, et l'expert, comme un auxiliaire de justice, plutôt qu'un témoin d'opinion. Cette démonstration sera effectuée à l'intérieur de trois différentes dimensions de l'expertise, soit les dimensions référentielle, normative et pratique. Elle permettra d'identifier les attributs qui caractérisent l'expertise et sa mission. L'intérêt de cette démonstration réside dans ses effets, puisqu'elle appelle à un traitement transformé, et parfois plus rigoureux, de l'expertise par les tribunaux, les praticiens et les experts, notamment en regard de l'impartialité de ces derniers. Le mémoire se conclut par la formulation de propositions de solutions simples, concrètes et réalisables.

Mots-clés : Procédure civile, Preuve, Moyen de preuve, Expertise, Expert, Science et droit, Accès à la justice, Réforme de la procédure civile, Nouveau Code de procédure civile.

SUMMARY

RETHINK THE LEGAL NATURE OF EXPERT EVIDENCE IN CIVIL JUSTICE

In a society dependent on scientific and technical knowledge, expert evidence is critical to the court's process of seeking the truth. However, under the effect of the adversarial system, experts are being criticized for their lack of impartiality. Expert evidence has also been identified as one of the main causes for the increase of costs and delays of justice. For these reasons, the reform of the *Code of Civil Procedure* addressed the issue of expert evidence. As a guiding principle, the *Code* states that the expert has the mission to enlighten the court objectively, impartially and thoroughly. This mission overrides the parties' interests. However, the other measures included in the *Code* as to expert evidence seem to only focus on reducing manifestations of a problem whose causes remain existent.

The purpose of this master's thesis is to offer a renewed understanding of the legal nature of expert evidence. Expert evidence should be considered as a tool for the court rather than a means of evidence for the parties, and the expert, as an officer of the court, rather than a witness. This demonstration will be carried out through three different dimensions of the expertise, namely referential, normative and practical. Specific elements that characterize the expertise and its mission will be identified. The point of this demonstration lies in its effects, since it calls for a transformed, and sometimes more rigorous, treatment of expertise by courts, practitioners and experts, particularly as to the impartiality of the latter. The master's thesis concludes with the formulation of simple, concrete and feasible solutions.

Keywords : Civil Procedure, Evidence Law, Means of Evidence, Expert Evidence, Expert, Science and Law, Access to Justice, Reform of Civil Procedure, New Code of Civil Procedure.

TABLE DES MATIÈRES

REPENSER LA NATURE JURIDIQUE DE L'EXPERTISE DANS L'INSTANCE CIVILE

Résumé et mots-clés.....	p. ii
Summary and keywords.....	p. iii
Table des matières.....	p. iv
Liste des abréviations.....	p. viii
Remerciements.....	p. xi
Prologue.....	p. 1
INTRODUCTION : La pertinence d'étudier l'expertise en droit québécois.....	p. 2
A. ÉTAT DES LIEUX : L'usage des experts dans l'instance civile, théorie et historique comparatif.....	p. 7
i. Progrès, montée de l'importance des savoirs et scientification des litiges.....	p. 8
ii. Déploiement de la procédure accusatoire et contradictoire et instrumentalisation de l'expertise.....	p. 12
iii. Problèmes contemporains d'accès à la justice et témoin-expert.....	p. 15
iv. Réforme de la procédure civile au Québec et ailleurs.....	p. 20
B. Une réflexion en trois dimensions pour repenser la nature juridique de l'expertise dans l'instance civile.....	p. 27

1. DIMENSION SYMBOLIQUE : L'expertise, outil au service du juge, et non des parties.....	p. 27
1.1 Mission d'éclairage de l'expert, principe directeur de la procédure civile québécoise.....	p. 28
1.2 Perceptions et rapports entre le savoir spécialisé et le droit.....	p. 33
1.3 Interactions et intégration du savoir spécialisé dans la décision judiciaire.....	p. 39
1.4 Évaluation de l'expertise à travers son rôle de gardien, un défi pour le tribunal.....	p. 44
1.5 Influence éclairée de l'expert sur la prise de décision.....	p. 60
1.6 Légitimité de la décision judiciaire et risque de déconsidération de l'administration de la justice.....	p. 67
2. DIMENSION NORMATIVE : L'expertise, ou faire exception à la règle.....	p. 75
2.1 Le témoignage et l'expert, un « acteur juridiquement non-identifié ».....	p. 78
2.2 L'objet du témoignage et la règle générale de prohibition du témoignage d'opinion.....	p. 91
2.3 La prohibition du ouï-dire.....	p. 96
2.4 Le caractère exceptionnel de l'expertise et l'intérêt de la justice.....	p. 103
3. DIMENSION PRATIQUE : Les difficultés de l'expertise privée, le procédé majoritaire de nomination de l'expert.....	p. 110
3.1 La partialité, le résultat inévitable de la nomination d'experts privés.....	p. 111

3.1.1	Définir l'indépendance et l'impartialité.....	p. 112
3.1.2	Les biais inhérents au procédé de nomination des experts privés.....	p. 119
3.1.3	Le rapport de l'expert, un travail conjoint avec la partie qui le mandate.....	p. 128
3.2	Les conséquences de la partialité : les débats d'experts.....	p. 139
3.2.1	La difficulté de départager les opinions contradictoires, ou la dévalorisation de la mission de l'expert.....	p. 139
3.2.2	Les coûts des débats d'experts et leur effet potentiellement discriminatoire.....	p. 148
3.3	L'expertise privée et la résistance au changement des pratiques majoritaires.....	p. 151
3.3.1	<i>Audi alteram partem</i> , défense pleine et entière et maîtrise du dossier par les parties, les principes qui alimentent la résistance.....	p. 151
3.3.2	La mission de l'expert et la recherche de la vérité dans une vision renouvelée de la justice.....	p. 166
C.	SOMMAIRE ET PROPOSITION : Faire le point quant à la nature juridique de l'expertise, et initier le changement à travers des solutions accessibles, réalisables et adaptées à la nature juridique de l'expertise.....	p. 173
i.	Considérations éthiques et déontologiques, ou la responsabilisation de l'expert et de l'avocat quant à l'importance du savoir spécialisé.....	p. 174
a.	L'expert, la déontologie et l'éthique.....	p. 175
b.	L'avocat, la déontologie et l'éthique dans sa collaboration avec l'expert.....	p. 185

ii. Considérations normatives quant au critère d’admissibilité de l’opinion de l’expert partial.....	p. 191
a. Le critère d’admissibilité de l’opinion d’un expert partial selon les arrêts <i>Saguenay</i> et <i>White Burgess</i>	p. 194
iii. Considérations pratiques sur les modes de nomination et de présentation de la preuve par expertise.....	p. 204
a. Les rencontres entre experts et la conciliation des opinions contradictoires.....	p. 209
b. Le témoignage par panel, ou <i>hot-tubbing</i>	p. 213
c. Mieux comprendre l’expertise commune pour optimiser son utilisation.....	p. 217
d. Les possibilités de la gestion de l’instance par les tribunaux.....	p. 225
CONCLUSION : La pertinence de repenser la nature juridique dans l’instance civile.....	p. 234
Bibliographie.....	p. 239

LISTE DES ABRÉVIATIONS

ABPC	Alberta Provincial Court
Advocate	The Advocate
Adv J	Advocate's Journal
Advocates' Society J	Advocates' Society Journal
Alta L Rev	Alberta Law Review
Am J Leg Hist	American Journal of Legal History
Brook L Rev	Brooklyn Law Review
BUL Rev	Boston University Law Review
Can Bar Rev	Canadian Bar Review
Cardozo J Conflict Resolution	Cardozo Journal of Conflict Resolution
CcQ	Code civil du Québec
C de D	Cahiers de droit
CF	Cour fédérale
Cornell L Rev	Cornell Law Review
Cpc	Code de procédure civile
CQ	Cour du Québec
CS	Cour supérieure du Québec
CSC	Cour suprême du Canada
Erasmus LR	Erasmus Law Review
Geo Wash L Rev	Georges Washington Law Review

Harv L Rev	Harvard Law Review
Intl Rev L & Econ	International Review of Law and Economics
Iowa L Rev	Iowa Law Review
J Empirical Legal Studies	Journal of Empirical Legal Studies
J Institutional and Theoretical Economics	Journal of Institutional and Theoretical Economics
J Intl Com L & Tech	Journal of International Commercial Law and Technology
J Psychiatry & Law Judicial Studies Institute J	The Journal of Psychiatry and Law Judicial Studies Institute Journal
Lawyers W	Lawyers Weekly
L & Bus Rev Americas	Law and Business Review of the Americas
Law & Contemp Probs	Law and Contemporary Problems
Lloyd's Rep	Lloyd's Law Reports
Marq L Rev	Marquette Law Review
McGill LJ	McGill Law Journal
Med & L	Medicine & Law
Mod L Rev	Modern Law Review
NYUL Rev	New York University Law Review
ONCA	Ontario Court of Appeal
ONSC	Ontario Superior Court

Osgoode Hall LJ	Osgoode Hall Law Journal
QCCA	Cour d'appel du Québec
QC RDE	Régie de l'Énergie du Québec
Queen's LJ	Queen's Law Journal
R du B	Revue du Barreau
Ritsumeikan LR	Ritsumeikan Law Review
R Litigation	The Review of Litigation
RDUS	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
Seton Hall L Rev	Seton Hall Law Review
Sexual Abuse J Research & Treatment	Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment
Sing Ac LJ	Singapore Academy Law Journal
TAQ	Tribunal Administratif du Québec
U Chicago L Rev	University of Chicago Law Review
U Det Mercy L Rev	University of Detroit Mercy Law Review
VUWLR	Victoria University of Wellington Law Review
Yale J Reg	Yale Journal on Regulation
Yale LJ	Yale Law Journal

REMERCIEMENTS

Rédiger ces quelques remerciements marque la fin de la rédaction de mon mémoire, mais également, la fin de cette première étape dans la réalisation d'un rêve qui m'anime depuis le début de mes études en droit. C'est donc avec émotion que je tiens à remercier celles et ceux qui ont contribué à sa réalisation. À vous tous, je dis mille mercis !

Il convient de remercier en premier lieu ma fantastique directrice de recherche et mentor, la professeure Catherine Piché. Ses bons conseils, sa rigueur et ses connaissances ont su m'éclairer dans la rédaction de ce mémoire à plusieurs niveaux. Je tiens également à la remercier pour sa disponibilité, sa bienveillance, sa générosité et son amitié. C'est une personne qui non seulement me dirige, mais m'inspire tout particulièrement, et l'avoir croisée sur ma route représente une chance inestimable. Je n'aurais pu espérer meilleure directrice de recherche !

Merci également à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, où les gens m'ont accueillie à bras ouverts. Plus particulièrement, je tiens à exprimer ma gratitude au groupe de gens exceptionnels du projet Accès au Droit et à la Justice (ADAJ), qui me permettent d'apprendre énormément à leur contact. Je tiens à souligner l'apport à mes réflexions des discussions tenues dans le cadre du chantier 8 sur l'expertise. J'espère que le travail accompli dans le cadre de ce mémoire saura être utile au projet.

Un merci tout spécial au professeur Pierre Noreau, à madame Maya Cachecho ainsi qu'au professeur Patrick Taillon de l'Université Laval pour leur aide inestimable, leurs conseils et leur générosité. Tous, à leur manière, ont contribué à l'aboutissement de ce mémoire.

Merci au comité de liaison avec la Cour supérieure du Barreau de Montréal pour leur intérêt quant au sujet des expertises, où certaines discussions ont été très formatrices. Je tiens à particulièrement remercier l'honorable Pierre C. Gagnon de la Cour supérieure du Québec d'avoir généreusement partagé avec moi son savoir, ses expériences et ses réflexions sur les experts et la justice. Il m'a aidée à jeter un regard différent sur plusieurs questions importantes.

Ce projet n'aurait pu être possible sans soutien. Merci au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH) d'avoir soutenu mon projet, à la Faculté de droit de l'Université

de Montréal, à la Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal, et leurs donateurs Heenan Blaikie et Hydro-Québec, ainsi qu'au Centre de recherche en droit public. Sans cette aide, la rédaction de ce mémoire n'aurait probablement pas été possible.

D'un point de vue plus personnel, merci à tous les amis, la famille, ainsi que mon père, Alain Parent, qui m'ont encouragée, que ce soit lorsque j'ai entrepris le projet de retourner aux études supérieures ou pendant la rédaction de mon mémoire. Je m'estime particulièrement chanceuse d'être si bien entourée, puisque j'ai eu droit à un soutien exemplaire, ainsi qu'à beaucoup d'enthousiasme de la part de mes proches.

Merci également à mes anciens collègues et amis de chez Borden Ladner Gervais, qui, par les expériences partagées, m'ont appris énormément, et inspirée dans l'entreprise de ces recherches. Je tiens à adresser des remerciements particuliers à mon ami Hugo Saint-Laurent, pour avoir accepté de jouer à l'avocat du diable pour raffiner certaines de mes idées.

Merci à Émilie Clairoux, ma complice de maîtrise et de rédaction, pour ses encouragements constants, ses conseils, nos rires, nos discussions, mais surtout, pour son amitié.

Merci à mon cher ami, Guillaume Lapierre, pour ses relectures, ses conseils, nos 1001 conversations, ainsi que son enthousiasme débordant. Ses encouragements incessants, sa confiance en l'avenir et sa présence à mes côtés sont inestimables.

Merci à ma mère, Amina Chaffai, pour sa relecture, son soutien sans limites, sa générosité, sa bienveillance à mon égard. Par son écoute et son intelligence, elle a toujours su trouver le bon mot pour me redonner confiance en période de découragement. Je ne pourrais rêver d'une meilleure mère.

Et finalement, merci à mon mari, mon allié de tout moment, Vincent Locas. Sans lui, rien de toute cette aventure n'aurait été possible. Son ardeur au travail, sa minutie ainsi que son énergie m'inspirent chaque jour. Sa présence au quotidien, ses encouragements, ses conseils et sa confiance en moi constituent le moteur qui me permet d'avancer. Merci pour sa patience et son appui dans mes projets, son amour et son dévouement. À deux, nous sommes la fine équipe !

PROLOGUE

Il n'y eut contre nous aucun témoin valable : et on s'en apercevra bien à la lecture du procès-verbal, si on peut parvenir à tirer ce procès du greffier, qui a eu défense d'en donner communication.

Tout le reste est exactement conforme à ce que ma mère et mon frère Donat Calas ont écrit. Jamais innocence ne fut plus avérée. Des deux jacobins qui assistèrent au supplice de mon père, l'un, qui était venu de Castres, dit publiquement : Il est mort en juste. Sur quoi donc, me dira-t-on, votre père a-t-il été condamné ? Je vais le dire, et on va être étonné.

Le capitoul, l'assesseur M. Monier, le procureur du roi, l'avocat du roi, étaient venus, quelques jours après notre détention, avec un expert, dans la maison où mon frère Marc-Antoine était mort : quel était cet expert ? pourra-t-on le croire ? c'était le bourreau. On lui demanda si un homme pouvait se prendre aux deux battants de la porte du magasin où j'avais trouvé mon frère. Ce misérable, qui ne connaissait que ses opérations, répondit que la chose n'était pas praticable. C'était donc une affaire de physique ? Hélas ! l'homme le moins instruit aurait vu que la chose n'était que trop aisée ; et Lavoisier, qu'on peut interroger avec moi, en avait vu de ses yeux la preuve bien évidente.

Le chirurgien Lamarque, appelé pour visiter le cadavre, pouvait être indisposé contre moi parce qu'un jour, dans un de ses rapports juridiques, ayant pris l'œil droit pour l'œil gauche, j'avais relevé sa méprise. Ainsi, mon père fut sacrifié à l'ignorance autant qu'aux préjugés. Il s'en fallut bien que les juges fussent unanimes ; mais la pluralité l'emporta.

Voltaire, *L'affaire Calas*, Déclaration de Pierre Calas, 1762

INTRODUCTION : LA PERTINENCE D'ÉTUDIER L'EXPERTISE EN DROIT QUÉBÉCOIS

Le nouveau *Code de procédure civile*¹ est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016, instituant par le fait même une culture judiciaire renouvelée. L'objectif premier est l'amélioration de l'accès à la justice civile au Québec, un sujet de préoccupation constante pour la société en général, et pour les tribunaux en particulier. Les problèmes constatés dans le système judiciaire québécois appelaient une telle réforme. Près de deux ans après la réforme, deux critiques semblent demeurer récurrentes ; la justice civile coûte cher et prend du temps. Plus que des critiques, les coûts et les délais constituent une barrière importante empêchant le citoyen ordinaire d'accéder au système de justice civile, un droit fondamental dans une société démocratique².

L'expertise occupe une place considérable dans la justice ainsi que dans le procès. Elle est indispensable ; dans une société avec une dépendance grandissante aux savoirs scientifiques ou techniques³, l'expertise permet aux tribunaux de consolider leur processus de recherche de la vérité en s'assurant que les décisions qu'ils rendent sont cohérentes. L'expert, à titre de spécialiste, entretient une relation complexe avec les tribunaux. Ses connaissances en font un personnage qui impose le respect, mais également, qui inspire un certain scepticisme aux tribunaux⁴. D'un point de vue pratique, l'expertise représente de nombreuses heures de travail

¹ *Code de procédure civile*, c C-2501. Dans le présent texte, l'usage du titre *Code de procédure civile* ainsi que de son diminutif *Code* seront interchangeables. Lorsqu'il sera question du *Code civil du Québec*, c CCQ-1991, son titre sera utilisé dans son entièreté.

² Plusieurs observateurs du système de justice ont fait des constats similaires à propos des problèmes d'accès à la justice qui caractérisent le système accusatoire et contradictoire. Voir notamment : R-U, The Right Honourable Lord Woolf, Master of the Rolls. Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, Chapter 13: Expert Evidence, 1996 ; Québec, Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau. *Rapport du sous-comité Magistrature-Justice-Barreau sur les expertises*, Québec, Publications gouvernementales du Québec, 2007 ; Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Justice différée, justice refusée : L'urgence de réduire les longs délais dans le système judiciaire au Canada (rapport final)*, Ottawa, 2017.

³ Comme le mentionnent Bourcier et De Bonis : « La recherche de l'information est devenue le fondement de toute prise de décision. Jamais savoir et jugement, preuve et justification, n'ont été apparemment aussi liés. En un mot, pour juger, il suffit de savoir. », dans Danièle Bourcier et Monique du Bonis, *Les paradoxes de l'expertise : savoir ou juger ?*, coll Empêcheurs de penser en rond, Le Plessis-Robinson, Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance, 1999 à la p 11.

⁴ Art Vertlieb et Ian Knapp, « Experts : Judges Need to Bring Real Change » (2005) 73:5 *The Advocate* 665 à la p 668.

pour tous les intervenants impliqués dans le litige. Elle génère une facture d'honoraires salée pour les justiciables, ainsi que des coûts importants pour l'ensemble du système de justice.

L'expertise occupe une place de premier plan dans la justice. Une remise en question de nos manières de l'appréhender et de l'utiliser est ainsi justifiée. Certains questionnements à cet égard demeurent sans réponses. L'intervention d'experts nommés et payés par les parties favorise-t-elle réellement la découverte de la vérité ? Est-ce que les ressources temporelles et financières investies dans la preuve par expertise rapportent les bénéfices escomptés au processus judiciaire ? Plusieurs sont critiques quant à la valeur ajoutée de l'expertise telle qu'elle est actuellement utilisée en pratique. Les critiques liées à l'expertise dépassent la question des coûts et des délais. Plusieurs émettent la crainte que le système de justice ne soit pas à même de traiter le savoir spécialisé adéquatement⁵.

À cet égard, le ministère de la Justice québécois a identifié la preuve d'expert comme l'une des deux principales causes des coûts et des délais dans les actions civiles québécoises⁶. Les experts nommés et payés par les parties contribuent à ce phénomène, constituant ainsi un problème significatif de la justice moderne⁷. Or, il est surprenant de constater que bien peu de textes ont

⁵ Voir notamment : Scott Brewer, « Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process » (1998) 107:6 Yale LJ 1535 ; Sidney N. Lederman, « Les juges comme gardiens : admissibilité des preuves scientifiques fondées sur des théories nouvelles » dans *Science, truth and justice*, Montréal, Thémis, 2001 ; Olivier Leclerc, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, coll Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2005 ; Kenton K. Yee, « Dueling Experts and Imperfect Verification » (2008) 28 Intl Rev L & Econ 246 ; Erica Beecher-Monas, *Evaluating Scientific Evidence: An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 ; W. Ian C. Binnie, « Science In The Courtroom : The Mouse that Roared » (2008) 27:2 Advocates' Society J 11 ; Richard A. Merrill, « Science and the Legal System : Truth, Justice and Fairness » dans *Science, vérité et justice*, Montréal, Thémis, 2000 ; Simon A. Cole, « Where the Rubber Meets the Road : Thinking About Expert Evidence as Expert Testimony » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law, London, Routledge, 2017 ; Sheila Jasanoff, « Research Subpoenas and the Sociology of Knowledge » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law, London, Routledge, 2017.

⁶ Québec, Ministère de la Justice, *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile*, Québec, Publications gouvernementales du Québec, 2006 à la p 41 ; Emmanuel Préville-Ratelle, *Le paradoxe de l'expertise partisane*, coll Minerve, Montréal, Yvon Blais, 2015 à la p 10.

⁷ Ruth M. Corbin, « The hot-tub alternative to adversarial expert evidence » (2014) 32 Adv J No 4 au para 6.

étayé une vision critique de l'expertise en droit québécois, et moins encore depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code⁸.

L'expertise est l'un des éléments moteurs des rouages de l'accès à la justice au Québec. Le législateur s'est affairé à réaffirmer, à redéfinir, la mission que l'expert doit accomplir au bénéfice des tribunaux, soit « d'éclairer le tribunal dans sa prise de décision [...] avec objectivité, impartialité et rigueur »⁹. Or, les nouvelles règles intégrées par la réforme de la procédure civile semblent surtout avoir cherché à atténuer les symptômes d'une maladie dont les causes restent non traitées. Les pratiques liées à l'usage d'experts demeurent liées aux principes de la contradiction, perpétuant certains excès qui seront examinés dans le cadre du présent mémoire. Il est fort à propos de se questionner quant aux causes de l'immobilisme des pratiques dans le système de justice. Il importe d'identifier les barrières et les a priori qui devront être surmontés pour arriver au changement de culture prescrit par le législateur dans le Code, et réclamé par les tribunaux.

L'objectif du présent mémoire est d'offrir une vision originale et renouvelée de l'expertise. Pour repenser la nature juridique de l'expertise dans l'instance civile, il importe d'en identifier les caractéristiques les plus importantes. Plus particulièrement, l'objectif sera de déterminer en quoi la mission de l'expert, les règles qui régissent son usage ainsi que les pratiques d'administration de la preuve par expertise distinguent l'expertise des autres moyens de preuve prévus par la loi. La nature de l'expertise sera envisagée de manière plus harmonieuse par rapport à ce qu'elle constitue fondamentalement, historiquement et instrumentalement. La démarche d'analyse s'articulera autour d'une évaluation des règles législatives applicables à l'expertise, d'un examen de la jurisprudence et d'une revue de la littérature. L'usage du droit comparé sera également fait ; l'Angleterre, l'Australie ainsi que le reste du Canada ont réformé l'usage des experts récemment. L'expérience étrangère est donc similaire et pertinente pour nourrir la présente réflexion. Le propos du mémoire s'articule autour d'une recherche d'une plus grande

⁸ Daniel Jutras, « L'expert et la justice civile : savoir et comprendre, mais à quel prix ? » dans Pierre Noreau, dir, *22 chantiers pour l'accès au droit et à la justice*, Montréal, Yvon Blais [à paraître en 2019].

⁹ Art 22 Cpc.

cohérence entre le rôle de l'expert dans l'instance judiciaire et les règles et pratiques qui régissent son action.

La première étape sera de présenter un État des lieux ; la compréhension de l'évolution historique des usages des experts devant les tribunaux est particulièrement pertinente pour comprendre l'attachement aux pratiques actuelles. La seconde étape, qui constitue le corps de l'exercice, sera d'exposer cette réflexion, en trois dimensions, pour repenser la nature de l'expertise dans l'instance civile. La problématique de l'expertise est multifacette. L'aborder dans son ensemble de manière structurée et originale représente un défi. Ainsi, la réflexion sera structurée autour de trois dimensions de réflexion empruntées à la sociologie des institutions¹⁰. La pertinence de cette structure est qu'elle est axée sur la favorisation du changement des institutions ; l'objectif qui sous-tend ce mémoire est d'évaluer les normes et les pratiques en place, pour ensuite formuler des propositions en vue d'appuyer le changement des pratiques reliées à l'expertise. Puisque les milieux juridiques et judiciaires sont fortement institutionnalisés, opérer un changement se heurte à beaucoup de résistance¹¹. Pour favoriser la réalisation d'un changement profond et durable, il est nécessaire que les nouvelles mesures s'insèrent simultanément à « trois niveaux d'action » : les dimensions référentielle, normative et pratique¹². Il sera examiné, dans chacune de ces dimensions, certains changements proposés par le législateur lors de la réforme du *Code de procédure civile*, ainsi que les constantes que la réforme a laissé intouchées. La réflexion sur chacune des dimensions permettra d'identifier certains attributs propres à l'expertise et à sa nature juridique particulière. Ces attributs constituent la ligne directrice de la démonstration. À l'issue de cet exercice, une majeure partie des sujets liés aux expertises en matière civile auront été discutés. La troisième et dernière étape sera de faire le point quant à la nature de l'expertise et à ses attributs pour mieux formuler des propositions de solutions accessibles, réalisables et adaptées à la nature juridique de l'expertise. Ces propositions ont en commun qu'elles aspirent à pouvoir être facilement mises en place. La

¹⁰ Voir à cet égard Pierre Noreau, « L'ancien... et le nouveau. Éléments pour une théorie générale du changement institutionnel : le cas de la justice sans papier » [à paraître].

¹¹ *Ibid* aux pp 1-2.

¹² *Ibid* aux pp 2 et s.

majorité des solutions proposées ne nécessitent pas de changements législatifs et sont formulées dans l'objectif de pouvoir être aisément et sans délai intégrées aux pratiques.

Il est important, dès le départ, de souligner que la présente réflexion ne se veut en aucun cas un plaidoyer à l'encontre de l'usage d'experts, ni une critique du travail ou des intentions des avocats ou des tribunaux. Plusieurs des problèmes soulevés quant à l'usage d'experts découlent d'un ensemble de facteurs intrinsèques à la présence de questions scientifiques ou techniques dans les litiges ainsi qu'au système accusatoire et contradictoire. La problématique de l'expertise se doit donc d'être abordée, d'abord et avant tout, d'un point de vue systémique. Comme l'a habilement énoncé l'honorable David M. Paciocco dans un article fondamental sur le sujet en droit canadien :

«I do not intend this taxonomy of sources of bias, partiality and influence to encourage the wholesale rejection of expert testimony. We need expert evidence in this complex world, and most often it will have real value. It would be unsafe to ignore the reality, however, that the very enterprise expert witnesses engage in when called into the courts is susceptible to influences that can taint their opinions or cause them to overshoot the mark. What, then, is the law doing about it, and is it doing enough? »¹³

¹³ David M. Paciocco, « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009) 34 Queen's LJ 565 au para 29.

A. ÉTAT DES LIEUX : L'USAGE DES EXPERTS DANS L'INSTANCE CIVILE, THÉORIE ET HISTORIQUE COMPARATIF

L'instance civile au Québec prend place dans un système procédural historiquement accusatoire et contradictoire, inspiré principalement de la common law et des règles qui régissent les tribunaux anglais¹⁴. Le régime de la preuve légale s'y applique en matières civiles¹⁵, et ses règles, notamment codifiées aux articles 2803 à 2874 du *Code civil du Québec*, tirent majoritairement leur origine du droit civil français, avec quelques emprunts en droit anglais¹⁶. Ainsi, la procédure civile et le droit de la preuve québécois sont mixtes¹⁷, et les règles de la common law constituent la principale source de droit résiduaire externe.

C'est d'autant plus vrai pour ce qui est des règles relatives à l'usage du savoir expertal par le tribunal. Les premiers recours à des experts dans le cadre de processus judiciaires ont été fondamentalement provoqués par un besoin de savoir spécialisé par les tribunaux. Des règles pour encadrer la participation des experts aux procès se sont développées peu à peu à travers les décisions rendues par les tribunaux, pour plus tard se voir mises de côté au profit des pratiques développées par les avocats.

Les commentaires historiques formulés dans la présente section permettront de situer et mieux comprendre le développement des divers aspects de la problématique de la preuve d'expert au Québec, et avant, en Nouvelle-France, qui ont mené le législateur québécois à adopter la récente réforme de la procédure civile. Le contexte hybride du droit québécois encourage naturellement l'usage du droit comparé pour enrichir notre pensée, et nous permet d'examiner autant les pays de tradition anglo-saxonne que l'Europe continentale. Toutefois, nous nous concentrerons

¹⁴ Catherine Piché. *Royer – La preuve civile*, 5^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2016. 2016 à la p 23.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Catherine Piché et Shana Chaffai-Parent, « Chapitre 1 : Le rôle de l'expert » dans Isabelle Hudon et Geneviève Cotnam, dir, *LégisPratique : L'expertise*, Montréal, LexisNexis, 2016 au para 3 ; Daniel Jutras, « Culture et droit processuel : le cas du Québec » (2009) 54 McGill LJ 273 au para 5.

davantage sur le développement de l'usage de l'expertise en Angleterre, où des développements similaires au Québec sont survenus.

i. PROGRÈS, MONTÉE DE L'IMPORTANCE DES SAVOIRS ET SCIENTIFISATION DES LITIGES

Il est pertinent de faire une brève incursion dans l'historique de l'évolution des connaissances pour mieux comprendre le contexte dans lequel l'usage des experts lors de procès est devenu une nécessité. L'accumulation de savoirs a permis le progrès, et ainsi, façonné le monde moderne dans lequel nous vivons. Dans un passé plus ou moins lointain, les connaissances scientifiques demeuraient rudimentaires et étaient jalousement partagées à l'intérieur d'un groupe limité d'individus généralement issus de la noblesse et très fortunés. L'étude des sciences par quelques érudits, souvent financés par la royauté et les nobles de l'époque, a encouragé l'essor des professions libérales, notamment la médecine et l'ingénierie¹⁸. L'invention de l'imprimerie par Johannes Gutenberg au 15^e siècle a permis une première démocratisation de la diffusion des connaissances¹⁹. À partir du 17^e siècle, on commence à observer une certaine spécialisation chez les scientifiques²⁰. Les savoirs étant de plus en plus nombreux, il est devenu impossible pour un seul individu de s'intéresser à la fois à la médecine, aux mathématiques, à la physique et à la chimie, comme c'était le cas auparavant. Un développement accéléré des sciences s'est ensuite amorcé dans une ère plus contemporaine, il y a plus ou moins 200 ans²¹. Les connaissances augmentent alors à une vitesse qui évolue de manière exponentielle. Les problèmes juridiques vécus par les justiciables à travers les époques se sont complexifiés au même rythme que le développement des sciences²² et leur règlement par les tribunaux passe de plus en plus par l'intervention d'un ou de plusieurs spécialistes. Parallèlement, les rapports entre les personnes deviennent plus sophistiqués, les relations et

¹⁸ Peter Weingart, Julie Thomson Klein et Carl Mitcham, « A Short History of Knowledge Formations » dans *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*, Oxford, Oxford University Press, 2010 à la p 6.

¹⁹ À ce sujet, voir Peter Burke, *A Social History of Knowledge : From Gutenberg to Diderot*, New Jersey, Wiley, 2000.

²⁰ Weingart, Thomson Klein et Mitcham, *supra* note 18 à la p 6 ; Yves Oytana, « The Judicial Expert in a Two-Tier Hierarchy » (2014) 170 *J Institutional and Theoretical Economics* 540 à la p 537.

²¹ Weingart, Thomson Klein et Mitcham, *supra* note 18 à la p 3.

²² Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2015, titre 1 : La norme moderne.

transactions commerciales s'approfondissent et se multiplient²³, engendrant davantage de litiges complexes.

L'utilisation d'experts dans le cadre de procès est apparue graduellement en raison d'un besoin des juges d'utiliser des connaissances spécialisées²⁴. Le milieu juridique est affecté d'un certain « analphabétisme scientifique »²⁵, le fossé entre juristes et scientifiques se creusant davantage avec le développement des connaissances. L'expertise se situe à l'intersection entre le droit et la science. L'objectif des tribunaux, à travers ces appels au savoir des experts, est de s'assurer de la cohérence des décisions rendues avec la réalité des connaissances scientifiques ou techniques établies. L'expert est au service du processus de recherche de la vérité qui fonde l'action des tribunaux. Il en va alors d'une question de crédibilité et de confiance du public dans l'autorité de ceux-ci. Socialement, que ce soit dans le milieu juridique ou dans tout autre environnement où la prise de décision est centrale, l'accès aux experts devient vite une « dépendance » pour les décideurs, qui alimentent la « croyance selon laquelle certaines questions ne peuvent être correctement tranchées que par des spécialistes »²⁶.

On ne peut nier que l'introduction de savoir spécialisé, soit l'ensemble des savoirs scientifique et technique, dans l'instance judiciaire est indispensable au processus de recherche de la vérité, dont les tribunaux sont tant artisans que gardiens. Le fait même d'introduire des experts dans le processus de prise de décisions semble d'ailleurs s'être développé de manière plutôt naturelle et intuitive²⁷. Il s'agit d'une nécessité, dans une ère où les connaissances techniques et scientifiques prennent un espace prééminent dans la société, pour permettre aux juges de comprendre certains

²³ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 à la p 4.

²⁴ Paciocco, *supra* note 13 à la p 330 ; Voir également Robert F. Taylor, « A Comparative Study of Expert Testimony in France and the United States : Philosophical Underpinnings, History, Practice, and Procedure » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law, London, Routledge, 2017 qui mentionne l'existence de traces quant à l'usage d'experts aussi tôt qu'à l'époque des civilisations égyptienne et grecque.

²⁵ Tania M. Bubela, « Expert Evidence : The Ethical Responsibility of the Legal Profession » (2004) 41 *Alta L Rev* 853 à la p 858, citant les propos de l'honorable W. Ian C. Binnie. ; Voir également Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 22.

²⁶ Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 56, citant Déirdre Dwyer, *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 à la p 253.

²⁷ Voir à cet égard Glenn R. Anderson, *Expert Evidence*, 3e éd, Markham, LexisNexis, 2014 à la p 40.

faits techniques qui leur sont présentés, et d'en tirer des conclusions fiables, correctes et conformes aux connaissances.

On retrace des indices de participation d'experts à des procès aussi tôt qu'au 14^e siècle²⁸. Leur participation était souvent nécessaire dans des dossiers commerciaux, où les pratiques marchandes étaient au cœur d'un litige²⁹. Leur utilisation plus fréquente s'est toutefois accrue à partir du 18^e siècle³⁰. Historiquement, que ce soit dans les juridictions de common law ou de droit civil, les experts participent aux procès à la demande ou sur ordonnance du juge³¹, et cette participation pouvait prendre diverses formes. On rapporte qu'en Angleterre, à partir du 14^e siècle, certaines personnes avec un savoir spécialisé se voyaient demander de participer à des procès, soit à titre de *special jury*³² ou de *court advisor*³³. Aux 17^e et 18^e siècles, le *court advisor* était le plus souvent mandaté, sur demande du juge ou des parties, par un juge et agissait à titre de délégué de la cour, que ce soit selon la tradition anglaise ou française³⁴. Le *special jury* est devenu moins populaire dès le 18^e siècle, alors que le système anglais subissait une transformation substantielle de son système de justice accusatoire et contradictoire³⁵. Plusieurs décisions impliquant des *court advisor* ou des *special jury* ont été répertoriées dans de multiples domaines, par exemple l'évaluation de la fraîcheur d'une plaie³⁶, la possibilité d'une grossesse de 41 semaines, la traduction et l'interprétation d'une expression en latin ou la valeur

²⁸ *Ibid* au para 1.44.

²⁹ *Ibid* au para 1.3.

³⁰ Voir le développement historique dans Anderson, *supra* note 27, à partir du para 1.2 ; Voir également Keith J.B. Rix, « Expert Evidence and the Courts – 1. The History of Expert Evidence » (1999) 5 *Advances in Psychiatric Treatment* 71.

³¹ Préville-Ratelle, *supra* note 6, ch 1.

³² Anderson définit le *special jury* comme « a panel of persons selected by the court on the basis they possessed the specialized training and knowledge to particularly fit them to decide the facts in issue » dans Anderson, *supra* note 27 au para 1.3 ; Le *special jury* était également désigné comme un *jury of the town*, voir à ce sujet C. Michael Bowers, *Forensic Testimony : Science, Law and Expert Evidence*, Oxford et San Diego, Academic Press, 2014 à la p 1.

³³ Anderson définit le *court advisor* comme une « person with special skills in an art, science or trade called upon by the judge to help in the determination of questions of facts as an advisor » dans Anderson, *supra* note 27 au para 1.8.

³⁴ Préville-Ratelle, *supra* note 6 aux pp 53 et s, 64 ; Voir, par exemple, dans les affaires anglaises *Buller v Crisps*, (1703) 6 Mod 29, 87 ER 793 (KB) et *Kruger v Wilcox*, (1755) Amb 252, 27 ER 168 (Ch) où des juges se sont adressés à des marchands reconnus pour avoir leur avis dans le cadre d'affaires commerciales, cités dans Anderson, *supra* note 27 aux paras 1.9 et 1.10.

³⁵ Anderson, *supra* note 27 au para 1.6 ; Learned Hand, « Historical and Practical Considerations regarding Expert Testimony » (1901) 15:1 *Harv L Rev* 40 aux pp 40 et s.

³⁶ Anderson, *supra* note 27 à la p 3.

commerciale d'une marchandise³⁷. L'expertise privée³⁸, ou partisane, constituait une exception et était utilisée dans une minorité de dossiers, notamment en raison de la faible valeur que les tribunaux octroyaient à l'opinion d'experts choisis et payés par les parties³⁹.

Le conseiller spécialisé avait pour rôle de guider le tribunal dans la compréhension de certains points techniques ou scientifiques nécessaires pour rendre jugement sur un litige. Généralement, c'était à la demande des parties, ou de sa propre initiative, que le juge choisissait et nommait cet expert⁴⁰. C'est le juge qui fixait le contenu du mandat de l'expert et lui donnait ses principales instructions⁴¹. L'expert ne pouvait recevoir d'instructions ou communiquer directement avec les parties. Celles-ci défrayaient chacune ses honoraires à parts égales⁴². De plus, l'expert jouissait de certaines garanties d'indépendance et pouvait se voir récuser pour les mêmes causes que les juges⁴³. Il n'était pas rare que le juge communique avec lui durant le délibéré et qu'il participe à la rédaction du jugement⁴⁴. L'expert, historiquement, s'associait plus aux fonctions du juge qu'aux parties ; il était reconnu à titre d'assistant du juge et comme un auxiliaire de justice⁴⁵.

Au Québec, à l'époque de la Nouvelle-France, l'expert était régi par les règles françaises, plus particulièrement l'*Ordonnance de Saint-Germain-en-Laye* de 1667, partie du *Code Louis XIII*⁴⁶ sur la justice civile et criminelle⁴⁷. L'expert était appelé à participer au procès à travers une ordonnance rendue par le tribunal. Cette ordonnance pouvait être émise suivant une réquisition adressée par les parties, qui pouvaient proposer des experts, ou sur nomination d'office par le

³⁷ Corbin, *supra* note 7 para 1 ; Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 18.

³⁸ Piché, *supra* note 14.

³⁹ Anderson, *supra* note 27 à la p 4.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Préville-Ratelle, *supra* note 6 aux pp 49 à 51.

⁴² *Ibid* aux pp 17-18.

⁴³ *Ibid* aux pp 17 et 27.

⁴⁴ *Ibid* à la p 17 ; Anderson, *supra* note 27, ch 1.

⁴⁵ Préville-Ratelle, *supra* note 6 aux pp 17, 27, 29 et 72 ; Pour le contexte en Europe continentale, voir Leclerc, *supra* note 5 à la p 293 et Laurence Dumoulin, *L'expert dans la justice : de la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Economica, 2007 à la p 25.

⁴⁶ *Code Louis XIII, roy de France et de Navarre, contenant ses ordonnances et arrests de ses Cours souveraines, pour les droicts de sa Couronne, police entre ses sujets, reiglement de la justice, forme et abbréviation des procez, recueillies, commentées et conférées avec celles des roys Henry le Grand, Henri III, Charles IX, François II, Henri II, François 1er et autres ses prédécesseurs*, 1628.

⁴⁷ À ce sujet, voir l'étude historique dans Préville-Ratelle, *supra* note 6.

tribunal⁴⁸. C'est le tribunal qui déterminait les questions de l'expertise et les faits sur lesquels l'expert devra se baser pour rendre son opinion⁴⁹. La mission de l'expert, à cette époque, se confondait en plusieurs points avec celle du juge. Même si le juge a toujours eu le pouvoir de considérer ou pas l'expertise dans sa prise de décision, la fonction de l'expert se rapprochait plutôt de celle d'un arbitre. L'expert assistait le juge en recueillant certains faits techniques, en lui fournissant les explications nécessaires pour comprendre ces faits, et souvent, en participant à la préparation du jugement⁵⁰. À ce titre, le rapport de l'expert avait la valeur d'un acte authentique et devait être contesté par procédure d'inscription en faux⁵¹.

Au lendemain de la conquête de 1763, le territoire du Québec est cédé par les Français aux Britanniques par le Traité de Paris. On pourrait croire que l'implantation d'un système judiciaire fondé sur une tradition fondamentalement différente aurait eu un impact important sur les pratiques. Or, l'utilisation d'experts a bien peu changé. Le changement de système juridique qui s'en est suivi met ainsi en évidence les similitudes dans le rôle que l'expert jouait par rapport au tribunal tant dans les systèmes français qu'anglais. Qui plus est, les règles anglaises ne se sont pas imposées d'emblée et un certain métissage entre droit civil et common law s'est opéré⁵², faisant du Québec une province de droit mixte en matière de procédure et preuve civiles. L'expert y est très majoritairement nommé par la cour, sur demande des parties ou d'office, pour jouer ce rôle de conseiller du tribunal.

ii. DÉPLOIEMENT DE LA PROCÉDURE ACCUSATOIRE ET CONTRADICTOIRE ET INSTRUMENTALISATION DE L'EXPERTISE

Une transformation des pratiques liées à la participation d'experts dans les tribunaux commence à être perceptible à partir de la fin du 18^e siècle⁵³. Ce siècle est marqué par des politiques

⁴⁸ Titre 21, art 5 du *Code Louis XIII*, *supra* note 46.

⁴⁹ *Ibid* art 8.

⁵⁰ Préville-Ratelle, *supra* note 6 aux pp 17 et 18.

⁵¹ *Ibid* à la p 18.

⁵² *Ibid* à la p 26.

⁵³ À cet égard, le cas le plus connu est celui de *Folkes v Chadd*, (1782) 3 Doug KB 157, une affaire anglaise où Lord Mansfield a reconnu et critiqué l'usage d'experts privés nommés par les parties, en plus d'établir les premières bases de l'admissibilité de leur témoignage, plus particulièrement au niveau de la nécessité de l'intervention de l'expert. Voir à ce sujet les commentaires dans Anderson, *supra* note 27 à la p 3 ; Voir

publiques fortement influencées par la doctrine du libéralisme économique, sous l'influence de penseurs tels qu'Adam Smith, et par la croissance du capitalisme dans la majorité du monde occidental⁵⁴. C'est au courant de la même période que la société entre dans une seconde phase de la révolution industrielle, qui implique le début des investissements de capitaux étrangers, l'implantation d'industries lourdes de transformation, la spécialisation des métiers, l'opération des premières chaînes de montage⁵⁵. L'utilisation des connaissances techniques et scientifiques est maintenant axée sur un objectif de générer du profit. Cette période historique a eu un impact majeur sur l'ensemble de la population et a transcendé plusieurs aspects de l'organisation sociale. Le système de justice a également été influencé par ces nombreux changements sociaux, on assiste à la « adversarial revolution »⁵⁶.

Durant cette période de révolution industrielle, le témoin-expert privé devient peu à peu le procédé de nomination dominant pour intégrer le savoir expertal à l'instance⁵⁷. Au lieu d'être nommé par le tribunal, et payé par les parties à parts égales, les services de l'expert sont retenus par l'une des parties, qui l'instruit elle-même quant aux faits du litige, le rémunère, et l'intègre à ses moyens de preuve, au même titre qu'un écrit, un élément matériel ou un témoin de fait. Cette transition quant à l'usage de l'expert devant les tribunaux est concomitante avec l'exacerbation du caractère accusatoire de la procédure civile anglaise. Le droit judiciaire et les règles liées à la conduite du procès se sont développés parallèlement à cette tendance marquée vers le libéralisme économique de la révolution industrielle⁵⁸. Les parties et leurs procureurs ont pris le contrôle du déroulement de l'instance; certains principes caractéristiques au régime accusatoire se déploient, notamment le principe de la maîtrise du dossier par les parties. Selon ce principe, le juge est un acteur passif dans le litige et doit s'abstenir de diriger le processus judiciaire. Dans une forme parfaite du régime accusatoire, le juge est silencieux et agit comme un réceptacle, recevant les éléments présentés par les parties pour ensuite trancher le litige. Les

également Lloyd L. Rosenthal, « The Development of the Use of Expert Testimony Expert Testimony » (1935) 2:4 Law & Contemp Probs 403 à la p 410 et Tai Golan, « Revisiting the History of Scientific Expert Testimony » (2008) 76:3 Brook L Rev 879 aux p 888 et s.

⁵⁴ Taylor, *supra* note 24 à la p 81 ; Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 47 ; Voir également les commentaires de Brian J. Loasby, *Knowledge, institutions and evolution in economics*, London, Routledge, 2002 à la p 143.

⁵⁵ Voir notamment Benyekhlef, *supra* note 22, ch 1 et 3.

⁵⁶ Corbin, *supra* note 7 au para 2.

⁵⁷ *Ibid* à la p 2.

⁵⁸ Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 56.

parties, via leurs procureurs le plus souvent, sont responsables quant au déroulement du procès et à la collecte et au choix des éléments de preuve déposés. C'est également à ce moment que se perfectionnent des techniques avancées de contre-interrogatoire⁵⁹. Le régime de la procédure accusatoire, en octroyant ce contrôle de la preuve aux parties, offre de meilleures garanties et une plus grande apparence d'objectivité et d'impartialité du tribunal⁶⁰, contrairement aux pratiques observées dans le régime de preuve inquisitoire, où le juge agit comme principal acteur du processus d'enquête en déterminant les éléments de preuve requis pour rendre jugement⁶¹. Il découle toutefois de la maîtrise du dossier par les parties un conflit récurrent entre la divulgation des informations pertinentes à la résolution du litige, qu'elles soient favorables ou pas, et l'avantage stratégique de conserver l'information défavorable dans l'ombre⁶².

La participation active du juge quant au déroulement de l'instance s'est atténuée pour laisser la place aux parties, qui ont désormais une plus grande maîtrise de leur dossier. Les parties, avec leurs procureurs, ont pris le contrôle de l'usage des savoirs spécialisés dans l'instance⁶³. Peu à peu, l'expert n'agira plus comme conseiller du tribunal, mais plutôt comme témoin d'opinion⁶⁴. Ce changement sera marquant. L'usage d'experts demeure justifié par le besoin en savoir spécialisé du juge. Or, ce sera désormais les parties qui en contrôleront le contenu. D'abord une création des *common lawyers*, l'utilisation des témoins-experts privés sera longtemps régie exclusivement par des règles jurisprudentielles⁶⁵. Il est intéressant de constater que les changements dans les pratiques de nomination des experts n'ont été ni le fruit de l'insatisfaction des acteurs du système judiciaire, ni le résultat d'une réflexion ou d'une recherche d'amélioration par ceux-ci⁶⁶. Il s'agit plutôt d'une évolution spontanée qui a transformé une pratique isolée des praticiens en moyen de preuve répandu et habituel. Au Québec, l'entrée en vigueur en 1994 du *Code civil du Québec* viendra même avaliser l'utilisation du témoin d'opinion dans le procès en le qualifiant juridiquement de moyen de preuve à son article 2843.

⁵⁹ Anderson, *supra* note 27 à la p 3.

⁶⁰ Piché, *supra* note 14 à la p 8.

⁶¹ Au sujet de la procédure inquisitoire, voir Anderson, *supra* note 27 à la p 33 et Piché, *supra* note 14 à la p 8.

⁶² Anderson, *supra* note 27 à la p 33.

⁶³ Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 54.

⁶⁴ Le *Code civil du Québec* le confirmera par la formulation de son article 2843 CcQ.

⁶⁵ Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 40.

⁶⁶ Anderson, *supra* note 27 à la p 21.

iii. PROBLÈMES CONTEMPORAINS D'ACCÈS À LA JUSTICE ET TÉMOIN-EXPERT

L'auteur Glenn R. Anderson résume bien certaines des préoccupations relatives à l'introduction des savoirs spécialisés dans le procès par l'intervention de témoins-experts choisis et payés par les parties : « The long-standing question is whether the adversarial system is doing a proper job of resolving disputes in which experts opinions are necessary »⁶⁷. On peut constater qu'à partir du moment où les témoins-experts privés ont commencé à être utilisés régulièrement⁶⁸, il existe également des décisions à l'occasion desquelles les juges expriment un certain scepticisme à l'égard de la qualité et de la rigueur de ces experts choisis, payés et instruits sur la cause par une des parties au litige. Le savoir des experts a d'abord été intégré dans l'instance civile par nécessité, de manière à soutenir les tribunaux dans l'atteinte des objectifs poursuivis par le système de justice civile, soit la découverte de la vérité et l'offre d'un forum accessible et juste pour le règlement des litiges des justiciables. La Cour suprême du Canada mentionnait d'ailleurs récemment que le savoir expertal pouvait constituer dans certains cas « la pièce maîtresse dans la recherche de la vérité »⁶⁹.

Par l'instance civile et le procès, le système de justice québécois poursuit deux objectifs fondamentaux : la découverte de la vérité⁷⁰ et la résolution juste et équitable des litiges⁷¹. Bien que ces objectifs soient complémentaires, leur poursuite simultanée n'est pas nécessairement

⁶⁷ *Ibid* à la p 48.

⁶⁸ *Ibid* à la p 31.

⁶⁹ *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23 au para 1.

⁷⁰ La Cour d'appel, dans *Mascouche (Ville) c Houle*, EYB 1999-13538 (CA) rappelle l'importance de l'objectif de recherche de vérité du procès civil : « La recherche de la vérité est donc au coeur du procès civil et toutes les normes édictées en vue de son déroulement visent à en assurer le dévoilement ou la manifestation. » ; Voir également dans Catherine Piché, « Le dialogue des parties et la vérité plurielle comme nouveau paradigme de la procédure civile québécoise. » (2017) 62:3 McGill LJ 901, où Piché qualifie la recherche de la vérité comme un « principe fondamental de notre système de justice ».

⁷¹ Voir notamment l'arrêt *Hryniak v Mauldin*, 2014 CSC 7 au para 24, où la Cour suprême rappelle cet objectif de la justice civile :

« [24] Or, les formalités excessives et les procès interminables occasionnant des dépenses et des délais inutiles peuvent faire obstacle au règlement juste et équitable des litiges. La tenue d'un procès complet est devenue largement illusoire parce que, sans une contribution financière de l'État, les Canadiens ordinaires n'ont pas les moyens d'avoir accès au règlement judiciaire des litiges civils. Les coûts et les délais associés au processus traditionnel font en sorte que [...] le procès prive les gens ordinaires de la possibilité de faire trancher le litige »

Voir également les commentaires à ce sujet dans Frédéric Bachand, « Les principes généraux de la justice civile et le nouveau Code de procédure civile » (2015) 61:2 McGill LJ 447 au para 3.

harmonieuse. La décision judiciaire qui n'est pas fondée sur la vérité ne sera pas juste. Toutefois, le processus de découverte de la vérité est tel que son exécution peut constituer une barrière à l'accès à la justice. Les règles de procédure et de preuve doivent donc baliser la recherche de la vérité pour éviter qu'elle ne prenne des proportions démesurées.

L'article 2857 du *Code civil du Québec* consacre le « principe de la liberté des moyens de preuve »⁷² en vue de favoriser la découverte de la vérité en maximisant la recevabilité de toute preuve pertinente : « 2857. La preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous moyens ». À cet égard, la Cour d'appel, dans l'arrêt *Bellefeuille c. Morisset*, qualifie l'objectif de recherche et d'atteinte de la vérité comme étant le « principe cardinal »⁷³ et la « pierre angulaire de notre système de preuve et de justice civiles »⁷⁴. La décision fondée sur des faits qui sont véridiques, en plus d'être d'une qualité supérieure, favorise une confiance accrue des justiciables en l'administration de la justice. Dans l'arrêt *Ville de Mascouche c. Houle*, la Cour d'appel rappelle les fondements du procès civil :

« Le procès civil est un débat contradictoire conduit selon des règles qui en assurent l'équité et l'efficacité devant un tribunal indépendant et impartial et au terme duquel sont départagés les droits et obligations des parties généralement privées. La recherche de la vérité est donc au cœur du procès civil et toutes les normes édictées en vue de son déroulement visent à en assurer le dévoilement ou la manifestation. »⁷⁵

Les moyens à déployer pour atteindre cet objectif doivent toutefois être mesurés. Le processus de recherche de la vérité doit demeurer proportionnel par rapport à l'objet en litige. Il doit être « accessible [...] juste et efficace » pour les parties⁷⁶. Il s'agit donc d'atteindre l'équilibre entre vérité et accessibilité, deux idéaux de justice difficilement conciliables.

⁷² Léo Ducharme, *Précis de la preuve*, 6e éd, coll Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 au para 875.

⁷³ *Bellefeuille c Morisset*, 2007 QCCA 535 au para 22.

⁷⁴ *Ibid* au para 25.

⁷⁵ *Mascouche (Ville) c Houle*, *supra* note 70 à la p 20.

⁷⁶ [notre traduction] Anderson, *supra* note 27 à la p 35.

La notion de vérité est complexe à définir⁷⁷. Dans le système accusatoire et contradictoire québécois, elle n'a pas à être absolue. Elle correspond à l'obligation d'atteindre le fardeau de la preuve prépondérante, ou la balance des probabilités, énoncé aux articles 2803 et 2804 du *Code civil du Québec* :

2803. Celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention.

Celui qui prétend qu'un droit est nul, a été modifié ou est éteint doit prouver les faits sur lesquels sa prétention est fondée.

2804. La preuve qui rend l'existence d'un fait plus probable que son inexistence est suffisante, à moins que la loi n'exige une preuve plus convaincante.

Dans ce contexte de complexification des connaissances, la vérité se trouve bien souvent enchevêtrée à travers des faits dont la compréhension exige des connaissances scientifiques ou techniques spécialisées. La participation d'experts au procès est essentielle à la découverte de la vérité. Le besoin en savoir spécialisé ne saurait qu'augmenter, considérant l'augmentation et l'approfondissement des connaissances. En 1982, la Cour suprême, dans l'arrêt *R. c Abbey*, mentionnait à cet égard que :

« 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. »⁷⁸

Bien qu'elle soit inévitable, l'utilisation d'experts dans l'instance judiciaire pose certaines difficultés, qui vont jusqu'à nuire à l'atteinte des deux objectifs de la justice civile. La Cour suprême a souligné à plusieurs reprises les dangers que comporte par preuve d'expert. Le savoir spécialisé est un outil nécessaire, mais difficile à manier ; les tribunaux n'ont bien souvent pas

⁷⁷ À cet égard, voir les commentaires dans Piché, *supra* note 70 aux pp 902, 917 et s., où Piché se questionne sur la notion de vérité. Elle énonce l'idée qu'on tend vers la vérité, sans pouvoir en atteindre l'expression ultime, la vérité unique, soit une « version unique, universelle des faits ». Elle mentionne que l'acceptation d'une vérité par les parties est plus naturelle lorsqu'elle est « dialoguée », soit qu'elle ressort de la négociation des parties à un litige. ; Voir également les commentaires à ce sujet dans Ève Truilhé-Marengo, dir, *Preuve scientifique, preuve juridique*, coll Droit des technologies, Bruxelles, Larcier, 2012 à la p 15, à l'effet que « la vérité est un absolu, et il ne faut compter sur aucune des deux parties pour y accéder ». Pour Truilhé-Marengo, la vérité, dans le cadre de l'instance judiciaire, se résume à un « arbitrage entre des prétentions contradictoires ».

⁷⁸ *R. c Abbey*, [1982] 2 RCS 24 à la p 42.

l'aisance nécessaire avec le contenu des opinions pour en valider le contenu. En 1987, dans l'affaire *R. c Béland*, certaines inquiétudes à propos de l'interprétation par l'expert des résultats obtenus par le détecteur de mensonges ont été énoncées pour rejeter l'expertise :

« 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. »⁷⁹

En 1994, dans l'arrêt *R. c. Mohan*, la plus haute cour du pays a énoncé un critère renouvelé et plus sévère pour l'admissibilité du témoignage d'expert, en raison des risques que celui-ci comporte :

« La preuve d'expert risque d'être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits. Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infaillible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite. »⁸⁰

En 2000, dans *R. c. J.-L.J.*, la Cour suprême, appliquant le critère de l'arrêt *Mohan*, rejette un témoignage d'expert relevant du domaine des sciences de pacotille, ou *junk science*⁸¹. En l'espèce, la Cour a considéré que la preuve d'expert présentait un risque trop grand de fausser la recherche de la vérité et d'usurper du rôle du juge des faits quant à une question cruciale du litige⁸². Cette discussion autour de la *junk science* a été entreprise devant les tribunaux canadiens dans la foulée de l'affaire *Daubert*⁸³ aux États-Unis. Cette affaire a créé une véritable onde de choc, qui a permis d'entreprendre une réflexion profonde sur la place de la science devant les tribunaux.

⁷⁹ *R. c Béland*, [1987] 2 RCS 398 au para 20.

⁸⁰ *R. c Mohan*, [1994] 2 RCS 9 à la p 21.

⁸¹ Voir à cet égard Nicole Duval Hesler, « L'admissibilité des nouvelles théories scientifiques » (2002) 62 R du B 359 et David E. Bernstein, « Expert Witness, Adversarial Bias, and the (Partial) Failure of the Daubert Revolution. » (2008) 93 Iowa L Rev 451 ; Voir également la décision américaine *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, [1993] 509 US 579.

⁸² *R. c J.-L.J.*, [2000] 2 RCS 600.

⁸³ *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, *supra* note 81. La décision sera abordée plus en détails à la SECTION 1 : DIMENSION RÉFÉRENTIELLE.

Parallèlement à ces réflexions de la Cour suprême sur les dangers de l'expertise, les tribunaux sont devenus de plus en plus méfiants à l'égard de la partialité parfois évidente des experts privés, nommés et payés par les parties. Ce procédé de nomination des experts, qui est alors fortement majoritaire, polarise le débat et complexifie la tâche des tribunaux. Dans deux décisions rendues en avril 2015, la Cour suprême a fait le point sur la question et s'est livrée à certaines critiques à l'égard de ce phénomène. Le juge Clément Gascon, dans l'arrêt *Mouvement laïque québécois c Ville de Saguenay*, souligne qu'il est important que l'expert fournisse une « opinion indépendante, impartiale et objective, en vue d'aider le décideur »⁸⁴. Quinze jours plus tard, dans l'arrêt *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co.*⁸⁵, le juge Thomas Cromwell livre des motifs détaillés incluant une réflexion profonde sur la question de la partialité des experts privés. Plus particulièrement, il souligne que cette réalité est inhérente à la relation qu'entretiennent les experts avec leurs mandants et qu'elle vicie la recherche de la vérité, parfois jusqu'à amoindrir gravement la qualité de certaines décisions rendues par les tribunaux :

« Les préoccupations quant à savoir si les témoins experts retenus par les parties sont impartiaux — c'est-à-dire s'ils expriment leur opinion professionnelle sans parti pris — et indépendants — c'est-à-dire si leur opinion est le fruit des conclusions auxquelles ils sont parvenus de façon indépendante en se fondant sur leurs propres connaissances et jugement — ne datent pas d'hier. Comme le soulignait Sir George Jessel, maître des rôles, dans les années 1870, [traduction] "[i]l existe indubitablement une tendance naturelle à faire quelque chose d'utile pour celui qui nous emploie et nous rémunère bien. C'est tout à fait naturel et si infailible que nous voyons constamment des personnes qui se considèrent, non pas comme des témoins, mais comme les mandataires rémunérés de la personne qui les emploie".

L'expérience récente n'a fait qu'aviver ces préoccupations ; nous savons que trop bien que le manque d'indépendance et d'impartialité d'un expert peut donner lieu à de très graves erreurs judiciaires. [...] »⁸⁶

Outre ces risques, l'équilibre visé entre vérité et accessibilité est laborieux à atteindre. Ceci est d'autant plus vrai que dans le système de tradition accusatoire et contradictoire, les parties sont intrinsèquement encouragées à investir le plus de moyens possible dans l'objectif de gagner la

⁸⁴ *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16 au para 106. La décision sera abordée plus en détails dans la section SOMMAIRE ET PROPOSITIONS.

⁸⁵ *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co.*, *supra* note 69.

⁸⁶ *Ibid* au para 12.

bataille judiciaire⁸⁷. L'accroissement de la quantité de preuve ainsi que sa complexification entraînent des frais importants pour les parties, ainsi qu'un accroissement des délais judiciaires⁸⁸. Dès lors, les tribunaux ont critiqué les dérives associées à l'usage des experts dans le système de justice quant aux coûts et aux délais. Dans *Masterpiece Inc. c Alavida Lifestyles Inc.*, la Cour suprême a souligné qu'il était mal venu d'investir d'importantes ressources dans une preuve par expert peu fiable et peu utile :

« Compte tenu de la preuve d'expert relativement détaillée qui a été présentée en l'espèce et des problèmes posés par la preuve dont je discuterai plus loin, je pense qu'il est opportun de rappeler que les litiges coûtent cher. Les tribunaux doivent veiller à ce que les preuves d'expert et les preuves par sondage qui ne sont ni nécessaires, ni pertinentes, et qui risquent de troubler leur attention ne viennent pas rallonger et compliquer le déroulement de l'instance. »⁸⁹

Le critère de la prépondérance de la preuve a tendance à encourager les parties à tout mettre en œuvre pour déposer le plus d'éléments de preuve possible au soutien de leur thèse⁹⁰. Dans certains cas, les frais onéreux de préparation de l'expertise risquent d'empêcher l'accès effectif aux tribunaux à un justiciable moins fortuné, s'il ne peut se permettre les honoraires d'un expert⁹¹.

iv. RÉFORME DE LA PROCÉDURE CIVILE AU QUÉBEC ET AILLEURS

Parce qu'elles partagent des pratiques très similaires quant à l'usage d'experts, plusieurs juridictions de tradition accusatoire et contradictoire se sont vues aux prises avec les mêmes enjeux. Les législateurs ont entamé une réflexion générale sur l'amélioration de leur système de justice civile⁹². En tête, l'Angleterre, qui a entrepris une réflexion en mandatant en 1994 le très honorable Lord Woolf, alors maître des rôles, pour étudier la question de l'accès à la justice⁹³.

⁸⁷ Piché, *supra* note 14 au para 18.

⁸⁸ Trevor C. W. Farrow et al, *Everyday Legal Problems and the Cost of Justice in Canada: Overview Report*, Canadian Forum on Civil Justice, 2016 ; Pierre Noreau et Mario Normandin, « L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance » 71 R du B 207 ; Voir également Lord Woolf, *supra* note 2.

⁸⁹ *Masterpiece Inc c Alavida Lifestyles Inc*, [2011] 2 RCS 387 au para 76.

⁹⁰ Piché, *supra* note 14 à la p 18.

⁹¹ Lord Woolf, *supra* note 2 ; Québec, Comité de révision de la procédure civile. *La révision de la procédure civile : une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Publications gouvernementales du Québec, 2001.

⁹² Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17.

⁹³ Lord Woolf, *supra* note 2 ; Voir toutefois les critiques dans Adrian A. S. Zuckerman, « Lord Woolf's Access to Justice : Plus Ça Change... » (1996) 59 Mod L Rev 773.

Son mandat est de proposer des solutions pour réduire les coûts et les délais judiciaires, ainsi que pour simplifier la procédure civile. Il identifie les problèmes du système de justice civile anglais en ces termes :

« The defects I identified in our present system were that it is too expensive in that the costs often exceed the value of the claim; too slow in bringing cases to a conclusion and too unequal: there is a lack of equality between the powerful, wealthy litigant and the under resourced litigant. It is too uncertain: the difficulty of forecasting what litigation will cost and how long it will last induces the fear of the unknown; and it is incomprehensible to many litigants. Above all it is too fragmented in the way it is organised since there is no one with clear overall responsibility for the administration of civil justice; and too adversarial as cases are run by the parties, not by the courts and the rules of court, all too often, are ignored by the parties and not enforced by the court. »⁹⁴

Woolf a consacré une vaste part de ses réflexions à trouver des solutions pour réformer les pratiques liées aux expertises. Woolf a énoncé que l'utilisation de savoir spécialisé dans le cadre d'une instance est devenue une industrie lucrative pour les experts et génère des frais démesurés pour les justiciables :

« It was a basic contention of my interim report that two of the major generators of unnecessary cost in civil litigation were uncontrolled discovery and expert evidence. No-one has seriously challenged that contention.

A large litigation support industry, generating a multi-million pound fee income, has grown up among professions such as accountants, architects and others, and new professions have developed such as accident reconstruction and care experts. This goes against all principles of proportionality and access to justice. In my view, its most damaging effect is that it has created an ethos of what is acceptable which has in turn filtered down to smaller cases. Many potential litigants do not even start litigation because of the advice they are given about cost, and in my view this is as great a social ill as the actual cost of pursuing litigation. »⁹⁵

Avec comme « fers de lance »⁹⁶ de sa réforme la proportionnalité ainsi que la gestion de l'instance par le tribunal, Woolf propose que la preuve par expertise et son administration soient sous le contrôle complet du tribunal⁹⁷. Il recommande également de clarifier le rôle de l'expert dans les règles de procédure civile ; l'expert doit d'abord et avant tout éclairer le tribunal dans

⁹⁴ Lord Woolf, *supra* note 2, au para 2.

⁹⁵ *Ibid*, aux paras 1 et 2.

⁹⁶ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 à la p 5.

⁹⁷ Lord Woolf, *supra* note 2 aux paras 11 à 15.

sa prise de décision et non pas uniquement agir dans l'intérêt de la partie qui l'a nommé⁹⁸. Pour amoindrir la partialité des experts, Woolf recommande l'utilisation d'un expert unique, le *single joint expert*, nommé de consentement par les parties⁹⁹; il s'agit là d'une de ses propositions les plus controversées¹⁰⁰. Une série d'autres recommandations complètent le rapport Woolf, qui a été intégré en majeure partie aux *Civil Procedure Rules 1998* en 1999, et dont la *Part 35* traite des experts¹⁰¹.

Malgré certaines critiques¹⁰², la réforme Woolf a inspiré l'ensemble du monde anglo-saxon à entamer une réflexion globale sur l'accès à la justice dans le système accusatoire et contradictoire. Le Québec, où le système judiciaire de tradition mixte souffre des mêmes maux que le système anglais, a implanté une première réforme en 2002, un an après de dépôt du rapport intitulé *La révision de la procédure civile : Une nouvelle culture judiciaire* préparé par le Comité de révision de la procédure civile¹⁰³. Cette réforme intégra au *Code de procédure civile*¹⁰⁴ de 2003 le principe cardinal de la proportionnalité¹⁰⁵. Par ce principe, le législateur cherche à rendre plus harmonieuse la réalisation des deux objectifs principaux de la procédure civile. Comme il est souligné dans l'arrêt *Hryniak* : « le meilleur forum pour régler un litige [n'est] pas toujours celui dont la procédure est la plus laborieuse »¹⁰⁶.

Le législateur québécois, bien qu'il propose plusieurs solutions quant à l'usage d'experts, rejette l'idée d'assujettir à un contrôle total du tribunal les expertises, ainsi que celle de l'expertise unique obligatoire. Il a été déterminé que de telles mesures limiteraient exagérément le principe de la maîtrise du dossier par les parties, en plus de constituer un obstacle au processus

⁹⁸ *Ibid* aux paras 11, 12, 25 à 29, 35.

⁹⁹ *Ibid* aux paras 16 à 24.

¹⁰⁰ Zuckerman, *supra* note 93.

¹⁰¹ *The Civil Procedure Rules 1998 (Supreme Court of England and Wales, County Courts)*, No 3132 L17, 1998, Part 35: Experts and Assessors.

¹⁰² Les principales critiques du rapport Woolf sont à l'effet que les mesures proposées vont à l'encontre des principes fondamentaux de la contradiction, soit *audi alteram partem*, le droit à une défense pleine et entière et la maîtrise du dossier par les parties. À cet égard, voir Zuckerman, *supra* note 93.

¹⁰³ Comité de révision de la procédure civile (Gouvernement du Québec), *supra* note 91.

¹⁰⁴ *Code de procédure civile* – Ancien, ch C-25, plus en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016.

¹⁰⁵ Catherine Piché, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative » (2009) 40 RDUS 551.

¹⁰⁶ *Hryniak c Mauldin*, *supra* note 71 au para 28 ; Voir les commentaires de Piché à l'égard de cet arrêt dans *ibid*.

contradictoire du procès¹⁰⁷. On propose plutôt d'élargir les pouvoirs généraux de gestion du tribunal, et de favoriser la conciliation des opinions des experts par des rencontres pré-procès¹⁰⁸. En 2006, le *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile* conclut à ce sujet que les mesures de la réforme de 2003, bien que valables, sont insuffisantes pour limiter les coûts et les délais associés aux expertises¹⁰⁹.

Confronté aux résultats mitigés de la réforme de 2003, le gouvernement entreprend une seconde phase de réflexion en 2004 et mandate un comité tripartite regroupant des représentants du ministère de la Justice du Québec, de la magistrature et du Barreau du Québec, appelé *Justice 2010*. Un sous-comité affecté à l'étude de la question de la preuve par expertise a produit un rapport en 2007 contenant des propositions plus musclées, souvent inspirées de la réforme Woolf¹¹⁰. Le sous-comité énonce qu'il faut, en priorité, clarifier le rôle de l'expert en codifiant que celui-ci « a envers le tribunal un devoir d'objectivité et d'impartialité qui a préséance sur toute obligation qu'il a pu assumer envers la partie qui a retenu ses services ou envers celui qui a payé, paie ou paiera sa rémunération »¹¹¹. Le sous-comité propose une diminution du nombre d'expertises déposées en preuve dans les dossiers civils. Il suggère également de favoriser le recours à l'expert commun. Sans mettre l'usage d'experts sous la tutelle complète du tribunal, le sous-comité propose des mesures pour réduire les abus que l'usage d'experts peut causer.

La majorité de ces propositions ont été intégrées au *Projet de loi 28 : Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*¹¹². Après avoir été abondamment discuté en commission parlementaire lors du processus d'adoption¹¹³, l'actuel *Code de procédure civile* est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016¹¹⁴. Cette seconde réforme de fond se veut porteuse d'une culture

¹⁰⁷ Comité de révision de la procédure civile (Gouvernement du Québec), *supra* note 91 aux pp 150-151.

¹⁰⁸ *Ibid* à la p 152.

¹⁰⁹ Ministère de la Justice, *supra* note 6 ; Voir à cet égard Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 à la p 7.

¹¹⁰ Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2.

¹¹¹ *Ibid* à la p 8.

¹¹² PL 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 1^{ère} sess, 40^e lég, Québec (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016).

¹¹³ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 40^e lég, 1^{ère} sess, vol 43, n^o 71 (13 septembre 2013).

¹¹⁴ L'entrée en vigueur du *Code* a été retardée par de nombreux débats sur les nouvelles mesures qui y sont prévues, notamment certaines relatives aux experts, voir *ibid*. Ces débats seront abordés en partie à la SECTION 3 : DIMENSION PRATIQUE.

judiciaire « élargie et intégrée »¹¹⁵ et vise des changements culturels profonds tant à l'égard des juges et des praticiens que des justiciables pour favoriser un meilleur accès à la justice civile. C'est à travers la disposition préliminaire du *Code de procédure civile* que le législateur a énoncé la philosophie et les valeurs qui sous-tendent une nouvelle approche des litiges :

Le Code de procédure civile établit les principes de la justice civile et régit, avec le Code civil et en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends lorsque celle-ci n'est pas autrement fixée par les parties, la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire de même que la procédure d'exécution des jugements et de vente du bien d'autrui.

Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice.

Plusieurs règles ont été intégrées au *Code de procédure civile* dans l'objectif de transformer les pratiques liées à l'expertise. Ces règles, dont certaines représentent un changement appréciable, changent le paradigme dans lequel l'expert évolue. Bien que ces changements législatifs soient abordés et abondamment discutés dans les prochaines pages, il convient de les énumérer brièvement dès maintenant pour offrir une vision complète de la réforme de la procédure civile quant aux expertises.

La mission de l'expert a été réaffirmée à titre de principes directeurs de la procédure civile. L'expert a la mission d'éclairer le tribunal dans sa prise de décision, avec objectivité, impartialité et rigueur¹¹⁶. Cette mission prime l'intérêt des parties¹¹⁷. Pour s'assurer que l'expert comprenne bien la teneur de la mission, il doit signer une *Déclaration relative à l'exécution de la mission de l'expert*, qui devra être jointe à son rapport avant le dépôt en preuve pour attester qu'il a bien compris ses obligations envers le tribunal¹¹⁸. Le législateur intègre également une

¹¹⁵ Pierre-Claude Lafond, « Introduction » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Régler autrement les différends*, Montréal, LexisNexis, 2015.

¹¹⁶ Art 22 Cpc. La mission est reprise à l'art 231 Cpc.

¹¹⁷ *Ibid*, à la p art. 22.

¹¹⁸ RLRQ, c C-25.1, r 2, annexe 3.

dimension déontologique à l'action de l'expert en énonçant qu'il agit sous son serment à titre de professionnel, le cas échéant, et sinon, qu'il doit prêter serment¹¹⁹. Finalement, le *Code* permet à une partie ou au tribunal d'exiger de l'expert qu'il divulgue certaines informations qui serviront à évaluer la fiabilité de son opinion ; plus particulièrement, sur demande, l'expert devra « informer le tribunal et les parties de ses compétences professionnelles, du déroulement de ses travaux et des instructions qu'il a reçues d'une partie »¹²⁰.

Le législateur cherche également à « prioriser »¹²¹ l'usage d'un expert commun. Idéalement, l'expert commun sera choisi de consentement par les parties¹²². Les parties qui préfèrent nommer leurs propres experts privés devront justifier ce choix en indiquant au *Protocole de l'instance* les « motifs pour lesquels les parties n'entendent pas procéder par expertise commune », et ce, dès le commencement des procédures¹²³. Le tribunal se voit octroyer des pouvoirs élargis de gestion, dont le pouvoir d'imposer aux parties l'expertise commune :

158. À tout moment de l'instance, le tribunal peut, à titre de mesures de gestion, prendre, d'office ou sur demande, l'une ou l'autre des décisions suivantes : [...]

2°. Évaluer l'objet et la pertinence de l'expertise, qu'elle soit commune ou non, en établir les modalités ainsi que les coûts anticipés et fixer un délai pour la remise du rapport ; si les parties n'ont pu convenir d'une expertise commune, apprécier le bien-fondé de leurs motifs et imposer, le cas échéant, l'expertise commune, si le respect du principe de proportionnalité l'impose et que cette mesure, tenant compte des démarches déjà faites, permet de résoudre efficacement le litige sans pour autant mettre en péril le droit des parties à faire valoir leurs prétentions.

Plusieurs autres mesures ont été intégrées pour diminuer les coûts et les délais de l'expertise, ainsi que pour favoriser la conciliation, et ultimement les règlements à l'amiable, entre les parties. Le *Code de procédure civile* réitère la possibilité de concilier les opinions contradictoires des experts à l'initiative des parties ou sur ordonnance du tribunal¹²⁴. On cherche également à réduire le temps de procès consacré à l'expertise en éliminant le témoignage en

¹¹⁹ Art 235 Cpc.

¹²⁰ Art 235 Cpc.

¹²¹ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 38.

¹²² Le législateur « favorise » l'expertise commune en intégrant au *Code* une obligation pour les parties de justifier leur choix de mandater des experts privés au protocole de l'instance, conformément à l'art 148(2)(4^o) Cpc. ; Voir Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 aux paras 38 et s.

¹²³ Art 148(2)(4^o) Cpc.

¹²⁴ Art 240 Cpc.

chef de l'expert, son rapport « [tenant] lieu de son témoignage »¹²⁵. Le droit au contre-interrogatoire de l'expert par la partie adverse est également conservé, ainsi qu'une possibilité d'interroger l'expert par la partie qui l'a nommé pour « obtenir des précisions sur des points qui font l'objet du rapport ou son avis sur des éléments de preuve nouveaux présentés au moment de l'instruction »¹²⁶. Finalement, le législateur a choisi de limiter le nombre d'expertises pouvant être déposées au dossier ; les parties ne pourront « se prévaloir de plus d'une expertise par discipline ou matière, à moins que le tribunal ne l'autorise en raison de la complexité ou de l'importance de l'affaire ou du développement des connaissances dans la discipline ou la matière concernée »¹²⁷.

Avant d'entamer le cœur de la réflexion, il importe de faire une précision de nature terminologique. Sous le *Code de procédure civile* actuel, quatre procédés de nomination des experts existent. La nomination d'*experts privés*, soit le procédé de nomination le plus fréquent, implique que chacune des parties à un litige mandate et rémunère l'expert qu'elle a choisi¹²⁸. Le *Code* cherche toutefois à favoriser l'usage d'*experts communs*, soit des experts choisis, mandatés et rémunérés d'un commun accord par l'ensemble des parties à un litige, conformément aux articles 148(2)(4^o) et 233 du *Code*. Dans certains cas, le tribunal pourra forcer les parties à mandater de concert un expert commun ; on parlera alors d'un *expert commun* ou *unique*¹²⁹, tel que le lui permet l'article 158(2^o) du *Code*. Finalement, l'article 234 du *Code* octroie le pouvoir au tribunal d'ordonner une expertise, même d'office s'il l'estime nécessaire pour trancher le litige. Il s'agit de l'*expert commis d'office par le tribunal*, un procédé de nomination qualifié d'exceptionnel en jurisprudence¹³⁰.

¹²⁵ Art 293 Cpc.

¹²⁶ Art 294 Cpc.

¹²⁷ Art 232 Cpc.

¹²⁸ Quant à cette terminologie, voir la sous-section III sur l'expertise dans Piché, *supra* note 14 aux paras 528 et s. ; Voir aussi Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17.

¹²⁹ Jutras, *supra* note 8 à la p 16. En l'espèce, nous utiliserons l'expression « expert commun » sans différencier les situations où le juge aurait ordonné la nomination d'un expert commun, sauf mention expresse.

¹³⁰ La nomination par le tribunal d'un expert, ou l'expert commis d'office, est considérée par plusieurs comme une immixtion importante du juge dans la recherche de la preuve et la maîtrise du dossier par les parties, puisque le juge devra formuler le mandat de l'expert et lui fournir toutes les instructions. Ce mode de nomination soulève un problème notamment au niveau des honoraires de l'expert, qui seront payés par les parties. L'utilisation par le tribunal d'experts commis d'office est assez rare pour ces raisons, et le tribunal préférera ordonner l'usage d'un expert commun aux parties, plutôt que de nommer et gérer son propre expert, puisque cette méthode sera moins invasive. Pour ces raisons, nous n'aborderons pas l'expert commis d'office dans le cadre du mémoire. ;

B. UNE RÉFLEXION EN TROIS DIMENSIONS POUR REPENSER LA NATURE DE L'EXPERTISE DANS L'INSTANCE CIVILE

1. DIMENSION RÉFÉRENTIELLE : L'EXPERTISE, OUTIL AU SERVICE DU JUGE, ET NON DES PARTIES

La mission de l'expert est la clé de voûte de la réforme du *Code de procédure civile* pour ce qui est des experts. En intégrant au *Code* la définition de la mission de l'expert à titre de principe directeur, le législateur a cherché à implanter un changement au niveau référentiel. La dimension référentielle évoque le rapport symbolique que l'on peut entretenir avec certaines idées ou règles. Elle tire sa source « des représentations, des visions du monde, des idéologies ou des valeurs [...] largement partagées »¹³¹. Elle réfère également à cette idée de contexte culturel ou social d'une institution. Effectuer un changement au niveau référentiel, c'est modifier un paradigme¹³². L'ensemble des acteurs sont alors forcés à évoluer dans leurs perceptions et leurs croyances, à voir les choses autrement. Ainsi, le principe directeur de la mission de l'expert évoque une transformation fondamentale quant au rôle de l'expert. Il s'agit d'une grande orientation pour l'application des autres règles qui touchent aux experts. En cela, un changement de paradigme est recherché.

La dimension référentielle de l'expertise se manifeste à travers certaines caractéristiques fondamentales qui forgent la nature de l'expertise. À quoi sert l'expertise ? À quel besoin répond-elle ? Pour répondre à ces questions, en plus d'examiner la mission de l'expert énoncée au *Code*, il convient de s'intéresser au rapport complexe entre droit et science – ou droit et connaissances techniques – ainsi qu'au « paradoxe »¹³³ qui marque la relation qui unit l'expert

Voir au sujet des experts commis d'office 2911663 *Canada inc c AC Line Info inc*, REJB 2004-60090 (CA) ; R.-M.T.-M. c B.M., REJB 2001-27220 (CS) ; F.D. c J.S., 1989 CanLII 5159 (CS) ; *Regroupement des citoyens du quartier Saint-Georges inc c Alcoa Canada ltée*, 2016 QCCS 2969 ; Voir également Léo Ducharme et Charles-Maxime Panaccio, *L'administration de la preuve*, 4^e éd, coll Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 et Piché, *supra* note 14.

¹³¹ Noreau, *supra* note 10 à la p 4.

¹³² *Ibid* à la p 6.

¹³³ Jutras, *supra* note 8 à la p 2 ; Préville-Ratelle, *supra* note 6.

au tribunal. Comment le tribunal peut-il déterminer si l'opinion de l'expert est fiable ? Quelle est la mesure de l'influence de l'expert sur la décision judiciaire ? À l'issue de cette première étape, il sera possible de définir la dimension référentielle de la nature de l'expertise, et par le fait même, de mieux comprendre la complexité des rapports de force qui sous-tendent la mission de l'expert.

1.1 MISSION D'ÉCLAIRAGE DE L'EXPERT, PRINCIPE DIRECTEUR DE LA PROCÉDURE CIVILE QUÉBÉCOISE

L'expert, de manière générale, peut se définir comme un « individu qui possède une supériorité épistémique (c'est-à-dire une supériorité de connaissance) dans un domaine donné. [...] [L]a mention d'un "domaine" est cruciale car l'expertise implique la spécialisation »¹³⁴. Ainsi, on peut définir l'expert dans le système de justice comme celui qui « possède une connaissance spécialisée dans un secteur donné d'activité et qui a pour rôle d'éclairer le tribunal et de l'aider dans l'appréciation d'une preuve portant sur des questions scientifiques ou techniques »¹³⁵. Les expertises sont nécessaires pour « disposer de renseignements techniques et scientifiques qui, selon toute vraisemblance, débordent le cadre de l'expérience et des connaissances du juge » et visent à « servir les intérêts de la justice »¹³⁶. À cet égard, le rôle de l'expert dans l'instance judiciaire, en tant que spécialiste, est de mettre son savoir à disposition pour permettre au tribunal une prise de décision informée et éclairée¹³⁷.

La réaffirmation¹³⁸ de la mission d'éclairage du tribunal par l'expert est l'élément fondamental de la réforme du *Code de procédure civile* relativement à l'expertise. Elle est consacrée à son

¹³⁴ François Claveau et Julien Prud'homme, dir, *Experts, sciences et sociétés*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2018 à la p 13.

¹³⁵ Piché, *supra* note 14 au para 529.

¹³⁶ Pierre Mackay, « Les normes techno-scientifiques : problèmes de rapports entre le droit et la science » dans *Science, vérité et justice*, Montréal, Thémis, 2001 aux pp 245-246.

¹³⁷ Leclerc, *supra* note 5 à la p 5.

¹³⁸ Même si les commentaires de la ministre quant à l'art 22 Cpc mentionnent qu'il s'agit de droit nouveau, la Cour suprême avait déjà énoncé la mission de l'expert en 2015 dans *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, *supra* note 84 et *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*, *supra* note 69. Voir Québec, Commentaires de la ministre de la justice. *Code de procédure civile, c C-25.01*, en ligne sur CAIJ – Juribistro eLois : <https://elois.caij.qc.ca/C-25.01>, art 22.

article 22. C'est en la qualifiant de principe directeur de la procédure civile que le législateur a décrit ainsi la mission de l'expert¹³⁹ :

CHAPITRE III
LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA PROCÉDURE

[...]

22. L'expert dont les services ont été retenus par l'une des parties ou qui leur est commun ou qui est commis par le tribunal a pour mission, qu'il agisse dans une affaire contentieuse ou non contentieuse, d'éclairer le tribunal dans sa prise de décision. Cette mission prime les intérêts des parties.

L'expert doit accomplir sa mission avec objectivité, impartialité et rigueur.

Par cette codification de la mission de l'expert, le législateur manifeste sa volonté de modifier substantiellement les règles d'administration de la preuve par expertise¹⁴⁰. L'idée d'en faire un principe directeur donne le ton au reste de la réforme. La fonction d'un principe directeur est d'agir « sur les règles techniques du droit processuel. Ils assurent la transmission des finalités sociales vers la matière procédurale »¹⁴¹. Ainsi, la mission de l'expert, au même titre que les autres principes directeurs, constitue l'un de ces « procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice » décrits à la disposition préliminaire du *Code de procédure civile*. Elle participe à un effort du législateur pour créer un « effet de système » visant des « changements catégoriques relativement à la définition même de la procédure civile »¹⁴². Il en résulte que l'ensemble des règles liées à l'usage d'experts, qu'elles soient nouvellement intégrées ou pas, doivent être interprétées en accord avec ce principe.

Le législateur a ainsi reconnu le rôle unique qu'occupe l'expertise dans l'instance judiciaire. L'expert répond à un besoin des tribunaux en savoir spécialisé, qu'ils pourront utiliser comme

¹³⁹ Dans la présente section, l'accent sera mis sur la compréhension de la mission d'éclairage de l'expert. Les obligations d'objectivité, d'impartialité et de rigueur de l'expert seront abordées à la SECTION 3 – DIMENSION PRATIQUE.

¹⁴⁰ Luc Chamberland, dir, *Le grand collectif : Code de procédure civile : commentaires et annotations*, 2^e éd, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017 à l'art 22.

¹⁴¹ Étienne Vergès, *Les principes directeurs du procès judiciaire : Étude d'une catégorie juridique*, thèse de doctorat en droit, Université de droit, d'économie et de sciences d'Aix-Marseille, 2000 au para 488 ; Voir également Bachand, *supra* note 71 au para 9.

¹⁴² Catherine Piché, « La disposition préliminaire du Code de procédure civile » 73 R du B 135 aux pp 136-137.

complément à leur prise de décision¹⁴³. L'expert émet une opinion qui « dépasse la compréhension habituelle du juge et sans [laquelle] celui-ci ne pourrait tirer certaines conclusions à la lumière de la preuve »¹⁴⁴. L'expert est un acteur, on le verra, dont l'importance et l'influence sur le processus décisionnel des tribunaux sont notables. À cet égard, on observe que la fréquence à laquelle les justiciables recourent à la preuve par expertise est en constante augmentation, tout comme les ressources financières et temporelles investies dans les expertises¹⁴⁵.

L'expert doit collaborer avec les tribunaux à la réalisation de leur mission, soit de « trancher les litiges dont ils sont saisis en conformité avec les règles de droit »¹⁴⁶. Contrairement aux parties, l'expert a un devoir envers les tribunaux et les procédés judiciaires auxquels il participe. L'expertise constitue un « outil juridique » qui permet au juge de « durcir sa pratique juridictionnelle et de faire des connaissances, compétences et savoir-faire spécialisés des instruments dans le processus décisionnel »¹⁴⁷. À cet égard, le choix de terminologie du législateur est révélateur. L'*éclairage* que l'expert fournit au tribunal suppose une contribution qui, sans lier le tribunal¹⁴⁸, permettra une appréciation plus informée de la preuve. L'auteure Laurence Dumoulin fournit une explication sur ce que peut constituer l'éclairage :

« [L'expert] joue pleinement un rôle de construction et d'attestation de la réalité. Au total, sa parole est bien une parole instituante qui a le pouvoir de constituer la réalité sur laquelle le tribunal travaille. C'est également une parole explicative qui met en œuvre des démonstrations, des schémas causaux capables d'éclairer le réel, de le rendre compréhensible. L'expertise propose l'interprétation de faits dont le sens n'est pas immédiatement accessible. »¹⁴⁹

¹⁴³ Anderson parle du « irrefutable need for specialized knowledge » dans Anderson, *supra* note 27 à la p 31.

¹⁴⁴ Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 587.

¹⁴⁵ Lord Woolf, *supra* note 2 ; Prévaille-Ratelle, *supra* note 6 ; Jutras, *supra* note 8.

¹⁴⁶ Article 9 Cpc.

¹⁴⁷ Dumoulin, *supra* note 45 à la p 49.

¹⁴⁸ Bourcier et De Bonis, *supra* note 3 à la p 19.

¹⁴⁹ Dumoulin, *supra* note 45 à la p 108 ; Voir également Bourcier et De Bonis, *supra* note 3 à la p 19.

L'opinion de l'expert fait donc la lumière sur des faits qui seraient inaccessibles autrement. Ainsi, on ne peut définir la mission de l'expert sans aborder la notion de *personne compétente* évoquée à l'article 231 du *Code de procédure civile* :

231(1). L'expertise a pour but d'éclairer le tribunal et de l'aider dans l'appréciation d'une preuve en faisant appel à une personne compétente dans la discipline ou la matière concernée.

L'expert doit être compétent, c'est-à-dire « posséder des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits »¹⁵⁰. Il doit avoir acquis sa compétence par une formation ou de l'expérience pratique suffisante :

« The special training or experience needed to acquire, comprehend, or use special information need not be acquired through formal training or education so long as there has been systematic learning that goes beyond mere anecdotal observation, transient personal experience, or modest study. »¹⁵¹

La compétence de l'expert dans une matière scientifique ou technique est intriquée au cœur de sa mission ; c'est la raison d'être de son implication dans l'instance. À cet égard, la compétence constitue l'une des quatre conditions d'admissibilité en preuve de l'expertise énoncées dans *Mohan*, l'arrêt de principe sur le sujet¹⁵². L'expert, pour que son opinion soit admissible, doit avoir des « qualifications suffisantes »¹⁵³. Ces qualifications devront être établies devant le tribunal¹⁵⁴, si elles ne sont pas admises par l'ensemble des parties. Ce critère dépasse l'existence de compétences « spéciales »¹⁵⁵ dans une science ou un domaine technique. Les qualifications de l'expert, en plus d'être suffisantes, doivent être pertinentes aux questions traitées dans le

¹⁵⁰ *R. c Béland*, *supra* note 79 à la p 415.

¹⁵¹ David M. Paciocco et Lee Stuesser, *The Law of Evidence*, 7th ed, coll Essentials of Canadian law, Toronto, Irwin Law, 2015 aux pp 207 et 215.

¹⁵² L'arrêt *Mohan*, bien qu'il ait été rendu en matière criminelle dans une province de *common law*, a été appliqué depuis au Québec, tant en matière civile que criminelle. Par exemple, dès 1994, la Cour d'appel l'a appliqué dans *R c Dupuis*, 1994 CanLII 5928 (CA). Depuis, son application est constante. Quelques exemples : *Aliments Breton (Canada) inc c Oracle Corporation Canada inc*, 2015 QCCA 336 ; *Cardinal c Bonnaud*, 2018 QCCA 1357.

¹⁵³ *R. c Mohan*, *supra* note 80 à la p 20.

¹⁵⁴ Jean-Claude Royer, *supra* note 14 à la p 397 ; Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 589 ; Voir aussi Anderson, *supra* note 27.

¹⁵⁵ *R. c Mohan*, *supra* note 80 à la p 25.

cadre du litige : « [t]o be clear, the question is not simply whether the witness is an expert. It is whether the witness has the expertise to offer an opinion in the relevant area »¹⁵⁶.

En plus d'avoir été préparée par un expert compétent, l'opinion, pour être admissible, doit être nécessaire pour éclairer le tribunal. Ainsi, la « nécessité d'aider le juge des faits » est une autre des quatre conditions prévues à l'arrêt *Mohan*¹⁵⁷. Le critère de nécessité est fondamental à la mission d'éclairage ; si le tribunal a la capacité de faire ses propres inférences, l'intervention de l'expert est inutile¹⁵⁸. Dans l'arrêt *Lavallee*, la Cour suprême mentionne que l'expert doit aider le tribunal « à faire des inférences dans des domaines où l'expert possède des connaissances ou une expérience pertinente qui dépassent celles du profane »¹⁵⁹. Dans l'arrêt *Abbey*, repris dans *Mohan*, il est énoncé que le rôle de l'expert est de fournir « une conclusion toute faite » là où les tribunaux « sont incapables de [la] formuler »¹⁶⁰. Ainsi, le savoir spécialisé de l'expert constitue un outil qui permet au tribunal de valider les conclusions à inférer des faits¹⁶¹ dans les cas où, autrement, il y aurait un risque pour le tribunal de se trouver dans l'impasse ou l'erreur¹⁶².

Le critère de nécessité suppose donc une collaboration entre le profane et le spécialiste dans l'objectif de découvrir la vérité. L'expertise ne peut être qu'un exposé théorique ; elle doit être ancrée concrètement dans les faits de l'affaire¹⁶³. L'expert n'est pas un simple facilitateur, il répond à un besoin en savoir spécialisé, et sans son concours, le tribunal ne saurait y voir clair¹⁶⁴. Bien qu'elle soit centrale, la condition de nécessité ne doit pas être appliquée trop strictement¹⁶⁵;

¹⁵⁶ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 198 ; Aussi voir Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 589, qui mentionnent que les membres d'une profession réglementée jouissent d'une présomption quant à la suffisance de leurs qualifications pour donner une opinion sur une question qui relève de l'exercice de leur profession.

¹⁵⁷ *R. c Mohan*, *supra* note 80 à la p 20.

¹⁵⁸ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 215 ; Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 aux paras 598 et 599 ; Rosenthal, *supra* note 53 à la p 404.

¹⁵⁹ *R. c Lavallee*, [1990] 1 RCS 852 à la p 889.

¹⁶⁰ *R. c Mohan*, *supra* note 80 à la p 42 ; Voir également *Masterpiece Inc c Alavida Lifestyles Inc.*, *supra* note 89 ; Voir également les commentaires à cet égard dans Anderson, *supra* note 27 à la p 112.

¹⁶¹ Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 363.

¹⁶² Mackay, *supra* note 136 à la p 246.

¹⁶³ Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 598.

¹⁶⁴ Voir à cet égard Mackay, *supra* note 136, à la p 268 qui mentionne que « [l'expertise] doit être nécessaire en ce sens que le juge des faits ne pourra tirer une conclusion satisfaisante sans elle ».

¹⁶⁵ *Ibid* à la p 268 ; Voir également Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 602 qui rappellent que ces règles ont été établies en matière criminelle, où la présence d'un jury pourrait appeler à une plus grande prudence.

l'expertise sera admissible si elle dépasse la simple utilité pour le décideur¹⁶⁶. Malgré cela, le critère de nécessité est celui qui est invoqué le plus souvent par les tribunaux pour justifier le rejet d'une expertise¹⁶⁷.

L'usage d'experts dans l'instance civile résulte donc essentiellement du besoin du tribunal en savoir spécialisé. L'expert, s'il a les qualifications suffisantes, saura combler ce manque. En cela, la **nécessité** de l'opinion de l'expert constitue l'un des attributs qui caractérisent la nature juridique de l'expertise. Le législateur en a bien pris acte lors de la réforme de la procédure civile lorsqu'il a énoncé que la mission de l'expert est en premier lieu d'éclairer le tribunal. Ainsi, aux yeux de la loi, le tribunal doit être le principal bénéficiaire de l'expertise, et l'expert doit diriger la majorité ses efforts vers lui. Il ne fait pas de doute que les parties ont également besoin du concours des experts pour comprendre certains enjeux complexes qui peuvent être intriqués dans les questions soulevées par une affaire. Ceci étant dit, le législateur considère que cette fonction de l'expert n'est que secondaire ; la mission de l'expert envers le tribunal « prime les intérêts des parties »¹⁶⁸. Maintenant que la nécessité a été posée comme attribut qui fonde la mission de l'expert, il importe d'examiner de plus près la relation qu'entretiennent tribunaux et experts.

1.2 PERCEPTIONS ET RAPPORTS ENTRE LE SAVOIR SPÉCIALISÉ ET LE DROIT

La relation entre tribunaux et experts est teintée par ce rapport complexe qui unit le savoir spécialisé et le droit dans le contexte moderne de la justice. Plusieurs chercheurs, auteurs et juges se sont attardés à la question polymorphe de l'intégration des sciences dans différents aspects légaux de la vie en société¹⁶⁹. La manière dont les scientifiques, les techniciens et les

Ainsi, la condition de nécessité est appliquée de manière un peu plus souple en matière civile, puisque le juge court un moindre risque d'être indûment influencé.

¹⁶⁶ *R. c Mohan*, *supra* note 80 à la p 23 ; Voir aussi la décision *Iko Industries Ltd c Produits pour toitures Fransyl ltée*, 2007 QCCA 576 para 21, où la Cour mentionne que « [l]a simple utilité ne suffit pas, mais l'absolue nécessité n'est pas requise » (para 21).

¹⁶⁷ Anderson, *supra* note 27 à la p 116.

¹⁶⁸ Art 22(1) *in fine* Cpc.

¹⁶⁹ Par exemple, le collectif *Science, vérité et justice* est un regroupement de chercheurs et de juges qui, ensemble, ont réfléchi au rapport entre science et droit. Voir notamment les textes suivants : Merrill, *supra* note 5, Lederman, *supra* note 5, Mackay, *supra* note 136 et Michel Proulx, « Et si l'éthique pouvait contribuer à la

juristes envisagent le savoir spécialisé est fondamentalement différente¹⁷⁰. Pour cette raison, puisqu'ils évoluent dans un environnement fortement polarisé, les acteurs du système judiciaire sont ambivalents à l'égard de la valeur du savoir spécialisé. L'étude des sciences, typiquement dépeinte comme impliquant une méthodologie stricte et une honnêteté intellectuelle rigoureuse, a généré une « vision complaisante de la science »¹⁷¹ comme étant caractérisée par « des qualités de précision et de certitude »¹⁷² et étant une « source de connaissances objective et impartiale »¹⁷³. S'ajoute à cette représentation idéalisée la « mystique de la science »¹⁷⁴, dont l'expert est l'incarnation parfaite alors qu'il transmet à la cour, parfois en termes complexes et recherchés, un savoir spécialisé qu'il a mis des années à accumuler par des expériences qui peuvent impressionner¹⁷⁵.

Les tribunaux font désormais preuve, face aux experts et aux sciences, de plus de circonspection¹⁷⁶. Le système de justice, notamment aux États-Unis, a été secoué par certains scandales qui ont entaché la réputation de scientifiques reconnus et respectés, par exemple des

manifestation de la vérité » dans *Science, vérité et justice*, Montréal, Thémis, 2001 ; Un autre ouvrage collectif, *The Ethics of Expert Evidence*, s'est intéressé aux rapports entre droit et science, mais du point de vue de l'éthique. Voir notamment les textes suivants : Cole, *supra* note 5, Simon A Sanders, « Science, Law, and the Expert Witness » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law, London, Routledge, 2017, Michael L. Perlin, Astrid Birgden et Kris Gledhill, « The Witness Who Saw / He Left Little Doubt : A Comparative Consideration of Expert Testimony in Mental Disability Law Cases in Common and Civil Law Systems » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law, London, Routledge, 2017, C.C. Meltzer et al, « Guidelines for the Ethical Use of Neuroimages in Medical Testimony : Report of a Multidisciplinary Consensus Conference » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law, London, Routledge, 2017 ; Voir également Bourcier et De Bonis, *supra* note 3.

¹⁷⁰ À cet égard, voir dans Sanders, *supra* note 169 à la p 46 où il mentionne que :

« Nearly everyone agrees that there are several important differences between legal and scientific conventions towards knowledge. [...] Scientific inquiries involves (1) searching for the general and theoretical; (2) doing so by employing the methods and techniques accepted by one's field; (3) an attitude of agnosticism that encourages waiting for persuasive evidence before making up one's mind; and (4) a commitment to sharing data, intellectual honesty, and disinterestedness. In contrast, legal inquiry (1) focuses more on experience and specific events; (2) desires certainty in experts judgments; and (3) views expert knowledge as partisan resource ».

¹⁷¹ Mackay, *supra* note 136 à la p 246 ; Jasanoff, *supra* note 5 à la p 201.

¹⁷² Mackay, *supra* note 136 à la p 302.

¹⁷³ Lederman, *supra* note 5 à la p 246.

¹⁷⁴ Expression utilisée à maintes reprises par la Cour suprême, par exemple dans *R c Béland*, *supra* note 79 au para 20 ou dans *R. c Mohan*, *supra* note 80 à la p 21.

¹⁷⁵ Tel qu'expliqué dans *R c Mohan*, *supra* note 80 à la p 21.

¹⁷⁶ Ce que Bell identifie comme un « healthy scepticism » dans Evan Bell, « Judicial Assessment of Expert Evidence » (2010) 2 *Judicial Studies Institute J* 55 à la p 55 ; Voir également Golan, *supra* note 53 à la p 916.

cas de falsification de résultats de recherche, de fausses représentations quant aux compétences ainsi que de négligence ont eu un effet négatif sur la qualité et la perception de la justice¹⁷⁷. En Ontario, les rapports Kaufman¹⁷⁸ et Goudge¹⁷⁹ ont fait la lumière quant à plusieurs erreurs judiciaires en matière criminelle causées par le travail déficient de certains experts. Depuis, le droit a revisité sa vision de la science¹⁸⁰, notamment quant à son exactitude et son

¹⁷⁷ À cet égard, voir Golan, *supra* note 53 qui relate l'effet de ces scandales sur la communauté scientifique : « The growing public mistrust of science, and even more so of the integrity of the scientists, in such an important domain as the legal system, deeply troubled the scientific community. The evil done by the scandals in court, scientific leaders emphasized again and again, was great not only to the administration of justice, but also to the public image of the Victorian scientific community, which was toiling hard on its professional status and seeking to expand its influence into the public domains of education, industry, health, administration, and culture in general. The reform of expert testimony therefore became one of the hottest topics in the meetings of the various scientific and legal societies, and many proposals were put forward to remedy the situation. ».

Voir également Tom Nichols, *The Death of Expertise*, New York, Oxford University Press, 2017 à la p 179 ; Bowers, *supra* note 32 aux pp 184 et s.

¹⁷⁸ Fred Kaufman, *Rapport de la Commission Kaufman sur les poursuites contre Guy Paul Morin*, Ontario, Ministère du Procureur Général, 1998 : En 1996, le gouvernement ontarien a ordonné la tenue d'une enquête publique suivant l'acquittement de Guy Paul Morin, qui avait préalablement été condamné et emprisonné erronément pour le meurtre au premier degré de sa jeune voisine âgée de neuf ans. Le mandat de la Commission dirigée par le juge Fred Kaufman, était notamment d'examiner le « comportement du Centre des sciences judiciaires relativement à la préservation, à la sécurité et à la conservation de la preuve médico-légale », plus particulièrement, le traitement qui a été fait d'un cheveu trouvé sur les vêtements de la victime ainsi que de fibres de tissus trouvées dans la voiture de l'accusé. La Commission a conclu que les expertises qui liaient ces éléments à l'accusé « n'avaient peu ou point de valeur probante permettant d'établir la culpabilité de Morin » et que les experts n'ont « pas communiqué avec exactitude ou de manière appropriée aux policiers et aux procureurs les limites de ses constatations relatives à la preuve d'expertise ». La Commission a également conclu que, loin d'être uniquement la faute des experts, la grave bavure découle de « problèmes systémiques » dans l'usage des expertises.

¹⁷⁹ Stephen T. Goudge, *Inquiry Into Pediatric Forensic Pathology in Ontario*, Ontario, Ministry of the Attorney General, 2008. En 2007, le gouvernement ontarien a ordonné la tenue d'une enquête publique quant à des condamnations erronées suivant le décès d'enfants. Le mandat de la Commission, dirigée par le juge Stephen T. Goudge « [was to] conduct a systemic review and an assessment of the policies, procedures, practices, accountability and oversight mechanisms, quality control measures and institutional arrangements of pediatric forensic pathology in Ontario [...] as they relate to its practice and use in investigations and criminal proceedings ». La Commission a conclu que l'expert le plus utilisé par la poursuite, le docteur Charles Smith, faisait usage d'une méthodologie inadéquate qui l'a mené à produire des opinions de faible valeur probante. De plus, la Commission a constaté que l'environnement dans lequel travaillait Smith a décuplé ses erreurs, puisqu'il bénéficiait d'un soutien sans limite des intervenants du système de justice avec qui il faisait affaire. Smith a notamment expliqué que, pour lui, son rôle à titre d'expert de la Couronne signifiait qu'il faisait partie de l'équipe qui recherche vivement la condamnation des accusés. Sa notoriété et son expérience devant les tribunaux faisaient de lui un expert des plus crédibles, dont l'opinion était généralement considérée par les tribunaux, même lorsqu'il témoignait hors de son champ d'expertise, ou erronément. La Commission a notamment conclu que Smith avait eu une compréhension erronée de sa mission à titre d'expert et que plusieurs problèmes systémiques dans l'administration de la preuve d'expert avaient empêché tant la Couronne que les tribunaux de filtrer les opinions préjudiciables de Smith.

¹⁸⁰ Jasanoff, *supra* note 5 à la p 117. Jasanoff mentionne à cet égard que le système judiciaire doit changer sa vision de la science. Elle énonce que :

l'impartialité¹⁸¹. Toute science est teintée par le scientifique, l'humain, qui y travaille¹⁸². Des études en sociologie de la science rapportent que, comme les autres champs de l'activité humaine, les sciences sont bâties sur des construits sociaux¹⁸³. Ainsi, les affirmations scientifiques subissent aussi les influences des institutions qui les génèrent, si bien que la vérité scientifique se situe bien souvent à mi-chemin entre la vérité absolue et les accords tacites présents dans les communautés scientifiques¹⁸⁴.

Bien qu'elles soient souvent abordées par les profanes comme un tout, les sciences et le savoir technique se distinguent entre eux et ne peuvent être abordés ou évalués de la même manière. Chacun de ces domaines présente un degré variable d'inexactitude. Par exemple, il existe un vaste spectre allant de l'exactitude à l'anecdotique sur lequel se répartissent les sciences dites exactes, comme les mathématiques, la physique et la chimie, et les sciences conjecturales – où un processus d'évaluation, impliquant de manière plus ou moins importante une personne qui effectue une appréciation à travers ses perceptions est requis – comme la médecine, la psychologie ainsi que les sciences humaines¹⁸⁵. Un spectre existe également quant aux domaines techniques qui peuvent faire l'objet d'expertises devant les tribunaux. Le savoir spécialisé n'est donc pas équivalent au chapitre de l'exactitude. On verra toutefois qu'il sera traité et évalué par les tribunaux à travers un processus somme toute analogue.

Il y a, entre savoir spécialisé et droit, une incompatibilité fondamentale au niveau temporel. Alors que le savoir technoscientifique¹⁸⁶ évolue d'une remise en question à une autre, le droit

« They will have to abandon any naive faith in the existence of a single, well-demarcated, unchanging canon of good scientific practice. They will have to develop a greater sensitivity to the ambiguous, provisional, and partial nature of much science that is presented as hard, unambiguous, and conclusive by litigating parties and their chosen experts ».

¹⁸¹ Bourcier et De Bonis, *supra* note 3 à la p 83.

¹⁸² Voir Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 379 qui mentionne que « Le monde scientifique est un monde divisé, plein d'écoles de pensée et de factions. » ; Voir également Lara Khoury et Étienne Vergès, « Le traitement judiciaire de la preuve scientifique : une modélisation des attitudes du juge face à la connaissance scientifique en droit de la responsabilité civile » (2017) 58:3 C de D 517 à la p 512.

¹⁸³ Mackay, *supra* note 136 à la p 302 ; Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 380 ; Voir également Brewer, *supra* note 5 ; Sheila Jasanoff, *Science at the bar: law, science, and technology in America*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

¹⁸⁴ Mackay, *supra* note 136 à la p 302 ; Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 380.

¹⁸⁵ Lederman, *supra* note 5 à la p 250.

¹⁸⁶ Pour reprendre l'expression utilisée par Préville-Ratelle, *supra* note 6.

doit obligatoirement se poser dans le temps lors de chaque jugement. À cet égard, l'honorable Nicole Duval-Hesler souligne habilement que :

« La science peut se permettre d'être constamment en quête de la vérité scientifiquement certaine. Les juges n'ont pas ce luxe. Elles et ils ont l'obligation de rendre une décision exécutoire, selon la simple prépondérance de la preuve. Les débats scientifiques peuvent n'avoir jamais de fin. Les procès doivent aboutir. »¹⁸⁷

Ainsi, l'intégration du savoir spécialisé dans le droit nourrit un problème de cohérence quant à la vérité lorsqu'on l'étudie d'un point de vue « diachronique »¹⁸⁸; la vérité technoscientifique est en constante évolution, alors que les décisions judiciaires sont finales¹⁸⁹. De ce différend irréconciliable découlent plusieurs complications quant à l'intégration de savoir spécialisé dans le droit. Les tribunaux sont parfois dans l'obligation de rendre jugement dans des affaires où l'enjeu central repose sur l'opposition de deux positions scientifiques¹⁹⁰. Dans d'autres cas, l'évolution des connaissances scientifiques dans le temps peut même constituer une potentielle source de responsabilité civile et se trouver au cœur de la résolution d'un litige¹⁹¹.

¹⁸⁷ Duval Hesler, *supra* note 81 aux pp 378-379.

¹⁸⁸ [notre traduction] Brewer, *supra* note 5 à la p 1565. Brewer cherche à illustrer que la vérité scientifique est « par nature évolutive, avec des remises en question continues propres à la méthode scientifique ». Voir également Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 25 ; Sanders, *supra* note 169 à la p 28.

¹⁸⁹ Bubela, *supra* note 25 à la p 855 ; Brewer, *supra* note 5 à la p 1565.

¹⁹⁰ Binnie, *supra* note 5 au para 12. Binnie donne l'exemple d'une action collective en Angleterre en matière de responsabilité du fait du médicament :

« Another problem is that, as scientists see it, courts rush in where experts fear to tread. How can a court possibly resolve a product liability case involving the alleged adverse effects of using oral contraceptives, for example, when the experts themselves are divided over the increased risk of strokes? In a class action in the United Kingdom brought by a group of women against Schering Health Care and others, six studies on this relationship were put before the court. Three of these studies, all published in the British medical journal *The Lancet*, said that there was an approximate doubling of the risk to a woman who was taking the third generation of this pill. There were also three industry-sponsored reports which said that there was no increase in the risk. The studies, written largely in algebra, landed before the unfortunate Mr. Justice Mackay. He accepted as persuasive the industry reports, dismissed the action and was then virtually universally condemned in the medical literature. An editorial in *The Lancet* stated that "trying science in a court of law is doomed to failure". It went on to say, "Despite millions of pounds spent, and numerous intelligent minds locked in combat, the judge failed utterly to get to the heart of the matter" ».

¹⁹¹ Voir *Deguisse c Montmigny*, 2014 QCCS 2872 au para 243 à 253, Dans cette affaire, il est question de la présence de pyrrhotite dans les fondations de milliers de bâtiments résidentiels et commerciaux près de Trois-Rivières. La pyrrhotite est un élément chimique contenu dans certains agrégats de béton qui, au contact de l'eau et de l'air, fait gonfler et fissurer les fondations. En l'espèce, il était nécessaire pour le tribunal de déterminer quel était l'état des connaissances au moment où les tests sur l'agrégat de béton ont été conduits, pour déterminer si ceux-ci ont été réalisés dans le respect des règles de l'art. Le tribunal a donc dû se baser sur des opinions d'experts quant à l'historique des connaissances sur ce sujet au moment des faits en litige.

Dans un désir d'adoucir le rapport entre savoir spécialisé et droit, l'Institut national de la magistrature a publié en 2013 le *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*¹⁹². L'objectif, comme l'exprime l'ancienne juge en chef Beverley McLachlin, est « d'aider les juges à composer avec la preuve scientifique et contrebalancer l'inconfort qu'il ressent face à cette discipline »¹⁹³. Elle souligne également que la formation scientifique actuellement offerte aux juges « ne suffit pas »¹⁹⁴.

Ces difficultés s'en trouvent toutefois surpassées par les effets bénéfiques. Les avancées de la science ont permis d'améliorer substantiellement la qualité de la justice¹⁹⁵. Par exemple, l'usage de l'ADN comme empreinte génétique permet d'identifier un individu beaucoup plus certainement que des preuves circonstanciées¹⁹⁶. C'est ainsi qu'à l'occasion d'une action collective majeure intentée par les victimes de l'« agent orange », un herbicide cancérigène utilisé par le gouvernement américain lors de la guerre du Vietnam, le juge américain Jack B. Weinstein a souligné que le système de justice ne devait en aucun cas baser ses décisions sur des faits que la communauté scientifique n'acceptait pas comme étant « vrais »¹⁹⁷.

Comme nombre d'institutions, le système de justice se voit aux prises avec une « dépendance sociétale aux savoirs spécialisés »¹⁹⁸. La matière scientifique transmise à travers l'expertise remplit ainsi un besoin du décideur et du système de justice et contribue à pallier cet « analphabétisme scientifique »¹⁹⁹ des juristes en général. L'expert permet d'ancrer les décisions judiciaires dans une conception de la vérité qui est susceptible d'être démontrée par une

¹⁹² *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, Institut national de la magistrature, 2013.

¹⁹³ Beverley McLachlin, « Introduction » dans *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, Institut national de la magistrature, 2013 à la p 14.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ Malgré certains dérapages, notamment les cas analysés par les Commission Goudge, *supra* note 179 et Commission Kaufman, *supra* note 178. Au Québec, l'affaire Guy Turcotte, qui sera abordée plus loin, est également digne de mention.

¹⁹⁶ Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 361.

¹⁹⁷ Merrill, *supra* note 5 à la p 14.

¹⁹⁸ [notre traduction] Anderson, *supra* note 27 au para 11.5 ; Voir également Khoury et Vergès, *supra* note 182 à la p 520.

¹⁹⁹ Bubela, *supra* note 25, qui cite Binnie, *supra* note 5. Voir également Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17.

méthodologie éprouvée. En cela, comme l'expliquent les professeurs Lara Khoury et Étienne Vergès, un « fossé » peut séparer vérités scientifique et juridique :

« La vérité scientifique serait ainsi relative, collective, probabiliste, validée par les pairs, et basée sur l'observation du réel. À l'inverse, la vérité judiciaire serait absolue, individuelle et binaire, prononcée par un tiers qui tient son autorité de l'État, et elle pourrait être déconnectée du réel par l'usage de présomptions ou de fictions. »²⁰⁰

Malgré qu'ils évoluent dans des réalités distinctes, le droit et le savoir spécialisé n'ont d'autre solution que de se réconcilier lors du procès. Comment les tribunaux arrivent-ils à réconcilier ces deux conceptions inégales de la vérité ? Quel est l'apport de l'expert à cet exercice ? C'est à travers des interactions propres à la réalisation de la mission d'éclairage de l'expert que le savoir spécialisé sera intégré à la décision judiciaire.

1.3 INTERACTIONS ET INTÉGRATION DU SAVOIR SPÉCIALISÉ DANS LA DÉCISION JUDICIAIRE

La relation que le tribunal entretient avec l'expert est au cœur de la mission qui lui a été confiée par le législateur. Il est donc pertinent de s'attarder au processus d'intégration de l'opinion dans la prise de la décision judiciaire pour mieux comprendre ces interactions.

Les tribunaux ont pour mission de « trancher les litiges dont ils sont saisis en conformité avec les règles de droit », et ce, en étant « impartiaux » et en prenant en « considération le meilleur intérêt de la justice »²⁰¹. Ils doivent être objectifs, impartiaux et jouissent de conditions visant à garantir leur indépendance²⁰². De manière générale, on peut décrire le processus de prise de décision comme un enchevêtrement de réflexions, d'avancées et de reculs rythmés par les interventions des parties dont l'objectif est la persuasion :

« Il s'agit donc de considérer le processus judiciaire comme une opération de persuasion, un processus de type argumentatif duquel ne sont absentes ni les stratégies individuelles, ni les rationalisations a posteriori, et de penser le jugement lui-même

²⁰⁰ Khoury et Vergès, *supra* note 182 à la p 521.

²⁰¹ Art 9 Cpc.

²⁰² *Valente c La Reine*, [1985] 2 RCS 673 ; Voir également Sylvette Guillemard, *Comprendre la procédure civile québécoise*, Cowansville, Yvon Blais, 2011 aux paras 112 à 118.

comme le résultat de séquences enchainées les unes aux autres, de négociations, d'ajustements et d'arrangements entre acteurs ou groupe d'acteurs, plus que comme un acte isolé produit par un homme seul en un instant T. »²⁰³

Le travail du tribunal est donc de faire la part des choses ; il doit accéder à la conviction que chaque fait nécessaire à la naissance du droit est prouvé ou pas, et ce, en se servant des mécanismes juridiques dont il dispose²⁰⁴. Pour ce faire, le juge doit se nourrir des faits²⁰⁵. Après avoir statué sur leur admissibilité – s'il y a objection à la preuve –, il écouterá les témoignages et prendra connaissance des éléments de preuve produits par les parties. Il pourra, au fur et à mesure du déroulement de l'instance, se faire une idée de la force probante à accorder à chaque élément. Bien que les plaidoiries soient un outil de persuasion et d'organisation de la pensée, le juge a l'ultime responsabilité de trier les faits, qui sont généralement vigoureusement disputés, pour leur appliquer le droit et déterminer l'ultime solution à intégrer au jugement²⁰⁶.

Ainsi, c'est au juge à faire des inférences des faits mis en preuve pour tirer des conclusions : « [i]n our system of trial, it is the neutral, impartial trier of fact who is to determine what inferences or conclusions to draw from facts »²⁰⁷. Le raisonnement judiciaire est composé d'une infinité de choix, certains à propos des faits mis en preuve par les parties²⁰⁸, certains à propos du droit applicable²⁰⁹. Pour réaliser ces choix, le tribunal sera guidé par le niveau de confiance, ou de croyance, porté envers chacun des éléments de preuve²¹⁰. Autrement dit, le tribunal décidera ou pas de considérer les éléments admis en preuve s'il accorde suffisamment

²⁰³ Dumoulin, *supra* note 45 à la p 13.

²⁰⁴ Khoury et Vergès, *supra* note 182 à la p 519. Khoury et Vergès mentionnent, à titre d'exemple de mécanisme, les présomptions de droit ou de fait. On peut aussi penser aux règles du fardeau de preuve.

²⁰⁵ Terence Anderson, *Analysis of Evidence*, 2nd ed, coll Law in Context, New York et Cambridge, Cambridge University Press, 2005 aux pp 46 et s.

²⁰⁶ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 1.

²⁰⁷ *Ibid* à la p 195.

²⁰⁸ Il en est ainsi puisque les parties ont la maîtrise du dossier. Selon l'art 19 Cpc, soit l'un des principes directeurs du *Code de procédure civile*, les parties ont « la maîtrise de leur dossier dans le respect des principes, des objectifs et des règles de la procédure ». Elles ont donc le choix de la stratégie juridique à mettre en place pour tenter de démontrer leurs prétentions, ainsi que des éléments de preuve qu'elles présenteront à cette fin.

²⁰⁹ Brewer, *supra* note 5 à la p 1543.

²¹⁰ Soit une confiance « probable, warranted, evidentially supported, etc. », voir *ibid* à la p 1580 ; Voir également Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 ; Il est à noter qu'il existe plusieurs méthodes ou processus par lesquels le tribunal exécute la pondération des faits pour ainsi les trier. Nous n'aborderons pas les subtilités de ces méthodes dans le cadre du présent mémoire. À cet égard, voir notamment Anderson, *supra* note 205 à la p 112 .

de confiance à ces éléments²¹¹. La somme des éléments considérés permettra au tribunal de déterminer si le seuil de la prépondérance des probabilités²¹² a été atteint. Il pourra ainsi rendre jugement.

L'expertise est l'un de ces éléments de preuve qui sera laissée à l'appréciation du tribunal²¹³. L'expert, dans son opinion, cherche à présenter des faits scientifiques ou techniques organisés de manière à ce que le tribunal puisse les comprendre²¹⁴. C'est la nature spécialisée de l'expertise qui la distingue des autres moyens de preuve :

« Le caractère distinctif du témoignage d'expert est que celui-ci doit comporter l'expression d'une opinion sur la base des connaissances scientifiques, médicales, économiques ou autres que possède le témoin. En effet, il existe un certain nombre de faits dont seules des personnes qui ont des connaissances particulières peuvent affirmer l'existence. Lorsque pour les fins d'un litige de tels faits doivent être établis, le recours au témoignage d'une personne qui possède les connaissances requises s'imposera et la preuve par des témoins ordinaires sera prohibée. »²¹⁵

Bien que l'expert s'exprime généralement sous forme d'opinion, il peut arriver que son intervention soit nécessaire pour parvenir à prendre connaissance de certains faits qui ne pourraient être connus autrement²¹⁶. Par exemple, l'expert peut être mandaté pour prendre des mesures particulières, pour observer l'évolution d'une situation, ou pour prélever et conduire des tests sur des échantillons²¹⁷.

Plus souvent qu'autrement, le mandat de l'expert sera de tirer une « inférence à partir des faits observés »²¹⁸. Le rapport de l'expert fait état de cet exercice, soit de son opinion. Contrairement au témoignage ordinaire, qui se limite à faire état de constats, l'expertise constitue un « ensemble

²¹¹ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 5.

²¹² En matière civile, c'est l'art 2804 CcQ qui énonce le fardeau à remplir pour que la preuve soit suffisante, soit que la preuve rende l'existence d'un fait plus probable que son inexistence (à moins que la loi n'exige une preuve plus convaincante). Voir à cet égard Piché, *supra* note 14.

²¹³ Art 2845 CcQ.

²¹⁴ Khoury et Vergès, *supra* note 182 à la p 520.

²¹⁵ Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 593.

²¹⁶ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 205.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Ibid* à la p 195 ; Anderson, *supra* note 205.

composé de faits bruts [...], de faits interprétés [...] et de raisonnements scientifiques »²¹⁹.
L'opération que l'expert accomplit est épistémiquement complexe :

« La force de l'expertise réside dans sa capacité à faire une lecture informée de l'objet ou du sujet et plus encore à l'inscrire dans une série, à reconstituer son passé, à le réintégrer dans un espace-temps et par là à se distinguer du regard communément porté. En mettant en relation une situation singulière avec ses connaissances théoriques, son expérience de cas identiques ou similaires, l'expert apprécie, interprète et explique le réel qui se présente à lui. Les points de comparaison et modes de raisonnement pratiqués (théoriques, pratiques, logiques, etc.) sont plus ou moins explicitement énoncés et les appréciations plus ou moins justifiées. »²²⁰

Dans ses interprétations, l'expert a fait des choix et posé des jugements basés sur la compréhension qu'il détient de son domaine de spécialisation. Comme le tribunal « n'est pas en mesure d'accéder directement à la connaissance scientifique pour en faire l'instrument de sa propre décision », ²²¹ il est primordial que l'expert, qui agit comme personne interposée, ait des qualifications suffisantes. L'expert effectue, à différents degrés, des choix scientifiques et méthodologiques qui auront une influence sur sa manière de comprendre les faits associés à l'affaire qui le préoccupe²²². Ces choix contribuent à la formation d'inférences qui vont constituer l'opinion qu'il émet pour éclairer le tribunal. Par exemple, l'expert qui se prononce dans un domaine scientifique où plusieurs écoles de pensée existent doit choisir celle qui, selon lui, constitue l'avenue vers la vérité²²³.

²¹⁹ Khoury et Vergès, *supra* note 182 à la p 520.

²²⁰ Dumoulin, *supra* note 45 à la p 108.

²²¹ Khoury et Vergès, *supra* note 182 à la p 521.

²²² Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 195.

²²³ À cet égard, voir Leclerc, *supra* note 5 à la p 180 :

« En outre, le savoir de l'expert ne doit pas être considéré comme un ensemble homogène : certaines théories ou certaines méthodes d'analyse peuvent se trouver en concurrence et l'expert, en choisissant l'une d'entre elles, procède implicitement à un choix, qui pourra être contesté. Cet aspect prend, bien entendu, un relief tout particulier lorsque l'expert est amené à se prononcer dans un domaine où règne une forte incertitude scientifique ».

L'expert opère ainsi une « préqualification » par laquelle il « construit, sous les traits d'un fait brut, une figure composée de contraintes qui contiennent une part de jugement évaluatif »²²⁴.

Par cette opération, l'expert s'intègre dans le processus décisionnel du tribunal :

« Par conséquent, ce n'est pas le fait qui transite dans le jugement, mais la préqualification opérée par l'expert qui transite dans la qualification donnée par le juge. C'est en ce sens que l'expert contribue à la formation de la décision. Par conséquent, l'expertise ne peut pas être réduite à une fonction d'assistance et il importe de prendre en considération sa participation à la formation de la décision. »²²⁵

Face à l'expertise, le tribunal effectue un « processus d'assimilation de la connaissance scientifique »²²⁶ : « Lorsque [le tribunal] adopte l'opinion d'un expert, cela signifie qu'il comprend cette opinion, qu'il est capable de la décrire, puis d'en tirer des conséquences dans son raisonnement »²²⁷. Ce processus, au même titre que la « préqualification »²²⁸, fait donc référence à l'intégration à la décision judiciaire de certaines inférences tirées de l'expertise ; c'est l'interaction par laquelle le tribunal est éclairé par l'expertise. La décision du juge donne lieu à un exercice d'« édification mutuelle »²²⁹ entre le droit, les faits, ainsi que le savoir spécialité, qui s'imprègnent dans la décision judiciaire²³⁰. On peut ainsi constater que le rôle de l'expert chevauche ainsi bien souvent celui du juge, la limite entre les deux étant floue²³¹.

Bien que le fondement de l'expertise soit les faits de l'affaire, sa valeur ajoutée réside principalement dans l'application par l'expert de son savoir spécialisé aux faits. Pour y arriver, l'expert usera d'une méthodologie propre à son domaine dont il décrira les particularités dans le rapport. L'explication du raisonnement par l'expert est primordiale ; elle est exigée par la loi pour permettre au tribunal d'évaluer la fiabilité de l'expertise. L'article 238(1) du *Code de procédure civile* a certaines exigences quant au contenu du rapport : « Le rapport de tout expert

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid* à la p 189.

²²⁶ Khoury et Vergès, *supra* note 182 à la p 539.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ Leclerc, *supra* note 5 à la p 189.

²²⁹ *Ibid* à la p 405.

²³⁰ Son intervention a une « normativité inhérente », voir *ibid* à la p 194.

²³¹ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 24 ; Bourcier et De Bonis, *supra* note 3 à la p 23 ; Voir également les décisions *Tremblay c Internoscia*, 2015 QCCS 799 ; *Garmaise c Scotia Capital inc*, 2012 QCCS 5946 ; *Racicot c Ouwendyk (Succession de)*, 2014 QCCS 3771.

doit être bref mais suffisamment détaillé et motivé pour que le tribunal soit lui-même en mesure d'apprécier les faits qu'il expose et le raisonnement qui en justifie les conclusions ; il y est fait mention de la méthode d'analyse retenue ». Ainsi, l'examen de la justification qui accompagne les conclusions de l'expertise sera à même de guider le tribunal quant au niveau de confiance à accorder à l'expertise. L'expert, en raison de ses qualifications et de « l'image d'objectivité et de certitude »²³² qu'il projette, pourra inspirer d'emblée au tribunal une confiance supérieure à celle accordée au témoin ordinaire²³³. Il s'agit du phénomène de la « déférence épistémique »²³⁴ du juge face à l'expert²³⁵.

L'examen des interactions entre le tribunal et l'expert permet de mieux comprendre la nature de la mission de l'expert. Pour éclairer le tribunal par son opinion, l'expert doit opérer certaines inférences par rapport aux faits de l'affaire. Le tribunal, s'il se laisse éclairé par l'expert, va reproduire dans le jugement les inférences effectuées par l'expert dans son opinion. Mais, avant d'en arriver là, encore faut-il que son opinion soit prise en compte d'un point de vue juridique.

1.4 ÉVALUATION DE L'EXPERTISE À TRAVERS SON RÔLE DE GARDIEN, UN DÉFI POUR LE TRIBUNAL

L'interaction entre le tribunal et l'expert a été examinée dans l'objectif de mieux comprendre l'intégration du contenu de l'opinion dans le jugement. Il convient maintenant de revenir en arrière pour réexaminer la même opération d'un point de vue juridique en y superposant les critères d'évaluation de l'admissibilité et de la force probante de l'expertise. Avant même d'être éclairé par l'expertise, le tribunal doit déclarer son admissibilité en preuve, et suivant une évaluation de sa fiabilité, établir sa force probante. Ce n'est que si l'expertise a une force

²³² Khoury et Vergès, *supra* note 182 à la p 521.

²³³ Claude Lavoie, *L'expert : son rapport et son témoignage*, Yvon Blais, Cowansville, 2008, en ligne sur La Référence : EYB2008RTE11, à la p 1.

²³⁴ [notre traduction] Brewer, *supra* note 5 à la p 1586.

²³⁵ *Ibid.* Brewer explique dans ces termes la déférence épistémique du juge envers l'expert :

« For A [the expert] to be an epistemic authority for B [the decision maker] on some subject matter, B must believe that A has some superior knowledge, intelligence or wisdom which makes it reasonable to believe that what A says on that subject is more likely to be true than the results reached by B through B's independent investigations. » [précisions ajoutées par l'auteure].

probante suffisante pour qu'elle soit prépondérante qu'elle sera intégrée au jugement du tribunal.

Le tribunal est l'ultime décideur quant à la force probante des éléments de preuve²³⁶. L'article 238(3) du *Code de procédure civile* énonce que « [l]es conclusions de l'expert ne lient pas le tribunal », et l'article 2845 du *Code civil du Québec* énonce que « [l]a force probante du témoignage est laissée à l'appréciation du tribunal ». C'est donc un principe clair et avéré d'affirmer que le tribunal n'est pas lié par l'opinion de l'expert²³⁷, qui a la mission de l'éclairer, et non pas de décider à sa place de l'issue d'une affaire.

L'expertise, comme tout autre moyen de preuve, est soumise par le tribunal à un double contrôle : l'évaluation de son admissibilité dans un premier temps, et de sa valeur probante, dans un second temps²³⁸. Il n'existe pas de méthode rigide ou structurée pour effectuer cette évaluation, qui se veut flexible et adaptable à chaque juge, ainsi qu'à l'infinité des circonstances du litige civil²³⁹. Toutefois, l'envers de la flexibilité est le manque de prévisibilité ; les facteurs considérés pour évaluer l'admissibilité et la force probante peuvent varier de manière significative d'un dossier à un autre²⁴⁰, comme on le verra.

Comme précédemment mentionné, l'arrêt *Mohan* a énoncé les critères, ou les « préconditions »²⁴¹, que l'expertise doit respecter pour être recevable en preuve : a) la nécessité d'aider le juge des faits ; b) la qualification suffisante de l'expert ; c) l'absence de toute règle d'exclusion ; et d) la pertinence.

²³⁶ Art 238(3) Cpc et art 2845 CcQ ; Voir Piché, *supra* note 14 au para 557 ; En jurisprudence, voir *Banque de Montréal c TMI-Éducation.com inc. (Syndic de)*, 2014 QCCA 1431 au para 93 ; Voir également *Marina de la Chaudière inc c Thibeault*, 2015 QCCS 5829 au para 104 ; *Raymond c Raymond*, 2015 QCCS 2218 au para 75 ; *Mutual Life Assurance of Canada c Bernier*, [1968] BR 595 à la p 600.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ Piché, *supra* note 14 aux paras 534, 547, 557.

²³⁹ Anderson, *supra* note 27 au para 11.68.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 aux pp 212 et s.

Dans l'évaluation de ces critères, le tribunal joue un rôle de gardien, de *gatekeeper*²⁴² :

« If these four preconditions – necessity, logical relevance, a properly qualified expert, and the absence of an exclusionary rule – are satisfied, the expert evidence will be admitted provided it survives the gatekeeping function during which the trial judge determines whether the benefits of the admissibility outweigh its costs. Admissibility is not an “all of nothing” proposition... The trial judge may admit part of the proffered testimony, modify the nature or the scope of the proposed opinion, or edit the language used to frame the opinion. In other words, so much of the expert evidence that satisfies the *Mohan* standards should be admitted, even if other features of the testimony have to be jettisoned or altered. »²⁴³

Le tribunal, en tant que gardien, cherche donc à exclure – partiellement ou complètement – les expertises qui risquent de « fausser le processus de recherche des faits »²⁴⁴. L'expertise pourra être exclue même si l'expert est adéquatement qualifié, qu'aucune règle d'exclusion n'est applicable et que son opinion est nécessaire et pertinente, dans l'éventualité où elle n'atteint pas les exigences de l'analyse coûts – bénéfices prescrite dans *Mohan* :

« D'autres considérations influent également sur la décision relative à l'admissibilité. Cet examen supplémentaire peut être décrit comme une analyse du coût et des bénéfices, à savoir "si la valeur en vaut le coût". [...] Le coût dans ce contexte n'est pas utilisé dans le sens économique traditionnel du terme, mais plutôt par rapport à son impact sur le procès. La preuve qui est par ailleurs logiquement pertinente peut être exclue sur ce fondement si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable, si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur ou si elle peut induire en erreur en ce sens que son effet sur le juge des faits, en particulier le jury, est disproportionné par rapport à sa fiabilité. [...] Ce facteur fiabilité-effet revêt une importance particulière dans l'appréciation de l'admissibilité de la preuve d'expert. »²⁴⁵

Dans un premier temps, le tribunal doit se pencher sur les bénéfices qu'apportera l'expertise. Pour ce faire, il doit évaluer *prima facie* la valeur probante de l'expertise. Plus elle est élevée, plus les bénéfices à tirer de l'expertise sont grands. Ainsi, le processus de recherche de la vérité

²⁴² Dans *R v Abbey*, 2009 ONCA 624, la Cour d'appel de l'Ontario a reformulé le critère de *Mohan* et structuré l'intégration du rôle de gardien en proposant une analyse divisée clairement en deux volets, soit a) un premier volet où les quatre critères de *Mohan* sont évalués, et ensuite b) un second volet où une analyse des effets bénéfiques et préjudiciables de l'expertise est effectuée. Il est à noter que l'arrêt *Abbey 2009* n'a été que peu appliqué au Québec, et c'est pourquoi nous n'aborderons cet arrêt qu'en note de bas de page. ; Voir à cet égard W. Ian C. Binnie et al, « Chapitre 3 : La gestion et l'évaluation de la preuve d'expert » dans *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, Institut national de la magistrature, 2013 aux pp 22 et s.

²⁴³ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 218.

²⁴⁴ *R. c Mohan*, *supra* note 80 à la p 21.

²⁴⁵ *Ibid* aux pp 20-21.

gagne à l'admettre en preuve²⁴⁶. Dans un second temps, le tribunal doit examiner les coûts, soit les désavantages à l'admissibilité de l'expertise. À cette occasion, il doit déterminer les dangers, les conséquences négatives sur le processus décisionnel qui pourraient découler de l'admission de l'expertise²⁴⁷. Tant dans l'évaluation des coûts que des bénéfices, le tribunal devra tenir compte de la fiabilité de l'expertise, de sa valeur probante, ainsi que des coûts et des délais qu'elle implique²⁴⁸. Le juge pourra ainsi exclure toute opinion qui « nui[t] au déroulement du procès en prolongeant et en compliquant indûment l'instance »²⁴⁹ ou « [that] detracted from the fact-finding process more than it assisted »²⁵⁰.

L'évaluation coûts – bénéfices doit être faite d'office par le tribunal ; il n'est pas nécessaire qu'elle soit effectuée en réaction à une objection à la preuve ou à une demande de rejet de l'expertise²⁵¹. Dans un passage remarqué de l'arrêt *R. c J. (L.-J.)*, l'honorable W. Ian C. Binnie rappelle l'importance du rôle de gardien des tribunaux :

« [28] Dans Mohan et d'autres arrêts, la Cour a souligné que le juge du procès devrait prendre au sérieux son rôle de "gardien". La question de l'admissibilité d'une preuve d'expert devrait être examinée minutieusement au moment où elle est soulevée, et cette preuve ne devrait pas être admise trop facilement pour le motif que toutes ses faiblesses peuvent en fin de compte avoir une incidence sur son poids plutôt que sur son admissibilité.

[29] [...] Néanmoins, la recherche de la vérité exclut la preuve d'expert susceptible de "fausser le processus de recherche des faits". [...] »²⁵²

²⁴⁶ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 218.

²⁴⁷ *Ibid* à la p 222.

²⁴⁸ Binnie et al, *supra* note 242 à la p 32. La question des coûts et des délais de l'expertise sera abordée plus en détails à la SECTION 3 – DIMENSION PRATIQUE.

²⁴⁹ *Ibid*.

²⁵⁰ [notre traduction] Anderson, *supra* note 27, citant *R c Jackman*, 2008 ABPC 213 au para 294.

²⁵¹ Anderson, *supra* note 27 au para 12.5.

²⁵² *R. c J.-L.J.*, *supra* note 82 aux paras 28-29 ; Plus tard, dans l'arrêt *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co.*, *supra* note 69 à la p 21, la Cour suprême a souligné que les dangers de l'expertise ne doivent pas être pris à la légère lorsque l'évaluation coûts – bénéfices est effectuée. ; Voir à cet égard les commentaires dans Clifton Beech, « The Admissibility of Expert Opinions in Canada Courts » (2015) 21 L & Bus Rev Americas 361 à la p 366.

Bien qu'elles aient été formulées à l'occasion de causes criminelles devant jury²⁵³, les règles d'admissibilité de l'expertise s'appliquent de la même manière aux matières civiles²⁵⁴. Une différence demeure ; en l'absence d'un jury, le juge doit agir à la fois comme gardien et juge des faits. C'est le cas au Québec, comme le soulignent les professeurs Catherine Piché et Hamish Stewart :

« Toutefois, en pratique, il y a eu tendance à ce que le rôle de gardien s'assimile à l'évaluation que fait le juge du procès de la pondération et de la crédibilité à accorder à la preuve d'expert. C'est justement le cas au Québec, où il n'existe pas de procès civils avec jury, et où le juge évalue à la fois la recevabilité et la valeur probante. Lorsque les juges du Québec analysent le poids à accorder à la preuve d'expert, ils en examinent la valeur probante, en se fondant notamment sur la crédibilité (et l'impartialité), sur les qualifications et l'expertise, sur les méthodes préconisées et sur les avis exprimés dans le rapport. »²⁵⁵

On retiendra notamment de leurs propos que cette évaluation se fait simultanément à l'application du critère de *Mohan*. Ainsi, au Québec, les préconditions de *Mohan* et l'analyse coûts – bénéfices par le tribunal ne font qu'un, ne manquant pas de créer un certain désordre lors des débats entourant l'admissibilité des expertises :

« L'admissibilité et la valeur probante de l'expertise sont souvent confondues, particulièrement quant à certains de leurs critères d'appréciation. Cette confusion n'est pas étrangère au rôle double de l'expert à titre d'auxiliaire de justice au service du tribunal et l'éclairant dans son appréciation de la preuve et, dans le cas de l'expert nommé par les parties, d'un moyen de preuve au soutien de leur thèse. L'importance de la preuve d'expert ajoute à cette confusion, les tribunaux cherchant à la fois à écarter les éléments de preuve pouvant être plus préjudiciables qu'utiles et à admettre ceux ayant une importance certaine tant pour la compréhension du tribunal que pour soutenir la thèse des parties. »²⁵⁶

À cet égard, il est de la responsabilité du tribunal de s'assurer que l'expert demeure dans les limites fixées par les critères d'admissibilité de *Mohan*. Cet exercice n'est pas qu'un filtrage de l'admissibilité qui est limité dans le temps ; il doit se poursuivre tout au long de l'instance :

²⁵³ Il est intéressant de noter qu'une majorité des règles développées par les tribunaux quant à la preuve par expertise l'ont été à l'occasion de causes criminelles, ce qui explique que parfois, les considérations de coûts et de délais sont moins discutées. Ces considérations prennent nécessairement plus d'importance devant les tribunaux civils, puisque les coûts du procès sont susceptibles, s'ils ne sont pas contrôlés, de rendre le recours du justiciable inutile, ou même, de l'empêcher d'intenter un recours. Nous aborderons ces questions dans la SECTION 3 – DIMENSION PRATIQUE.

²⁵⁴ Binnie et al, *supra* note 242 à la p 33.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 46 ; Voir aussi Piché, *supra* note 14 au para 545.

« [L]e juge du procès doit veiller à bien encadrer l'expert et à dûment circonscrire son témoignage. Même si le risque est accru dans le cas d'un procès devant jury, le juge, y compris celui qui siège seul, a l'obligation de toujours faire en sorte que le témoignage de l'expert respecte les limites établies. Il ne suffit pas qu'il tienne compte des critères de l'arrêt Mohan au début du témoignage de l'expert et qu'il rende une décision initiale quant à l'admissibilité de la preuve. Il doit faire en sorte que, tout au long de son témoignage, l'expert respecte les limites établies à l'égard d'une telle preuve. »²⁵⁷

L'évaluation de la force probante de l'expertise est donc faite à même l'évaluation de son admissibilité²⁵⁸. La force probante de l'expertise équivaut aux bénéfices qu'elle peut apporter au processus de recherche de la vérité : « [t]he more probative the evidence, the greater the benefit of admitting it will be »²⁵⁹. Un grand nombre de facteurs peuvent faire varier la force probante à attribuer à une expertise. Le tribunal évaluera la crédibilité de l'expert en examinant sa formation, son expérience générale et son parcours²⁶⁰. La crédibilité de l'expert doit être sévèrement entachée pour qu'elle diminue la force probante de l'expertise au point où celle-ci ne sera pas admissible²⁶¹. À cet égard, on s'attardera aussi au comportement de l'expert dans la réalisation de sa mission pour évaluer sa crédibilité, mais aussi, son impartialité et son objectivité²⁶². La force probante de l'expertise pourrait diminuer si l'impartialité, l'objectivité ou l'indépendance de l'expert ont été entachées de quelque manière, jusqu'à rendre l'expertise inadmissible²⁶³. Plus concrètement, on peut observer certains indices de partialité en

²⁵⁷ *R. c. Sekhon*, [2014] 1 RCS 272 au para 46.

²⁵⁸ Si bien que la déclaration d'inadmissibilité de l'expertise ne sert, concrètement, pas à grand chose. En effet, au niveau pratique, cela signifie que l'ensemble de la preuve aura été présentée lors du procès avant que le tribunal puisse la déclarer inadmissible. Outre le fait que le juge unique aura effectivement entendu l'ensemble de la preuve, les parties et le tribunal n'auront pas bénéficié de l'économie de temps et de frais qu'aurait occasionné le retrait du rapport de l'expert du dossier judiciaire et la suppression du témoignage d'un expert.

²⁵⁹ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 218.

²⁶⁰ Piché, *supra* note 14 au para 558.

²⁶¹ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 219.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*, *supra* note 69 ; *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, *supra* note 84 ; Piché, *supra* note 14 au para 537 ; Il est à noter qu'avec l'entrée en vigueur du *Code de procédure civile*, l'art 241 prescrit que la partie qui veut demander le rejet d'une expertise pour cause d'irrégularité, d'erreur grave ou de partialité doit le faire dans les 10 jours de la connaissance du motif de rejet du rapport. Il nous semble que cette condition, qui vient restreindre l'application du critère d'admissibilité relié à l'impartialité, n'est pas nécessairement souhaitable, considérant que la jurisprudence antérieure est constante à l'effet qu'il est préférable d'éviter de refuser l'admissibilité de l'expertise avant d'avoir entendu l'expert témoigner au fond. Voir à cet égard *Girard c Productions BBR inc*, 2011 QCCS 5474 ; *Filiatrault c Longueuil (Ville de)*, 2009 QCCA 136 ; *Développement FMV inc c Lévis (Ville de)*, 2008 QCCA 21 et *Iko Industries Ltd c Produits pour toitures Fransyl ltée*, *supra* note 166. Ainsi, la prudence et la déférence dont les tribunaux font généralement usage lors des étapes préliminaires du litige semblent incompatibles avec l'idée de

jurisprudence. Des décisions judiciaires écartent les rapports d'experts qui auraient camouflé, ou omis de tenir compte de faits défavorables à la thèse de la partie qui l'a mandatée²⁶⁴. Aussi, l'expert qui ne considère pas sérieusement les thèses opposées, qui est incapable d'admettre les faiblesses de sa position ou qui nie l'évidence verra généralement la valeur probante de son expertise amoindrie²⁶⁵. Au contraire, l'expert qui fait la part des choses, qui admet les faiblesses de sa position ou les forces des positions des autres experts pourra voir sa crédibilité augmentée²⁶⁶.

À cet égard, l'analyse effectuée tient parfois à peu de choses. Hors de situations grossières, la partialité et le manque d'objectivité s'expriment par certains choix scientifiques ou techniques effectués par l'expert, ce qu'un profane ne sera pas toujours à même d'évaluer²⁶⁷. À cet égard, le tribunal pourra également considérer le domaine de l'expertise pour se guider quant à sa fiabilité. Les expertises dans des domaines où il y a peu de possibilités d'appréciation subjective auront une force probante plus grande²⁶⁸. Il examinera également l'étroitesse des rapports qu'a entretenus l'expert avec les faits de l'affaire, à savoir, par exemple, s'il a lui-même collecté des faits, rencontré des témoins ou conduit des analyses, ou s'il s'est fié sur des données qui lui ont été fournies par autrui²⁶⁹. Le tribunal va également examiner les assises factuelles de l'expertise²⁷⁰. Puisque l'expert doit ancrer son opinion dans les faits propres à l'affaire qui l'occupe, et donc éviter de donner une opinion purement théorique²⁷¹, le tribunal sera à même d'évaluer si l'opinion est logiquement fondée sur l'ensemble des faits pertinents à l'affaire. Il

demander le rejet hâtif du rapport d'un expert. Seulement les cas « manifestes » seront écartés à l'étape de l'admissibilité. L'art 241 met donc en place une possibilité qui, dans les faits, risque d'ajouter une étape supplémentaire dans le déroulement de l'instance, avec les coûts et délais qui s'y rattachent, et ce, pour peu de chances de succès.

²⁶⁴ Voir par exemple dans : 2842-1733 *Québec inc c Allstate du Canada*, JE 98-678 (CS) au para 82 ; *Compagnie d'assurances St-Paul/St-Paul Fire & Marine Insurance Company c SNC-Lavalin inc*, 2009 QCCS 56 au para 75 ; *Fortin c Compagnie d'assurances Wellington*, AZ-00026200 (CS) à la p 19 ; *Droit de la famille - 152018*, 2015 QCCS 3825 au para 74 ; *Cloutier-Cabana c Rousseau*, 2008 QCCS 3513 au para 47 ; *Droit de la famille — 161099*, 2016 QCCS 2174 au para 20.

²⁶⁵ *Pisciculture Magnétique inc c Lafaille*, 2017 QCCS 1644 aux paras 7 et s. ; *Droit de la famille - 152018*, *supra* note 264 au para 74.

²⁶⁶ Voir les commentaires concernant l'expert Asselin dans *Desmarais c Groupe CGU*, 2006 QCCS 2960.

²⁶⁷ Brewer, *supra* note 5 ; Yee, *supra* note 5.

²⁶⁸ Piché, *supra* note 14 au para 558.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *Ibid.* ; Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 218.

²⁷¹ Piché, *supra* note 14 au para 543.

devra déterminer si les faits auxquels l'expert réfère ont bel et bien été mis en preuve valablement²⁷².

On peut observer d'autres critères fréquemment utilisés pour évaluer la force probante de l'expertise : la clarté des propos, la qualité de la rédaction, si l'expert est plus convaincant dans sa prestation que ses homologues²⁷³. L'expert le plus éloquent, le plus concis, celui qui est le meilleur vulgarisateur, aura plus de chances de voir son opinion retenue que l'expert qui n'a pas su communiquer aussi adéquatement²⁷⁴. Or, ces facteurs sont de l'ordre de la livraison du message ; les habiletés de communicateur n'ont pas de lien logique avec la maîtrise d'un domaine. Parce que les connaissances spécialisées du tribunal sont plus limitées que celles de l'expert, l'évaluation de la force probante risque parfois d'impliquer des facteurs moins pertinents, sans compter cette tendance inconsciente à d'adhérer à la thèse la mieux expliquée et comprise²⁷⁵. Le risque encouru est donc de voir le tribunal adhérer à la thèse la plus éloquentement présentée, et non pas celle qui, dans l'absolu, se rapproche le plus de la vérité scientifique. À cet égard, il est mentionné au *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens* que « [l]e tribunal se doit de mettre l'accent sur ce qui est dit et non seulement sur les titres de compétence et le comportement de la personne qui le dit »²⁷⁶. L'évaluation de la crédibilité de l'expert, en cela, diffère substantiellement de celle du témoin ordinaire²⁷⁷.

²⁷² Pour un exemple, voir *Intact, compagnie d'assurances c Ville de Montréal*, 2017 QCCS 3753 aux paras 63, 69 et 70 ; Aussi, voir Cole, *supra* note 5, où on mentionne la notion de « fit », qui évoque la bonne concordance lorsque l'opinion est adéquatement appuyée par la preuve. L'importance du « fit », selon Cole, est sous-estimée. ; Voir également Piché, *supra* note 14 au para 558 ; Bell, *supra* note 176 à la p 62 ; Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 218.

²⁷³ Binnie et al, *supra* note 242 ; Bowers, *supra* note 32 ; Steven Lubet et Elizabeth I Boals, *Expert Testimony : A Guide for Expert Witnesses and the Lawyers Who Examine Them*, 3rd ed, Boulder, National Institute for Trial Advocacy, 2014.

²⁷⁴ David Sonenshein et Charles Fitzpatrick, « The Problem of Partisan Experts and the Potential for Reform through Concurrent Evidence » (2013) 32:1 R Litigation 1 à la p 8.

²⁷⁵ Voir à cet égard Brewer, *supra* note 5 à la p 1539 ; Bourcier et De Bonis, *supra* note 3 à la p 25.

²⁷⁶ Binnie et al, *supra* note 242 à la p 159.

²⁷⁷ Selon Piché, *supra* note 14 au para 526, « le droit positif fournit peu de critères pouvant guider le juge dans cette appréciation » de la crédibilité du témoin ordinaire, si ce n'est que sa valeur probante est laissée à la discrétion du tribunal selon l'art 2845 CcQ.

Au « cœur du débat »²⁷⁸ sur la force probante de l'expertise se trouve le critère de la fiabilité de l'opinion ; la force probante d'une expertise est directement liée à sa fiabilité²⁷⁹. L'évaluation de la fiabilité rejoint cette idée de confiance précédemment mentionnée ; est-ce que le tribunal peut avoir confiance dans la méthodologie et le « raisonnement qui en justifie les conclusions »²⁸⁰. En effet, l'expertise fiable est celle en laquelle le tribunal sera plus enclin à avoir confiance. Toute expertise, pour être admissible, doit être suffisamment fiable : « [t]o be admissible, expert evidence must always achieve a threshold level of reliability sufficient to warrant placing it before the trier of facts, and it is important part of the gatekeeping function to assure that this threshold level is met »²⁸¹.

L'évaluation de la fiabilité constitue un volet scientifique qui se rattache à l'évaluation de la force probante. En cela, les juges tendent à agir comme des « filtres du savoir »²⁸². Le tribunal devra évaluer la rigueur de la méthodologie²⁸³, ainsi que la logique générale et le sérieux des démarches de l'expert²⁸⁴. Étant constituée principalement d'inférences tirées des faits, l'expertise sera considérée du point de vue factuel, à savoir si les faits qui fondent l'opinion ont été démontrés²⁸⁵. Le tribunal devra également vérifier si les prémisses, observations et les conclusions qui constituent l'expertise forment un tout logique et cohérent. Pour ce faire, il pourra se fonder sur le contenu de l'expertise, puisque l'expert a certaines obligations quant à la rédaction de son rapport prévues à l'article 238(1) du *Code de procédure civile* ; le rapport « doit être bref mais suffisamment détaillé et motivé pour que le tribunal soit lui-même en mesure d'apprécier les faits qu'il expose et le raisonnement qui en justifie les conclusions ; il y est fait mention de la méthode d'analyse retenue ». L'expertise basée sur des principes

²⁷⁸ Nathalie Chalifour, C. Scott Findlay et Heather McLeod-Kilmurray, « Chapitre 2 : La science et la méthode scientifique » dans *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, Institut national de la magistrature, 2013 à la p 159.

²⁷⁹ Binnie et al, *supra* note 242 à la p 33.

²⁸⁰ Art 238 Cpc.

²⁸¹ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 219 ; Dans Goudge, *supra* note 179 à la p 479, on a souligné l'importance de cette part du rôle de gardien du tribunal.

²⁸² Expression utilisée dans Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 361.

²⁸³ Brewer, *supra* note 5 aux pp 1580-1581.

²⁸⁴ Piché, *supra* note 14 au para 558.

²⁸⁵ Chalifour, Findlay et McLeod-Kilmurray, *supra* note 278 à la p 45. On verra toutefois à la SECTION 2 - DIMENSION NORMATIVE que les faits qui fondent l'expertise n'ont pas tous à être mis en preuve pour que l'expertise soit admissible. Il s'agit d'une des exceptions à la règle de prohibition du oui-dire dont l'expertise bénéficie. Voir à ce sujet : Piché, *supra* note 14 ; Ducharme et Panaccio, *supra* note 130.

scientifiques généralement acceptés²⁸⁶, ou sur des connaissances scientifiques tirées de l'application de la méthode scientifique²⁸⁷ devrait être jugée plus fiable que celle basée sur une nouvelle théorie scientifique²⁸⁸.

S'inspirant de l'affaire américaine *Daubert v Merrell Dow Pharmaceutical*²⁸⁹, intégrée en partie en droit canadien par l'arrêt *R. c Trochym*²⁹⁰, la Cour suprême a placé l'évaluation de la méthodologie au cœur de l'évaluation de la fiabilité d'une expertise²⁹¹, surtout en matière de nouvelles théories scientifiques. Or, évaluer l'usage qui a été fait de la méthode scientifique par l'expert peut se révéler difficile à certains égards, surtout lorsqu'on considère les désaccords chez les scientifiques eux-mêmes quant à la définition de la méthode scientifique²⁹². L'affaire *Daubert* énonce certains éléments clés à observer, par exemple, si les hypothèses énoncées ont été testées et si un taux d'erreur est connu quant à ces hypothèses. L'un des éléments observés par le tribunal dans *Daubert* a fait controverse, soit l'acceptation par les pairs dans la communauté académique de la théorie scientifique ; malgré la « grande influence » de l'arrêt *Daubert* au Canada²⁹³, cet élément précis a reçu une application atténuée en droit canadien²⁹⁴.

Pour évaluer la fiabilité de l'expertise, le tribunal doit faire un effort d'évaluation substantiel. Le *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens* fait référence à des « bonnes pratiques intellectuelles »²⁹⁵ : « en décidant du seuil de fiabilité, les juges ne doivent pas simplement accepter des conclusions scientifiques présentées, mais sont plutôt tenus de comprendre

²⁸⁶ *R. c Trochym*, 2007 CSC 239 ; *R. c J.-L.J.*, *supra* note 82 ; *R. c Mohan*, *supra* note 80 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 48 ; Piché, *supra* note 14 au para 547.

²⁸⁷ Chalifour, Findlay et McLeod-Kilmurray, *supra* note 278 à la p 55.

²⁸⁸ *R. c Mohan*, *supra* note 80 ; Piché, *supra* note 14 au para 547 ; Lederman, *supra* note 5.

²⁸⁹ *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, *supra* note 81.

²⁹⁰ *R. c Trochym*, *supra* note 286 ; Voir le commentaire à cet égard dans Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 220.

²⁹¹ Chalifour, Findlay et McLeod-Kilmurray, *supra* note 278 à la p 55.

²⁹² *Ibid* à la p 56.

²⁹³ Binnie et al, *supra* note 242 à la p 35.

²⁹⁴ En effet, comme mentionné dans Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 aux pp 220-221, il est préférable de ne pas écarter une preuve à l'étape de l'admissibilité seulement sur la base de ce critère, même s'il peut avoir un effet dans l'évaluation de la valeur probante de l'expertise.

²⁹⁵ [Notre traduction] En référence à un courant américain développé à travers des recherches interdisciplinaires, l'« intellectual due process », qui constitue un standard d'évaluation de la preuve scientifique par les tribunaux. Voir à cet égard Brewer, *supra* note 5 ; Chalifour, Findlay et McLeod-Kilmurray, *supra* note 278 à la p 56 ; Beecher-Monas, *supra* note 5, ch 2 ; Ce courant sera abordé plus en détail ci-dessous.

comment et pourquoi les conséquences scientifiques ont été tirées »²⁹⁶. L'opération est loin d'être simple. Certaines des meilleures pratiques proposées quant à l'évaluation de la fiabilité d'une expertise peuvent en témoigner ²⁹⁷ Par exemple, l'opinion, pour avoir une bonne force probante, doit présenter une force déductive élevée, c'est-à-dire que les inférences qui la composent doivent présenter une forte probabilité d'être vraies²⁹⁸. Pour évaluer la force déductive d'une position scientifique ou technique défendue par un expert, le juge doit non seulement connaître en quoi constitue la méthodologie dans le domaine²⁹⁹, mais en plus, il doit être à même de déceler les failles que pourrait présenter la mise en pratique de cette méthode³⁰⁰.

Ainsi, plusieurs ont constaté qu'il s'agit d'un grand défi pour les tribunaux que d'effectuer une telle analyse de la fiabilité de l'expertise³⁰¹, d'autant plus lorsqu'on considère les contraintes de ressources, de temps, de disponibilité et de coûts du procès³⁰². Il en résulte que, selon une étude empirique sur le traitement judiciaire de la preuve scientifique, les tribunaux en viennent à éluder l'étape de l'évaluation de la fiabilité :

« [L]es juges de première instance tendent à effectuer le choix de l'explication scientifique probable... par l'opération des règles du droit de la preuve. Ainsi, le juge retiendra la preuve scientifique qui provient de l'expert qui s'est le mieux conformé non pas à une logique scientifique et factuelle inhérente, mais bien aux règles gérant la force probante de la preuve. Bien entendu, l'évaluation de la force probante des rapports et des témoignages d'expert relève du juge de première instance et est un passage obligé que l'expertise soit unique ou multiple. Cette évaluation devrait être suivie normalement d'une analyse de la probabilité de cette preuve en tant qu'explication scientifique des faits causals. Cependant, une force probante confirmée

²⁹⁶ Chalifour, Findlay et McLeod-Kilmurray, *supra* note 278 aux pp 55-56.

²⁹⁷ Chalifour, Findlay et McLeod-Kilmurray, *supra* note 278 aux pp 117 et s.

²⁹⁸ *Ibid* à la p 61 ; Bell, *supra* note 176 à la p 59.

²⁹⁹ Bell, *supra* note 176 à la p 71.

³⁰⁰ Chalifour, Findlay et McLeod-Kilmurray, *supra* note 278 à la p 2 ; Il faut souligner qu'en plus, le tout se déroule dans le vif de l'action du procès. De plus, il faut également souligner que, depuis l'entrée en vigueur du *Code de procédure civile*, l'art 293 prescrit que les experts ne présentent plus leur opinion par témoignage en chef, mais uniquement à l'écrit, puisque le rapport de l'expert tient lieu de son témoignage. Nous aborderons ce changement et ses effets à la SECTION 2 – DIMENSION NORMATIVE.

³⁰¹ On peut même dire que cela relève non pas du juge ordinaire, mais bien du « juge extraordinaire ». Voir à cet égard Catherine Piché, « Un juge extraordinaire » dans *Le Code de procédure civile : quelles nouveautés ?*, coll Cahiers de droit, Cowansville, Yvon Blais, 2016 ; Voir également Brewer, *supra* note 5 ; Chalifour, Findlay et McLeod-Kilmurray, *supra* note 278 ; Binnie, *supra* note 5.

³⁰² Dans Richard A. Posner, « The Role of the Judge in the Twenty-First Century » (2006) 86 BUL Rev 1049, Posner, un juge américain, mentionne à propos du rôle du juge que : « The judge does not choose his cases or the sequence in which they are presented to him and does not enjoy the luxury of a leisurely schedule for deciding them, and for all these reasons he must act without proof or certitude or warrant of truth ».

mènera presque automatiquement à retenir l'explication scientifique comme probable.»³⁰³

Cette conclusion porte à croire que cette exigence d'évaluer la fiabilité scientifique est tellement complexe qu'elle est difficile à mettre concrètement en œuvre³⁰⁴. Dans tous les cas, il est important de préciser qu'en pratique, une telle évaluation approfondie de la fiabilité d'une opinion n'est pas systématiquement conduite³⁰⁵. Certains domaines spécialisés font fréquemment l'objet d'expertise devant les tribunaux. Lorsque le tribunal est plus « familier » avec un domaine d'expertise, l'évaluation de la fiabilité de l'opinion sera par le fait même plus simple³⁰⁶. À l'inverse, l'évaluation sera généralement plus circonspecte dans le cas des domaines complexes, notamment à l'égard nouvelles théories scientifiques³⁰⁷.

L'évaluation de la fiabilité constitue donc une évaluation des risques que comporte l'admissibilité de l'expertise³⁰⁸. Une expertise dont la fiabilité est hasardeuse verra sa force probante diminuer. Si le tribunal considère qu'elle présente plus de risques pour le processus de recherche de la vérité que de bénéfiques, son admissibilité pourra être refusée³⁰⁹. Ainsi, l'expertise, quoiqu'elle soit nécessaire, pertinente et livrée par un expert compétent, pourra être écartée lorsqu'elle n'est pas suffisamment fiable³¹⁰. La Cour suprême, dans l'arrêt *White Burgess*, a rappelé les dangers décrits dans *Mohan* :

³⁰³ Khoury et Vergès, *supra* note 182 à la p 538.

³⁰⁴ *Ibid.* Khoury et Vergès émettent l'hypothèse que les juges sont limités lorsqu'ils en viennent à évaluer la force probante d'une preuve d'expert très complexe. Ainsi, plus l'expertise présentée est complexe, moins sa compréhension par le tribunal sera accessible, jusqu'au point où l'évaluation de la fiabilité de l'opinion pourrait en être faussée. ; Voir également les commentaires à cet égard dans Emma Cunliffe et Gary Edmond, « Gatekeeping in Canada: Mis-Steps in Assessing the Reliability of Expert Testimony » (2013) 92 Can Bar Rev 327.

³⁰⁵ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 219.

³⁰⁶ *Ibid.* On peut donner l'exemple des matières familiales en Cour supérieure à Montréal, où les juges en viennent à bien connaître les méthodes employées par les travailleurs sociaux pour évaluer la situation familiale des couples qui se disputent la garde d'un enfant, où avec la méthodologie applicable au calcul de la valeur de la propriété familiale, dans un cas de partage du patrimoine familial.

³⁰⁷ *R. c Mohan*, *supra* note 80 ; *R. c Trochym*, *supra* note 286 ; *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals Inc*, *supra* note 81 ; Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 219.

³⁰⁸ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 222.

³⁰⁹ Lederman, *supra* note 5 à la p 268.

³¹⁰ *R. v Abbey*, *supra* note 242 ; *R. c J.-L.J.*, *supra* note 82 ; *R c Mohan*, *supra* note 80 ; Voir aussi *R. c Trochym*, *supra* note 286.

« Nous pouvons prendre comme point de départ de cette nouvelle tendance la décision de la Cour dans l'affaire R. c. Mohan [référence omise]. Cet arrêt a mis en lumière les dangers du témoignage d'expert et établi un critère à quatre volets pour en évaluer l'admissibilité. Ces dangers sont bien connus. Il y a notamment le risque que le juge des faits s'en remette inconsidérément à l'opinion de l'expert au lieu de l'évaluer avec circonspection. Comme le souligne le juge Sopinka dans l'arrêt Mohan :

"La preuve d'expert risque d'être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits. Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infaillible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite." »³¹¹

Le tribunal pourra également écarter une expertise dont les coûts, non seulement monétaires, mais aussi temporels, surpassent les bénéfices. Si la preuve d'expert risque d'occuper une part disproportionnée de l'audition ou, si elle détourne l'attention du tribunal des questions importantes en litige, elle pourra être écartée sur la base de ses effets préjudiciables³¹². À cet égard, l'évaluation de la question d'une perspective économique est intéressante. En effet, toute analyse comparative des coûts et des bénéfices constitue une analyse de la valeur économique de l'expertise³¹³. Dans son rôle de gardien, le tribunal cherche donc à évacuer les expertises dont le « rendement » sur le processus décisionnel est faible, nul ou négatif.

Le rôle de gardien du tribunal est crucial, certes. Le tribunal, à titre de gardien, protège le processus de découverte de la vérité en écartant toute expertise qui présente des effets préjudiciables potentiellement importants. Or, bien que certains critères d'appréciation soient d'application claire³¹⁴, l'évaluation de la fiabilité nécessite d'adopter un point de vue scientifique, et non juridique. À cet égard, les tribunaux peuvent en venir à analyser la probabilité d'une explication scientifique par l'opération des règles de la preuve³¹⁵. Si le tribunal est à même d'identifier les erreurs commises par un plaideur puisqu'il est spécialiste du droit, il

³¹¹ *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*, *supra* note 69 au para 17, citant *R c Mohan*, *supra* note 80 à la p 21.

³¹² Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 222.

³¹³ Voir à cet égard Sonenshein et Fitzpatrick, *supra* note 274. Un développement sur la valeur économique de l'expertise sera présenté à la SECTION 3 - DIMENSION PRATIQUE.

³¹⁴ Pensons notamment aux critères de la nécessité et de la pertinence qui, malgré leur complexité inhérente, ont une nature plus juridique que scientifique.

³¹⁵ Khoury et Vergès, *supra* note 182 à la p 538.

est logique qu'il ne puisse circonscrire avec certitude les erreurs qu'un chimiste ou un médecin pourraient faire dans le cadre de leurs sciences respectives³¹⁶. La différence de points de vue entre experts et profane peut même être source d'erreur de langage ou d'appréciation des faits, et créer de la confusion :

« It is also common to use the term “point of view” to speak of expertise. An expert witness might tell a jury or judge what the facts are from the point of view of a biologist or a chemist or a ballisticsian or a psychiatrist [...]. The facts that are salient from these expert points of view will by no mean always be the same as the facts that are salient from some practical point of view, such as a legal or moral point of view. »³¹⁷

Pour ajouter à la confusion, il peut arriver que l'expert ait à se prononcer sur des questions qui, bien que dans son champ d'expertise, se formulent en termes juridiques³¹⁸. Par exemple, lorsqu'un expert investigue pour déterminer s'il y a présence d'un vice caché ou qu'il évalue la conception d'un bâtiment par un architecte du point de vue de la responsabilité professionnelle, il risque d'agir hors de sa discipline et de verser dans la qualification juridique³¹⁹. Le tribunal s'en trouve à devoir départager langages juridique et spécialisé pour identifier les erreurs potentielles dans l'opinion, un exercice compliqué qui nécessite souvent l'usage de connaissances spécialisées peu accessibles aux non-spécialistes³²⁰. Il en est de même lorsque les tribunaux évaluent la compétence³²¹, l'impartialité, l'objectivité ou la rigueur de l'expert dans la réalisation de son rapport. Ainsi, comme plusieurs l'ont déjà observé, plusieurs obstacles

³¹⁶ Leclerc, *supra* note 5 à la p 200.

³¹⁷ Brewer, *supra* note 5 à la p 1570.

³¹⁸ Leclerc, *supra* note 5 à la p 172.

³¹⁹ *Ibid* à la p 176.

³²⁰ Emmanuelle Bernheim, *La relation complexe du juge et de l'expert-psychiatre*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 2006. à la p 21. Bernheim explique la difficulté que présente la compréhension d'un « système » pour quelqu'un qui évolue hors de ce système :

« Le système lui-même peut être complexe par sa structure et son fonctionnement, mais le monde présente un ordre et une complexité différents de ceux du système. C'est ainsi que le système fait toujours la différence entre l'intérieur (lui-même) et l'extérieur (le monde). Dans son rapport à l'extérieur, le système ne peut réaliser qu'un nombre limité de possibilités : il n'a donc accès qu'à une partie de la complexité du monde. De plus, pour comprendre cette partie du monde qu'il appréhende, il y pose un regard subjectif. Ainsi, le système sélectionne les données qu'il considère significatives : il réduit de cette façon la complexité et il interprète les événements pour leur donner un sens. Cette interprétation des faits est conforme à l'ordre propre au système, cet ordre étant lui-même une stratégie de réduction de la complexité puisqu'il consiste en fait en la sélection d'un nombre restreint d'actions parmi un certain nombre possible ».

³²¹ Leclerc, *supra* note 5 à la p 200.

existent dans l'évaluation de la fiabilité de l'expertise³²². Les tribunaux ont trop peu d'armes utiles pour cerner l'expert qualifié de l'incompétent, surtout lorsqu'ils sont chevronnés et bien préparés à faire face au processus judiciaire. Comme le mentionnent l'honorable David M. Paccioco et le professeur Lee Stuesser, citant l'arrêt *Abbey* de la Cour d'appel d'Ontario :

« The “most important danger” [...] is that the trier of fact “will be unable to make an effective and critical assessment of the evidence. The complexity of the material underlying the opinion, the expert’s impressive credentials, the impenetrable jargon in which the opinion is wrapped and the cross-examiner’s inability to expose the opinion’s shortcomings may prevent an effective evaluation of the evidence”. »³²³

Malgré les risques associés à l'expertise³²⁴, les tribunaux ont besoin des experts pour les éclairer dans leur processus décisionnel³²⁵. Le droit et la science, dans la salle d'audience, « collaborent dans la réalisation d'une mission sociale importante »³²⁶. Les tribunaux ont besoin des experts pour réaliser leur mission de « trancher les litiges dont ils sont saisis »³²⁷; dans tout litige où une

³²² Binnie, *supra* note 5 au para 5 ; Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 ; Emma Cunliffe, « Independance, Reliability and Expert Testimony in Criminal Trials » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law, London, Routledge, 2017 ; Cole, *supra* note 5 ; Jasanoff, *supra* note 183 ; Brewer, *supra* note 5 ; Lederman, *supra* note 5 ; Lord Woolf, *supra* note 2 ; Beech, *supra* note 252 à la p 362 ; Elizabeth Reinfert, « Getting into the Hot Tub: How the United States Could Benefit from Australia’s Concept of “Hot Tubbing” Expert Witnesses » (2011) 89 U Det Mercy L Rev 103 à la p 6 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 23.

³²³ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 222 citant *R v Abbey*, *supra* note 242 au para 90.

³²⁴ Notamment en matière de « nouvelle technique ou discipline scientifique ». Voir notamment : *R c Mohan*, *supra* note 80 à la p 22 ; *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals Inc*, *supra* note 81 ; *R c Trochym*, *supra* note 286 ; Voir également à ce sujet Lederman, *supra* note 5 à la p 265 qui donne l'exemple des nouvelles théories dans le domaine de la psychologie :

« Malgré les tentatives évidentes que les juges ont faites en vue d'appliquer une analyse de fiabilité type aux affaires mettant en cause des techniques scientifiques conjecturales, il n'est pas difficile de comprendre pourquoi les juges ont hésité à s'avancer davantage sur le sujet. Il est d'ailleurs facile de comprendre pourquoi un juge pourrait se sentir mal équipé pour décider qu'une théorie des sciences sociales, telle que le syndrome de la femme battue, est davantage digne de foi qu'une autre théorie, telle que le syndrome de l'enfant battu. [...] Comment le juge peut-il percevoir la différence ? Cette question se pose avec beaucoup d'acuité lorsque le juge est confronté à une théorie scientifique conjecturale vraiment nouvelle qui n'a pas fait l'objet de contrôles poussés par des pairs. [...] les juges sont bien conscients du risque qu'ils courent d'être « trompés » par des théories à la mode dans le domaine des sciences humaines. ».

³²⁵ Bernheim, *supra* note 320 à la p 19. La professeure Bernheim explique, par un examen sociologique, que le processus judiciaire ne peut pas se passer des experts d'autres domaines pour réaliser ses objectifs en raison de la complexité grandissante de la société. L'organisation du travail doit maintenant être divisée et plus spécialisée, maintenant que les champs d'expertise s'approfondissent. Ainsi, c'est en alliant différentes expertises que les différents spécialistes peuvent interagir afin d'atteindre des buts.

³²⁶ Merrill, *supra* note 5 à la p 2.

³²⁷ Art 9 Cpc.

question scientifique doit être tranchée, le tribunal doit nécessairement se pencher sur l'opinion de l'expert pour la confirmer ou l'infirmer, en tout ou en partie.

À cet égard, tel que déjà mentionné, le tribunal est l'ultime décideur quant à la force probante des éléments de preuve³²⁸. Or, à cette règle, les tribunaux ont énoncé un tempérament qui distingue, l'expertise du témoignage ordinaire une fois de plus. Le témoignage de l'expert qui n'est pas contredit « ne peut être écarté arbitrairement et doit être généralement accepté »³²⁹. La Cour d'appel, dans *CHUM (Hôpital Notre-Dame) c G.C.*, a énoncé que :

« [6] Bien que la juge bénéficie d'une grande discrétion en la matière et bien qu'elle ne soit pas liée par la preuve d'expert, elle a néanmoins l'obligation d'expliquer, d'une part, les motifs pour lesquels elle rejette la preuve d'expert [...]

[8] La première juge ne pouvait donc pas écarter l'expertise de Dre St-André sans s'expliquer. Ainsi, il est acquis que, ce faisant, la juge fait une erreur en droit, ce qui nous autorise à revoir sa décision et à y substituer la nôtre à la lumière de la preuve, si tant est que cela soit possible ou encore retourner le dossier en Cour supérieure pour une nouvelle audition. »³³⁰

Ainsi, le tribunal ne peut rejeter arbitrairement l'opinion de l'expert ; ce rejet doit être motivé³³¹. En cela, les tribunaux accordent une certaine déférence aux experts et prennent acte la nature particulière de leur intervention dans l'instance. Ce traitement particulier « est sans doute dû [...] à l'image d'objectivité et de certitude projetée par la science qui tend à rehausser l'autorité des conclusions des parties et des juges »³³².

³²⁸ Art 2845 CcQ et art 238(3) Cpc ; Voir également Piché, *supra* note 14 au para 557 ; Voir en jurisprudence : *Banque de Montréal c TMI-Éducation.com inc (Syndic de)*, *supra* note 236 au para 93 ; Voir également : *Mutual Life Assurance of Canada c Bernier*, *supra* note 236 à la p 600 ; *Marina de la Chaudière inc c Thibeault*, *supra* note 236 au para 104 ; *Raymond c Raymond*, *supra* note 236 au para 75.

³²⁹ Piché, *supra* note 14 à la p 559 ; Donald Béchar, *L'expert*, Cowansville, Yvon Blais, 2011 ; *Droit de la famille - 07397*, 2007 QCCA 308 ; *J.M.R. c S.M.*, 2006 QCCA 140 ; *P.L. c J.L.*, 2011 QCCA 1233 ; *Droit de la famille - 123483*, 2012 QCCS 6239 ; *Bouchard c Commission des lésions professionnelles*, 2006 QCCS 3780 ; *Centre hospitalier de l'Université de Montréal (CHUM) — Hôpital Notre-Dame c G.C.*, 2010 QCCA 293.

³³⁰ *Centre hospitalier de l'Université de Montréal (CHUM) — Hôpital Notre-Dame c GC*, *supra* note 329.

³³¹ Bell, *supra* note 176 à la p 94.

³³² Khoury et Vergès, *supra* note 182 à la p 521, citant Daniel Jutras, « Expertise scientifique et causalité », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Service de formation continue du Barreau du Québec, 1992, aux pp 899-900.

L'examen des interactions entre le tribunal et l'expert permet de mieux saisir la nature du contenu de l'expertise. Dans l'objectif d'éclairer le tribunal, l'expert fait plus que lui transmettre du savoir spécialisé. L'expert tire des inférences des faits pour intégrer à son opinion une « préqualification » juridique des questions qui lui sont adressées. Cette opération est nécessaire pour favoriser l'« assimilation » du savoir spécialisé par le tribunal³³³, puisqu'il n'est pas dit qu'il pourrait y accéder autrement. À cet égard, l'un des attributs qui caractérisent la nature juridique de l'expertise est l'**asymétrie** entre les connaissances de l'expert et du tribunal. Cette asymétrie est centrale dans la mission de l'expert, puisqu'elle en justifie l'existence. Elle fonde deux des critères d'admissibilité de l'expertise, soit la nécessité ainsi que les qualifications suffisantes de l'expert. L'asymétrie, à l'image de l'expertise, est à la fois solution et problème ; elle est indispensable pour ancrer la décision judiciaire dans le réel, tout en entraînant un risque d'erreur, car l'évaluation de sa fiabilité est complexe. Tant au niveau de son évaluation que de son intégration, l'expertise constitue un défi pour le décideur et se distingue fondamentalement des autres moyens de preuve.

1.5 INFLUENCE ÉCLAIRÉE DE L'EXPERT SUR LA PRISE DE DÉCISION DU TRIBUNAL

Le tribunal, pour rendre jugement, devra endosser ou rejeter le raisonnement présenté individuellement par chacun des experts impliqués dans une affaire. Ces expertises communiquent au tribunal des éléments dont la nature dépasse les simples faits. Lorsqu'il avalise une des opinions, le tribunal intègre à son processus décisionnel certaines des inférences faites par l'expert à partir des faits de l'affaire. La limite entre les missions du tribunal et de l'expert tend à se confondre dans certains cas. Quant aux questions spécialisées, le raisonnement du tribunal et celui contenu à l'expertise fusionnent, avec tout ce qu'elle contient comme éléments factuels, inférences, mais également, comme éléments de qualification juridique. Plus souvent qu'autrement, l'intervention de l'expert se trouve donc affublée d'un caractère « normatif »³³⁴. Il est donc légitime de se questionner à savoir si l'expert, lorsqu'il émet une

³³³ Leclerc, *supra* note 5 à la p 189 ; Khoury et Vergès, *supra* note 182 à la p 539.

³³⁴ Leclerc, *supra* note 5 à la p 172.

opinion, empiète à l'intérieur de la sphère décisionnelle réservée du juge³³⁵. En parallèle, il est pertinent d'aborder un aspect des expertises qui a soulevé bon nombre de critiques : le risque d'usurpation du rôle du juge par l'expert.

Il convient d'abord d'établir certaines bases en s'interrogeant sur le processus probatoire d'un point de vue général. Les éléments de preuve constituent la matière première à la base de la construction des décisions judiciaires³³⁶. La force probante de ces éléments de preuve est un concept « [that] relates to how "probative" or influential the evidence is »³³⁷. En matière civile, les parties doivent donc influencer le tribunal pour avoir gain de cause, et ce, à l'aide des éléments de preuve qu'elles choisissent de produire. Pour y arriver, elles ont la maîtrise du dossier³³⁸. Les parties ont une « obligation de convaincre »³³⁹ en fonction d'un fardeau de persuasion énoncé à l'article 2803 du *Code civil du Québec*. Règle générale, c'est le demandeur qui doit démontrer les faits générateurs du droit réclamé, et le défendeur, ceux qui le modifient ou l'éteignent³⁴⁰. Le tribunal doit trancher selon la prépondérance des probabilités, et identifier la « preuve qui rend l'existence d'un fait plus probable que son inexistence »³⁴¹. La valeur probante varie selon la confiance ou la croyance que le juge porte en un élément de preuve donné³⁴². Cet élément de preuve aura une bonne force probante et sera « croyable »³⁴³ si a) il

³³⁵ *Ibid* à la p 159. Leclerc fait le pas et affirme que l'expert se prononce à l'intérieur de la sphère décisionnelle du juge.

³³⁶ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 1.

³³⁷ *Ibid* à la p 35.

³³⁸ Art 19 Cpc. Il est à noter que ce principe directeur doit être interprété en respect de l'esprit et de la lettre du *Code de procédure civile*. À cet égard, l'article 19 énonce certaines limites de la maîtrise du dossier par les parties :

« Les parties à une instance ont, sous réserve du devoir des tribunaux d'assurer la saine gestion des instances et de veiller à leur bon déroulement, la maîtrise de leur dossier dans le respect des principes, des objectifs et des règles de la procédure et des délais établis. Elles doivent veiller à limiter l'affaire à ce qui est nécessaire pour résoudre le litige et elles ne doivent pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. »

³³⁹ Piché, *supra* note 14 aux paras 150-151 :

« Considérée dans l'abstrait, l'obligation de convaincre est claire et stable. Dans la réalité concrète et judiciaire, elle semble parfois ambiguë et mobile. Le fardeau de persuasion est tantôt confondu avec celui de présentation, tantôt indûment invoqué lorsqu'il s'agit d'une question d'appréciation des preuves produites. De plus, il est parfois difficile de décider si une preuve offerte est suffisante pour décharger un plaideur de son obligation de convaincre. »

³⁴⁰ Art 2803 CcQ ; Voir également *ibid* au para 152.

³⁴¹ Art 2804 CcQ, *supra* note 64.

³⁴² Brewer, *supra* note 5 à la p 1580 ; Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 aux pp 35 et 218.

³⁴³ [notre traduction] Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 aux pp 35 et 218.

résiste aux filtres des règles générales d'exclusion de la preuve ; et b) s'il est considéré comme fiable après un examen par le tribunal. Un élément de preuve tire ainsi sa force de persuasion de cette confiance éclairée qu'il inspire au tribunal. C'est donc lors de cette étape que le tribunal verra à identifier, de manière critique et éclairée, les éléments qu'il désire considérer dans les expertises. Ce sont ces éléments qui l'éclaireront, le guideront, l'influenceront dans son processus décisionnel. Comme le mentionne Olivier Leclerc : « La relation entre le juge et l'expert ne peut être pensée autrement que comme une juxtaposition »³⁴⁴. C'est lors de cette étape que la mission d'éclairage de l'expert se concrétise, et que l'expert influencera le tribunal.

L'**influence éclairée** de l'expert sur le processus décisionnel du tribunal est l'un des attributs qui caractérisent la nature de l'expertise. A priori, l'examen effectué jusqu'alors des interactions entre experts et tribunaux permet d'observer un rapport entre eux marqué tant par l'influence que par l'esprit critique. Le tribunal évalue l'admissibilité de l'expertise, il exerce son rôle de gardien en évaluant sa fiabilité et il soupèse sa force probante. Bien que cet exercice soit complexe et qu'il implique des risques d'erreurs, il garantit néanmoins que l'avis de l'expert ne se substitue pas, purement et simplement, à celui du tribunal. En cela, l'évaluation de l'expertise par le tribunal est une étape déterminante.

Si l'influence sur décideur est inhérente, voire même intrinsèque, à la présentation d'une expertise au tribunal, ce n'est pas le cas pour l'usurpation du rôle du décideur, qui n'est pas désirable. L'action d'usurper, en langage courant, est définie comme l'action de « s'approprier indûment »³⁴⁵. Laurence Dumoulin parle d'un risque de « contraindre » le tribunal que peut poser l'usage d'experts :

« Plus ou moins techniques, les savoirs experts comportent une incontestable dimension de contrainte ; ils sont en effet susceptibles de réduire la marge d'appréciation des autres acteurs. Dans les cas extrêmes, la portée de la parole expertale est telle que peut se dessiner pour le magistrat un rôle mineur : celui qui consiste à décider des conséquences juridiques provoquées par les résultats scientifiques énoncés. »³⁴⁶

³⁴⁴ Leclerc, *supra* note 5 à la p 190.

³⁴⁵ *Dictionnaire de français Larousse*, Paris, Société Larousse, 2018, en ligne : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/usurper/80796>.

³⁴⁶ Dumoulin, *supra* note 45 à la p 102.

En matière d'expertise, les tribunaux rappellent fréquemment la règle à l'effet que l'expertise ne doit pas usurper les fonctions dévolues au tribunal³⁴⁷. Dans la décision récente *Perron c Charl-Pol Saguenay inc.*, la Cour supérieure, s'appuyant sur les propos de la Cour suprême dans *Mohan*, définit l'usurpation ainsi : « Dans cette optique, l'opinion de l'expert ne devrait pas usurper le rôle du juge, c'est-à-dire, se prononcer directement sur les questions fondamentales de fait ou de droit dont l'adjudication appartient au juge [...]. »³⁴⁸. Il est certain que l'expert doit éviter de se prononcer sur des questions pures de droit, par exemple, la crédibilité des témoins³⁴⁹. Le droit se situe au cœur même de l'expertise du tribunal, et l'expert ne saurait être considéré comme nécessaire à la compréhension du droit domestique par celui-ci³⁵⁰. La règle est moins claire dans le cas de questions de fait – ou mixtes – par exemple la controversée règle de la question ultime, ou « ultimate issue », qui sera abordée plus loin.

De nombreux commentaires ont été faits à propos de la « crainte » ou du « risque » que « les experts ne puissent usurper les fonctions du juge des faits »³⁵¹ ; le phénomène a ainsi fait couler beaucoup d'encre à la Cour suprême³⁵². Ces énoncés des tribunaux ont été abondamment cités et commentés dans la littérature³⁵³.

³⁴⁷ Voir notamment l'arrêt *R c Mohan*, *supra* note 80. C'est un contrôle qui n'est exercé que dans des cas manifestes, surtout lorsqu'il est demandé dans une étape préalable à l'audition. Voir notamment ces cas où le tribunal a refusé les demandes de rejet : *Iko Industries Ltd c Produits pour toitures Fransyl ltée*, *supra* note 166, infirmée par *Iko Industries Ltd c Produits pour toitures Fransyl ltée*, *supra* note 166 ; *Perron c Charl-Pol Saguenay inc.*, 2017 QCCS 740 ; *Parent c L'Excellence*, 2017 QCCS 4097 ; *Timbercreek Real Estate Investment Trust c First Canadian Realty*, 2013 QCCS 343 ; *Morissette c Services Myriam-Beth l'èhem*, 2006 QCCS 1371.

³⁴⁸ *Perron c Charl-Pol Saguenay inc.*, *supra* note 347 au para 28.

³⁴⁹ *Roberge c Bolduc*, [1991] 1 RCS 374 ; *R c Mohan*, *supra* note 80 ; Voir également Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 44 ; Voir aussi Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 aux pp 201 et s., qui mentionne que dans certains cas, on doit faire la nuance entre la preuve sur la crédibilité et celle qui est utile pour établir la crédibilité.

³⁵⁰ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 201 ; *Cantin c Industrielle Alliance*, EYB 2005-90430 (CS) aux paras 15 à 23. À noter, une exception, soit lorsque le droit étranger constitue un fait d'une affaire, un expert pourra en témoigner.

³⁵¹ *R. c Parrott*, 2001 CSC 178 au para 58.

³⁵² Voir notamment *R. c Sekhon*, *supra* note 257 aux paras 45-46 ; *R. c Parrott*, *supra* note 351 au para 58 ; *R. c J.-L.J.*, *supra* note 82 au para 25 ; *R. v DD*, [2000] 2 SCR 275 au para 39 ; *R c Mohan*, *supra* note 80 à la p 24 ; *R. c Marquard*, [1993] 4 RCS 223 à la p 269.

³⁵³ Anderson, *supra* note 27 ; Piché, *supra* note 14 ; Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 ; Benjamin L. Berger et al, *Evidence : a Canadian Casebook*, 4th ed, Toronto, Emond Montgomery, 2016 ; Duval Hesler, *supra* note 81 ; Binnie, *supra* note 5 ; Institut national de la magistrature, *supra* note 192 ; Paciocco, *supra* note 13 ; Lord

Dans la foulée de l'adoption du *Code de procédure civile*, certaines organisations professionnelles ont utilisé ces critiques pour contester vigoureusement l'adoption de nouvelles règles relatives aux experts communs³⁵⁴. L'usurpation du tribunal par l'expert commun était le principal argument opposé à la modification législative proposée. Il convient d'aborder partiellement ce débat dès maintenant pour nourrir la réflexion sur l'influence des experts³⁵⁵, ainsi que pour en relativiser le contenu. La prémisse sous-jacente à l'argument est à l'effet que l'expert commun serait plus enclin à usurper le rôle du tribunal que les experts privés, en l'absence de débats quant à des opinions contradictoires d'experts³⁵⁶. L'intention qui sous-tend cette prémisse est la forte résistance au changement des pratiques de nomination des experts.

La prémisse de l'argument est toutefois erronée. La manière dont l'expert est choisi n'a aucune incidence sur le mécanisme par lequel l'expert influence le tribunal. Ainsi, ce n'est pas parce que l'expert est nommé par une partie, qu'il est choisi de manière commune ou qu'il est désigné par le tribunal que l'asymétrie entre ses connaissances et celles du tribunal sera moindre.

Woolf, *supra* note 2 ; Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 ; Beech, *supra* note 252 à la p 362 ; Reinfert, *supra* note 322 à la p 6.

³⁵⁴ Ces critiques, ainsi que le débat qui s'en est suivi, seront abordées en détails à la SECTION 3 - DIMENSION PRATIQUE.

³⁵⁵ Nous aborderons dès maintenant la question du point de vue du rapport entre l'influence, l'usurpation et les différents modes de nomination des experts. Le débat sur cette question sera complété à la SECTION 3 – DIMENSION PRATIQUE, où il sera avancé que le processus contradictoire risque de ne pas être efficace pour aider le tribunal à découvrir la vérité en matière d'expertises, en raison de leur nature particulière. Plus particulièrement, la partialité de l'expert, lorsqu'elle est mise en commun avec l'asymétrie qui caractérise la relation entre le tribunal et l'expert, perturbe le fonctionnement du processus contradictoire. Sommairement, nous avancerons que le processus contradictoire n'est pas nécessairement plus éclairant pour le tribunal en raison des biais inhérents à la nomination d'experts privés par les parties. Dans ce contexte, le débat devient polarisé, la qualité des expertises tend à être diminuée, et le tribunal est forcé de choisir entre plusieurs opinions spécialisées, alors qu'il est lui-même profane. Plus encore, on verra que les outils de découverte de la vérité propres à la contradiction ont une efficacité limitée lorsqu'ils sont dirigés vers les experts.

³⁵⁶ Voir notamment les représentations faites par le Barreau du Québec et l'Association du Jeune Barreau de Montréal quant au projet de loi 28 : Barreau du Québec. *Mémoire du Barreau du Québec sur le projet de loi no 28 intitulé Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, 2013 ; Jeune Barreau de Montréal, *Mémoire de l'Association du Jeune Barreau de Montréal - Projet de loi 28 – Loi instituant la réforme du Code de procédure civile*, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, 2013 à la p 30 ; Voir également les critiques suivantes : Jean-Robert Chénier, « Un regard critique sur la preuve d'expert », dans *TAQ hier, aujourd'hui et demain*, Service de la formation continue du Barreau du Québec (Spécial 15^e anniversaire), en ligne sur La Référence : EYB2013DEV1968 à la p 3 ; Nils Schmidt-Ahrendts, « Expert Teaming - Bridging the Divide Between Party-Appointed and Tribunal Appointed Experts » (2012) 43 VUWLR 653 à la p 655 ; Voir également certains commentaires de ces critiques dans Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 39.

L'influence de l'expert sur le tribunal existe dès lors qu'un ou plusieurs experts sont appelés à se prononcer dans une affaire³⁵⁷. On remarque d'ailleurs que la plupart des craintes énoncées par les tribunaux quant à ce risque d'usurpation ont été formulées dans un contexte où chacune des parties avait elle-même nommé leurs experts³⁵⁸, et non pas dans ces affaires où un expert commun a été désigné. Ainsi, un risque existe, et ce, qu'il s'agisse d'expertises privées ou communes. Cela étant dit, la Cour suprême a tenu à minimiser l'ampleur de ce risque à maintes reprises en rappelant que le tribunal a, ultimement, la liberté d'écarter l'opinion des experts, et ce, même si elle est admise en preuve³⁵⁹.

Ainsi, l'expert, qu'il soit privé ou commun, risque d'agir à un certain degré à l'intérieur de la sphère décisionnelle réservée au juge lorsqu'il énonce une opinion sur les faits d'une affaire³⁶⁰. L'élément crucial est d'identifier la teneur de ce degré pour évaluer si l'immixtion de l'expert dans le processus de recherche de la vérité conduit par le tribunal est acceptable. Il est donc essentiel de différencier l'influence éclairée que peut avoir l'opinion de l'expert sur le tribunal de l'usurpation induite du rôle du décideur par un expert. On peut représenter l'influence d'un élément de preuve comme un spectre allant de l'extrême *nul* à l'extrême *usurpation*. À un bout du spectre, on trouve l'expertise qui n'est pas retenue par le tribunal. À l'autre bout se trouve l'expertise qui a une influence excessive et induite ; elle survient par exemple lorsque l'expert se prononce à la place du tribunal quant aux questions fondamentales posées par un litige entre des justiciables. L'usurpation est contrôlée rigoureusement par les tribunaux, et constitue un argument permettant d'exiger le rejet de l'expertise³⁶¹. En comparaison, l'influence éclairée que

³⁵⁷ Lord Woolf, *supra* note 2 à la p 8 ; Beech, *supra* note 252 à la p 362 ; Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 363 ; Reinfert, *supra* note 322 à la p 109 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 39.

³⁵⁸ Le risque d'usurpation du rôle du tribunal par l'expert a été discuté notamment dans : *R. c Mohan*, *supra* note 80 à la p 24 ; *R. c Sekhon*, *supra* note 257 aux paras 45-46 ; *R. c Parrott*, *supra* note 351 au para 58 ; *R. c J.-L.J.*, *supra* note 82 au para 25 ; *R. c Marquard*, *supra* note 352 à la p 269 ; *R. v D.D.*, *supra* note 352 au para 39 ; *Iko Industries Ltd c Produits pour toitures Fransyl ltée*, *supra* note 166 au para 24 (infirmée par *Iko Industries Ltd c Produits pour toitures Fransyl ltée*, *supra* note 166) ; *Knafo c Knafo*, 2018 QCCS 544 aux paras 55 à 60 ; *Perron c Charl-Pol Saguenay inc*, *supra* note 347 au para 28.

³⁵⁹ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 200 ; Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 362 ; Denis Ferland et Benoît Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2015 au para 1839 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 39 ; Voir également les commentaires du juge Dickson dans *R. c Béland*, *supra* note 79 au para 43.

³⁶⁰ Leclerc, *supra* note 5 à la p 159.

³⁶¹ *Construction Savite inc c Construction Demathieu & Bard (CDB) inc*, 2017 QCCS 579 ; *Roberge c Roberge*, 2016 QCCS 4317 ; *Giesler c Migué*, 2010 QCCS 1323 ; *Iko Industries Ltd c Produits pour toitures Fransyl*

l'expertise a sur le tribunal se situe à mi-chemin sur le spectre. L'influence de l'expertise n'est pas comparable à celle des autres moyens de preuve³⁶² :

« [...] le produit expertal est marqué d'une double caractéristique. D'une part, il participe directement de l'établissement des faits et plus encore de la solution du litige, ce qui lui confère une place importante dans l'espace du conflit et le système de preuves. D'autre part, la nature des acquis et méthodes disciplinaires sur lesquels il repose, doublée des représentations sociales positives qu'ils suscitent, le parent d'une véritable capacité de contrainte. »³⁶³

La mécanique de l'influence que l'expertise exerce sur la décision judiciaire doit ainsi être différenciée de celle exercée par les autres éléments de preuve. Par la présentation d'un élément de preuve, tels un écrit ou un témoignage ordinaire, les parties cherchent à convaincre le juge de faire les inférences alléguées à partir des faits. Par la présentation d'une expertise, les parties cherchent à convaincre le juge que les inférences effectuées par leur expert sont correctes, et donc, qu'il doit les avaliser.

Dans ce cadre, si l'on considère que le tribunal seul ne saurait tirer des inférences de certains faits complexes, on peut réitérer que la mission d'éclairage de l'expert, qui implique une influence éclairée du tribunal, est nécessaire, et même souhaitable³⁶⁴. Malgré ses risques inhérents, l'expertise présente l'indéniable avantage de proposer des réponses à un grand nombre de questions que le droit ne saurait résoudre seul³⁶⁵. La participation de l'expert bénéficie aux tribunaux, aux justiciables, ainsi qu'à l'ensemble du système de justice, puisqu'elle oriente le décideur pour l'aider à rendre un jugement le plus conforme possible à la réalité connue et expérimentée au moment du litige. À l'inverse, il ne saurait être souhaitable de laisser un profane s'adonner à la recherche d'une vérité scientifique ou technique sans aucune

ltée, supra note 166 ; Perron c Charl-Pol Saguenay inc, supra note 347 ; R. c Sekhon, supra note 257 ; R. c Mohan, supra note 80 ; R. v D.D., supra note 352.

³⁶² Quoique du strict point de vue du droit de la preuve, cette question puisse être nuancée. Ainsi, Piché rappelle qu'« aucune preuve n'est par définition prioritaire », voir Piché, *supra* note 14 au para 559 ; Voir également les commentaires à cet égard dans Khoury et Vergès, *supra* note 182 à la p 521.

³⁶³ Dumoulin, *supra* note 45 à la p 141.

³⁶⁴ Bourcier et De Bonis, *supra* note 3 à la p 98. Bourcier et De Bonis mentionnent à cet égard que l'influence que peut avoir l'expert sur le tribunal n'a « rien de véritablement scandaleux » ou « d'infamant ». ; Bell, *supra* note 176 à la p 96.

³⁶⁵ Par exemple, le calcul de la valeur d'un quantum complexe, la détermination de la responsabilité quant à une faute, l'identification des causes d'un dommage, ou l'établissement d'un lien de causalité. Voir à cet effet Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 24.

assistance. Cette affirmation, en soi, constitue l'essence de la mission d'éclairage de l'expert et du critère de nécessité qui gouverne l'admissibilité de l'expertise. Ainsi, lorsque les tribunaux font preuve de « déférence épistémique »³⁶⁶ face aux spécialistes, ils s'abreuvent de savoirs extérieurs pour s'assurer que leurs décisions ne soient pas rendues pas en vase clos. Cette collaboration assure une certaine cohérence entre le droit et le savoir spécialisé, comme l'a fait remarquer le professeur Richard A. Merrill :

« Science and law collaborate in the performance of important social functions. In some legal settings, the contributions of science are not merely central; they are decisive. In others, science is a secondary but still important contributor. In short, the legal system is a user – a major consumer – of scientific theories and scientific research. »³⁶⁷

Est-ce que l'expertise constitue, à certains égards, un mal (très) nécessaire ? L'encadrement législatif et jurisprudentiel abondant quant à l'admissibilité, la fiabilité et la force probante de l'expertise permet de réduire les risques qu'elle comporte. Or, cet encadrement est-il suffisant ?

1.6 LÉGITIMITÉ DE LA DÉCISION JUDICIAIRE ET RISQUE DE DÉCONSIDÉRER L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

Bien que le rôle des tribunaux ne soit pas usurpé par l'intervention des experts, il demeure toutefois une crainte quant à l'efficacité du processus d'évaluation de la fiabilité et de la force probante des expertises. Dans l'ouvrage collectif *Science, vérité et justice*, le professeur Richard A. Merrill exprime certaines craintes à cet égard³⁶⁸. Comment le tribunal peut-il réellement être assuré de la rigueur du contenu scientifique qui lui est présenté ? Par quels moyens peut-il déterminer si une recherche conduite par un chercheur a été honnêtement rapportée ?

³⁶⁶ Brewer, *supra* note 5.

³⁶⁷ Merrill, *supra* note 5 à la p 2.

³⁶⁸ *Ibid* à la p 11.

Plus particulièrement, une évaluation inadéquate des expertises dans le cadre du processus de recherche de la vérité pourrait diminuer la légitimité des décisions judiciaires. Il convient d’abord d’examiner une définition énoncée par la professeure Catherine Piché de la légitimité dans le contexte judiciaire :

« La légitimité passe par une forme de reconnaissance publique, par une acceptation chez les autres de qui l’on est. L’office du juge est considéré légitime à travers le regard du justiciable sur sa décision. Cette légitimité est nécessaire dans une perspective de respect des droits et des lois [...] le tout pour [le] meilleur et plus grand bénéfice [des justiciables]. L’office juridictionnel du juge passe par le respect des règles et principes et donne le sentiment de justice, ou d’accomplissement légitime de la tâche du juge chez le justiciable. Or, la légitimité est liée à l’adhésion aux valeurs dominantes de la société [...] »³⁶⁹

Ainsi, la légitimité de la décision judiciaire est cruciale ; elle constitue la fondation de la confiance des justiciables dans le système de justice. De plus, elle favorise leur acceptation des décisions judiciaires ainsi que leur respect du droit. À cet égard, le professeur Scott Brewer dénonce les risques impliqués lorsque le tribunal est placé devant des expertises contradictoires qu’il doit départager. Il souligne le risque encouru quant à la légitimité des décisions judiciaires dans un tel contexte³⁷⁰, puisque celles-ci doivent être motivées³⁷¹ et pas arbitraires³⁷² :

³⁶⁹ Piché, *supra* note 70 à la p 914 ; Sur le sentiment d’accès à la justice, voir Jean-François Roberge, « Sense of Access to Justice as a Framework for Civil Procedure Justice Reform: An Empirical Assessment of Judicial Settlement Conferences in Québec (Canada) » (2016) 17:2 *Cardozo J Conflict Resolution* 323.

³⁷⁰ Brewer, *supra* note 5 à la p 1677. Quant à la légitimité, Brewer énonce que :

« A reasoning process that is epistemically arbitrary is incapable of producing a legitimate decision, for such a reasoning process is “indistinguishable from arbitrary and unprincipled decisionmaking”. If I am right that practical epistemic deference to expert scientist is doomed, on average, to generate in nonexpert judges and jurors beliefs that are only accidentally and arbitrarily true at best and thus are not epistemically justified beliefs, then this process perforce does not produce legally legitimate decisions. »

Voir également Binnie, *supra* note 5 au para 1 qui aborde la question de la légitimité ainsi : « But however daunting, the task of making courts more science friendly is important to sustaining the legitimacy of courts as dispute resolution institutions ».

³⁷¹ Art 321 Cpc.

³⁷² Voir quant à cette question Brewer, *supra* note 5 à la p 1676 qui mentionne que :

« [It] suggests a strong commitment among leading jurists to the idea that factfinding, including factfinding regarding matters that are the special epistemic province of expert scientists, must be conducted in a coherent and rational manner in order that this epistemic process meet the normative requirements of a legal system that operates to grant or deprive people of life, liberty, and poverty ».

« First, [...] in order to avoid making an *epistemically arbitrary* choice about which of the competing scientific experts ought to be believed, a person *must* understand [...] the cognitive aims and method of science. But nonexperts judges and juries lack just that kind of understanding, which is why they rely instead on other indicia of expertise, such as credentials, reputation and demeanor. Second, nonexperts judges' and juries' lack of understanding of the cognitive aims and methods of science and their reliance on such indicia of expertise as credentials, reputation and demeanor to choose between competing scientific experts thus yield only *epistemically arbitrary* judgments. Third, the conclusions that nonexperts judges and juries ultimately reach by relying significantly on expert scientific testimony are often also epistemically arbitrary and are therefore not justified from a legal point of view. »³⁷³

Ainsi, l'influence de l'expert sur le processus décisionnel du tribunal doit demeurer éclairée, et ne pas basculer dans l'arbitraire. Les tribunaux ont ce rôle de gardien qui exige une évaluation éclairée de la fiabilité des expertises³⁷⁴. Cette fonction dépasse la simple acceptation ou le rejet d'une opinion :

« En décidant du seuil de fiabilité, les juges ne doivent pas simplement accepter des conclusions scientifiques présentées, mais sont plutôt tenus de comprendre comment et pourquoi les conclusions scientifiques ont été tirées. [...] Par conséquent, l'évaluation de la fiabilité exige des juges qu'ils possèdent une compréhension limpide de la méthode scientifique, c'est-à-dire la façon dont les scientifiques procèdent d'un ensemble de résultats d'études ou d'expériences à des inférences au sujet de la véracité ou fausseté d'hypothèses scientifiques. »³⁷⁵

Pour le professeur Brewer, là réside la principale difficulté : l'influence de l'opinion de l'expert sur le tribunal, sur le plan épistémique, cause un problème de légitimité de la décision judiciaire. Il soutient que les tribunaux ne sont pas à même d'exécuter une évaluation critique suffisante des expertises en raison cette asymétrie des connaissances entre eux et les experts. Or, une telle évaluation serait nécessaire, selon lui, pour être conforme au principe de l'*intellectual due process*, soit « an emerging norm that belongs in the family of rule-of-law values »³⁷⁶. Il

³⁷³ *Ibid* à la p 1539.

³⁷⁴ *R. c Mohan*, *supra* note 80.

³⁷⁵ Chalifour, Findlay et McLeod-Kilmurray, *supra* note 278 à la p 56. Les auteurs ajoutent que ce seuil de fiabilité est central au critère d'admissibilité de l'arrêt *Mohan* et qu'il fait partie du rôle de gardien du juge.

³⁷⁶ Brewer, *supra* note 5 à la p 1539. Brewer critique la légitimité et l'arbitraire des décisions judiciaires américaines, qui sont prises par les décideurs profanes en matière de science. Bien que nous soyons d'accord avec certaines des prémisses qu'il présente dans son analyse – qui sont similaires aux constats qui peuvent être fait en droit canadien de la preuve – ainsi que certaines solutions qu'il propose, nous ne sommes pas d'avis que sa proposition principale soit intéressante pour le contexte du droit civil québécois. Il propose principalement qu'il y ait nomination de décideurs spécialisés, en matière scientifique par exemple. Cette proposition est basée sur le critère d'admissibilité mis en place par l'arrêt *Daubert*, qui n'est pas applicable au Québec et qui diffère du critère de *Mohan*, en plus d'être adaptée à la conduite de procès civils devant jury.

mentionne que cette difficulté est vouée à s'amplifier avec le passage du temps, et la complexification des sciences :

« In sum, I argue that values to which legal systems are and ought to be committed actually condemn one of the most firmly entrenched evidentiary methods currently in place. As scientific theories continue to become more specialized, complex and relevant to a widening range of cases, the incoherence between normative aspiration and actual doctrinal and institutional procedure will increasingly threaten the legitimacy of nonexperts' legal decisions. »³⁷⁷

Dans le cadre de cette relation souvent tumultueuse qu'entretiennent savoir spécialisé et droit, on demande au juge d'appivoiser en peu de temps une multitude de connaissances pour lesquelles il n'est ni expérimenté, ni souvent même habitué. Bien qu'il n'ait pas à être un spécialiste, il doit « acquérir une compréhension éclairée » selon le *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens* :

« Les principes et outils de la science sont de plus en plus souvent invoqués dans le cadre des différends juridiques. Dans de tels cas, il n'est pas nécessaire que le juge des faits devienne un scientifique ni qu'il tranche des débats scientifiques, mais il ou elle doit être en mesure d'acquérir une compréhension éclairée de la science en question [pour pouvoir] prendre des décisions d'ordre juridique en fonction d'un examen et d'une pondération convenables de toute preuve scientifique présentée dans une affaire donnée. »³⁷⁸

Accumuler des « qualifications suffisantes » pour pouvoir être reconnu comme expert devant un tribunal a exigé de ceux qui y parviennent de s'être consacrés à leur champ de spécialisation sur de longues périodes, et ce, comme principale occupation³⁷⁹. Ces experts ont généralement consacré une majeure partie de leur carrière professionnelle à l'acquisition de connaissances théoriques, techniques et pratiques³⁸⁰. Bien évidemment, il serait illusoire et irréalisable d'exiger ou de s'attendre à ce que les juges qui siègent dans nos tribunaux soient spécialistes en tout. À cet égard, plusieurs juges ont eux-mêmes noté ou critiqué ce manque de « compétence

³⁷⁷ *Ibid.*

³⁷⁸ Chalifour, Findlay et McLeod-Kilmurray, *supra* note 278 à la p 42.

³⁷⁹ *R. c Mohan*, *supra* note 80.

³⁸⁰ Scott Welch, « From Witness Box to the Hot Tub: How the “Hot Tub” Approach to Expert Witnesses Might Relax an American Finder of Fact » (2010) 5 *J Intl Com L & Tech* 154 à la p 158.

institutionnelle »³⁸¹ de la magistrature quant aux domaines des sciences et de la technique³⁸². Le tribunal doit rester alerte quant à une multitude d'éléments à évaluer, en plus d'avoir à examiner le raisonnement des experts, leurs méthodes et la logique de leurs résultats³⁸³. Il est fréquent que des experts présentent au tribunal, dans le cadre d'une même affaire, des opinions contradictoires sur un même sujet, approfondissant par le fait même la complexité de la tâche du tribunal³⁸⁴.

Est-ce le rôle des tribunaux que de trancher des divergences de positions dans des matières scientifiques ou techniques ?³⁸⁵ Il semble incongru de s'attendre à ce qu'un profane soit le mieux placé pour identifier, par exemple, laquelle de deux écoles de pensée en matière de médecine ou d'ingénierie détient la vérité quant à une théorie nouvelle³⁸⁶. En 2007, le sous-comité Magistrate-Justice-Barreau a identifié cette situation comme un « risque », et comme étant l'un des « problèmes » liés à la preuve d'expert dans le contexte social moderne :

³⁸¹ Brewer, *supra* note 5 à la p 1550.

³⁸² McLachlin, *supra* note 193 à la p 14 ; Binnie, *supra* note 5 au para 5 et 10 ; Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 363 ; Lederman, *supra* note 5 à la p 250.

³⁸³ Cela est dit sans compter le fait que le tribunal devra rester sensible à tout biais qui pourrait affecter l'expert, et qui pourrait, par exemple, affecter sa lecture même de sa science. À cet égard, citons Brewer, *supra* note 5 à la p 1575 quant au « intellectual due process » :

« Important steps in the reasoning process by the nonexperts practical reasoner involve an assessment by that reasoner of the methods and results, if not also the aims, of the scientific expert, and that assessment is (for many practical reasoners) and should be (for all such reasoners) in turn guided by certain aims that aspire to bring “intellectual due process” into the law ».

³⁸⁴ La question des débats d'experts sur des opinions contradictoires d'experts sera abordée à la SECTION 3 - DIMENSION PRATIQUE.

³⁸⁵ Citons ici ces mots habiles tirés de Jasanoff, *supra* note 5 à la p 181 :

« Like Moliere's Monsieur Jourdain on learning that he had been speaking prose for forty years, most U.S. judges would probably be astonished to find that their everyday assessment of scientific evidence recapitulate some of the most profound contemporary debates in the philosophy and sociology of scientific knowledge. In an increasing variety of lawsuits, judges are confronting, and innocently “resolving”, epistemological questions that have perplexed academic analysts of science for many decades ».

³⁸⁶ Lederman qualifie la salle de cours, dans un tel cas, comme n'étant « pas l'endroit idéal pour évaluer une nouvelle théorie scientifique » dans Lederman, *supra* note 5 à la p 273 ; Voir également les commentaires de Binnie qui mentionne que les juges se trouvent parfois forcé à trancher des questions scientifiques sur lesquelles les scientifiques n'osent même pas s'avancer dans Binnie, *supra* note 5 ; Finalement, voir les commentaires de Duval-Hesler qui souligne « l'illogisme, sinon, le ridicule » de notre procédure d'examen de la preuve d'expert par ceux « qui n'en connaiss[e] rien » dans Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 363.

« Il y a aussi le problème lié à la complexité grandissante de la preuve d'expert. [...] Ces questions qui sont débattues par des experts font l'objet d'explications élaborées devant des juges qui n'ont aucune connaissance ou formation dans ces domaines. On demande donc à de purs néophytes de trancher des débats scientifiques de plus en plus complexes ; une mission risquée pour quiconque recherche la vérité scientifique. »³⁸⁷

Comme il a été mentionné, la légitimité de la décision judiciaire implique la question importante de la perception du public ; le rapport parfois entre vérité, justice et savoir spécialisé a le potentiel, en cas d'erreur, de déconsidérer sévèrement la confiance du public dans la bonne administration de la justice. Un cas ayant récemment marqué l'imaginaire collectif québécois est celui du procès criminel pour double meurtre de l'ex-cardiologue Guy Turcotte³⁸⁸, où une bataille entre experts psychiatres s'est avérée faire toute la différence quant aux verdicts d'un premier procès et d'une reprise de ce procès ordonnée par la Cour d'appel³⁸⁹. Dans cette affaire, l'accusé a avoué avoir enlevé la vie à ses deux enfants, mais demande un verdict de non-responsabilité pour troubles mentaux. Il affirmait notamment avoir été affecté d'un trouble d'adaptation avec humeur dépressive et anxieuse qui, alors qu'il était en pleine crise suicidaire, l'empêchait de juger des conséquences de ses actes au moment des meurtres. Au soutien de sa défense, ainsi qu'au soutien de la thèse de la Couronne, a défilé une parade de plusieurs experts, étant d'accord sur le fait que Turcotte souffrait bien d'un trouble d'adaptation, mais étant en désaccord sur les conséquences de ce trouble sur le jugement de l'accusé. Les opinions des experts étaient centrales dans cette affaire où l'état d'esprit de l'accusé allait dicter le verdict à venir. C'est à travers le parcours laborieux de Turcotte, qui a finalement été condamné pour meurtres au deuxième degré après deux procès et des procédures en appel³⁹⁰, que le public québécois s'est intéressé à la problématique entourant l'usage d'experts devant les tribunaux. De vives critiques ont été formulées non seulement par des juristes et par des intervenants en matière de déontologie médicale³⁹¹, mais également de manière plus large dans les médias de masse³⁹². Notamment, la mère des deux petites victimes, Isabelle Gaston, également médecin,

³⁸⁷ Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2, cité dans Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 23.

³⁸⁸ Sans oublier les cas déjà mentionnés qui ont donné lieu aux rapports Goudge, *supra* note 179 et Kaufman, *supra* note 178.

³⁸⁹ *R. c Turcotte*, 2013 QCCA 1916 (ordonnance de la Cour d'appel pour la tenue d'un nouveau procès).

³⁹⁰ *R. c Turcotte*, 2016 QCCS 112.

³⁹¹ Marie-Ève Cotton, « Le Collège des médecins doit intervenir ! », *Le Devoir* (12 novembre 2015).

³⁹² Une revue de presse non-exhaustive quant à la question des experts employés dans l'affaire Turcotte nous permet de constater que les pratiques liées à l'usage d'experts payés par les parties ont été très critiquées. Le

a amorcé une croisade inachevée à l'encontre des expertises où le manque d'indépendance de l'expert serait non-déontologique³⁹³. Aux yeux du public, il était évident que le premier verdict, basé sur l'opinion de certains experts en défense qui ont su soulever un doute raisonnable sur les facultés mentales de Turcotte au moment des meurtres, était erroné. De nombreux commentateurs ont souligné leur indignation de voir l'«instrumentalisation» de la psychiatrie³⁹⁴. L'impression que la justice peut parfois être manipulée par l'usage d'un expert partial a marqué l'imaginaire collectif. Cette impression s'est d'ailleurs raffermie lorsque le second procès a mené à un verdict contraire, soit une condamnation pour meurtres au second degré³⁹⁵. Tel que mentionné plus haut, la société moderne entretient l'idée comme quoi science est vérité parce qu'elle est objective. C'est la perception de manipulation de la science, dernier bastion de la neutralité, qui est choquante pour le public.

Même le juge peut se voir être induit en erreur par sa propre perception de la science. Comme l'a mentionné le professeur Pierre Mackay, «le débat concernant le rôle de la preuve scientifique devant les tribunaux met également en cause la perception que le juge lui-même peut avoir de la science, et de ce que serait la certitude ou l'incertitude scientifique»³⁹⁶. Il mentionne notamment l'affaire bien connue de la mousse isolante d'urée formaldéhyde, ou la MIUF. Dans cette affaire, il a été complexe pour le tribunal d'identifier les éléments de consensus entre les nombreux experts, après avoir pris connaissance de près de 100 000 pages de preuve³⁹⁷. À force d'examiner la preuve scientifique, le tribunal en est venu à altérer le fardeau de prépondérance

public semble avoir perçu la prestation des experts dans l'affaire Turcotte assez négativement. Voir notamment : «L'embauche d'experts devra être réexaminée», TVA Nouvelles (6 décembre 2015) ; «Guy Turcotte trial revives debate over medical expert testimony», CBC News (7 décembre 2015) ; «Procès Turcotte : lorsque la science éclaire la justice», Radio-Canada (7 décembre 2015) ; Jean-François Cliche, «Lumière sur le "magasinage" d'experts», Le Soleil (30 novembre 2015) ; Normand Baillargeon, «Philosophie de l'expertise», Voir.ca (1 février 2016) ; Pierre-Étienne Caza, «Preuve ou opinion ?», Actualités UQAM (3 octobre 2014) ; Martin Courcy, «Les experts et le cas Turcotte», Droit-Inc.com (20 décembre 2012) ; France Poirier, «Un livre relate les dessous de l'affaire Turcotte», Journal Le Nord (12 avril 2016) ; Guy Sabourin, «Une neutralité non-élastique», Santé inc. (avril 2014) ; Frédéric Savard, «Procès de Guy Turcotte : À expert, expert et demi», EnBeauce.com (11 novembre 2015) ; Voir également la mention quant à l'affaire Turcotte dans la monographie Louis Brunel, *L'expertise psycholégale*, 2^e éd, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014.

³⁹³ Isabelle Gaston a dû abandonner les procédures devant le syndic du Collège des médecins faute de moyens.

³⁹⁴ Cotton, *supra* note 391.

³⁹⁵ *R. c Turcotte*, *supra* note 390.

³⁹⁶ Mackay, *supra* note 136 à la p 301.

³⁹⁷ *Berthiaume c Val Royal Lasalle ltée*, EYB 1991-69055 (CS) au para 15 sur la complexité de la preuve. Il est à noter que ce nombre comprend la transcription des témoignages.

en confondant certitude juridique et certitude scientifique³⁹⁸, ce qui a eu l'effet d'intensifier le fardeau de preuve du demandeur³⁹⁹.

On peut retenir que le réel problème n'est pas l'**influence** de l'expertise sur le tribunal, puisque celle-ci est, le plus souvent, éclairée. Au contraire, l'influence éclairée de l'expert est **nécessaire**, et même désirable, étant intrinsèque à la réalisation adéquate de la mission d'éclairage de l'expert. Le problème se situe plutôt au niveau du rôle de gardien du tribunal, à savoir s'il y a évaluation adéquate de la fiabilité de l'expertise. L'**asymétrie** entre les connaissances du tribunal et de l'expert complexifie cet exercice et risque d'amoinrir le caractère éclairé de l'influence de l'expert. Ainsi, on peut dire que l'expert et le juge entretiennent une relation paradoxale ; alors que l'un a pour mission d'éclairer l'autre, l'autre a pour mission d'effectuer une évaluation éclairée de cet éclairage. Dans ce contexte, chercher à dénier toute influence de l'expert sur le processus décisionnel semble illusoire, et instaurer des limites plus catégoriques quant aux rôles et missions de l'expert et du tribunal n'est pas nécessairement souhaitable.

³⁹⁸ Pour aller plus loin sur ce sujet, citons Truilhé-Marengo, *supra* note 77 à la p 343 :

«Le fondement de cette antinomie [entre justice et vérité] repose probablement dans la distinction matricielle entre le fait et le droit. Du point de vue théorique, la distinction est limpide tout comme l'est celle entre expertise et jugement. L'expert apporte ses lumières au juge sur une question de fait ou d'ordre technique et n'a pas la qualification pour porter une appréciation juridique. Il fait advenir la vérité du fait en dehors du droit. De son côté, le juge soumet "des situations de fait à des solutions juridiques ou [applique] le droit positif à des faits humains ou sociaux". Tout en gardant à l'esprit la porosité de cette distinction, admettons qu'elle fonde la distinction entre vérité factuelle et vérité juridique. ».

³⁹⁹ Mackay, *supra* note 136 à la p 302 ; Ce constat a également été exprimé dans Khoury et Vergès, *supra* note 182 à la p 524.

2. DIMENSION NORMATIVE : LE DROIT DE LA PREUVE, L'EXPERTISE ET LES EXCEPTIONS

La section précédente a abordé, du point de vue référentiel, la mission de l'expert par rapport au tribunal quant à la prise de décision. Ainsi, il a été question du rôle singulier que joue l'expert par rapport au juge, et de son influence sur le processus décisionnel du tribunal. Il est maintenant nécessaire d'observer l'expertise d'un second point de vue. Alors que la dimension référentielle renvoie à la nature du rapport entre le tribunal et l'expert, la dimension normative est constituée « d'un ensemble de normes plus ou moins formalisées qui fondent les cadres d'action où se déroulent les activités pratiques des acteurs d'un champ »⁴⁰⁰. Sans un cadre normatif, « les représentations et les systèmes de sens qui fondent la justice » ne sauraient être traduits concrètement dans la réalité⁴⁰¹. La dimension normative est donc cruciale, puisqu'elle devient un « marqueur de la légitimité » des principes et idéaux qui sont véhiculés par les normes⁴⁰².

À cet égard, le droit de la preuve anime tout le processus de recherche de la vérité et transpose dans le réel les valeurs de justice, de vérité, d'équité et d'efficacité qui caractérisent ce processus. La preuve constitue un « ensemble de données » que les parties désirent fournir au tribunal pour qu'il puisse rendre une décision judiciaire quant à un litige donné⁴⁰³ :

« Si la règle de droit n'a pas besoin d'être prouvée, par contre, tous les faits susceptibles d'entraîner l'application de la règle de droit à un cas particulier doivent être établis. En stricte logique, on devrait dire que c'est le droit subjectif (droit de propriété, droit de créance, etc.) qui est réclamé en justice qui doit être prouvé. Cependant, comme le droit est une abstraction et échappe en tant que telle à toute démonstration directe, on doit nécessairement avoir recours, pour l'établir, aux faits qui lui ont donné naissance. »⁴⁰⁴

⁴⁰⁰ Noreau, *supra* note 10 à la p 12.

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ Piché, *supra* note 14 au para 3.

⁴⁰⁴ Ducharme, *supra* note 72 au para 70.

Ainsi, « [l]a preuve n'est pas un but en soi, mais un ensemble de moyens permettant d'établir devant un tribunal la vérité d'un fait »⁴⁰⁵. Le tribunal, lorsqu'il est convaincu de l'existence des faits requis par la loi pour s'appliquer, pourra en faire naître les effets en rendant un jugement motivé⁴⁰⁶. La preuve est centrale. Elle est l'arme des parties pour convaincre et la matière dont le tribunal a besoin pour accoler le droit substantif à la réalité d'un litige.

Dans notre système de preuve légale, dont les sources sont mixtes⁴⁰⁷, un certain nombre de règles visent à limiter l'admissibilité de certains éléments de preuve dans l'objectif d'« obtenir une plus grande certitude judiciaire »⁴⁰⁸. On écarte ainsi certains éléments qui, malgré leur pertinence, pourraient être nuisibles au processus de recherche de la vérité. En cela, le droit de la preuve est d'une vive importance, en ce qu'il peut moduler le résultat à venir de procédures judiciaires :

« The law of evidence is therefore crucial. It determines what data can be considered, how it can be proved, and the use to which it can be put. If its rules prevent data from being proved or used by the trier of facts, the law of evidence can prevent a litigant from winning. There is no sense having a contract, for example, if the party you are trying to bind denies you have a contract and you cannot prove that you do. You will not enjoy the contract because you do not have the evidence necessary to trigger the law you want to rely upon. The gateway to application of the law is therefore evidence, and the law of evidence is the key that opens that gateway. [...] The law of evidence exists to provide a process for gaining access to the benefits provided by substantial rules. »⁴⁰⁹

Or, alors qu'on peut tendre à penser que le droit de la preuve exclut de l'information cruciale à la prise de décision du tribunal, ses objectifs sont plutôt d'améliorer la qualité de la justice en assurant une meilleure fiabilité de la preuve présentée au tribunal, « [in order] to improve the

⁴⁰⁵ *Ibid* au para 45.

⁴⁰⁶ Art 321 Cpc.

⁴⁰⁷ *Lac d'Amiante du Québec Ltée c 2858-0702 Québec Inc*, 2001 CSC 743 aux paras 28 à 34 ; Voir à ce propos Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 1 :

« Le Québec est une province de droit mixte. L'étude des sources historiques des règles de preuve québécoises révèle une composition hybride d'éléments tirés du droit français et anglais. Les règles relatives à l'administration de la preuve civile au Québec, incluant celles sur l'administration de la preuve par expert, ont comme principale source la common law. »

Voir également Piché, *supra* note 14.

⁴⁰⁸ Piché, *supra* note 14 au para 12.

⁴⁰⁹ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 aux pp 1-2.

accuracy of fact-finding »⁴¹⁰. En cela, la conception du droit de la preuve qui prévaut présente une vision de la justice où il est préférable d'intégrer au processus décisionnel moins d'éléments de preuve, mais de maximiser la vraisemblance et la fiabilité des éléments qui fondent les décisions rendues par les tribunaux⁴¹¹. En cela, la dimension normative de l'expertise fait le pont entre la réalisation de la mission de l'expert et les pratiques pour y arriver, elle « impose un cadre d'action situé à mi-chemin entre les fondements symboliques et pratiques de l'action »⁴¹².

L'objectif de la présente section est de comparer certaines des règles classiques du droit de la preuve par rapport à la manière dont elles sont appliquées aux expertises. Il sera démontré que l'expertise se distingue des autres moyens de preuve puisqu'elle fait exception quant à bon nombre de règles traditionnelles du droit de la preuve. La source de bon nombre de ces exceptions est d'abord fonctionnelle ; la réalisation du mandat de l'expert, dans le carcan des règles de preuves traditionnelles, serait souvent impossible en pratique⁴¹³. Ces exceptions s'opposent toutefois aux objectifs du droit de la preuve, dont les règles sont « destinées à garantir la véracité des témoignages » qui sont présentés devant le tribunal⁴¹⁴. En cela, le développement du droit de la preuve tend à faire le pont entre les grands principes et les pratiques⁴¹⁵.

Pourquoi alors l'expert peut-il exceptionnellement déroger à ces règles ? L'expert ne peut-il pas livrer un témoignage peu fiable ? Une chose est claire : les règles classiques du droit de la preuve siéent difficilement à l'expertise. Le nombre et la lettre de ces exceptions sont tels qu'ils suggèrent un regard nouveau. L'examen de la dimension normative de l'expertise illustre ainsi la singularité de la nature de l'expertise.

⁴¹⁰ *Ibid* à la p 4.

⁴¹¹ Par opposition avec le régime de preuve libre. Toutefois, il est à noter que la tendance en matière de preuve légale est à l'admissibilité d'un maximum d'éléments de preuve, lorsqu'ils sont pertinents et qu'ils ne font pas l'objet d'une règle d'exclusion. À cet égard, voir Piché, *supra* note 14 aux paras 10-18 et 210.

⁴¹² Noreau, *supra* note 10 à la p 12.

⁴¹³ Piché, *supra* note 14, section sur la preuve testimoniale ; Bowers, *supra* note 32 à la p 3.

⁴¹⁴ Ducharme, *supra* note 72 au para 1261.

⁴¹⁵ Noreau, *supra* note 10 à la p 12. Plus particulièrement, Noreau identifie la dimension normative comme « un cadre d'action situé à mi-chemin entre les fondements symboliques et pratiques de l'action ».

2.1 LE TÉMOIGNAGE ET L'EXPERT, UN « ACTEUR JURIDIQUEMENT NON-IDENTIFIÉ »⁴¹⁶

Le *Code civil du Québec* prévoit plusieurs moyens de preuve, ou « procédés de preuve »⁴¹⁷, par lesquels la présentation des éléments nécessaires à la reconnaissance d'un droit peut être faite, nommément l'écrit, le témoignage, la présomption, l'aveu et la présentation d'un élément matériel. L'article 2843 CcQ identifie l'expertise comme l'une des deux formes possibles de témoignage, le moyen de preuve « le plus important, en pratique »⁴¹⁸:

2843. Le témoignage est la déclaration par laquelle une personne relate les faits dont elle a eu personnellement connaissance ou par laquelle un expert donne son avis.

Il doit, pour faire preuve, être contenu dans une déposition faite à l'instance, sauf du consentement des parties ou dans les cas prévus par la loi.

Le témoignage, à titre de moyen de preuve⁴¹⁹, se définit comme étant une déclaration d'une personne qui rapporte des faits qu'elle a elle-même perçus via ses sens⁴²⁰. L'objectif du témoignage, étant un moyen de preuve, est de « convaincre le tribunal du bien-fondé de[s] prétentions respectives [des parties] »⁴²¹. Le témoignage est « oral, public et contradictoire »⁴²². Le témoin doit venir s'exprimer en personne⁴²³ au moment de l'audience sous forme de

⁴¹⁶ Dumoulin, *supra* note 45 à la p 44.

⁴¹⁷ Ducharme, *supra* note 72 aux paras 72 et 149. À cet égard, Ducharme explique qu'on « appelle les “procédés de preuve”, les moyens légaux par lesquels un plaideur est admis à faire la preuve de son droit en justice. ». Il dira à propos du rapport entre les faits et les procédés de preuve :

« Parce que tout droit réclamé résulte nécessairement d'un fait générateur, consistant soit dans un acte juridique, soit dans un fait matériel, c'est ce fait générateur qui devient objet de preuve et que les plaideurs devront établir en se servant des procédés mis à leur disposition par la loi. Il est bon de noter ici que la nature du fait générateur de droit exercera une grande influence sur la détermination des procédés de preuve auxquels on pourra recourir pour en faire la démonstration. ».

⁴¹⁸ Piché, *supra* note 14 au para 511.

⁴¹⁹ Tel qu'indiqué aux arts 2811 et s du CcQ, le témoignage d'opinion est un moyen de preuve parmi d'autres qui servent à établir un acte juridique ou un fait.

⁴²⁰ Lubet et Boals, *supra* note 273 à la p 1.

⁴²¹ Piché, *supra* note 14 au para 147.

⁴²² Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 667. Il s'agit, selon Ducharme et Panaccio, d'un principe fondamental caractérisant le témoignage.

⁴²³ Idéalement, même si dans certains cas exceptionnels, ce sera impossible. Ducharme, *supra* note 72 au para 523. Certaines exceptions à cette règle existent, par exemple, lorsqu'il y a impossibilité pour un témoin gravement malade ou décédé de témoigner lors de l'audience. Aussi, de plus en plus, le législateur favorise les solutions permettant de limiter les frais reliés à l'audition, et donc, élargit l'usage des moyens technologiques lorsque le

déposition devant le tribunal et en la présence de la partie adverse⁴²⁴. Les questions adressées au témoin par l'avocat ne font pas partie de la preuve ; seules les réponses aux questions doivent être considérées comme constituant son témoignage⁴²⁵. La présence de la partie adverse lors du témoignage s'inscrit dans le processus contradictoire de recherche de la vérité et favorise la sincérité des déclarations, en ce que le témoin risquera d'avoir plus de scrupules à mentir à la face de ses pairs que s'il le fait de manière plus privée⁴²⁶.

En guise de « garantie additionnelle de sincérité »⁴²⁷, le témoignage est livré dans un cadre solennel ; il doit être fait sous serment⁴²⁸ de dire « la vérité, toute la vérité et rien que la vérité »⁴²⁹. Le serment représente, aux yeux de la loi, un gage de fiabilité important dont les origines s'inscrivent historiquement dans la foi religieuse des citoyens amenés à témoigner⁴³⁰. Bien qu'il y ait eu rupture avec son origine spirituelle, l'importance du serment est toujours réelle et se traduit dans les conséquences qui découlent du refus d'obtempérer ou de son non-respect. Le témoin qui refuse de prêter serment pourra être condamné pour outrage au tribunal⁴³¹. Quant au témoin qui a menti, ou qui a omis de dire toute la vérité, il risque de se rendre coupable de parjure, une infraction criminelle passible d'une peine d'emprisonnement maximale de quatorze ans⁴³². Le témoignage rendu sans avoir prêté serment au préalable sera frappé de nullité⁴³³.

déplacement d'un témoin sera coûteux (art 279(4) Cpc). Il n'en reste pas moins que la présence du témoin sera préférée par les tribunaux.

⁴²⁴ Ou en son absence, si celle-ci a été dûment appelée. Art 279(1) Cpc.

⁴²⁵ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 450. Paccioco explique que les questions sont malgré tout primordiales pour « structurer » le témoignage et assurer sa cohérence. Elles permettent de limiter la durée des témoignages et de clarifier le contenu de la preuve testimoniale pour le tribunal.

⁴²⁶ À cet égard, voir Ducharme, *supra* note 72 au para 1257.

⁴²⁷ *Ibid* au para 1258.

⁴²⁸ Quant au serment : Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 aux paras 672 et s. ; Berger et al, *supra* note 353 à la p 148.

⁴²⁹ Art 277 Cpc.

⁴³⁰ Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 aux pp 626 et 672 ; Voir également Leonard S. Goodman, « The Historic Role of the Oath of Admission » (1967) 11 Am J Leg Hist 404.

⁴³¹ Art 277(2) Cpc ; Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 673 ; Notons également que c'est l'art 62 Cpc qui prévoit les peines liées à une condamnation pour outrage au tribunal, soit une amende maximale de 10 000\$ (personne physique) ou 100 000\$ (personne morale), des travaux d'intérêt public ou une peine d'emprisonnement.

⁴³² Art 131 du *Code criminel* ; Piché, *supra* note 14.

⁴³³ Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 674.

Le déroulement de chacun des témoignages doit suivre une mécanique et des règles précises qui sont prévues au *Code de procédure civile*. Lors de l’instruction, plus précisément durant la phase de l’enquête, les parties procèdent chacune à l’interrogatoire de leurs témoins, en débutant par la partie qui a le fardeau de la preuve⁴³⁴. Chaque témoin dépose hors de la présence des autres à la demande des parties⁴³⁵, ce qui est le plus souvent le cas. Les déclarations du témoin sont faites en réponse aux questions posées par la partie qui l’a convoqué⁴³⁶. Cette étape est connue sous le vocable d’interrogatoire en chef, ou d’interrogatoire principal. Les questions doivent être ouvertes et éviter d’être suggestives⁴³⁷, soit d’orienter le témoin vers la réponse espérée⁴³⁸. Le témoin doit éviter de « discourir »⁴³⁹ et donner des réponses aux questions posées simples et claires. Toute partie ayant des intérêts opposés pourra ensuite procéder à un contre-interrogatoire du témoin en le confrontant⁴⁴⁰ sur le contenu de son témoignage en chef, en le questionnant sur « tous les faits du litige », ou pour « établir de toutes les manières les causes permettant de réfuter ce témoignage »⁴⁴¹. Un réinterrogatoire sera finalement possible pour expliquer les réponses du contre-interrogatoire, ou pour être interrogés sur des faits nouveaux qui y auraient été révélés⁴⁴². Le tribunal pourra également poser des questions directement au témoin⁴⁴³. Ces différentes « phases »⁴⁴⁴ de l’enquête visent à préserver la version

⁴³⁴ Art 265 Cpc ; Piché, *supra* note 14 aux paras 609 et s.

⁴³⁵ Art 279(2) Cpc, *supra* note 1 ; Piché, *supra* note 14 au para 604 ; Les parties, toutefois, ne peuvent se trouver à être privées de leur droit d’assister à l’enquête. Voir à cet égard Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 535.

⁴³⁶ Art 280(1) Cpc.

⁴³⁷ La question est suggestive lorsqu’elle suggère au témoin la réponse, par exemple, lorsqu’elle appelle à une réponse par oui ou non. La question suggestive s’oppose à la question ouverte. Voir à cet égard : Piché, *supra* note 14 aux pp 615 et s. ; Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 679 ; Selon Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 451, la règle s’explique notamment parce que le tribunal veut connaître « what the witness has to say », et non pas « what the lawyer wants the witness to say ».

⁴³⁸ Art 280(2) Cpc ; Voir Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 679.

⁴³⁹ Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 677.

⁴⁴⁰ Les questions suggestives seront alors permises, et sont d’ailleurs la norme lors du contre-interrogatoire. *Ibid* au para 679 ; Piché, *supra* note 14 au para 638 ; Voir également Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 466.

⁴⁴¹ Art 280(3) Cpc ; Il s’agit ici d’attaquer la crédibilité du témoin, notamment en exposant ses biais ou intérêts dans le litige, en attaquant, dans le respect des règles de preuve, son caractère, en signalant les contradictions entre ses déclarations antérieures et celles faites lors du procès, en questionnant sa mémoire ou son sens de l’observation ou en le confrontant à des éléments de preuve contraires. ; Voir également Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 467.

⁴⁴² Art 280(4) Cpc ; Piché, *supra* note 14 au para 656 ; Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 692.

⁴⁴³ Art 280(5) Cpc ; Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 693.

⁴⁴⁴ Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 552.

des faits telle qu'elle existe dans la mémoire du témoin⁴⁴⁵ et à départager le mensonge du véridique, pour ainsi favoriser la divulgation la plus intacte possible de l'information.

À cet égard, le contre-interrogatoire est au cœur de la réalisation des promesses du système contradictoire quant à son « but ultime »⁴⁴⁶ de découverte de la vérité. C'est l'« outil le plus puissant »⁴⁴⁷ disponible pour « tester » la crédibilité du témoin⁴⁴⁸, sa sincérité ainsi que la solidité de sa mémoire⁴⁴⁹. Lors du contre-interrogatoire, une partie peut mettre en évidence des éléments cruciaux dans la prise de décision du tribunal, qu'il s'agisse d'incohérences dans la thèse de la partie adverse ou d'éléments qui corroborent sa propre thèse⁴⁵⁰. Ainsi, le contre-interrogatoire incarne fondamentalement la contradiction en matérialisant l'opportunité de réalisation de ce choc des versions contradictoires qui expose la vérité⁴⁵¹. Face à des témoins qu'il ne connaît pas personnellement, et des parties dont l'histoire lui est pour la première fois exposée, le contre-interrogatoire constitue une étape cruciale dans le processus de prise de décision du juge, puisque celui-ci participe à l'appréciation de la crédibilité des témoins.

Pour résumer, le témoignage présente donc trois caractéristiques fondamentales : a) le tribunal doit être à même d'observer le témoin ; b) le témoignage est effectué sous serment ; et c) la partie adverse doit pouvoir contre-interroger le témoin⁴⁵². Ces trois caractéristiques sont

⁴⁴⁵ Voir à cet égard le développement dans Ducharme, *supra* note 72 au para 1258.

⁴⁴⁶ [notre traduction] Michael D. Edelson, Roger E. Salhany et W. Vincent Clifford, *Cross-Examination : The Art of The Advocate*, 4th éd, Toronto, LexisNexis, 2016 au para 2.4. Voir l'ÉTAT DES LIEUX quant à la question du double objectif de l'instance judiciaire.

⁴⁴⁷ *Ibid* au para 8.22.

⁴⁴⁸ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 466. Il ne faut pas oublier que le contre-interrogatoire vise le plus souvent à miner le témoignage d'un témoin qui, le plus souvent, tend à appuyer ou est partisan de la partie qui l'a appelé. La mécanique du contre-interrogatoire prend en considération le positionnement général du témoin par rapport à la partie qui le contre-interroge. Des règles existent quant au « témoin hostile », soit celui qui n'est pas à l'unisson avec la position de la partie qui l'a appelé.

⁴⁴⁹ Edelson, Salhany et Clifford, *supra* note 446 aux paras 2.32 et s.

⁴⁵⁰ *Ibid* aux paras 2.24 et s. Cela pourra être fait à l'aide de questions suggestives. Voir à cet égard Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 690.

⁴⁵¹ À cet égard, voir Edelson, Salhany et Clifford, *supra* note 446 au para 2.2 : « The theory of adversary system is that if one pits two equal champions in a process of examination and cross-examination of witnesses who have information about a fact in issue, the truth will probably emerge ».

⁴⁵² Berger et al, *supra* note 353 à la p 148.

nécessaires pour permettre au tribunal d'évaluer la crédibilité et la fiabilité des déclarations du témoin⁴⁵³.

L'expert est un témoin au sens du *Code civil du Québec*⁴⁵⁴. Certains le désignent d'ailleurs comme « témoin-expert »⁴⁵⁵. Il donne son avis par un témoignage qu'on connaît sous le vocable de témoignage d'opinion. S'il est fait abstraction de la nature qui lui est attribuée par le *Code civil du Québec*, décrire en quoi consiste intrinsèquement la nature de l'expertise n'est pas tâche facile à la lumière des catégories existantes. Si l'on s'attarde à la distinction classique entre l'acte et le fait juridique, il est clair que le contenu de l'expertise n'est pas un acte, soit un « acte de volonté ayant pour objet de produire des conséquences juridiques »⁴⁵⁶. Il ne constitue pas non plus un fait juridique à proprement parler, soit un « évènement qui s'est inscrit dans le temps »⁴⁵⁷ qui entraîne des conséquences juridiques sans acte de volonté. Rien dans le contenu purement expertal de l'opinion n'est générateur d'un droit. L'opinion cherche plutôt à exposer une réorganisation logique des faits d'une affaire à la lumière de connaissances spécialisées pour que le tribunal soit en mesure de faire les inférences nécessaires à l'application du droit réclamé, ou d'affirmer l'inexistence de telles inférences.

L'éclairage apporté par l'expertise, contrairement aux autres moyens de preuve, est au bénéfice premier du tribunal qui a besoin d'assistance dans sa prise de décision. Sans expert, le tribunal ne pourrait évaluer adéquatement certains faits présentés à lui. Si l'on s'attarde à la fonction⁴⁵⁸ de l'expertise en tant que moyen de preuve, ainsi qu'à la teneur de la mission de l'expert face

⁴⁵³ *Ibid.* On peut ajouter que ces trois caractéristiques permettent de contourner les « dangers » du ouï-dire, à savoir l'impossibilité d'évaluer la sincérité, l'usage du langage, la mémoire et l'habilité à percevoir du témoin. À cet égard voir : Edmund M. Morgan, « Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept » (1948) 62 Harv L Rev 177.

⁴⁵⁴ Art 2843 CcQ.

⁴⁵⁵ L'expression *témoin-expert* n'est pas utilisée dans le présent texte, et ce, délibérément. La démonstration que nous tentons de faire est à l'effet que l'expertise ne correspond pas à certaines caractéristiques fondamentales du témoignage, et donc, qu'il faut repenser sa nature autrement. Ainsi, le vocable témoin-expert ne nous semble pas convenable.

⁴⁵⁶ Ducharme, *supra* note 72 au para 70.

⁴⁵⁷ *Ibid* au para 70 et 879.

⁴⁵⁸ *Benisty c Kloda*, 2018 QCCA 608 au para 56 ; L'idée de qualifier un moyen de preuve en s'intéressant à sa fonction, et non pas seulement à sa nature d'un point de vue physique, a été développée par le professeur Vincent Gautrais quant aux documents technologiques. Il est intéressant de transposer cette réflexion à la preuve par expertise. Voir à ce propos : Vincent Gautrais, *Preuve à l'épreuve du numérique*, Conférence, Université de Montréal, 11 juin 2018 ; Voir également Piché, *supra* note 14 au para 1113.

au tribunal, il est possible d'affirmer que l'expertise ne constitue pas un témoignage au même titre que la déposition livrée par un témoin ordinaire. La nature même de l'expertise est d'informer le tribunal pour améliorer sa compréhension des faits, et en cela, l'expert n'est généralement pas « témoin » des faits générateurs de litige. Ainsi, on remarque bon nombre d'éléments qui distinguent le témoin ordinaire de l'expert si on s'attarde à ce point de vue fonctionnel, en ce que les objectifs et bénéfices recherchés de leurs interventions sont plutôt opposés.

Le déroulement du témoignage de l'expert était jusqu'à tout récemment le même que le témoin ordinaire. Or, les nouvelles règles du *Code de procédure civile* ont établi un « principe de non-témoignage »⁴⁵⁹. L'expert n'est plus amené à effectuer l'acte de témoigner « en chef » oralement quant au contenu de son rapport ; c'est désormais son rapport qui tient lieu de son témoignage⁴⁶⁰. Il ne sera donc plus interrogé sur le contenu de son rapport, qui doit être « suffisamment détaillé et motivé pour que le tribunal soit lui-même en mesure d'apprécier les faits qu'il expose et le raisonnement qui en justifie les conclusions »⁴⁶¹. Le *Code* prévoit également que le rapport doit être « bref », et qu'il doit y être fait mention de la « méthode d'analyse retenue »⁴⁶². L'expert pourra toutefois être contre-interrogé par toute partie avec des intérêts opposés⁴⁶³, et pourra se voir demander par les parties des précisions sur le contenu de son rapport⁴⁶⁴.

Cette nouvelle règle du *Code de procédure civile* en est une relative à la proportionnalité des instances⁴⁶⁵. Elle a d'abord été établie dans l'objectif de réduire le temps ainsi que les frais

⁴⁵⁹ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 39.

⁴⁶⁰ Art 293 Cpc ; À cet égard, la Cour supérieure a énoncé dans *Bougie c Morency*, 2017 QCCS 5582 que le rapport pouvait prendre la forme de questions écrites adressées à l'expert auxquelles il répond. Ce format, quoique inhabituel, ne constitue pas un témoignage oral déguisé, et permet d'évaluer la régularité du rapport.

⁴⁶¹ Art 238(1) Cpc.

⁴⁶² Art 238(1) Cpc.

⁴⁶³ Dans *Plomberie Bissonnette inc. c Poulin*, 2018 QCCS 548 aux paras 81 à 84, la Cour supérieure a rejeté une expertise parce que l'expert ne s'est pas présenté lors du procès – son rapport faisant office de témoignage –, alors que sa présence avait été annoncée au moment de compléter la déclaration commune de dossier complet. Puisque l'absence de l'expert a empêché la partie adverse de réaliser son droit au contre-interrogatoire, l'expertise a dû être rejetée. ; Voir également Piché, *supra* note 14 au para 553 ; Il est à noter qu'il sera désormais de la responsabilité du plaideur adverse de s'assurer de la présence de l'expert s'il désire le contre-interroger selon les commentaires dans Chamberland, *supra* note 140 à l'art 293.

⁴⁶⁴ Art 294 Cpc.

⁴⁶⁵ *Protection de la jeunesse — 173750*, 2017 QCCS 3211 aux paras 65-66 ; *DR c Desjardins Sécurité financière*, 2016 QCCS 937 au para 165.

alloués aux témoignages d'experts lors des procès⁴⁶⁶. Cela s'inscrit donc tout naturellement dans cette réforme visant une justice plus rapide et moins coûteuse⁴⁶⁷. Il est toutefois possible de tirer certaines conclusions plus profondes quant à ce changement qui représente bien davantage qu'un simple exercice d'économie. Alors que les témoignages *viva voce* lors de l'audience constituaient jusqu'alors la règle⁴⁶⁸, tant pour les témoins ordinaires que pour les experts, ces derniers n'ont plus à être présents.

On peut avancer que l'élimination du témoignage en chef rapproche l'expert de la nature véritable de ses fonctions, soit de la mission d'éclairage qu'il doit réaliser à l'égard du tribunal. Son rôle s'en trouve clarifié face au tribunal, puisqu'il se distingue tant sur la forme du témoignage que sur ses objectifs. L'expertise pourrait vraisemblablement gagner en objectivité, étant débarrassée de la « nécessité, parfois théâtrale, de persuader »⁴⁶⁹. Plusieurs auteurs ont noté l'importance de la naissance d'une connexion entre le juge et l'expert pour assurer le succès de son témoignage⁴⁷⁰. Dans un guide sur le témoignage de l'expert qui s'adresse aux experts et aux avocats, on souligne d'ailleurs à quel point la forme du témoignage est cruciale pour la partie qui présente une preuve par expertise :

« For an expert witness, credibility is everything. No matter how well developed the opinion, how rigorous the preparation, how unfailingly accurate the work, it may all go for naught is the expert cannot credibly explain her opinion. [...] Accessible information is credible. And credible information is the most likely to be accepted and believed. [The] components of credibility [are] : coherent overview; clear narration; harmonization; comprehensiveness; rapport ; command of information ; fluency and pace; language; appearance and demeanor. »⁴⁷¹

⁴⁶⁶ Les commentaires de la ministre de la justice sont à l'effet qu'« il est inutile que l'expert témoigne pour répéter ce qu'il a écrit et que des frais soient engagés pour cela » ; Voir Commentaires de la ministre de la justice, *supra* note 138, art 293 ; Voir également *Roy c Privé*, 2017 QCCS 986 aux paras 48 à 51.

⁴⁶⁷ Disposition préliminaire du Cpc, *supra* note 1 ; Voir à cet égard Piché, *supra* note 142.

⁴⁶⁸ Mark J. Freiman et Mark L. Berenblut, *The Litigator's Guide to Expert Witnesses*, Aurora, Canada Law Book, 1997 à la p 27.

⁴⁶⁹ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 66.

⁴⁷⁰ Dans Freiman et Berenblut, *supra* note 468 à la p 40, les auteurs recommandent que l'expert maintienne le contact visuel avec le juge et qu'il s'exprime de manière franche, directe et posée. ; Voir également les recommandations dans : Lubet et Boals, *supra* note 273 ; Luc Chamberland, « Annexe III – Guide du témoin expert au procès (énumération des 26 règles applicables) » dans *Manuel de plaidoirie : techniques et stratégies d'un procès civil*, 2^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2011, en ligne sur La Référence : EYB2011MDP33.

⁴⁷¹ Lubet et Boals, *supra* note 273 à la p 9.

Ainsi, s'il ne témoigne plus *viva voce*, l'aspect de performance oratoire⁴⁷² qui caractérise le témoignage de l'expert est évacué, n'ayant plus à convaincre oralement le tribunal du bien-fondé de son opinion⁴⁷³. L'expert « sera informateur au service du tribunal, tout simplement, sans argument, sans plaidoirie aucune. Il deviendra donc un outil de référence plutôt qu'un outil de persuasion »⁴⁷⁴. Du point de vue du tribunal, l'appréciation de l'expertise pourrait potentiellement s'en trouver améliorée, en l'absence de « tout autre élément externe d'influence, tel le langage non verbal, la facilité à s'exprimer ou le stress de témoigner »⁴⁷⁵. L'opinion de l'expert, dégagée de tout artifice, pourra être perçue et comprise de manière plus neutre par le tribunal. Le détachement entre les apparences et la transmission du savoir expertal pourrait même avoir le potentiel d'améliorer le processus de recherche de la vérité⁴⁷⁶, si l'on considère que certains facteurs liés à l'apparence et au comportement d'un témoin peuvent être trompeurs quant à savoir s'il dit ou non la vérité⁴⁷⁷.

Il est toutefois difficile de voir ces avantages s'accomplir d'un point de vue pratique, du moins à court terme. L'article 294 Cpc est un « tempérament »⁴⁷⁸ à la règle du non-témoignage de l'expert, puisqu'il permet à la partie qui a nommé un expert de l'interroger « pour obtenir des précisions sur des points qui font l'objet du rapport ou son avis sur des éléments de preuve nouveaux présentés au moment de l'instruction ». Puisque l'expert sera généralement présent au procès dans l'objectif d'être contre-interrogé⁴⁷⁹, la partie qui a déposé son rapport pourra user

⁴⁷² Plusieurs auteurs ont souligné l'importance de la performance des experts comme facteur de succès dans le cadre d'un procès. À cet égard, dans la monographie Gilles Renaud, *L'évaluation du témoignage : un juge se livre*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, le juge Renaud liste plus d'une cinquantaine de critères observés par les juges, selon son expérience, pour apprécier les témoignages. ; Voir également : Lubet et Boals, *supra* note 273 ; Chamberland, *supra* note 470 ; Bowers, *supra* note 32 ; Freiman et Berenblut, *supra* note 468 ; Neil Abbott, « How to Instruct Experts Witnesses » (2011) 30:39 *Lawyers W.*

⁴⁷³ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 66.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ On peut aller plus loin quant à ce questionnement. Est-ce que le « dialogue » écrit plutôt qu'oral pourrait faciliter la découverte de la vérité dans le contexte accusatoire et contradictoire ? Est-ce qu'il est plus proportionné ? À cet égard, voir Piché, *supra* note 70 aux pp 916 à 921.

⁴⁷⁷ Lubet et Boals, *supra* note 273 aux pp 20-21.

⁴⁷⁸ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 65.

⁴⁷⁹ Art 294 Cpc. Il est à noter que l'expert sera bien souvent présent au procès pour entendre les dépositions des témoins ordinaires et des autres experts. On peut se questionner sur la réelle réduction de frais à espérer quant à cette nouvelle règle, considérant que la plupart des experts chargent leurs honoraires avec un tarif horaire. ; Voir les commentaires sous les articles 293 et 294 dans Chamberland, *supra* note 140 ; Voir Luc Chamberland, *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville, Yvon Blais, 2014 à la p 147.

de son droit de demander des précisions. Nous comprenons qu'en pratique, ces précisions en viennent parfois à prendre la forme d'un témoignage en chef de l'expert qui défendra l'opinion qu'il a étayée dans le rapport⁴⁸⁰ et, ainsi faire indirectement ce qui ne pouvait être fait directement. Le tribunal, pour éviter cela, pourra mitiger les frais d'expertises pour qu'ils soient supportés par la partie qui a agi en contravention avec les articles 293 et 294 du *Code*, ainsi qu'avec le principe de proportionnalité⁴⁸¹.

Au surplus, malgré certains avantages indéniables, il n'est pas nécessairement opportun de priver le tribunal de la présence de l'expert lors du procès, ne serait-ce que pour pouvoir lui poser des questions quant au contenu de son rapport pour en améliorer sa compréhension. Considérant la nature complexe des opinions livrées par les experts, il n'est pas rare que des questions leur soient posées directement par le juge. À cet égard, la possibilité pour le juge de pouvoir s'enquérir quant au contenu du rapport auprès de l'expert dans le cadre du procès est au cœur même de la réalisation tant de la mission d'éclairage de l'expert que du rôle de gardien du tribunal⁴⁸². En l'absence de l'expert, le tribunal se pourra se trouver privé d'une source de savoir importante⁴⁸³. Cela a d'ailleurs été souligné par la Cour supérieure dans la décision

⁴⁸⁰ À cet égard, il est intéressant de voir que le juge cite les débats parlementaires dans *Bougie c Morency*, *supra* note 460 au para 14 :

« Ceci dit, il faut être conscient que, la plupart du temps, lorsque l'expertise est au cœur du débat, il est à peu près certain que les parties vont vouloir contreinterroger ou interroger pour avoir des précisions sur le rapport pour bonifier la preuve de part et d'autre ou l'attaquer selon la position des parties. Alors, ce que je comprends qu'on fait, c'est d'affirmer que c'est... Normalement, le témoignage peut être... c'est le rapport qui vaut pour le témoignage, mais on peut tout de même procéder à l'interrogatoire lorsque c'est utile ou lorsque les parties estiment que c'est nécessaire à leur preuve, mais on balise les exigences au niveau de la divulgation de la preuve ».

⁴⁸¹ Dans *D.R. c Desjardins Sécurité financière*, *supra* note 465 au para 165, la Cour supérieure a mitigé des frais d'experts de près de 100 000\$, condamnant la partie perdante à payer seulement le quart de ceux-ci. Cette mitigation des frais a été effectuée sur la base du principe de proportionnalité ainsi qu'en application des articles 293 et 294 Cpc. Plus particulièrement, la partie défenderesse a demandé à ce que ses experts fournissent des précisions au procès, tel que l'autorise l'article 294 Cpc. Or, leur témoignage a dépassé la limite des simples précisions. Il s'agissait d'un témoignage en chef complet. À cet égard, le tribunal mentionne que « Bien que les témoignages des experts pneumologue et neurologue de Desjardins aient été instructifs, le Tribunal juge qu'ils n'étaient pas véritablement nécessaires, puisque l'essentiel se retrouvait dans leurs rapports ». Le tribunal a donc mitigé les frais pour cette raison.

⁴⁸² À cet égard, dans *Plomberie Bissonnette inc. c Poulin*, *supra* note 463 au para 76, la Cour supérieure mentionne que : « Cependant, advenant que la partie adverse n'exige pas la présence de l'expert et que ce dernier ne soit par ailleurs pas disponible, cela pourrait avoir pour conséquence d'empêcher le tribunal de lui poser des questions, ce qui n'aurait guère de sens puisque la mission première de l'expert est d'éclairer le tribunal ».

⁴⁸³ Lors des consultations publiques sur le projet de loi 28 de nouveau *Code de procédure civile*, Me Robert-Jean Chénier a soulevé la question des coûts du rapport :

Plomberie Bissonnette inc. c Poulin. Le juge s'est inquiété des conséquences de l'absence de l'expert au procès quant à la réalisation de sa mission d'éclairage du tribunal :

« [74] En outre, même si cela n'est pas mentionné expressément à l'article 294 C.p.c., l'expert doit également être présent à l'audience ou disponible advenant que le tribunal ait des précisions à obtenir sur le contenu de son rapport ou des questions à lui poser. Il ne faut pas oublier en effet que la mission de l'expert est d'abord et avant tout d'éclairer le tribunal sur des questions scientifiques ou techniques qui dépassent les connaissances normales du juge [...] Or, si l'expert n'est pas présent au procès ou autrement disponible, il ne pourra pas éclairer le tribunal advenant que celui-ci ait des questions à lui poser ou désire obtenir des précisions sur ses conclusions, sa méthodologie ou toute autre partie de son raisonnement ou de son rapport.

[75] Il faut comprendre que, bien souvent, les experts peuvent utiliser des mots, des abréviations ou des concepts qui ne sont pas aisés à comprendre pour une personne qui n'est pas versée dans la science ou dans la technique en question. Dans ces cas, qui sont relativement fréquents, le juge, afin de s'assurer qu'il saisit bien l'opinion qui lui est offerte, peut estimer nécessaire de poser des questions à l'expert ou d'obtenir des précisions sur le contenu du rapport. Le tribunal peut également vouloir établir par certaines questions que la méthodologie de l'expert est rigoureuse et que son opinion est impartiale et tient compte des tous les éléments pertinents, notamment ceux révélés au cours de l'instruction.

[...]

[78] Le Tribunal, face à ces dispositions législatives nouvelles propose l'interprétation suivante qui semble à la fois se concilier avec les textes adoptés par le législateur et avec son intention de diminuer la durée et les coûts des procès, notamment en réduisant le temps consacré au témoignage des experts.

[79] Bien que cela soit souvent souhaitable – surtout lorsqu'il s'agit de questions scientifiques ou techniques complexes –, il n'est pas nécessaire que l'expert soit présent au procès, à moins évidemment que cette présence ait fait l'objet d'un contrat judiciaire entre les parties ou ait auparavant été exigée par le tribunal. Cependant, l'expert devrait toujours être disponible de manière à pouvoir répondre immédiatement aux questions de la partie adverse, qui a le droit de le contre-interroger, ou encore à celles que peut avoir le tribunal. »⁴⁸⁴

« Lorsqu'on demande l'opinion d'un expert, le rapport est rédigé en termes scientifiques, en termes qui sont opaques pour le profane, parce que l'expert se prononce dans son domaine [...]. Et demander à un expert de faire l'effort de vulgarisation pour que [...] tout profane puisse le comprendre, je l'ai déjà vu faire, mais ça quintuple ou ça multiplie par 10 le coût du rapport ».

Bien que quelques réserves puissent être émises quant à cette analyse, notamment puisqu'elle est basée sur des observations anecdotiques majoritairement en matière de défense en responsabilité médicale, et non pas sur une évaluation empirique systématique, le commentaire méritait toutefois d'être souligné comme une crainte légitime quant aux conséquences de l'élimination de l'interrogatoire en chef. Voir le *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, supra note 113, cité dans Shaun E. Finn, « Chapitre 4 : Témoignage de l'expert et traitement des frais d'expertise » dans *Légispratique : L'Expertise*, LexisNexis, Montréal, 2016 au para 38.

⁴⁸⁴ *Plomberie Bissonnette inc c Poulin*, supra note 463 aux paras 74 à 79.

Une autre particularité qui distingue le témoignage de l'expert de celui du témoin ordinaire se situe au niveau du serment. Selon l'article 235(3) C.p.c., l'expert, lorsqu'il est un professionnel soumis à un code de déontologie, agit sous son serment professionnel⁴⁸⁵. Le serment professionnel de l'expert implique de plus grandes obligations que celles prévues par le serment effectué par les témoins ordinaires ; conformément à son code de déontologie, l'expert, en tant que professionnel au sens du *Code des professions*⁴⁸⁶, doit conserver son autonomie et son indépendance professionnelle par rapport à ses clients, en plus d'avoir l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts⁴⁸⁷. Alors que le témoin ordinaire promet de dire la vérité dans le cadre d'une instance, le professionnel porte l'ensemble des responsabilités déontologiques qui lui incombent lorsqu'il agit à titre d'expert. Bien que chaque ordre professionnel ait son propre code de déontologie, plusieurs obligations d'une même nature y sont prévues. Par exemple, le médecin doit exercer sa profession avec compétence, intégrité et loyauté, selon des principes scientifiques et sauvegarder en tout temps son indépendance professionnelle⁴⁸⁸. Des obligations similaires sont également prévues aux codes de déontologie des comptables professionnels agréés⁴⁸⁹, des ingénieurs⁴⁹⁰ et des évaluateurs agréés⁴⁹¹. Ces obligations déontologiques

⁴⁸⁵ Autrement, les parties pourront exiger qu'il prête serment, toujours selon l'art 235(3) Cpc.

⁴⁸⁶ *Code des professions*, ch C-26.

⁴⁸⁷ Claude Lavoie, « L'impartialité, l'indépendance et le conflit d'intérêts » dans *L'expert : son rapport et son témoignage*, Cowansville, Yvon Blais, 2008 à la p 2, en ligne sur La Référence : EYB2008RTE13. Il est à noter que certains ordres professionnels ont intégré des règles déontologiques spécifiques pour leurs membres qui agissent comme experts dans les dossiers. C'est le cas des médecins et des chimistes, notamment. ; À cet égard, voir également les commentaires dans Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 76.

⁴⁸⁸ Art 5, 6 et 63 du *Code de déontologie des médecins*, RLRQ c M-9, r 17. À noter également que l'art. 67 s'intéresse à la question de l'expertise :

Le médecin, agissant pour le compte d'un patient ou d'un tiers comme expert ou évaluateur, doit :

1° faire connaître avec objectivité et impartialité à la personne soumise à l'évaluation ou à l'expertise, le but de son travail, les objets de l'évaluation ou de l'expertise et les moyens qu'il compte utiliser pour la réaliser ; il doit aussi l'informer du destinataire de son rapport d'évaluation ou d'expertise et de la manière d'en demander copie ;

2° s'abstenir d'obtenir de cette personne toute information ou de lui faire toute interprétation ou commentaire non pertinent à l'objet de l'évaluation ou de l'expertise ;

3° limiter la communication au tiers aux seuls commentaires, informations ou interprétations nécessaires pour répondre aux questions soulevées par l'évaluation ou l'expertise demandée ;

4° s'abstenir de poser un geste ou de tenir des propos susceptibles de diminuer la confiance de cette personne envers son médecin ;

5° communiquer avec objectivité, impartialité et diligence son rapport au tiers ou à la personne qui a demandé l'évaluation ou l'expertise.

⁴⁸⁹ *Code de déontologie des comptables professionnels agréés*, RLRQ c C-481, r 6.

⁴⁹⁰ *Code de déontologie des ingénieurs*, RLRQ c I-9, r 6.

⁴⁹¹ *Code de déontologie des membres de l'Ordre des évaluateurs agréés du Québec*, RLRQ c C-26, r 123.

protègent le client qui paie pour les services du professionnel, mais la protection qu'elles confèrent concerne au surplus l'ensemble du public. Tout comme le serment « ordinaire », le serment professionnel a une dimension solennelle qui distingue l'expert comme un acteur à part du procès. Contrairement aux témoins de fait, l'expert doit agir dans le cadre de sa profession, avec le détachement qu'on peut exiger d'un professionnel en raison de ses obligations déontologiques. Son témoignage à titre d'expert constitue un acte professionnel⁴⁹². Ceci explique certaines spécificités dans le déroulement du témoignage de l'expert devant les tribunaux ; par exemple, contrairement aux autres témoins, l'expert peut demeurer dans la salle pendant les dépositions des autres témoins⁴⁹³. Alors que l'on craint que les témoins ordinaires soient influencés par la présence des autres témoins, les experts jouissent d'un « statut particulier »⁴⁹⁴ et sont considérés comme à l'abri des influences extérieures. Au contraire, les plaideurs espèrent généralement voir l'expert qu'ils ont retenu enrichir son opinion à partir des autres témoignages.

L'expert, comme le témoin ordinaire, pourra être contre-interrogé par toute partie qui a des intérêts opposés⁴⁹⁵. Le contre-interrogatoire portera généralement sur la validité des opinions que l'expert a énoncées dans son rapport⁴⁹⁶. Plus particulièrement, il pourra servir à « faire ressortir [les] lacunes factuelles [du rapport d'expertise] et le choix de modèle scientifique »⁴⁹⁷. À cet égard, comme l'a souligné la Cour suprême dans *R. c D.D.*, l'expertise ne peut être évaluée de la même manière que les autres moyens de preuve, notamment en raison de son « imperméabilité » au contre-interrogatoire, l'outil de prédilection des tribunaux pour évaluer la fiabilité de la preuve testimoniale :

⁴⁹² *Giroux c Cour du Québec (Chambre civile - Division des petites créances)*, 2017 QCCS 5689 au para 31.

⁴⁹³ *Hôtel-Dieu de Québec c Bois*, [1977] CA 563 ; *Léger c Montpetit*, EYB 1999-11901 (CA) ; *De Stefano c De Stefano*, EYB 2001-23650 (CS) ; *Protection de la jeunesse - 07921*, 2007 QCCQ 6363 ; Voir également Monique Dupuis, « Fascicule 28 : Audition des témoins » dans *JurisClasseur Québec – Procédure civile I*, 2^e éd, Montréal, LexisNexis, 2012 au para 11.

⁴⁹⁴ Finn, *supra* note 483 au para 19.

⁴⁹⁵ Art 294 Cpc.

⁴⁹⁶ Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 686.

⁴⁹⁷ Finn, *supra* note 483 au para 17.

« Le danger de s'en remettre à l'opinion de l'expert est davantage aggravé par le fait que la preuve d'expert est très imperméable au contre-interrogatoire efficace par des avocats qui ne sont pas des experts dans ce domaine. »⁴⁹⁸

À l'égard de l'emploi du contre-interrogatoire face aux experts, le professeur Scott Brewer a aussi des doutes sur son efficacité, qu'il explique ainsi :

« The Court [in *Daubert*] asserts that “vigorous cross-examination, presentation of contrary evidence, and careful instruction on the burden of proof” are “appropriate” means for “attacking shaky but admissible evidence”. But if a judge or a jury does not have the requisite scientific training, how can judge or jury make a warranted choice between competing “vigorously cross-examined” claims by putative experts in, say, medicine, mathematics, chemistry, or biology? »⁴⁹⁹

Il est vrai que l'exercice de contre-interroger un expert peut être « intimidant » pour un profane, puisqu'il est peu pensable qu'un avocat puisse acquérir le même savoir, langage scientifique et expérience de l'expert dans le court laps de temps que le litige lui alloue, et ce, alors que l'expert a dévolu sa carrière à l'étude d'un sujet donné⁵⁰⁰. Ainsi, le fait même de détenir des connaissances qui dépassent celles des autres acteurs du procès tend à créer une certaine « protection », voire une « immunité » quant à ses opinions⁵⁰¹. En cela, l'expert se distingue clairement du témoin ordinaire. Alors qu'un nombre limité de témoins ordinaires sont aptes à agir comme tel lors d'un procès, un bassin beaucoup plus vaste d'experts, sauf exception, pourront être retenus⁵⁰². Ses connaissances spécialisées lui garantissent un statut particulier qui appelle au respect. L'expert donne ainsi une impression de distance quant aux faits et à l'issue

⁴⁹⁸ *R. v D.D.*, *supra* note 352 au para 54 ; Dans Finn, *supra* note 483, l'auteur mentionne que ce commentaire de la Cour suprême, bien qu'énoncé dans un contexte de droit criminel, s'applique également en matière civile.

⁴⁹⁹ Brewer, *supra* note 5 aux pp 1552-1553.

⁵⁰⁰ Edelson, Salhany et Clifford, *supra* note 446 aux paras 8.1, 8.6 et 8.7. À cet égard, les auteurs ajoutent même que l'assistance d'un expert est généralement utile et nécessaire pour préparer le contre-interrogatoire de l'expert nommé par la partie adverse. L'expert peut aider le procureur à mieux comprendre tous les enjeux scientifiques ou techniques des questions traitées par les experts. Sans l'aide d'un expert, le procureur qui tente de devenir un « pseudo-expert » risque plutôt de miner l'efficacité du contre-interrogatoire et de confondre le tribunal.

⁵⁰¹ Finn, *supra* note 483 au para 19.

⁵⁰² Nous verrons les impacts des différents modes de nomination des experts à la SECTION 3 - DIMENSION PRATIQUE.

de l'affaire. À titre de spécialiste, l'aura créée par les connaissances qu'il possède risque de brouiller l'évaluation de son témoignage par le tribunal⁵⁰³.

2.2 L'OBJET DU TÉMOIGNAGE ET LA RÈGLE GÉNÉRALE DE PROHIBITION DU TÉMOIGNAGE D'OPINION

L'article 2843 introduit une règle générale à l'effet que les témoins doivent limiter leur témoignage à ce qu'ils ont eux-mêmes constaté⁵⁰⁴. À cet égard, le *Code de procédure civile*, au premier alinéa de son article 270, reprend cette règle et énumère les situations à l'occasion desquelles un témoin peut être cité à comparaître :

270(1). Un témoin peut être cité à comparaître pour relater les faits dont il a eu personnellement connaissance ou pour donner son avis à titre d'expert ou, encore, pour produire un document ou un autre élément de preuve.

Ainsi, font essentiellement l'objet du témoignage les faits personnellement constatés par le témoin, soit ses observations dans le cadre de ses expériences⁵⁰⁵. Le pendant normatif de cette définition du témoignage est une règle d'admissibilité particulière, à l'effet que sont prohibées, lors de témoignages, les opinions. On peut définir simplement l'opinion comme toute « inférence tirée des faits observés »⁵⁰⁶. Si l'on s'en tient à la vision stricte de cette règle, elle signifie que le témoin doit faire part au tribunal de ce qu'il a perçu via ses sens de manière descriptive. Il ne doit pas teinter son témoignage de jugements quant aux faits observés, et il doit se garder de qualifier ces faits. Par exemple, un témoin ne pourrait affirmer qu'un conducteur maniait le volant de manière dangereuse dans les moments précédant un accident de la route. Le témoin doit plutôt expliquer que le conducteur allait à grande vitesse, qu'il zigzaguait entre les voies sans mettre son clignotant et qu'il parlait au téléphone tout en conduisant ; c'est le rôle du tribunal que de qualifier la conduite de dangereuse ou pas, en

⁵⁰³ La nature de l'expertise est intrinsèquement liée à la question de l'indépendance et de l'impartialité des experts. Parce que ces questions sont indissociables, l'inefficacité du contre-interrogatoire sera abordé sous l'angle de la partialité à SECTION 3 – DIMENSION PRATIQUE.

⁵⁰⁴ Piché, *supra* note 14 aux paras 514-515 ; Ducharme, *supra* note 72 au para 527.

⁵⁰⁵ *R. v D.D.*, *supra* note 352 au para 49 ; Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 195.

⁵⁰⁶ [notre traduction] Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 195 citant la décision ontarienne *R. v Collins* (2001) CCC (3d) 85 au para. 17 (ONCA).

considération des faits qui lui sont présentés. Il en reste qu'en pratique, la ligne entre l'opinion et le fait est souvent mince⁵⁰⁷, ce qui rend l'application pratique de cette règle parfois complexe, surtout dans le cas des témoins ordinaires. L'expression d'un avis ou d'une opinion pourra être autorisée exceptionnellement. À cet égard, nous verrons que l'exception la plus vaste à cette règle ne concerne pas les témoins ordinaires ; elle vise plutôt le témoin qui se qualifie et agit comme expert⁵⁰⁸.

Toutefois, avant de s'intéresser à cette exception, il convient de s'attarder aux raisons qui expliquent la règle générale. L'expression par un témoin d'une inférence tirée des faits empiète sur le rôle du tribunal, qui a la responsabilité, quand il recherche la vérité, de tirer des conclusions à partir des faits qui lui sont présentés par les parties. Ainsi, l'opinion d'un témoin ordinaire n'est pas pertinente à la découverte de la vérité⁵⁰⁹. La pertinence de tout élément de preuve constitue une condition pour sa recevabilité⁵¹⁰; il s'agit là d'une des règles les plus fondamentales en matière de droit de la preuve⁵¹¹ :

« Parce que les plaideurs ont l'obligation de faire la preuve de tous les faits qui conditionnent l'existence de leur droit, il s'ensuit, en principe, qu'ils possèdent le droit de rapporter la preuve de tout fait pertinent au litige. C'est cette règle que consacre l'article 2857 C.c.Q. »⁵¹²

On peut ainsi limiter l'introduction d'éléments de preuve à ceux qui « présente[nt] un lien logique avec l'objet du litige et les questions incidentes qu'il soulève »⁵¹³, et donc, qui

⁵⁰⁷ La Cour suprême dans *Graat v R*, [1982] 2 RCS 819 qualifie la distinction de « not clear ». À cet égard, Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 195 considère que la distinction entre le fait et l'opinion présumée par la règle générale peut parfois être « unrealistic ». ; Voir également les commentaires de Piché, *supra* note 14.

⁵⁰⁸ Piché, *supra* note 14 aux paras 518 et 519. La règle générale de la prohibition est loin d'être absolue, puisqu'elle comporte plusieurs exceptions, toutes élaborées par les tribunaux dans des circonstances particulières. À cet égard, Piché explique que la règle générale de prohibition comporte plusieurs inconvénients pratiques : « L'application intégrale de cette limitation à la preuve aurait créé des problèmes pratiques considérables ». Toutefois, l'exception relative aux experts est la plus vaste, claire et ancienne de toutes ces exceptions. ; Voir également Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 aux paras 585 et 586 ; et Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 aux pp 196 et s.

⁵⁰⁹ Piché, *supra* note 14 au para 515 ; Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 214.

⁵¹⁰ Art 2857 CcQ ; Voir à cet égard Ducharme, *supra* note 72 au para 792.

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² *Ibid* au para 73.

⁵¹³ *Ibid* au para 794 ; À l'égard de la pertinence, voir Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 30 : « Evidence is relevant where it has some tendency as a matter of logic and human experience to make the proposition for which it is advanced more likely than that proposition would appear to be in the absence of that evidence. [...] logical relevance is about the relationship between evidence and the fact it is offered to prove. »

nourrissent le processus de découverte de la vérité conduit par le tribunal. La pertinence, au sens de l'article 2857 C.c.Q., doit être appréciée dans le contexte propre au litige⁵¹⁴, et son évaluation peut varier d'un individu à un autre⁵¹⁵. La prohibition du témoignage d'opinion vise ainsi à éviter tout empiètement non pertinent⁵¹⁶ du témoin sur le rôle d'adjudication dévolu au tribunal par la loi. L'opinion d'un témoin ordinaire risque de créer de la confusion, ou même d'empiéter sur le rôle du juge, ou de l'influencer indûment⁵¹⁷. C'est ce qu'a rappelé la Cour suprême dans l'arrêt *White Burgess* :

« [14] La règle générale moderne selon laquelle toute preuve pertinente est admissible est assortie de nombreuses exceptions. L'une d'elles a trait au témoignage d'opinion, lequel fait l'objet d'une règle d'exclusion complexe. La déposition des témoins doit relater les faits qu'ils ont perçus, et non présenter les inférences, ou opinions, qu'ils en tirent. Comme l'a dit il y a longtemps un éminent spécialiste de la preuve, [traduction] "c'est au jury de se faire une opinion et de tirer des inférences et des conclusions, pas au témoin" (J. B. Thayer) [...] Même si plusieurs raisons ont été avancées pour expliquer cette règle d'exclusion, la plus convaincante est probablement celle selon laquelle ces inférences toutes faites ne sont pas utiles au juge des faits et peuvent même l'induire en erreur. [...] »⁵¹⁸

Il en est tout autre lorsqu'on s'attarde à l'exception qui permet aux experts de présenter une opinion au tribunal. Inversement, c'est précisément la fonction de l'expert que de présenter au tribunal des inférences tirées des faits connus, lorsqu'on considère que le tribunal ne saurait tirer correctement de telles inférences sans l'éclairage de l'expert⁵¹⁹. Toujours dans l'arrêt *White Burgess*, il est spécifié que c'est précisément parce que le tribunal a besoin des inférences faites par l'expert que l'exception existe :

« [15] Cependant, ce ne sont pas tous les témoignages d'opinion qui sont exclus. L'exception qui nous intéresse plus particulièrement dans le présent pourvoi est celle qui s'applique au témoignage d'opinion d'un expert sur des questions qui exigent des connaissances spécialisées. Pour reprendre les propos du professeur Tapper, [traduction] "le droit reconnaît que, dans la mesure où les questions exigent des

⁵¹⁴ Ducharme, *supra* note 72 au para 794 ; Paciocco, *supra* note 151 à la p 32.

⁵¹⁵ Paciocco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 34.

⁵¹⁶ Certaines exceptions, tel que mentionné précédemment, existent. L'objectif est de permettre, dans une certaine mesure, aux témoins d'exprimer des opinions lorsqu'ils ne pourraient transmettre autrement une idée au tribunal. L'objectif poursuivi par ces exceptions est de permettre la preuve de tout fait pertinent. À cet égard, voir *ibid* aux pp 197 et s. ; Voir également : Piché, *supra* note 14 ; Ducharme, *supra* note 72.

⁵¹⁷ Piché, *supra* note 14 à la p 515.

⁵¹⁸ *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*, *supra* note 69 au para 14.

⁵¹⁹ Voir notamment Berger et al, *supra* note 353 à la p 269 ; Edelson, Salhany et Clifford, *supra* note 446 au para 8.12.

connaissances ou des compétences particulières, les juges et les jurés ne sont pas forcément en mesure de tirer une véritable conclusion d'après les faits relatés par les témoins. Le témoin est par conséquent admis à faire part de son opinion sur ces questions, pourvu qu'il soit un expert en la matière". [...] »⁵²⁰

L'expert, dans la réalisation de sa mission, peut formuler son opinion sous différentes formes. L'information que l'expert doit fournir au tribunal peut l'être en termes plus généraux, en vue d'indiquer au juge des indices de comment évaluer les éléments de preuve à la lumière de sa science⁵²¹. L'expert peut, au contraire, bâtir un raisonnement plus ou moins complexe à partir d'observations qu'il a lui-même effectuées à partir de rencontres avec des témoins, de l'examen de documents ou même de tests conduits sur des éléments matériels⁵²². De cet ensemble de faits, il pourra tirer les inférences qu'il présentera au juge. Ainsi, par opposition avec la règle de prohibition générale du témoignage d'opinion, c'est l'essence même du rôle de l'expert que d'énoncer son opinion sur une affaire, et la suffisance de ses qualifications semble légitimer l'existence de l'exception⁵²³. À cet égard, il est intéressant de noter que pour être admissible, l'opinion doit s'attarder concrètement aux faits en litige ; l'expert ne peut pas se limiter à énoncer les règles de sa science sans l'appliquer à l'affaire qui intéresse le tribunal⁵²⁴.

Ainsi, la nécessité, à titre de critère, conditionne l'admissibilité du témoignage de l'expert à l'instance⁵²⁵. Le critère de la pertinence constitue également l'une des quatre conditions d'admissibilité de l'expertise, tel qu'énoncé par l'arrêt *Mohan*⁵²⁶, *mutatis mutandis*. De la même manière, l'expertise non pertinente ne sera pas admissible, et celle peu pertinente verra sa valeur probante peu élevée⁵²⁷. Selon *Mohan*, le niveau requis quant à l'expertise n'est pas celui précédemment décrit de la pertinence logique, mais plutôt la pertinence légale⁵²⁸. La pertinence légale est plus stricte en ce que :

⁵²⁰ *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*, *supra* note 69 au para 15.

⁵²¹ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 228.

⁵²² *Ibid* à la p 229.

⁵²³ Vertlieb et Knapp, *supra* note 4 à la p 665.

⁵²⁴ Piché, *supra* note 14 au para 543.

⁵²⁵ Les critères d'admissibilité de l'expertise sont énumérés et décrits à la SECTION 1 – DIMENSION RÉFÉRENTIELLE.

⁵²⁶ *R. c Mohan*, *supra* note 80.

⁵²⁷ Piché, *supra* note 14 à la p 547 ; Voir par exemple *Rothmans, Benson & Hedges inc c Létourneau*, 2012 QCCA 73 au para 4.

⁵²⁸ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 aux pp 37 et 214 ; Voir également Claude Marseille, « Les deux facettes de la règle de la pertinence » dans *Points de droit – La règle de la pertinence en droit de la preuve civile québécois*, Yvon Blais, 2004, en ligne sur La Référence : EYB2004PDD120 ; Voir aussi Piché, *supra* note 14.

« [T]he relevance concept is not just about whether there is a logical connection between the evidence and a fact in issue; it includes an evaluation of whether the evidence is "sufficiently probative to justify its admission despite the prejudice [or costs] that might flow from its admission" »⁵²⁹.

Cette définition de la notion de pertinence légale illustre bien en quoi l'expertise se démarque des témoignages de fait. L'admission de rapports d'expert implique une influence sur le tribunal, et peut comporter des risques d'usurpation de sa position. Ce danger se matérialise lorsque l'expertise s'intéresse à la question fondamentale, l'« ultimate issue » en jeu dans une affaire.

Les tribunaux se sont interrogés à savoir si les opinions, tant de témoins ordinaires que d'experts, devraient être recevables lorsqu'elles portent directement sur la question principale posée par un litige. La crainte que les opinions formulées par les témoins influencent indûment le tribunal, jusqu'à usurper son rôle, était à la base de cette règle plus stricte qui découle de la règle générale de la prohibition d'opinions. C'est à l'occasion de l'arrêt *Graat v R.*⁵³⁰ que la Cour suprême a repensé la règle prohibant les opinions sur la question principale d'un litige, soulignant au passage que le juge des faits, puisqu'il a la discrétion d'écarter ou pas la preuve testimoniale présentée, ne peut voir son rôle usurpé par un témoin, même si celui-ci se prononce sur la question principale à trancher⁵³¹. Dans cet arrêt, a été autorisé un témoignage sur des faits constatés par un témoin, mais formulés sous forme d'opinion⁵³². Malgré la suppression de cette règle d'admissibilité spécifique, une certaine vigilance est de mise lors de présentation d'une opinion au tribunal quant à la question principale en litige. Désormais, l'opinion qui porte sur la question principale posée par un litige sera évaluée plus méticuleusement lors de l'évaluation des critères de pertinence et de nécessité⁵³³. Plusieurs ont ainsi refusé l'admissibilité d'une

⁵²⁹ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 37 citant *R. v Abbey*, *supra* note 242 au para 82. Ainsi, la notion de pertinence, pour ce qui est des experts, exige au tribunal de considérer les coûts et les bénéfices qui découleraient de l'admission de l'opinion dans le cadre de l'exécution de sa mission de gardien. À cet égard, voir la SECTION 1 – DIMENSION RÉFÉRENTIELLE.

⁵³⁰ *Graat v R.*, *supra* note 507 aux pp 836-837 ; Piché, *supra* note 14 au para 522 ; Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 200.

⁵³¹ La suppression de la règle prohibant le témoignage d'expert sur la question principale a été confirmée dans *R. c Lavallee*, *supra* note 159.

⁵³² *Graat v R.*, *supra* note 507 ; Piché, *supra* note 14 au para 523.

⁵³³ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 200 ; Le critère de nécessité et l'étude de la fiabilité de l'expertise devront être analysés plus strictement au stade de l'admissibilité de la preuve, tel que mentionné dans Berger et al, *supra* note 353 aux pp 314-315.

opinion sur la question principale, lorsque le juge se considère en aussi bonne position que l'expert pour trancher⁵³⁴.

2.3 LA PROHIBITION DU OUI-DIRE

La prohibition du oui-dire est l'une des règles classiques les plus connues en matière d'admissibilité de la preuve, quoique d'application complexe⁵³⁵. Elle demeure d'importance, malgré l'évolution du droit de la preuve. De manière générale, on peut définir le oui-dire ainsi :

« Hearsay is an out-of-court statement that is offered to prove the truth of its contents. The essential defining features of hearsay are: (1) the fact that an out-of-court statement is adduced to prove the truth of its contents and (2) the absence of a contemporaneous opportunity to cross-examine the declarant. »⁵³⁶

L'article 2843(2) du *Code civil du Québec* a codifié la règle générale tirée de la common law anglaise⁵³⁷ de la prohibition du oui-dire, soit l'une des plus vastes exceptions au principe d'admissibilité en preuve de tout fait pertinent⁵³⁸ :

2843(2). Il doit [le témoignage], pour faire preuve, être contenu dans une déposition faite à l'instance, sauf du consentement des parties ou dans les cas prévus par la loi.

En cela, la prohibition du oui-dire vise à proscrire la possibilité de faire la preuve de l'existence d'un fait par une déclaration faite hors de la présence du tribunal, et non pas à proscrire la possibilité de prouver la survenance de la déclaration elle-même, sans tenir compte de son contenu⁵³⁹. La preuve par oui-dire, telle que définie par le *Code civil du Québec*, possède donc ces deux caractéristiques :

⁵³⁴ Piché, *supra* note 14 au para 545.

⁵³⁵ Berger et al, *supra* note 353 à la p 129.

⁵³⁶ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 113 ; Voir également Berger et al, *supra* note 353 à la p 130.

⁵³⁷ Berger et al, *supra* note 353 à la p 147.

⁵³⁸ Ducharme, *supra* note 72 au para 1255. Il est à noter que le CcQ, à ses articles 2869 à 2874, prévoit certaines exceptions à cette règle, notamment l'introduction de déclarations sans la présence du témoin à l'audience, notamment en cas d'impossibilité. Nous ne traiterons pas de ces exceptions qui ne sont pas pertinentes au présent texte.

⁵³⁹ À cet égard, voir Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 3 :

« The hearsay rule is an example of a rule of restricted admissibility. It does not prohibit the admissibility of everything that has been said prior to court. It simply holds that ordinarily courts must not treat what has been said out of courts has though it is the equivalent of in-court testimony. In other words, courts should not use out-of-court statements as a narrative account

« Pour être qualifiée de preuve par ouï-dire, une déclaration extrajudiciaire doit satisfaire aux deux conditions suivantes : tout d'abord, elle doit impliquer l'affirmation de l'existence d'un fait par une personne qui en a eu une connaissance personnelle et, deuxièmement, cette déclaration doit être invoquée en vue de convaincre le tribunal de l'existence de ce fait. »⁵⁴⁰

Ainsi, il est exigé de celui qui veut prouver un constat personnel qu'il soit présent, devant le tribunal, pour relater les faits, ainsi que les circonstances dudit constat⁵⁴¹. L'idée fondamentale derrière la prohibition du ouï-dire est d'assurer que celui qui a émis un témoignage le rapporte dans l'ensemble de son contexte, face au tribunal, sous serment, et qu'il puisse être contre-interrogé sur ce témoignage⁵⁴². Le témoignage par ouï-dire ne permet donc pas de tester la crédibilité du témoin absent qui est cité⁵⁴³. Rapporter le témoignage d'un tiers absent nuit à la fiabilité du contenu qu'on cherche à prouver, puisqu'à travers les yeux de celui qui rapporte la déclaration, le risque d'avoir mal interprété les propos, d'avoir omis de saisir les subtilités du contexte, ou même d'avoir perçu le niveau de véracité des propos, est trop grand⁵⁴⁴. Ainsi, la fiabilité de la déclaration, sans la présence du déclarant, est amoindrie. La Cour suprême a rappelé dans l'arrêt *R. v Khelawon* l'objectif principal poursuivi par la prohibition du ouï-dire : « the rule against hearsay is intended to enhance the accuracy of the court's findings of fact, not impede its truth-seeking function »⁵⁴⁵.

of what happened – as a proof of the truth of its content. On the other hand, if those out-of-court statements are relevant for other purposes they can be admitted and used for limited purposes. »

Voir aussi Berger et al, *supra* note 353 aux pp 130 et s.

⁵⁴⁰ Ducharme, *supra* note 72 à la p 1267.

⁵⁴¹ Comme mentionné par Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 4 :

« Experience shows that we typically know too little to judge rationally the accuracy of a speaker's information if the speaker is not present in court to answer questions about their honesty, their opportunity to observe, their memory, or what precisely they meant to communicate. A hearsay statement that may seem tremendously useful on its face will be dangerous to act upon without more information from the person who made that hearsay statement. »

⁵⁴² *Ibid* à la p 114 ; Berger et al, *supra* note 353 à la p 147.

⁵⁴³ Berger et al, *supra* note 353 aux pp 147-148. Le tribunal devrait toujours pouvoir évaluer les « testimonial factors » en vue de déterminer le niveau de crédibilité du témoin, à savoir : la sincérité du témoin, la signification des mots choisis par le témoin, la mémoire du témoin et l'aptitude à percevoir correctement et complètement les faits du témoin.

⁵⁴⁴ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 114 ; Berger et al, *supra* note 353 à la p 147.

⁵⁴⁵ *R. c Khelawon*, 2006 CSC 57 au para 2. Cette décision est celle de principe sur le sujet du ouï-dire. Elle a été précédée par deux autres arrêts importants sur le ouï-dire qui méritent d'être mentionnés, soit les arrêts *R. v Starr*, 2000 CSC 40 et *R. v Khan*, [1990] 2 SCR 531.

Trois exceptions au oui-dire se rapportant aux experts existent en droit québécois et seront traitées, nommément a) le dépôt du rapport de l'expert tenant lieu de son témoignage ; b) le fait pour l'expert de référer à des sources scientifiques dans son rapport ; et c) l'utilisation d'éléments factuels de preuve par oui-dire comme base de l'opinion de l'expert.

Jusqu'à tout récemment, un rapport d'expert ne pouvait valoir comme moyen de preuve sans le témoignage de son auteur⁵⁴⁶. À cet égard, il ressort assez clairement de plusieurs décisions rendues avant 2016 que la preuve de son opinion ne pouvait être faite par oui-dire, soit par le dépôt d'un rapport sans le témoignage de son auteur⁵⁴⁷. Toutefois, les récentes règles du *Code de procédure civile* ont transformé la dynamique du témoignage de l'expert. Conformément à l'article 293 du *Code*, l'expert ne témoigne plus « en chef », et son rapport tient lieu de son témoignage. Ses déclarations orales lors de l'audience sont désormais non-nécessaires⁵⁴⁸. Ainsi, le témoignage écrit, contrairement aux autres témoins⁵⁴⁹, est non seulement permis, mais constitue la règle pour les experts. Ainsi, à cet égard, une différence marque désormais l'évaluation de la preuve par le tribunal ; alors que la présence physique du témoin ordinaire guide le juge dans son appréciation de sa crédibilité, celle-ci semble d'importance secondaire quant au témoin expert si on se réfère aux nouvelles dispositions du *Code de procédure civile*. Dans les faits, tel que précédemment mentionné, la présence de l'expert sera souvent nécessaire au tribunal pour lui permettre de questionner directement l'expert sur son rapport. Elle peut aussi être requise pour que la partie adverse effectue un contre-interrogatoire, ou si la partie qui a mandaté l'expert souhaite amener des précisions quant au contenu de son rapport.

Ainsi, malgré que la présence de l'expert au procès, *de facto*, demeure, celui-ci ne présentera plus de témoignage en chef classique, et ce, alors qu'il s'agissait d'une condition d'admissibilité

⁵⁴⁶ Art 402.1 de l'ancien *Code de procédure civile*.

⁵⁴⁷ Ducharme, *supra* note 72 au para 1272.

⁵⁴⁸ Cette question a été abordée plus haut. Voir notamment la décision *Plomberie Bissonnette inc. c Poulin*, *supra* note 463 aux paras 78-79. Il n'en reste pas moins que malgré l'interprétation proposée par le tribunal dans cette décision, l'application pratique des règles quant à la nécessité de la présence de l'expert au procès est floue, surtout du point de vue de l'objectif d'amoindrir les coûts de l'instance. ; Voir également Finn, *supra* note 483 sur la question.

⁵⁴⁹ Ducharme, *supra* note 72 aux paras 1273-1274. Comme toute règle de preuve, celle-ci présente des exceptions. Le Cpc prévoit certaines exceptions à la prohibition du témoignage par oui-dire sous la forme d'un écrit, notamment avec permission du tribunal lorsqu'un témoin est décédé ou gravement malade.

de son rapport à titre de moyen de preuve avant 2016. Par ce changement fondamental, le législateur tend à indiquer que les experts sont des « témoins » d'une nature différente du témoin ordinaire. Il semble d'ailleurs opportun d'évaluer la valeur et la fiabilité de l'expertise sur des critères reliés à la qualité de l'application de son savoir spécialisé aux faits, plutôt qu'à son éloquence, ses capacités de vulgarisateur ou l'image de professionnalisme qu'il projette face au tribunal⁵⁵⁰. La mémoire, l'usage du langage et l'habileté à percevoir son environnement ne sont pas non plus critères idéaux pour évaluer la fiabilité scientifique ou technique de l'opinion de l'expert⁵⁵¹.

Contrairement à cette première exception, les deux autres exceptions au oui-dire qui seront traitées s'intéressent aux éléments de preuve qui alimentent le raisonnement de l'expert, et non pas à l'admissibilité de son témoignage. L'expert est autorisé, contrairement aux autres témoins, à user du oui-dire dans le truchement de son opinion⁵⁵².

Tel qu'énoncé par le professeur Léo Ducharme, l'usage de déclarations extrajudiciaires, par exemple des articles scientifiques, est permis pour l'expert :

« Il est bien reconnu, en effet, qu'un expert peut fonder son opinion sur une preuve par oui-dire et que, lorsqu'il agit ainsi, il doit déclarer en quoi consistait cette preuve. Toutefois, c'est uniquement à titre de fondement de l'opinion de l'expert que cette preuve est reçue et non comme preuve au fond. »⁵⁵³

L'opinion de l'expert est composée d'un amalgame entre des constats, personnels ou non, sur l'affaire qui l'occupe et des éléments de savoir spécialisé acquis lors d'un long processus d'accumulation de connaissances. Bien souvent, c'est à travers ses travaux de recherche,

⁵⁵⁰ Pour voir le point de la vue du juge sur la question : Renaud, *supra* note 472 aux pp 101 et s. Il aborde les manifestations physiques, comme le langage corporel, qui permettent d'évaluer le témoignage. ; Les guides pratiques adressés aux avocats et aux experts illustrent bien la perception du milieu pratique quant à l'importance de ce type de facteurs dans le témoignage de l'expert. Voir à cet égard : Bowers, *supra* note 32, Chapter 6 – Character Traits of Expert Witnesses : The Good and the Bad ; Freiman et Berenblut, *supra* note 468 aux pp 39-40 ; Voir également les conseils pratiques dans Lubet et Boals, *supra* note 273, Section 2.5 – Appearance and Demeanor.

⁵⁵¹ Selon Morgan, *supra* note 453, il s'agit des critères classiques quant à l'évaluation de la crédibilité. ; Voir également Berger et al, *supra* note 353 à la p 148.

⁵⁵² *R. c Abbey*, *supra* note 78 aux p 43 et s.

⁵⁵³ Ducharme, *supra* note 72 au para 1312.

l'application pratique des techniques de sa science ou l'étude de la littérature qu'un expert aura élaboré une banque de connaissances dans laquelle il pourra puiser les éléments nécessaires à la construction d'une opinion. Nécessairement, cet exercice implique l'intégration de faits non prouvés dans l'opinion de l'expert, comme les écrits scientifiques⁵⁵⁴ qui nourrissent son argumentaire. L'expert pourra faire référence à d'autres spécialistes dans son champ pour appuyer son opinion, et ce, sans avoir à tous les faire témoigner devant le tribunal. Il serait impraticable et disproportionné de citer à comparaître l'ensemble des spécialistes sur lesquels un expert fait reposer son opinion pour prouver la véracité de leurs propos. Ainsi, c'est principalement pour des raisons de « nécessité et de commodité pratique » que les tribunaux font exception à la règle de prohibition du oui-dire quant aux connaissances scientifiques ou techniques que l'expert utilise inévitablement dans son expertise⁵⁵⁵.

À l'instar de la règle générale, les exceptions à la prohibition du oui-dire visent à faciliter la recherche de la vérité, si l'application stricte de la règle générale prive le tribunal d'informations nécessaires, et que les éléments de oui-dire présentent des garanties de fiabilité nécessaires. La relation entre la prohibition du oui-dire et ses exceptions présente un équilibre précaire entre vérité, fiabilité, nécessité et flexibilité.

Si leur nécessité est assez claire, puisqu'elles font partie du raisonnement de l'expert, qu'en est-il de la fiabilité des sources scientifiques sur lesquelles l'expert base son opinion ? Ce sont les qualifications établies de l'expert qui servent de fondement à la validité et la fiabilité des sources qu'il utilise. L'expert agit donc comme filtre quant à la fiabilité de certains éléments qui étayent son opinion. En cela, le tribunal jette un regard partiellement voilé sur le travail de l'expert, puisqu'il ne pourra lui-même examiner les sources qui fondent l'opinion. Ainsi, l'expert se voit offrir un niveau de confiance supérieur à celui accordé aux témoins ordinaires. À cet égard, seul l'expert a le « privilège » d'utiliser des sources scientifiques qu'il estime adéquates et d'attester que leur contenu est valable et véridique. Ce n'est pas une exception au

⁵⁵⁴ Ce que le professeur Ducharme qualifie de « catalogues, livres de sciences et dictionnaires », voir *ibid* au para 1337.

⁵⁵⁵ Piché, *supra* note 14 au para 417 ; Toute exception au principe du oui-dire doit respecter deux conditions, à savoir la nécessité et la fiabilité. Le juge applique ces critères de manière discrétionnaire en tenant compte de l'ensemble du contexte et de la preuve. À cet égard, voir Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 124.

ouï-dire qui peut être invoquée par les parties⁵⁵⁶. Cette exception « fait partie intégrante du régime propre à la preuve par expertise »⁵⁵⁷. Il s'agit là d'un indice additionnel à l'effet que l'intervention de l'expert lors du procès est d'une nature distincte de celle du témoin ordinaire.

Outre les sources que l'expert consulte dans la réalisation de son rapport, l'expert fonde également son opinion sur certains faits liés à l'affaire qui l'occupe. Il peut notamment se baser sur des faits qu'il a constatés lui-même, et ce, même si l'entièreté de ces faits n'est pas soumise en preuve⁵⁵⁸ :

« At other times, the expert witness will conduct an investigation prior to trial that includes interviewing witnesses or reading documents, and then offer an opinion based on the facts they have “found”. In other words, these expert witnesses rely in whole or in part on “hearsay” to form their opinion. »⁵⁵⁹

Plus largement, il existe une seconde exception à la prohibition du ouï-dire quant aux faits utilisés par l'expert dans la construction de son opinion. L'expert peut fonder son opinion sur des éléments factuels qui constituent du ouï-dire⁵⁶⁰. Il peut également invoquer de simples hypothèses pour justifier sa position⁵⁶¹. La Cour suprême, dans *R. c Lavallee*, a énoncé que pour que l'expertise soit admissible, il doit « existe[r] quelque élément de preuve admissible tendant à établir le fondement de l'opinion de l'expert »⁵⁶². Autrement dit, une large discrétion demeure

⁵⁵⁶ Ducharme, *supra* note 72 au para 1338.

⁵⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁵⁸ *R. c Abbey*, *supra* note 78 ; *R. c Lavallee*, *supra* note 159 ; *R. c Marquard*, *supra* note 352 ; *Dulude c St-Martin*, 2010 QCCS 73 ; Piché, *supra* note 14 au para 548.

⁵⁵⁹ Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 229.

⁵⁶⁰ Par exemple, l'expert peut utiliser pour la réalisation de son expertise des notes prises par un autre professionnel, comme des notes dans un dossier médical prise par un autre médecin. Son opinion peut se fonder sur des analyses effectuées par un autre spécialiste, sur des états financiers complétés par un autre professionnel, ou même, sur d'autres rapports d'experts, comme notamment un rapport sur les vices qui affectent une propriété rédigée par un inspecteur en bâtiment. La jurisprudence a rappelé cette possibilité à maintes reprises, notamment dans les décisions suivantes : *R. c Abbey*, *supra* note 78 à la p 44 ; *MIUF – 20*, [1988] RDJ 481 au para 6 ; *Dulude c St-Martin*, *supra* note 558 au para 44 ; *Droit de la famille — 152442*, 2015 QCCS 4519 au para 21 ; *Portnoy c LG*, 2009 QCCS 5390 au para 28 ; *R. c Gallant*, 2016 QCCQ 2263 au para 15 ; Voir également Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 597.

⁵⁶¹ Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 au para 597.

⁵⁶² *R. c Lavallee*, *supra* note 159 à la p 896 ; Dans certaines situations, l'expert pourra être appelé à se prononcer sur des scénarios factuels hypothétiques, dans l'éventualité où le juge retiendrait les faits présentés comme étant la version véridique par l'une des parties à l'instance. Il s'agit donc d'une situation additionnelle où il risque d'y avoir confusion entre les faits prouvés et les faits pris en considération par l'expert pour établir son opinion. Devant une telle éventualité, le tribunal se doit d'être vigilant quant à la valeur probante de l'expertise à évaluer. À cet égard, voir Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 à la p 232.

quant à l'admissibilité et l'évaluation de la valeur probante d'une expertise fondée partiellement sur du ouï-dire, et ce, même s'il sera impossible pour le tribunal d'évaluer individuellement la fiabilité de l'ensemble des éléments factuels invoqués par l'expert⁵⁶³. Cette exception va à contre-courant quant aux objectifs de fiabilité de la règle générale du ouï-dire. En effet, selon plusieurs, l'exactitude des faits sur lesquels l'expertise est fondée est l'un des facteurs les plus importants quant aux garanties de fiabilité de cette opinion :

« [...] I will focus on one concept that, in my view, unites rather than divides scholars who think about scientific evidence. That concept has been characterized by the Daubert Court as "fit". By "fit", I mean whether the expert testimonial claim is appropriately supported by evidence. The issue is not whether a given expert can muster evidence supporting her ability to make some, legally admissible, testimonial claim, but rather whether she can muster evidence supporting her ability to make precisely the testimonial claim that she will give. An examination of [...] literature [...] shows that a wide variety of scholars who generally would be thought to disagree about many issues share a common view that "fit" is matter of crucial importance. »⁵⁶⁴

Outre la commodité et l'aspect pratique, ces deux exceptions à la prohibition du ouï-dire s'expliquent en ce que le tribunal, pour être en mesure d'évaluer la valeur probante de l'opinion qui lui est présentée, doit connaître tous les éléments qui sous-tendent cette opinion, même lorsque ceux-ci seraient normalement prohibés⁵⁶⁵. À cet égard, si elle est admissible, la valeur probante de l'expertise, si une forte part des faits qui la sous-tendent ne sont pas prouvés, pourra être réduite, voire nulle⁵⁶⁶. Au surplus, les éléments de ouï-dire contenus dans une opinion ne doivent pas nécessairement être tenus par le tribunal comme prouvés quant à l'ensemble de l'affaire, et ce, même s'il retient cette opinion⁵⁶⁷. Il n'en reste pas moins que face à la masse d'information échangée lors d'un procès, le risque de confusion augmente. Le rapport de l'expert risque, dans bien des cas, de faire référence à des faits qui n'ont pas été intégrés à

⁵⁶³ *Portnoy c L.G.*, *supra* note 560 au para 26 à 32 ; *J.G. c Nadeau*, 2013 QCCS 410 à la p 119 ; *Dulude c St-Martin*, *supra* note 558 aux pp49 et s. ; *Droit de la famille — 152442*, *supra* note 560 au para 21 à 29 ; Piché, *supra* note 14 au para 548.

⁵⁶⁴ *Cole*, *supra* note 5 à la p 142. *Cole* souligne d'ailleurs que la question est souvent soulevée par de nombreux auteurs, sans pour autant proposer des solutions intéressantes en vue d'améliorer la fiabilité de la preuve par expertise (voir p 144).

⁵⁶⁵ *Paccioco et Stuesser*, *supra* note 151 à la p 229.

⁵⁶⁶ *J.G. c Nadeau*, *supra* note 563 au para 119 ; Piché, *supra* note 14 au para 548 ; Voir également les propos à cet égard de Ducharme, *supra* note 72 : « Aussi, pour que les conclusions d'un expert puissent être retenues, il faut d'abord que les faits sur lesquels il s'appuie soient établis par une preuve distincte ».

⁵⁶⁷ *Paccioco et Stuesser*, *supra* note 151 à la p 229.

l'enquête dans le respect des règles fondamentales du droit de la preuve. D'ailleurs, comme l'exprime la Cour suprême dans l'arrêt *Abbey*, cette exception comporte un risque que des faits soient considérés par le tribunal comme prouvés lorsque celui-ci retient l'opinion d'un expert, et ce, même s'ils ne l'ont pas été :

« Certes, le danger que présente l'acceptation en preuve d'un tel témoignage est la possibilité, toujours présente, comme on le voit en l'espèce, que le juge ou le jury conclue sans plus que ce témoignage établit l'exactitude des faits qu'il contient. Il s'agit là d'un danger réel qui touche au cœur de la présente espèce. Dès qu'un témoignage de ce genre est reçu en preuve, il est indispensable que le juge se montre prudent dans son exposé au jury ou dans sa propre appréciation de la preuve. Cependant, [...] le problème ne se pose pas au niveau de la recevabilité du témoignage, mais plutôt au niveau de la valeur probante à accorder à l'opinion qu'il contient. Bien que recevable dans le cadre d'une opinion, dans la mesure où il constitue un ouï-dire, ce témoignage ne prouve pas les faits énoncés. Le lord juge Lawton, dans l'arrêt *Turner*, précité, a parlé de ce "principe fondamental" qu'on "néglige souvent" [...]. »⁵⁶⁸

Par ces exceptions, dont l'objectif est d'abord fonctionnel, les tribunaux reconnaissent que l'importance et l'utilité de l'expertise outrepassent les dangers qu'elle comporte. Il convient d'évaluer en quoi ces observations sont pertinentes quant à la nature de l'expertise, surtout considérant que celle-ci est identifiée clairement comme constituant un témoignage au *Code civil du Québec*.

2.4 L'EXPERT, LES EXCEPTIONS ET L'INTÉRÊT DE LA JUSTICE

L'intérêt de cette seconde étape de réflexion était de mieux comprendre la perception que le législateur et le tribunal ont par rapport à l'expertise. La justice porte une grande confiance en l'expert. Son témoignage est perçu comme un outil d'importance pour le tribunal. Il a été mentionné que les experts ont un traitement différent des témoins de fait lors du procès. Leur rapport à la vérité est considéré autrement par le tribunal, qui entretient avec l'expert un lien qui n'a pas d'équivalent. Le serment qui régit le témoignage de l'expert, lorsqu'il est un professionnel, est sous-tendu par des obligations déontologiques beaucoup plus vastes que celle du témoin ordinaire de dire « toute la vérité, rien que la vérité ». En témoignant, le professionnel est dans l'exercice de ses fonctions et a une responsabilité face aux parties, au tribunal et au

⁵⁶⁸ R. c *Abbey*, *supra* note 78.

public. À cet égard, contrairement aux autres témoins, l'expert n'a pas à témoigner en chef sur son opinion. Bien que de manière pratique, la présence de l'expert sera souvent nécessaire au tribunal, la jurisprudence nous apprend que ce sera d'abord et avant tout pour s'assurer de pouvoir poser des questions à l'expert pour bien comprendre son opinion. En cela, l'expert est encore une fois considéré par les tribunaux différemment du témoin de fait, en ce que la motivation première qui explique sa présence à l'audience est fondamentalement différente. On veut comprendre l'expert, d'abord et avant tout, que ce soit pour utiliser son opinion dans le processus de prise de décision, ou pour évaluer la fiabilité de cette opinion. À cet égard, les tribunaux, bien que bénéficiant des éclaircissements pouvant être apportés par le contre-interrogatoire de l'expert, en ont également souligné les limites inhérentes, en raison de l'aspect spécialisé de l'expertise.

Les **exceptions** constituent un des attributs qui sont fondamentaux à la nature de l'expertise et à la réalisation mission. L'expert fait exception à bon nombre de règles classiques du droit de la preuve. L'intention n'est pas de critiquer ces exceptions, mais bien d'en tirer certains constats quant à ce qui différencie l'expert des autres témoins. L'objectif premier des règles de preuve est l'atteinte d'un résultat le plus possible conforme à la vérité. Or, ces règles ne permettent pas d'atteindre un tel résultat lorsqu'il est question de présenter du savoir spécialisé au tribunal. À cet égard, on constate aisément que la nature du rôle d'éclairage de l'expert entre plus souvent qu'autrement en contradiction avec ces règles. C'est le cas de l'exception de l'expert quant à la prohibition du témoignage d'opinion. Cette exception incarne l'antinomie qui existe entre le rôle de l'expert et les règles qui régissent les témoignages. Ainsi, un vaste régime d'exception a dû être créé pour permettre à l'expert de transmettre une opinion au tribunal. Or, il ne s'agit pas là d'une situation d'exception, mais bien de l'objectif ultime de l'intervention de l'expert. Les exceptions quant à la prohibition du ouï-dire dénotent également la spécificité inhérente à la nature de l'expertise. Ces exceptions, dont l'objectif est de faciliter le déroulement de l'instance, tirent leur légitimité des qualifications ainsi que de la crédibilité de l'expert. Parce que l'expert est un spécialiste, parce qu'il doit être indépendant et impartial, parce qu'il est, bien souvent, soumis à un code de déontologie, le tribunal acquiescera à admettre en preuve son opinion même si elle est fondée sur des éléments qui ne rencontrent pas les normes de fiabilité généralement exigées.

Ainsi, pour pouvoir remplir sa mission, l'expert doit être en mesure de présenter son opinion sur une affaire. Il doit être en mesure, pour former cette opinion, d'amasser et d'analyser une masse d'information qu'il n'est ni possible, ni nécessaire, de présenter dans son intégralité au tribunal⁵⁶⁹. La fonction de son intervention dans le cadre de l'instance civile est d'aider le tribunal à former des inférences les plus conformes à la vérité possible. Par opposition, l'objectif du dépôt d'éléments de preuve par les parties est plutôt de fournir au tribunal les éléments factuels nécessaires à l'atteinte de son fardeau de preuve. Ainsi, bien que la base de leurs interventions respectives demeure les faits d'une affaire, le traitement de ces faits effectué par l'expert est contraire à plusieurs règles de preuve fondamentales applicables au témoin ordinaire. En cela, l'expert se distingue non seulement des autres témoins, mais de la plupart des moyens de preuve répertoriés au *Code civil du Québec*.

Il est intéressant de constater que contrairement au relatif silence des juristes québécois⁵⁷⁰ sur la question, les juristes français débattent toujours quant à la qualification juridique de l'expertise⁵⁷¹. Historiquement, l'expert était considéré en droit français comme étant un témoin⁵⁷². La législation actuelle crée deux catégories, l'une pour le témoin, et l'autre pour l'expert. Au surplus, la loi distingue l'expert du témoin au niveau des modalités pour sa participation au procès ; elle prévoit toutefois certaines règles applicables de manière similaires à l'un et l'autre⁵⁷³. Alors que certains auteurs considèrent cela suffisant pour affirmer que « les experts ne sont jamais qu'une sorte de témoins », d'autres distinguent l'expert en raison de la disparité entre les objectifs et des modalités de leurs participations respectives au procès⁵⁷⁴ : « L'expert n'est pas un témoin : l'un expose les faits tels qu'il les a vus ; l'autre les explique à

⁵⁶⁹ Piché, *supra* note 14 aux paras 152-155.

⁵⁷⁰ Menétray s'est, par exemple, questionnée à savoir si l'expert pouvait être assimilé à un tiers amical dans son article Séverine Menétray, « L'immixtion de tiers amicaux dans le mécanisme juridictionnel » (2004) 45 C de D 729 ; Même mention dans l'ouvrage Lavoie, *supra* note 233, où l'expert est décrit comme un *amicus curiae* – nous y reviendrons plus loin. ; Voir également Jutras, *supra* note 8.

⁵⁷¹ Dumoulin, *supra* note 45 à la p 44.

⁵⁷² *Ibid.* Dumoulin cite plusieurs auteurs français classiques, tels Joseph-Edouard Boitard (dans *Leçon de procédure civile*, 1885) ou Aimé Rodière (dans *Traité de compétence et de procédure en matière civile*, 1878), qui assimilent les experts à une « sorte de témoin », ou à « des témoins, ou des tiers désintéressés ».

⁵⁷³ Voir à cet égard Dumoulin, *supra* note 45 à la p 44.

⁵⁷⁴ Comme, par exemple, l'auteur Aimé Rodière dans son *Traité de compétence et de procédure en matière civile* de 1878, cité par Dumoulin, *supra* note 45 à la p 44.

l'aide de sa science ou de son art»⁵⁷⁵. Il est vrai que, comme cela a été énoncé jusqu'ici, plusieurs des attributs fondamentaux du témoignage ordinaire ne caractérisent pas l'expert de par sa fonction⁵⁷⁶ dans le procès, mais également en raison de la « relation originale »⁵⁷⁷ qu'il entretient avec le tribunal⁵⁷⁸.

La réaffirmation au *Code de procédure civile* de la mission de l'expert envers le tribunal n'est pas sans rappeler le rôle de l'*amicus curiae*, ou l'ami de la Cour, lorsqu'il intervient dans le cadre d'un procès. L'*amicus curiae* est un « mécanisme particulier de représentation des intérêts absents »⁵⁷⁹. Il « n'a que pour seul "client" le tribunal »⁵⁸⁰, et n'intervient que lors de l'instruction de l'affaire⁵⁸¹. Alors que l'expert a comme rôle *premier* d'éclairer le tribunal⁵⁸², l'*amicus curiae*, lui, doit *seulement* s'intéresser à celui-ci, et à aucune autre partie. La nomination d'un *amicus curiae* ne survient qu'en réponse à un « besoin [d']aide pour le bon déroulement de l'instance et la formulation d'observations pertinentes » du tribunal⁵⁸³. L'*amicus curiae* est présenté dans la jurisprudence et la doctrine comme ayant le rôle d'« éclairer » le tribunal, tout comme l'expert⁵⁸⁴. Son rôle est donc de « prêter main-forte au tribunal en fonction du mandat qui lui a été confié pour lui apporter un éclairage qu'il ne recevrait pas autrement et l'aider à prendre une décision qui soit dans le meilleur intérêt de la justice »⁵⁸⁵. L'intervention de l'*amicus curiae*, de

⁵⁷⁵ Pierre Mestre, *Les experts auxiliaires de la justice civile*, Librairie du « Recueil Sirey », 1937 à la p 197.

⁵⁷⁶ À cet égard, voir les commentaires formulés quant à la décision *Benisty c Kloda*, *supra* note 458.

⁵⁷⁷ Dumoulin, *supra* note 45 à la p 44.

⁵⁷⁸ Il est à noter qu'en France, l'expertise est majoritairement commandée et dirigée par les tribunaux. Il n'y a que peu de cas d'expertises privées, quoique l'usage de tels experts soit en hausse, surtout en matière de litiges impliquant des assureurs. La mission de l'expert par rapport au juge dans le cadre du procès présente toutefois des ressemblances épistémiques évidentes qui accentuent la pertinence du comparatif. Voir notamment Dumoulin, *supra* note 45 ; Jacques Boulez, *Expertises judiciaires : désignation et missions de l'expert, procédure selon la juridiction*, 14^e éd, coll Encyclopédie Delmas, Paris, Delmas, 2006 ; François Ruellan, *Droit et pratique de l'expertise judiciaire civile*, 2^e éd, Paris, LexisNexis, 2015 ; D. Jean Beynel, *Expertise, experts et procédure*, coll Comment faire, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1989.

⁵⁷⁹ Menétrey, *supra* note 570 à la p 736. L'auteure note qu'il n'y a pas de définition stricte de l'*amicus curiae*, puisque sa participation à l'instance judiciaire doit être préférablement encadrée par des règles souples. ; Voir également quant à l'*amicus curiae* Ferland et Emery, *supra* note 359 au para 1415.

⁵⁸⁰ Vincent De L'Étoile, « J'ai trouvé un ami... Quel rôle pour l'*amicus* dans l'action collective québécoise ? » dans *Colloque national sur l'action collective – Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis (2018)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec 2018 à la p 2.

⁵⁸¹ Ferland et Emery, *supra* note 359 aux paras 1402 et 1413 ; Voir aussi Guillemard, *supra* note 202 au para 227.

⁵⁸² Art 22 Cpc ; Voir l'affaire *Société de transport de Montréal c Joubert*, 2017 QCCS 3045 aux paras 37 à 39.

⁵⁸³ *Canada (Procureur général) c Telnabi*, 2014 CF 1050 au para 87.

⁵⁸⁴ Guillemard, *supra* note 202 au para 227.

⁵⁸⁵ De L'Étoile, *supra* note 580 à la p 3.

la même manière que celle de l'expert, doit être « nécessaire et utile » à la solution du litige, et celui-ci doit avoir la « capacité de l'assister », ce qui n'est pas sans rappeler les critères de nécessité et de compétence édictés à l'arrêt *Mohan*⁵⁸⁶.

Le mécanisme de l'*amicus curiae* est purement axé vers la justice de la décision judiciaire, non seulement envers les parties en litige, mais également envers l'ensemble de la société⁵⁸⁷. En cela, que l'*amicus curiae* n'est pas un moyen de preuve ; son apport, en tant que participant au procès, est unique et est reconnu comme tel tant par la jurisprudence que la doctrine. L'auteure Séverine Menétrey, dans une réflexion sur l'immixtion de tiers amicaux dans le mécanisme juridictionnel, a abordé l'expertise judiciaire, soit celle à l'occasion de laquelle le tribunal nomme lui-même un expert. À cet égard, elle est d'avis que l'expert nommé par le tribunal ne peut être assimilé à un *amicus curiae*, puisqu'il n'est pas un « tiers dépourvu d'intérêt juridique qui s'immisce dans le processus juridictionnel » et que son rôle se rapproche plus de la preuve que de la représentation d'intérêts absents⁵⁸⁸. Contrairement à l'expert, l'*amicus curiae* a autant une mission d'éclairage à l'égard du tribunal qu'un intérêt autonome et spontané à vouloir éclairer le tribunal⁵⁸⁹. Au contraire, l'auteur Claude Lavoie qualifie le rôle de l'expert comme étant un *amicus curiae*, en ce qu'il doit « disposer de toute l'indépendance nécessaire » pour réaliser sa mission d'éclairage du tribunal⁵⁹⁰.

S'intéresser aux similitudes entre les rôles de l'*amicus curiae* et de l'expert suggère certaines pistes de réflexion quant à la problématique multifacette de l'usage d'expertises dans le système

⁵⁸⁶ Ces critères sont d'abord juridprudentiels. Voir notamment *Nadeau-Dubois c Morasse*, 2013 QCCA 743 (appel à la CSC rejeté dans 2016 CSC 44) ; *Canada (Procureur général) c Groupe conseil Saguenay inc.*, 2007 QCCS 2032 ; Voir également les commentaires dans : Ferland et Emery, *supra* note 359 au para 1411 ; Chamberland, *supra* note 140 à l'art 187 ; Voir aussi Menétrey, *supra* note 570 à la p 765, où l'auteure présente une étude de la jurisprudence où ces critères quant à l'*amicus curiae* prennent de plus en plus d'importance.

⁵⁸⁷ Menétrey, *supra* note 570 à la p 735. Il doit être souligné que, à cet égard, que Menétrey est d'avis que l'expert a une « appartenance pleine et entière » au droit de la preuve. Nous ne souscrivons pas à cette opinion, pour l'ensemble des raisons énoncées dans le présent mémoire, à commencer par la relation unique qui unit le juge à l'expert, ainsi que la potentielle influence de l'opinion de l'expert sur le processus judiciaire.

⁵⁸⁸ *Ibid* à la p 749.

⁵⁸⁹ *Ibid* à la p 763.

⁵⁹⁰ Lavoie, *supra* note 233 au para 7.6. Cet ouvrage est particulier, puisqu'il a été écrit par un urbaniste professionnel qui a l'habitude d'agir comme expert devant les tribunaux. Bien que les rapprochements faits entre la notion d'*amicus curiae* et l'expertise soient intéressantes et instructives, nous n'adhérons pas à son opinion comme quoi l'expert est un *amicus curiae*, quoiqu'il y ait des similitudes évidentes dans leur rôle respectif.

judiciaire. L'intention n'est pas d'affirmer que l'expert est, ou devrait être considéré, comme un *amicus curiae*. L'intention est plutôt d'enrichir la réflexion sur la nature du rôle de l'expert, et sur les normes et pratiques actuelles, en comparant la nature de l'intervention de l'expert à d'autres formes d'intervention. C'est notamment l'intérêt public qui justifie la participation de l'*amicus curiae* au processus judiciaire⁵⁹¹. L'intervention d'un tiers amical sera justifiée lorsque celui-ci sera nécessaire pour fournir « tout l'éclairage requis et souhaitable pour trancher le débat »⁵⁹². L'intervention de l'*amicus curiae*, à la différence d'un témoignage ordinaire, devra faire l'objet d'une évaluation coûts-bénéfices avant d'être autorisée⁵⁹³. Tout comme dans le cas de l'expertise, c'est le risque d'influence quant à la prise de décision qui explique la prudence⁵⁹⁴ avec laquelle les tribunaux considèrent l'intervention des *amicus curiae*⁵⁹⁵. Il a d'ailleurs été reconnu par la Cour d'appel que l'examen des intérêts de l'intervenant est l'un des éléments importants à considérer dans le cadre d'une demande pour autoriser une intervention amicale⁵⁹⁶. La partialité d'un *amicus curiae*, s'il appuie l'une des parties, est susceptible de « ultimately create an imbalance between the parties »⁵⁹⁷. Ainsi, similairement à l'*amicus curiae*, il est exigé à l'expert pour remplir adéquatement sa mission de cibler son intervention en fonction des besoins du tribunal en savoir spécialisé, et non pas selon les objectifs des parties. L'expert, tout comme l'*amicus curiae*, doit être **impartial**⁵⁹⁸; il s'agit d'un autre attribut qui caractérise sa nature.

À titre de collaborateur⁵⁹⁹ du tribunal, on exige de l'expert qu'il « concour[e] indirectement à l'action de la justice »⁶⁰⁰. En cela, un autre attribut qui caractérise sa nature particulière de sa

⁵⁹¹ Ainsi que l'utilité et l'éclairage différent que peut apporter le regard de l'*amicus* quant au débat. Voir dans Ferland et Emery, *supra* note 359 au para 1411.

⁵⁹² *Nadeau-Dubois c Morasse*, *supra* note 586 au para 8 ; *Dunkin' Brands Canada Ltd c Bertico inc.*, 2013 QCCA 867 au para 18 ; *Agence Océanica inc. c Agence du revenu du Québec*, 2013 QCCA 1451 au para 13.

⁵⁹³ *Agence Océanica inc c Agence du revenu du Québec*, *supra* note 592 au para 13.

⁵⁹⁴ Il est à noter que le niveau de prudence appliqué par les tribunaux pourra varier. Il sera moins élevé dans les dossiers qui révèlent de l'intérêt public, comme les dossiers de droits et libertés de la personne ou de droit constitutionnel, et il sera plus élevé dans le cadre d'un litige privé. Voir à cet égard *Dunkin' Brands Canada Ltd c Bertico inc.*, *supra* note 592 au para 15.

⁵⁹⁵ *Agence Océanica inc. c Agence du revenu du Québec*, *supra* note 592 au para 13.

⁵⁹⁶ *Dunkin' Brands Canada Ltd c Bertico inc.*, *supra* note 592 aux paras 22-24.

⁵⁹⁷ *Ibid* au para 24.

⁵⁹⁸ Art 22 Cpc.

⁵⁹⁹ Préville-Ratelle, *supra* note 6, section 2.2.2.

⁶⁰⁰ Piché énonce que « l'expert choisit par l'une ou l'autre des parties est un auxiliaire de la justice [...] » dans Piché, *supra* note 14 au para 537 ; Contrairement à la France, le statut d'auxiliaire de justice n'est pas défini au

participation à la décision judiciaire est qu'il est un **auxiliaire de justice**. La Cour supérieure l'a d'ailleurs déjà qualifié comme tel dans *Audet c Landry*⁶⁰¹. L'expert, quoique de manière plus indirecte que l'avocat, « contribue à ce que la justice soit bien rendue »⁶⁰². À cet égard, l'honorable David M. Paciocco parle d'« obligation fiduciaire »⁶⁰³ de l'expert envers le tribunal. Qu'on le qualifie ou pas d'auxiliaire de justice, d'*amicus curiae* ou même de témoin, il est crucial de reconnaître que la participation au procès des experts est unique. Pour cette raison, elle ne peut répondre aux mêmes exigences et règles que celles qui régissent le témoignage, ou même tout autre moyen de preuve.

Comme l'*amicus curiae*, l'expert est un acteur à part⁶⁰⁴. S'il ne se classe adéquatement dans aucune catégorie existante au *Code civil du Québec*, ou au *Code de procédure civile*, c'est peut-être parce qu'il a une nature incomparable qu'il faut considérer comme telle. À cet égard, il aurait été judicieux du législateur qu'il crée pour l'expertise une catégorie qui lui est propre dans le *Code civil du Québec*⁶⁰⁵. La classification de l'expertise à titre de témoignage cadre mal avec les attributs qui caractérisent la nature de sa mission. Ainsi, il est fondamental de repenser la nature de l'expertise hors des catégories connues du droit de la preuve. L'action des experts pourrait se voir appliquer des règles plus spécifiques qu'un carcan de règles traditionnelles auxquelles l'expertise fait, plus souvent qu'autrement, exception.

Code de procédure civile. C'est plutôt une expression générale qui englobe tout acteur qui aide au bon déroulement de l'instance judiciaire. Selon le Gouvernement du Québec, *Thésaurus de l'activité gouvernementale*, 2018, en ligne : www.thesaurus.gouv.qc.ca, l'auxiliaire de justice peut être défini comme : « Personne, autre qu'un fonctionnaire, qui concourt directement ou indirectement à l'action de la justice soit en assistant le juge dans l'exercice de ses fonctions, soit en apportant le soutien aux parties ». ; Quant à l'expert et au statut d'auxiliaire de justice en France, voir notamment Préville-Ratelle, *supra* note 6, section 2.2.2.

⁶⁰¹ Dans *Audet c Landry*, 2009 QCCS 3312 aux paras 65 et 66, le tribunal mentionne que :

« [65] En résumé, le Tribunal constate que l'expert choisi par l'une ou l'autre des parties jouit d'un statut particulier : celui d'auxiliaire de la justice et ce, parce que sa mission première, peu importe la partie qui retient ses services, est celle d'éclairer le Tribunal sur l'aspect technique ou scientifique de la question qui lui est soumise.

[66] De l'avis du Tribunal, l'expert qui demeure objectif et impartial tout au cours de l'exécution de son mandat, joue d'une façon très efficace son rôle d'auxiliaire de la justice, d'une part et remplit, d'autre part, sa mission première. »

⁶⁰² Sur le rôle d'auxiliaire de justice de l'avocat, voir Guillemard, *supra* note 202 au para 207.

⁶⁰³ [notre traduction] Paciocco, *supra* note 13 au para 4. L'obligation fiduciaire de l'expert envers le tribunal sera abordée dans la SECTION 2 – DIMENSION NORMATIVE.

⁶⁰⁴ Menétrey, *supra* note 570 à la p 765. Comme l'*amicus curiae*, l'expert « n'entre dans aucune catégorie processuelle existante ».

⁶⁰⁵ Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 110.

3. DIMENSION PRATIQUE : LES DIFFICULTÉS DE L'EXPERTISE PRIVÉE, LE PROCÉDÉ MAJORITAIRE DE NOMINATION DES EXPERTS

Après avoir abordé les dimensions référentielle et normative, il convient d'examiner la dimension pratique de l'expertise. Le niveau pratique « fait office d'infrastructure » pour la mise en place des principes qui sous-tendent la mission de l'expert, et permet la « matérialisation » des normes qui s'y rattachent⁶⁰⁶. Les pratiques, à force d'exercice, deviennent des rituels qui forment une « culture » institutionnelle⁶⁰⁷. L'expertise privée constitue l'un de ces rituels. Celle-ci sera au centre de la réflexion proposée, puisqu'elle constitue actuellement le procédé de nomination majoritaire de l'expert⁶⁰⁸.

Plusieurs des changements prévus au *Code de procédure civile* touchent à la dimension pratique de l'expertise ; ils ont substantiellement préoccupé les praticiens, et continuent de provoquer plusieurs critiques. Plus spécifiquement, la favorisation de l'usage de l'expertise commune et l'introduction d'un pouvoir du tribunal d'ordonner une telle expertise sont des mesures qui ont fait controverse. Rien de surprenant, toutefois. Comme le mentionne le professeur Pierre Noreau, l'innovation risque bien souvent de se trouver « confrontée à la tyrannie des habitudes »⁶⁰⁹. L'expertise privée semble bien ancrée dans les pratiques les plus représentatives du système accusatoire et contradictoire, si l'on en croit certains intervenants du système de justice⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ Noreau, *supra* note 10 à la p 18.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ Jutras, *supra* note 8 à la p 12. Malgré l'entrée en vigueur de règles qui favorisent l'utilisation d'experts communs, l'expertise privée demeure le principal procédé de nomination des experts utilisé au Québec. L'expertise commune est encore exceptionnelle.

⁶⁰⁹ Noreau, *supra* note 10 à la p 22.

⁶¹⁰ Voir certains points de vue présentés dans : Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 ; Barreau du Québec, *supra* note 356 ; Zuckerman, *supra* note 93 ; Jeune Barreau de Montréal, *supra* note 356 ; Également voir les commentaires quant à ces points de vue dans : Lord Woolf, *supra* note 2 ; Préville-Ratelle, *supra* note 6.

Pourtant, comme il a été mentionné dans l'*État des lieux*⁶¹¹, l'usage d'experts privés est une pratique relativement récente. L'augmentation des connaissances a forcé la spécialisation des savoirs, créant un besoin d'experts pour assister les tribunaux dans la prise de décisions sur certaines questions scientifiques ou techniques. Ce besoin, dont la source est d'abord et avant tout le tribunal, s'est concrétisé par l'usage d'experts choisis par les tribunaux. Les experts se voyaient ainsi être mandatés par les tribunaux, à leur initiative ou à la demande des parties, pour les conseiller sur des questions spécialisées particulières. Ce rôle d'assistance dans la prise de décision est strictement régi par la loi, et les experts jouissent alors d'un statut juridique qui se rapproche plutôt du juge que du témoin. Des règles favorisent leur indépendance et leur impartialité, notamment en leur opposant les mêmes critères de récusation que les juges⁶¹². Les pratiques de nomination des experts se sont transformées parallèlement à la libéralisation de la procédure civile ; la nomination d'experts privés a gagné en popularité, la procédure accusatoire et contradictoire impliquant une plus grande maîtrise de la preuve par les parties⁶¹³. D'assistant du tribunal, l'expert est ainsi devenu un témoin d'opinion⁶¹⁴.

3.1 LA PARTIALITÉ, LE RÉSULTAT INÉVITABLE DE LA NOMINATION D'EXPERTS PRIVÉS

Le sujet de la partialité des experts privés a été mis de côté jusqu'à présent puisqu'il mérite d'être abordé distinctement. En effet, comme plusieurs auteurs l'ont souligné, la partialité des experts nommés et payés par une partie est l'un des problèmes les plus significatifs des systèmes judiciaires modernes⁶¹⁵. Il semble toutefois clair que l'indépendance et l'impartialité de l'expert

⁶¹¹ L'ÉTAT DES LIEUX présente une description historique détaillée à cet égard. Plus particulièrement, à ce sujet, voir : Préville-Ratelle, *supra* note 6 ; Corbin, *supra* note 7 ; Chaffai-Parent et Piché, *supra* note 17 ; Anderson, *supra* note 27.

⁶¹² À cet égard, jusqu'à l'entrée en vigueur du Cpc actuel, l'ancien Cpc prévoyait que l'expert commis par le tribunal – une procédure rarement utilisée – pouvait être récusé pour les mêmes causes que les juges, voir les art 417 et 234 de l'ancien Cpc.

⁶¹³ Corbin, *supra* note 7 à la p 1 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 2 ; Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 53.

⁶¹⁴ Par exemple, l'art 2843 CcQ.

⁶¹⁵ Voir notamment les rapports suivants : Lord Woolf, *supra* note 2 à la p 3 ; Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 ; Voir également Corbin, *supra* note 7 à la p 2 ; Paciocco, *supra* note 13 ; Piché, *supra* note 14 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 3 ; Préville-Ratelle, *supra* note 6 ; Reinfert, *supra* note 322 ; Yee, *supra* note 5.

constituent la clé de voûte, la condition de la réalisation adéquate de la mission qui lui est confiée par la loi. Les compétences et connaissances de l'expert le positionnent comme un acteur singulier du processus judiciaire, notamment en raison de la difficulté que peut éprouver le tribunal à évaluer la valeur de son opinion. L'expert a la réputation de présenter un degré important d'« impartialité généralement associée aux professionnels »⁶¹⁶. En observant les nombreuses exceptions associées à l'expert, on dénote également la latitude laissée aux praticiens dans la manière de mandater et d'utiliser les connaissances et l'opinion de l'expert dans le but d'appuyer leur théorie de la cause.

3.1.1 DÉFINIR L'INDÉPENDANCE ET L'IMPARTIALITÉ

Le *Code de procédure civile*, à son article 9, décrit la mission des tribunaux. Il y est énoncé que les tribunaux « doivent être impartiaux et doivent, dans leurs décisions, prendre en considération le meilleur intérêt de la justice ». La Cour suprême a défini l'indépendance et l'impartialité des tribunaux dans l'arrêt *Valente c La Reine* :

« L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une affaire donnée. Le terme "indépendance" reflète et consacre la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire et connote non seulement un état d'esprit, mais aussi un statut ou une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives. L'indépendance judiciaire fait intervenir des rapports tant individuels qu'institutionnels : l'indépendance individuelle d'un juge, qui se manifeste dans certains de ses attributs, telle l'inamovibilité, et l'indépendance institutionnelle du tribunal qui ressort de ses rapports institutionnels ou administratifs avec les organes exécutif et législatif du gouvernement.

Le critère de l'indépendance aux fins de l'al. 11d) de la Charte doit être, comme dans le cas de l'impartialité, de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. Cette perception doit être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s'il jouit de ces conditions ou garanties. »⁶¹⁷

De manière générale, l'indépendance et l'impartialité du décideur, dans un contexte judiciaire, font partie des principes de justice naturelle et constituent une « condition essentielle » à la

⁶¹⁶ *R. v D.D.*, *supra* note 352 au para 52.

⁶¹⁷ *Valente c La Reine*, *supra* note 202 aux pp 674-675.

justice⁶¹⁸. Ces garanties quant aux tribunaux sont fondamentales dans toute société de droit libre et démocratique⁶¹⁹, et font partie des lois constitutionnelles canadiennes⁶²⁰. Ainsi, le pouvoir de rendre des décisions judiciaires doit n'« appartenir qu'à des juges impartiales, c'est-à-dire neutres, en plus d'être assurées d'une indépendance complète par la nature même de leurs fonctions »⁶²¹.

À cet égard, il a été établi que l'expert, par son influence éclairée sur le tribunal, intervient dans le processus judiciaire de la prise de décision ; son opinion peut même tendre à « constituer un savoir véritablement contraignant »⁶²². Pour être en mesure de réaliser la mission première d'éclairage du tribunal énoncée par l'article 22 du *Code de procédure civile*, il est exigé de l'expert qu'il soit indépendant et impartial⁶²³. Récemment, dans l'arrêt *White Burgess*, la Cour suprême a indiqué que l'indépendance et l'impartialité de l'expert constituent, au même titre que les autres conditions, une règle quant à l'admissibilité de son opinion, ainsi qu'un critère d'évaluation de sa valeur probante :

« [1] Le témoignage d'expert peut constituer la pièce maîtresse dans la recherche de la vérité tout comme il peut présenter des dangers particuliers. Pour se prémunir contre ces dangers, la Cour depuis une vingtaine d'années resserre graduellement les règles d'admissibilité et renforce le rôle de gardien du juge de première instance. Ainsi, l'admission du témoignage d'expert est subordonnée au respect de certaines normes fondamentales. La question à trancher dans le cadre du présent pourvoi est de savoir si l'indépendance et l'impartialité de l'expert que l'on se propose de citer comme témoin devraient compter au nombre de ces normes fondamentales d'admissibilité. À mon avis elles devraient l'être.

[2] Le témoin expert a l'obligation particulière d'apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale. La personne que l'on se propose de citer à ce titre, mais qui ne peut ou ne veut se conformer à cette obligation, n'a pas la qualification pour témoigner à titre d'expert et ne devrait pas y être autorisée. Des réserves moins fondamentales

⁶¹⁸ Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 93 ; Voir plus particulièrement Catherine Piché, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2014 ; Ferland et Emery, *supra* note 359.

⁶¹⁹ W. R. Lederman, « The Independence of the Judiciary » (1956) 34 Can B Rev 1139 aux pp 9-10 ; Ferland et Emery, *supra* note 359 au para 50 ; Piché, *supra* note 618 aux pp 184 et s. ; *Valente c La Reine*, *supra* note 202.

⁶²⁰ Art 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch 11 (R.-U.).

⁶²¹ Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 372.

⁶²² Dumoulin, *supra* note 45 à la p 140.

⁶²³ Art 22 et 231 Cpc. La mission d'éclairage de l'expert a été décrite en détail dans la SECTION 1 – DIMENSION RÉFÉRENTIELLE.

quant à l'indépendance et à l'impartialité de l'expert devraient jouer dans l'analyse globale des coûts et des bénéfices de l'admission du témoignage. »⁶²⁴

Les changements législatifs survenus dans le reste du Canada⁶²⁵, ainsi qu'en Angleterre, témoignent de l'importance qu'accordent les législateurs étrangers quant à ces deux caractéristiques fondamentales de l'intervention de l'expert⁶²⁶. À cet égard, il s'agit de composantes essentielles de la mission de l'expert ; le *Code de procédure civile* prévoit que l'expert « doit accomplir sa mission avec objectivité, impartialité et rigueur », et ce, sous forme de principe directeur⁶²⁷. Ces obligations de l'expert constituent un corollaire de la confiance accordée par les tribunaux en la compétence des experts qui sont appelés à les aider dans le processus de prise de décisions⁶²⁸.

L'indépendance et l'impartialité constituent les deux principales composantes de l'« interdiction des biais », un principe de justice naturelle, lorsqu'il concerne les autorités décisionnelles comme les juges judiciaires ou administratifs⁶²⁹ :

« For decision-makers, independence and impartiality are both components of the rule against bias. Impartiality is primarily subjective; it concerns a person's state of mind or attitude in relation to the issues and the parties. Independence is more objective; it concerns a person's status or relationship to others. »⁶³⁰

⁶²⁴ *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*, *supra* note 69 aux paras 1-2.

⁶²⁵ Suivant le rapport de Lord Woolf, ainsi que la réforme de la procédure civile anglaise, plusieurs législatures ont entrepris des réflexions pour repenser le rôle de l'expert et les règles qui s'y appliquent, notamment certaines provinces canadiennes (Ontario – 2008, Colombie-Britannique – 2009, Saskatchewan – 2013, Yukon – 2009, Nouvelle-Écosse – 2008, Île-du-Prince-Édouard – 2008, et Fédéral – 2010), ainsi que l'Australie. Voir à cet égard Lord Woolf, *supra* note 2 ; Préville-Ratelle, *supra* note 6 ; Bobette Wolski, « Reform of the Civil Justice System Two Decades Past – Implications for the Legal Profession and for Law Teachers », (2009) 21:3 Bond LR 192.

⁶²⁶ Piché, *supra* note 14 au para 537.

⁶²⁷ Art 22 Cpc.

⁶²⁸ Voir à cet égard les propos de la Cour suprême dans *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, *supra* note 84 au para 106, où elle rappelle le lien qui existe entre l'indépendance, l'impartialité et la mission que doit réaliser l'expert : « L'indépendance et l'impartialité d'un expert sont des facteurs certes importants, j'en conviens. Il est acquis que l'expert doit fournir une opinion indépendante, impartiale et objective, en vue d'aider le décideur [...] ».

⁶²⁹ [notre traduction] Voir à ce propos Paul Michell et Renu Mandhane, « Civil Justice and Civil Justice Reform : The Uncertain Duty of the Expert Witness » (2005) 42 Alta L Rev 635 à la p 640.

⁶³⁰ *Ibid* à la p 638. Les auteurs résument habilement leurs propos : « Put another way, impartiality concerns how the expert acts, while independence concerns who the expert is. ».

L'expert n'a pas non plus à être protégé de toute influence par des garanties objectives d'indépendance liées à la fonction judiciaire⁶³¹. Bien au contraire, l'expert, le plus souvent, est nommé et payé par une des parties, une situation où tant son indépendance que son impartialité sont dans les faits compromises⁶³². Ainsi, la position de l'expert privé face à la partie qui le mandate rend la réalisation de sa mission d'éclairage plus complexe, puisque ses deux interlocuteurs ont des attentes contraires à son égard. Le tribunal s'attend à ce que l'expert l'instruise quant à la vérité scientifique ou technique, tandis que la partie qui le mandate espère que son intervention convaincra le tribunal de la véracité de sa thèse⁶³³. L'expert joue donc à l'équilibriste quant à ses obligations, ce qui, on le verra, aura des effets néfastes sur l'instance judiciaire.

Il convient ainsi de discuter de l'indépendance et de l'impartialité de l'expert dans le contexte plus précis des « réalités du débat contradictoire »⁶³⁴, comme l'a fait la Cour suprême, toujours dans *White Burgess*. En plus de définir ce que constituent l'indépendance et l'impartialité, la Cour suprême s'intéresse également à une autre notion connexe, l'absence de parti pris :

« [32] Trois concepts apparentés sont à la base des diverses définitions de l'obligation de l'expert, à savoir l'impartialité, l'indépendance et l'absence de parti pris. L'opinion de l'expert doit être impartiale, en ce sens qu'elle découle d'un examen objectif des questions à trancher. Elle doit être indépendante, c'est-à-dire qu'elle doit être le fruit du jugement indépendant de l'expert, non influencée par la partie pour qui il témoigne ou l'issue du litige. Elle doit être exempte de parti pris, en ce sens qu'elle ne doit pas favoriser injustement la position d'une partie au détriment de celle de l'autre. Le critère décisif est que l'opinion de l'expert ne changerait pas, peu importe la partie qui aurait retenu ses services [...]. Ces concepts, il va sans dire, doivent être appliqués aux réalités du débat contradictoire. Les experts sont généralement engagés, mandatés et payés par l'un des adversaires. Ces faits, à eux seuls, ne compromettent pas l'indépendance, l'impartialité ni l'absence de parti pris de l'expert. »⁶³⁵

⁶³¹ Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 372 ; *Valente c La Reine*, *supra* note 202.

⁶³² Voir à cet égard les commentaires dans Paciocco, *supra* note 13 ; Prévaille-Ratelle, *supra* note 6 ; Proulx, *supra* note 169. Nous décortiquerons cette affirmation plus en détails ci-dessous.

⁶³³ Voir à cet égard les commentaires dans Reinfert, *supra* note 322 ; Gold, *supra* note 684 ; Bernstein, *supra* note 81 ; Michell et Mandhane, *supra* note 629 ; Prévaille-Ratelle, *supra* note 6 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17. Nous décortiquerons ces affirmations plus en détails ci-dessous.

⁶³⁴ *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*, *supra* note 69 au para 32.

⁶³⁵ *Ibid.*

L'indépendance de l'expert peut être évaluée en observant la « relation » qu'il entretient par rapport à la partie qui l'a mandaté, ainsi qu'à son « statut » en regard du litige⁶³⁶. L'expert qui, par exemple, a des liens familiaux ou d'emploi avec l'une des parties ou qui est actionnaire d'une compagnie partie à un litige, verra son niveau d'indépendance diminuer⁶³⁷. La jurisprudence est toutefois claire à l'effet que le mandat qui lie une partie à un expert n'est pas suffisant, en soi, pour questionner l'indépendance de l'expert par rapport à celui qui le nomme⁶³⁸. Lorsqu'on en revient aux bases qui définissent la notion d'indépendance, il est assez évocateur de constater que les tribunaux n'ont eu d'autres choix que d'accepter une entorse à cette importante règle, et ce, principalement pour des raisons pratiques, comme l'explique l'honorable David M. Paccioco :

« The simple fact that experts are paid cannot alone be taken as undermining the independence of the expert witness, for if it did, independent experts would be an almost non-existent breed. Fittingly, courts will accept [the] limited degree of lack of independence that arises from ordinary witness retainers. »⁶³⁹

Tout en étant une notion connexe à l'indépendance, l'impartialité, désigne plutôt « un état d'esprit ou une attitude [...] vis-à-vis des points en litige et des parties dans une affaire donnée »⁶⁴⁰. L'existence de biais, conscients ou inconscients, chez l'expert relève donc plutôt de la notion d'impartialité que de celle d'indépendance. L'impartialité signifie de prendre en considération chacune des parties et leurs prétentions de manière égale. Ainsi, être impartial signifie d'« agir en imaginant une séparation ou une distance entre [soi] et ses croyances, soit être distant, sans toutefois être détaché ou s'abandonner », comme l'exigerait une obligation de neutralité totale et complète⁶⁴¹.

Dans le cadre de la réflexion entamée en Ontario quant aux risques d'erreurs liés à l'utilisation d'experts devant les tribunaux, le commissaire Goudge a fait le constat à savoir que certains

⁶³⁶ *Valente c La Reine*, *supra* note 202 à la p 685 ; Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 au para 11 ; Piché, *supra* note 14 à la p 537.

⁶³⁷ *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, *supra* note 84 ; Paciocco, *supra* note 13 au para 11.

⁶³⁸ *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co.*, *supra* note 69 ; *Perron c Charl-Pol Saguenay inc.*, *supra* note 347.

⁶³⁹ Paciocco, *supra* note 13 au para 11.

⁶⁴⁰ *Valente c La Reine*, *supra* note 202 à la p 685 ; Paciocco, *supra* note 13 au para 12.

⁶⁴¹ Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 79.

experts ne semblaient pas comprendre leur rôle par rapport au juge⁶⁴², ni le rapport qu'ils devaient entretenir avec les parties, et qu'il était important que ces éléments soient clarifiés⁶⁴³. C'est également l'un des constats qui ont été faits par Lord Woolf et qui ont fondé la réforme de la procédure civile anglaise⁶⁴⁴. Dans ces circonstances, l'expert risque de devenir l'instrument d'une partie, mais également de constituer une source de désinformation qui peut éloigner le tribunal de la découverte de la vérité⁶⁴⁵. Pour cette raison⁶⁴⁶, le législateur a intégré, à l'article 235 du *Code de procédure civile*, l'obligation pour les experts de souscrire à la *Déclaration relative à l'exécution de la mission d'un expert*, dont le contenu, prévu par le ministre de la Justice, est le suivant :

« Je déclare que j'exécuterai ma mission en tant qu'expert avec objectivité, impartialité et rigueur. Afin d'éclairer le tribunal dans sa prise de décision, je donnerai un avis au meilleur de mes compétences sur les points qui me seront soumis en tenant compte des faits relatifs au litige ou, si mes services sont requis à titre d'huissier de justice, j'établirai un constat décrivant les faits matériels ou situations que j'aurai personnellement constatés.

J'informerai, sur demande, le tribunal et les parties de mes compétences professionnelles, du déroulement de mes travaux et, le cas échéant, des instructions que j'aurai reçues d'une partie. Je respecterai les délais qui me seront donnés et, au besoin, demanderai au tribunal les directives nécessaires pour accomplir ma mission. »⁶⁴⁷

⁶⁴² Goudge, *supra* note 179 à la p 16. Plus particulièrement, le Dr. Smith, principal acteur visé par la Commission, a mentionné qu'il croyait que son rôle était de « make a case look good », soit d'appuyer la position de la Couronne en aidant à sa théorie de la cause ; À cet égard, la Cour d'appel, dans *Gruenke c Cohen*, [1988] RJQ 2424 (CA) a énoncé que plusieurs experts étaient dans l'erreur en croyant qu'ils avaient l'obligation d'épouser la cause de leur client. ; Voir également les commentaires du Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 aux pp 48-49.

⁶⁴³ Voir notamment Goudge, *supra* note 179 à la p 43.

⁶⁴⁴ Lord Woolf, *supra* note 2 au para 28. Woolf a émis ce constat à l'issue de rencontres avec plusieurs experts habitués de témoigner devant les tribunaux anglais.

⁶⁴⁵ Citant le rapport Kaufman et la commission Goudge, la Cour suprême a mentionné qu'« [i] a été reconnu dans certains cas notoires que ce manque d'indépendance et d'impartialité pouvait contribuer aux erreurs judiciaires » ; Voir aussi *R. v D.D.*, *supra* note 352 au para 52 ; *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co.*, *supra* note 69 au para 12.

⁶⁴⁶ Et suivant les recommandations du sous-comité Magistrature – Justice – Barreau, qui a proposé de rendre obligatoire la signature d'une déclaration quant à la compréhension de son rôle par tous les experts dont l'opinion sera déposée, voir dans Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 à la p 40 ; Ce changement avait également été proposé par Paciocco, qui mentionne s'être inspiré des recommandations des rapports Woolf, Osborne et Goudge. Voir Paciocco, *supra* note 13 au para 4 ; Voir également à ce sujet Piché, *supra* note 14 au para 537.

⁶⁴⁷ *Modèles des actes de procédure et autres documents établis par la ministre de la Justice en application des articles 136, 146, 235, 271, 393, 546 et 681 du Code de procédure civile*, RLRQ c C-2501, r 2 annexe 3.

L'obligation d'indépendance et d'impartialité de l'expert est donc au cœur même de l'accomplissement de la mission que le législateur lui a confiée. Lorsque l'expert réalise cette mission, il doit faire l'effort concret d'éclairer le tribunal par une opinion dénuée d'influences extérieures, qu'il s'agisse des intérêts de la partie qui l'a mandaté ou autre. Il doit réaliser cette mission en toute conscience de ses obligations envers le tribunal. En effet, l'expert a une responsabilité envers celui-ci, une obligation fiduciaire, dont le cœur est l'impartialité de son opinion :

« [T]here is increasing recognition in Canada that experts owe what I interpret to be a fiduciary duty to the courts and tribunals they seek to enlighten; it is expected that experts will make every effort to give their evidence objectively and independently of the interests of the party who called them and of other tainting influences. To give it increased currency, I call this the “duty of impartial advice,” and I make a case for its formal recognition by judges generally. »⁶⁴⁸

L'impartialité de l'expert est une responsabilité partagée ; tant l'expert, les parties, les procureurs et le tribunal doivent participer à créer une dynamique où l'expert sera libre d'adopter l'opinion la plus libre de tout biais, conscient ou inconscient⁶⁴⁹. Cette obligation fait partie intégrante de la nature de la mission de l'expert, puisqu'elle est nécessaire à sa réalisation. En cela, le témoignage de l'expert diffère du témoignage ordinaire. Le témoin ordinaire, bien qu'il soit tenu de dire la vérité, n'a aucune obligation d'impartialité face au tribunal. Bien au contraire, il faut rappeler que les témoignages des parties elles-mêmes, ou de leurs représentants, seront le plus souvent nécessaires au processus de découverte de la vérité. Cette obligation d'impartialité, d'objectivité et de rigueur de l'expert est donc propre à son intervention.

⁶⁴⁸ Paciocco, *supra* note 13 au para 4. Cet article de Paciocco a été d'une grande importance dans la réforme du droit entourant l'usage d'experts, puisque plusieurs de ses propositions ont été retenues par le législateur, ainsi que par la Cour suprême. Notamment, il a proposé un critère d'admissibilité de l'expertise relié à l'impartialité de l'expert qui a été avalisé par la Cour suprême dans *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*, *supra* note 69 et *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, *supra* note 84. Il y aura discussion à cet égard dans la section SOMMAIRE ET PROPOSITIONS.

⁶⁴⁹ Comité de révision de la procédure civile (Gouvernement du Québec), *supra* note 91 à la p 39.

3.1.2 LES BIAIS INHÉRENTS AU PROCÉDÉ DE NOMINATION DES EXPERTS PRIVÉS

De prime abord, il est primordial de souligner que, malgré le caractère péjoratif du terme⁶⁵⁰, les biais qui risquent d'affecter l'opinion de l'expert sont le plus souvent inconscients. À cet égard, dans un article de l'honorable David M. Paciocco maintes fois cités par les tribunaux, celui-ci rappelle qu'il ne serait pas juste, ni convenable, de traiter du sujet de la partialité des experts en les dépeignant tout un chacun comme des « jukebox experts », soit ces experts qui épousent la cause de leur client, et que la littérature désigne souvent comme des « hired guns »⁶⁵¹ :

« Even though there is no doubt that there are true jukebox experts out there, I do not want to oversell the image of the corrupt, money-grubbing charlatan. It would not be fair to do so, given that the vast majority of expert witnesses are persons of conviction and integrity. More importantly, focusing on “money-minded partisans” is dangerous for the legal system because doing so may distract us from the more pressing problem of unconscious partisanship. »⁶⁵²

Il n'en reste pas moins que la partialité des experts, qu'elle soit consciente ou pas, est un « problème endémique »⁶⁵³ de notre système de justice, un « grief universel »⁶⁵⁴, qu'il soit « réel ou perçu »⁶⁵⁵. Un expert, lorsqu'il est partial, abaisse la qualité du processus de recherche de la vérité, puisque sa partialité affecte sa compétence et son professionnalisme⁶⁵⁶. Il en résulte que

⁶⁵⁰ Paciocco, *supra* note 13 au para 14. Paciocco mentionne que :

« [B]ias is commonly a stigmatized label. Anyone who has argued an apprehension of bias case appreciates that invoking the term raises the bar because of the connotation of corruption that bias can carry. [...] When the general term is used here, it simply describes predisposing influences that can tincture the accuracy of expert testimony. It is not being applied by way of moral judgment. »

⁶⁵¹ Voir notamment Bernstein, *supra* note 81 à la p 454 ; Reinfert, *supra* note 322 à la p 109 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 11 ; John Limbert, « Bias Universal among Expert Witnesses » (2007) 26:38 *Lawyers W* à la p 1.

⁶⁵² Paciocco, *supra* note 13 au para 2.

⁶⁵³ [notre traduction] *Ibid* au para 3, citant, Peter K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, 4th ed, Aurora, Canada Law Book, 2008 ; Voir dans Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 11 : « À cet égard, un sondage effectué aux États-Unis auprès de juges et d'avocats par le Federal Judicial Center révèle que leur préoccupation première quant au régime de preuve par expertise réside dans le manque d'objectivité des experts face aux parties qui ont retenu leurs services », citant un sondage mentionné dans Reinfert, *supra* note 322 à la p 108.

⁶⁵⁴ Proulx, *supra* note 169 à la p 145 cité dans Comité de révision de la procédure civile (Gouvernement du Québec), *supra* note 91 à la p 49 ; Meltzer et al, *supra* note 169 à la p 434.

⁶⁵⁵ Comité de révision de la procédure civile (Gouvernement du Québec), *supra* note 91 à la p 32.

⁶⁵⁶ Binnie, *supra* note 5 au para 19.

l'attention du tribunal risque d'être détournée vers des questions qui ne sont pas au cœur de la résolution des questions en litige⁶⁵⁷.

La présence de biais chez les experts est une « problématique plus subtile et répandue »⁶⁵⁸, ainsi que la cause principale de sa partialité. En cela, les **biais** qui peuvent affecter l'expert font partie des attributs qui caractérisent l'expertise ; ils ont le potentiel de transformer complètement l'apport de l'expert à l'instance judiciaire.

L'expert présentera généralement une tendance, le plus souvent inconsciente, à favoriser la thèse présentée par celui qui l'a choisi, mandaté et payé⁶⁵⁹. En effet, comme le rapporte le sous-comité Magistrature – Justice – Barreau dans le rapport suivant des consultations tenues sur le sujet en 2006, il est naturel pour les experts de ne pas mordre la main qui les nourrit :

« Chez nous, tout en sachant intellectuellement que son opinion se devait d'être objective, le président d'un important ordre professionnel québécois, ayant lui-même agi comme expert durant plusieurs années, a reconnu candidement devant le Sous-comité ce malaise en disant que : "Tu ne craches jamais dans la main de celui qui te paye" »⁶⁶⁰

Bien que n'affectant pas l'indépendance de l'expert⁶⁶¹, le processus de nomination de l'expert tend à affecter l'impartialité de son opinion⁶⁶². La littérature parle d'« adversarial bias », soit un biais qui tend à affecter l'expert en faveur de la partie qui le choisit et qui découle directement de ce processus de nomination⁶⁶³. Ce biais se divise en deux volets distincts, soit le biais lié à la sélection de l'expert par une partie et le biais lié à l'association de l'expert avec la partie. Ces biais peuvent tous varier en intensité⁶⁶⁴.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 12.

⁶⁵⁹ Bernstein, *supra* note 81 à la p 456 ; Proulx, *supra* note 169 à la p 149.

⁶⁶⁰ Comité de révision de la procédure civile (Gouvernement du Québec), *supra* note 91 à la p 49.

⁶⁶¹ Du moins au niveau juridique, selon ce qui a été décidé en jurisprudence. Voir notamment *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*, *supra* note 69.

⁶⁶² Limbert, *supra* note 651 à la p 3.

⁶⁶³ Bernstein, *supra* note 81 aux pp 453-454 ; Paciocco, *supra* note 13 aux paras 12-13 ; Bowers, *supra* note 32 aux pp 67 et s.

⁶⁶⁴ Paciocco, *supra* note 13 au para 9.

Quant au premier volet, il importe de détailler le procédé de sélection des experts privés dans l'objectif d'illustrer de manière pratique en quoi celui-ci comporte des biais inhérents. La logique du principe de la maîtrise du dossier par les parties implique nécessairement que celles-ci déposent les éléments de preuve qui favoriseront la reconnaissance par le tribunal de la véracité de leurs thèses respectives. Ainsi, l'expert privé sera mandaté par une partie pour produire un rapport dans l'objectif de l'utiliser comme moyen de preuve au soutien de sa théorie de la cause⁶⁶⁵. Sans décrire de manière exhaustive l'ensemble des circonstances dans lesquelles un expert pourra être choisi par une partie, deux possibilités sont principalement observables : l'expert pourra être nommé avant ou après le début des procédures judiciaires. Dans le premier cas, l'opinion de l'expert fait partie d'un ensemble d'éléments qui permettent à une partie de déterminer qu'elle a un droit à faire valoir devant les tribunaux⁶⁶⁶. Dans le second cas, la partie, souvent avec l'assistance de son procureur, déterminera qu'une expertise sera nécessaire à la démonstration de la véracité de la thèse qu'elle défend⁶⁶⁷. La recherche d'un expert est effectuée par différents moyens selon les circonstances, que ça soit via les associations professionnelles auxquelles les experts peuvent être affiliés, par bouche-à-oreille ou même par un moteur de recherche en ligne. Lorsqu'un procureur effectue la recherche d'experts, il est possible qu'il préfère faire affaire avec un expert dont il connaît la compétence et les habitudes en raison d'une collaboration passée. Évidemment, plus l'expérience professionnelle de l'avocat est longue, plus ses relations avec des experts seront nombreuses. Dans une majorité de champs de spécialisation, un bassin important d'experts compétents sont disponibles. Dans certains domaines pointus, toutefois, seul un petit nombre de spécialistes évoluent. Dans un tel cas, la possibilité de choisir un expert pourra s'avérer limitée pour une partie, surtout lorsque ceux disponibles dans un domaine ont tous déjà été mandatés par les adversaires, ou lorsqu'ils chargent des honoraires trop élevés. Dans tous les cas, tout procureur diligent aura évalué les « performances judiciaires » passées de l'expert envisagé à la suite d'une recherche jurisprudentielle⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ Il s'agit de l'aspect procédural de la tendance de l'expert à favoriser la partie qui l'a nommé. Voir à ce sujet Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 13.

⁶⁶⁶ Ce sera souvent le cas dans des situations impliquant des vices cachés, par exemple. Voir Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2.

⁶⁶⁷ Ça pourra être le cas, par exemple, pour la partie défenderesse à une action en justice, celle-ci n'ayant pas été l'instigatrice des procédures judiciaires.

⁶⁶⁸ Bowers, *supra* note 32 à la p 79.

Le « biais de sélection » est directement lié à cette action de choisir, soit d'accepter ou de rejeter, les services d'un expert⁶⁶⁹. Sauf exception, le bassin de candidats potentiels sera généralement suffisant pour permettre à une partie de retenir les services d'un expert qui offre une perspective conforme à sa théorie de la cause, plutôt qu'un « échantillon aléatoire d'opinion » quant à sujet donné⁶⁷⁰. C'est le phénomène de l'*expert shopping*, documenté abondamment dans la littérature⁶⁷¹. En raison des frais importants qui devront être déboursés pour la réalisation d'une expertise, il est fréquent que des opinions préliminaires soient demandées à l'expert avant de le mandater formellement⁶⁷², à moins que la partie se dirige vers un expert qui a une expérience particulière ou une tendance connue à adopter une approche similaire dans certains types de dossiers⁶⁷³. Ainsi, « [i]n an adversarial system it is expected, even accepted, that litigators will only call experts who serves the needs of their case »⁶⁷⁴. L'honorable Michel Proulx avance l'idée que plus les experts sont connus comme étant impartiaux et objectifs, moins ils seront sollicités pour agir dans le cadre de litiges⁶⁷⁵. Dans tous les cas, l'expert qui fournirait un rapport

⁶⁶⁹ Andrew W. Jurs, « Balancing Legal Process with Scientific Expertise: Expert Witness Methodology in Five Nations and Suggestions for Refort of Post-Daubert U.S. Reliability Determinations » (2011) 95 Marq L Rev 1329 à la p 1337 ; Bernstein, *supra* note 81 à la p 455.

⁶⁷⁰ Bernstein, *supra* note 81 à la p 456. Bernstein énonce cet exemple pour illustrer le biais de sélection (suite de la note à la page suivante) :

« Assume, for example, that the key issue in a particular case is whether a particular painting is a genuine Picasso. Assume also that of the 50 qualified Picasso experts in the United States, 42 would conclude that it was real and eight that it was counterfeit. Even if the attorney for the « it's counterfeit » side chooses not to solicit a venal hired gun (or cannot find one), selection bias will allow this attorney to find several sincere, congenial experts from the 16% who take that position. »

⁶⁷¹ Voir notamment Paciocco, *supra* note 13 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 ; Bernstein, *supra* note 81 à la p 466.

⁶⁷² Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 14 ; Luc Babin, « Chronique – Cet étranger dans votre dossier : le témoin expert en construction (deuxième partie) » dans *Repères*, Yvon Blais, 2013, en ligne sur La Référence : EYB2013REP1327 à la p 3 ; Il est intéressant de noter que la plupart des guides adressés aux praticiens que nous avons consultés rappellent que les experts retenus doivent être informés des détails du litige bien avant de débiter le travail quant à l'opinion elle-même. Voir à cet égard : Freiman et Berenblut, *supra* note 468 ; Lubet et Boals, *supra* note 273 à la p 30.

⁶⁷³ On peut penser aux domaines spécialisés comme le droit de la santé, le droit de la construction ou la santé et sécurité au travail, où les mêmes experts sont souvent amenés à présenter leur point de vue devant les tribunaux. Leurs positions sont généralement bien connues des avocats qui évoluent dans le même domaine. Ils auront d'ailleurs souvent déjà fait affaire ensemble. À ce sujet, voir Paciocco, *supra* note 13 au para 14.

⁶⁷⁴ Bernstein, *supra* note 81 à la p 455 ; Paciocco, *supra* note 13 au para 14.

⁶⁷⁵ Proulx, *supra* note 169 à la p 146. Il s'agit d'ailleurs d'une opinion partagée par d'autres auteurs, notamment : John Langbein, « The German Advantage in Civil Procedure » (1985) 52 U Chicago L Rev 823 à la p 835 ; Voir également dans Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 à la p 49 ; et Paciocco, *supra* note 13 au para 15.

avec des conclusions dont la teneur n'est pas favorable à la théorie de la cause de la partie qui l'a mandaté ne verra vraisemblablement jamais son opinion se rendre entre les mains du tribunal⁶⁷⁶. Ainsi, l'effet le plus déplorable du biais de sélection est donc qu'il privera le tribunal d'un éventail d'opinions de qualité qui auraient pu être bénéfiques au processus de recherche de la vérité :

« [I]f an expert's opinion is hostile or too soft to satisfy the party who secured it, odds are that the expert opinion will never see the courtroom. This can lead to artificial polarization in which expert evidence gives the inaccurate impression that there is a clear dichotomy between opposing views, with no middle ground. »⁶⁷⁷

Comme le souligne le sous-comité Magistrature – Justice – Barreau, « cette pratique ne crée pas seulement un problème de crédibilité, mais il provoque, dans certains cas, une polarisation des opinions plutôt qu'une collaboration des experts sur les questions en litige »⁶⁷⁸. Ainsi, le biais de sélection contrecarre la découverte de la vérité, pourtant l'un des objectifs principaux de l'instance civile⁶⁷⁹.

Alors que le biais de sélection est externe aux actions de l'expert, le biais d'association est plutôt internalisé dans les pratiques de l'expert. Ce second volet du « adversarial bias » peut se définir de manière générale comme « the natural bias to do something serviceable for those who employ you and adequately remunerate you »⁶⁸⁰. C'est la participation de l'opinion de l'expert dans le succès de la théorie de la cause qui stimule l'amplification de ce biais :

« The reason this sort of bias is an endemic risk for expert witnesses in adversarial settings is that adversarial litigation encourages theories and shared goals and outcomes between litigants and their experts. Likely more pressing than the sense of obligation that comes from accepting someone's money is the sense of joint venture that adversarial litigation promotes. It is natural for someone called as a witness for a party to feel pressure to stay on side. »⁶⁸¹

⁶⁷⁶ Jutras, *supra* note 8 à la p 11.

⁶⁷⁷ Paciocco, *supra* note 13 au para 15.

⁶⁷⁸ Comité de révision de la procédure civile (Gouvernement du Québec), *supra* note 91 à la p 49.

⁶⁷⁹ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 à la p 12.

⁶⁸⁰ Paciocco, *supra* note 13 au para 16 ; Voir aussi Beech, *supra* note 252 à la p 361.

⁶⁸¹ Paciocco, *supra* note 13 au para 18.

Le biais d'association est plus subtil que le désir conscient d'épouser la cause de la partie qui a retenu ses services. Le travail de l'expert s'opère dans un champ d'expertise souvent très spécialisé et « une large proportion de ce processus se déroule dans la subjectivité »⁶⁸². Tel qu'il a été déjà mentionné, l'expert effectue, lorsqu'il dresse une opinion, une multitude de choix⁶⁸³. C'est par exemple dans le regard que l'expert posera sur le dossier qui lui est présenté, dans le choix d'une méthode plutôt qu'une autre, dans la sélection des faits pertinents et le rejet de ceux moins pertinents, qu'il pourra inconsciemment adopter des comportements biaisés visant à confirmer la thèse de la partie qui l'a mandaté⁶⁸⁴. C'est d'ailleurs en parlant des « choix » de l'expert que le professeur Kenton K. Yee explique le phénomène du *adversarial bias* :

« Given their freedom to cherry pick from a continuum of choices within a broad gray line, it is easy for experts to proffer partisan testimony without being dishonest. [...] The broad grey line would not be worrisome if experts did not exploit it as a practice. Unfortunately, the consensus is that they do. »⁶⁸⁵

L'expert pourra ainsi voir dans les faits présentés « ce qu'il désire ou espère y trouver et sauter aux conclusions favorables »⁶⁸⁶. Bien que l'idée d'un biais inconscient affectant une majorité d'experts peut, de prime abord, laisser place à un certain scepticisme, il s'agit en fait d'une

⁶⁸² Michell et Mandhane, *supra* note 629 à la p 638 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 12 ; Bernstein, *supra* note 81 à la p 481 ; Voir l'étude empirique présentée dans Markus T. Boccaccini et al, « Psychopathy Checklist-Revised Use and Reporting Practices in Sexually Violent Predator Evaluations » (2015) 1 Sex Abuse J Res Treat 23 à la p 16. Des chercheurs en psychologie ont observé un phénomène d'« adversarial allegiance » dans le cadre d'une étude à propos des biais qui pourraient affecter les experts évaluateurs dans le domaine des crimes violents. Ainsi, les chercheurs ont observé une tendance à évaluer différemment certains critères selon si l'évaluateur a été mandaté par la défense ou la poursuite. Plus particulièrement, les évaluateurs considéraient différemment certains critères plus subjectifs dans un formulaire d'évaluation standard, et ce, alors que le même formulaire était utilisé pour tous les sujets évalués. Ainsi, c'est dans la compréhension de critères d'évaluation tels que « risque élevé » ou « risque modéré » que certains évaluateurs semblaient plus enclins à tolérer un plus ou moins haut niveau de dangerosité selon s'il était affilié à la défense ou la poursuite. Les chercheurs qualifient les résultats de la recherche, qui s'ajoutent à d'autres recherches similaires sur le sujet, comme une « preuve indirecte » du biais d'association, la méthodologie de la recherche n'ayant pas permis d'avoir les informations nécessaires pour tracer une corrélation claire.

⁶⁸³ Cette question est abordée à la Section 1 – Dimension Référentielle. Voir notamment Brewer, *supra* note 5 ; Leclerc, *supra* note 5 ; Dumoulin, *supra* note 45 ; Chalifour, Findlay et McLeod-Kilmurray, *supra* note 278.

⁶⁸⁴ Paciocco, *supra* note 13 au para 17 : « [I]t is probable that the most insidious manifestation of adversarial bias arises from confirmation bias - the unconscious tendency of those who desire a particular outcome to search for things that support that outcome and to ignore or reinterpret contradictory information. » ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 12 ; Au sujet du « confirmation bias », voir aussi Alan D. Gold, *Expert Evidence in Criminal Law: The Scientific Approach*, 2nd ed, coll My iLibrary, Toronto, Irwin Law, 2009 à la p 98 ; Michell et Mandhane, *supra* note 629 à la p 649.

⁶⁸⁵ Yee, *supra* note 5 à la p 246.

⁶⁸⁶ [notre traduction] Gold, *supra* note 684 à la p 98.

réalité observée par plusieurs auteurs⁶⁸⁷, qui a même fait l'objet de recherches empiriques dans le domaine de la psychologie. En 2013, une étude conduite auprès de 108 experts en psychologie qui œuvrent dans le domaine criminel cherchait à déterminer si les experts sont influencés inconsciemment par la partie qui retient leurs services; l'étude a confirmé qu'un fort lien d'allégeance pousse l'expert à confirmer la thèse défendue par la partie qui l'a mandaté⁶⁸⁸. Plus encore, en 2015, une étude conduite auprès de 45 experts a permis de constater que ceux-ci avaient peu, voire pas, d'aptitude à évaluer leurs propres biais dans la réalisation d'un mandat pour un client. Or, une majorité des experts affirmaient toutefois avoir déjà été témoins de situations où l'expert d'une partie adverse avait perdu son objectivité⁶⁸⁹. Ces études consolident donc les observations à l'effet que les biais inconscients sont assez répandus chez les experts choisis, mandatés et payés par les parties.

S'ajoutent au « adversarial bias » d'autres biais qui ne sont pas en lien avec la méthode de sélection des experts. Le « biais professionnel » peut teinter l'opinion de l'expert en fonction de ses propres intérêts professionnels⁶⁹⁰. Il peut s'agir, par exemple, de vouloir défendre des

⁶⁸⁷ Notamment Paciocco, *supra* note 13 ; Proulx, *supra* note 169 ; Reinfert, *supra* note 322 ; Gold, *supra* note 684 ; Bernstein, *supra* note 81 ; Yee, *supra* note 5 ; Michell et Mandhane, *supra* note 629 ; Préville-Ratelle, *supra* note 6 ; Vertlieb et Knapp, *supra* note 4 aux pp 668-669 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 ; Sonenshein et Fitzpatrick, *supra* note 274 ; Jeffrey Pinsler, « Expert Evidence and Adversarial Compromise: A Re-Consideration of the Expert's Role and Proposals for Reform » (2015) 27 *Sing Ac LJ* 55 ; Jutras, *supra* note 8 à la p 12 ; Jurs, *supra* note 669 à la p 1340 ; Il s'agit également d'observation notées par des observateurs ou des commissaires suivant des mandats d'évaluation du système de justice émis par les autorités gouvernementales. Voir à cet égard les conclusions de : Lord Woolf, *supra* note 2 ; Goudge, *supra* note 179 ; Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 ; Coulter Osborne, *Civil Justice Reform Project: Summary of Findings & Recommendations*, Toronto, Ministry of the Attorney General, 2007.

⁶⁸⁸ Daniel C. Murrie et al, « Are Forensic Experts Biased by the Side That Retained Them? » [2013] 1 *Psychological Science* 9. Reproduisons ici un extrait du sommaire de recherche pour comprendre la méthodologie adoptée par les chercheurs :

« In this experiment, we paid 108 forensic psychologists and psychiatrists to review the same offender case files but deceived some to believe that they were consulting for the defense and some to believe that they were consulting for the prosecution. Participants scored each offender on two commonly used, well-researched risk-assessment instruments. Those who believed they were working for the prosecution tended to assign higher risk scores to offenders, whereas those who believed they were working for the defense tended to assign lower risk scores to the same offenders; the effect sizes ranged up to 0.85. The results provide strong evidence of an allegiance effect among some forensic experts in adversarial legal proceedings. »

⁶⁸⁹ Thomas G. Gutheil, Patrice Marie Miller et Michael Lamport Commons, « Expert professionalism as judged by experts: An empirical pilot study » (2011) 39 *J Psychiatry & Law* 411. Il s'agit d'une étude effectuée sous forme d'entrevue avec 45 experts à propos de leur perception du professionnalisme des autres experts, plus particulièrement, pour déterminer comme ils expliquent les raisons du manque de professionnalisme de leurs pairs.

⁶⁹⁰ Paciocco, *supra* note 13 au para 23.

positions scientifiques ou techniques pour s'assurer de sauvegarder la crédibilité de ses travaux face à ses pairs, ou alors de vouloir éviter de déplaire à des potentiels clients qui désireraient le mandater pour des futurs services⁶⁹¹.

Cela n'est pas sans escompter les biais propres au milieu scientifique, ce qui est trompeur si on considère l'objectivité et l'impartialité qui sont attendues d'un expert. Un désintéressement naturel émane de l'aura du scientifique et semble avoir inspiré une confiance, peut-être exagérée, du système de justice envers l'objectivité et l'impartialité de l'expert⁶⁹². Cette confiance peut aussi s'expliquer en considérant les effets de la « mystique » de la science sur les juristes⁶⁹³. Aujourd'hui, certaines dérives⁶⁹⁴, ainsi qu'une plus grande compréhension du milieu scientifique, semblent avoir nuancé la perception que le droit a de la science. À cet égard, la juge Duval-Hesler parle en termes tout autres de la neutralité scientifique :

« En effet, les scientifiques ne sont pas neutres. Les scientifiques publient, prennent position et ont intérêt à défendre ces positions, que ce soit pour préserver leur crédibilité, ou pour être constants avec leurs positions passées, ou encore par simple rivalité dans un monde compétitif. Le monde scientifique est un monde divisé, plein d'écoles de pensées et de factions. Comme l'observait le juge Lederman [...] "the scientific world is adversarial at its core". »⁶⁹⁵

⁶⁹¹ *Ibid* aux paras 23-24.

⁶⁹² Lederman, *supra* note 5 à la p 246.

⁶⁹³ Voir la mention à cet égard plus haut. Aussi, voir Bernheim, *supra* note 320 qui mentionne, à propos de deux affaires de la Cour suprême, que :

« Il est intéressant à cet égard de constater que la mystification par le groupe scientifique est un fait reconnu à l'intérieur du tribunal même. Dans l'affaire Béland, d'abord, le juge Laforest parle de la faillibilité humaine dans l'évaluation du poids à donner à la preuve empreinte de la mystique de la science. Puis, dans Bourguignon, la juge Moldaver se demande si le jury est {...} susceptible d'être écrasé par "l'infaillibilité mystique de la preuve" ».

Soulignons toutefois les conclusions de cette recherche empirique conduite par la professeure Bernheim relativement à la relation entre les juges et les experts en psychiatrie. Les juges, consultés dans le cadre d'un processus d'entrevues, ont souligné l'importance de leur travail d'évaluation de la justesse de l'opinion des experts, mêmes s'ils les considéraient de prime à bord comme des « professionnels » qui « font leur travail correctement » (p 86). Bernheim conclut que les juges interrogés sont critiques dans leur réception de l'opinion de l'expert et « gardent une distance nécessaire à une prise de décision éclairée, même lorsque le témoin [expert] jouit, d'une part, d'un statut social enviable, et, d'autre part, d'un savoir complexe » (p 149). Ainsi, la professeure Bernheim a infirmé l'hypothèse qu'elle a tiré de la littérature, à savoir que les juges risquent de se voir « mystifiés » par la preuve d'opinion d'un expert dans le domaine de la psychiatrie (p 149). Il est à noter que le domaine de la psychiatrie, pour plusieurs raisons énumérées dans les travaux de Bernheim, se distingue substantiellement des autres domaines d'expertise.

⁶⁹⁴ Goudge, *supra* note 179 ; Kaufman, *supra* note 178 ; Voir également les propos quant à l'affaire Guy Turcotte mentionnée plus haut.

⁶⁹⁵ Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 379.

La science est donc aussi neutre et objective que le scientifique qui la manipule, comme le mentionne Laurence Dumoulin :

« Reposant certes sur un savoir spécialisé, le discours de l'homme de l'art est susceptible de véhiculer, plus ou moins ouvertement, des jugements de valeur, des considérations de type moral ou éthique et des choix techniques dont les effets peuvent être multiples. »⁶⁹⁶

Finalement, un comportement identifié en littérature comme le « noble cause distortion » résulte de l'association d'un expert avec une partie qu'il estime être du « bon côté » dans un litige : « Expert witnesses who think that they are serving the public interest by testifying, particularly by combating reprehensible practices or conduct, can fall victim to this form of partiality »⁶⁹⁷. Les domaines du droit du travail, droit de la santé ou du droit criminel peuvent être propices au développement de ce biais, puisqu'ils impliquent régulièrement la défense des intérêts d'une partie, souvent moins favorisée, qui est victime d'une autre. Ces biais, toutefois, ne sont pas reliés au procédé de nomination des experts privés.

À l'issue de cette énumération des biais qui peuvent affecter l'expert, il convient de rappeler que l'apport des experts pour les fins de la découverte de la vérité outrepassa tout de même la plupart des risques qu'il occasionne⁶⁹⁸. Il est de la responsabilité des juristes de s'informer quant aux biais qui peuvent altérer la vision qu'un expert peut avoir d'un dossier⁶⁹⁹. La compréhension des enjeux qu'ils occasionnent permet de mieux saisir les raisons derrière les changements législatifs introduits au *Code de procédure civile* quant à l'usage d'experts. Plus encore, ces biais doivent être identifiés et compris pour permettre tant aux tribunaux qu'aux avocats de travailler ensemble à en contourner les effets potentiellement néfastes pour en tirer le maximum.

⁶⁹⁶ Dumoulin, *supra* note 45 à la p 103.

⁶⁹⁷ Paciocco, *supra* note 13 au para 25.

⁶⁹⁸ *Ibid* au para 29.

⁶⁹⁹ *Ibid* au para 55. Pour Paciocco, la connaissance des biais par les avocats est une compétence professionnelle essentielle pour être à même de préparer un contre-interrogatoire plus efficace :

« [Lawyer's] cross-examination strategy should include exposing potential sources of bias and, where appropriate, their submissions should address questions of partiality, including unconscious forms of bias. Bias is notoriously difficult to prove. Experts will rarely admit to partiality directly, particularly given that it is so often the product of unconscious influences. Still, the prospect of bias or partiality can often be demonstrated circumstantially, to a degree where it cannot be safely ignored. Bias has its high-risk contexts, practices and symptoms; these can and should be exposed during cross-examination and, where a credible foundation is created, referred to in counsel's submissions. »

3.1.3 LE RAPPORT DE L'EXPERT, UN TRAVAIL CONJOINT AVEC LA PARTIE QUI LE MANDATE

Lorsqu'il a été discuté du développement historique des pratiques de nomination des experts, il a été mentionné que la responsabilité du choix de l'expert s'est peu à peu déplacée du tribunal vers les parties, en application du principe de la maîtrise du dossier par les parties⁷⁰⁰. Le procédé de nomination de l'expert privé suppose donc une implication de la partie, généralement via son procureur, non seulement dans le choix de l'expert, mais également dans la détermination de la teneur de son mandat, ainsi que dans la préparation du rapport.

L'élaboration du mandat de l'expert pose certains problèmes lorsque celui-ci est privé. La collaboration entre l'expert et l'avocat présente un niveau de complexité important. L'avocat, par définition, doit agir « en tout temps dans le meilleur intérêt du client »⁷⁰¹. Il peut le représenter « quelle que soit son opinion sur sa culpabilité ou sa responsabilité »⁷⁰². Il doit toutefois réaliser ce mandat tout en préservant son indépendance professionnelle et en évitant de succomber aux pressions que son client peut exercer sur lui⁷⁰³. L'exercice en soi de la profession juridique dans un cadre litigieux demande à l'avocat, en tant qu'auxiliaire de justice, de savoir bien doser entre la représentation zélée de son client et les intérêts plus grands de la justice. Il n'en reste pas moins que son devoir de représentation des intérêts de son client constitue le moteur de son action.

Pour sa part, la mission première de l'expert est dirigée vers la transmission d'un savoir spécialisé au tribunal, et non pas vers la représentation des intérêts du client qui l'a mandaté. La Cour fédérale a, dans une décision de 2004, habilement distingué le mandat de l'expert de celui de l'avocat :

« [...] J'ai trouvé que tous les experts avaient fait preuve d'intelligence et étaient qualifiés dans leurs domaines respectifs. Toutefois, dans une mesure plus ou moins

⁷⁰⁰ Nous référons ici au développement historique abordé dans l'ÉTAT DES LIEUX. Voir notamment Anderson, *supra* note 27 ; Prévile-Ratelle, *supra* note 6 ; Reinfert, *supra* note 322 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17.

⁷⁰¹ Art 23 du *Code de déontologie des avocats*, B-1, r 3.1.

⁷⁰² Art 32 *Ibid.*

⁷⁰³ Art 13 *Ibid.*

grande, tous ont abordé le procès comme s'ils avaient pour mission de me persuader de leur point de vue, comme si ma décision, quelle qu'elle soit, leur importait. À mon avis, les avocats, et seuls les avocats, ont comme mandat d'être persuasifs ; les experts ont un rôle d'information et doivent présenter les renseignements qui sont au-delà de l'expérience courante d'un profane d'une façon bien organisée et cohérente, de manière à aider le juge des faits à comprendre les renseignements. La nature du processus judiciaire veut que les témoignages des experts seront contestés par les personnes dont les intérêts sont opposés. Les experts ont le droit de défendre leur point de vue ; leur témoignage n'aura aucun intérêt pour le juge des faits à moins qu'ils ne soient capables de le faire. Cependant, le rôle des experts ne consiste pas à défendre un point de vue dans le litige et ils ne doivent pas façonner leur témoignage de manière qu'il soit conforme au point de vue des parties ou de leurs conseillers. Lorsqu'ils agissent de cette façon, la Cour est laissée à elle-même et doit se débrouiller avec les renseignements qui, par définition, sont en dehors de l'expérience courante. »⁷⁰⁴

Ainsi, il est possible que les missions respectives de l'avocat et de l'expert dans le cadre d'une instance judiciaire ne convergent pas. Tant l'avocat que l'expert se trouvent alors dans une situation singulière où ils doivent collaborer, tout en n'ayant pas les mêmes objectifs :

« Dans ce contexte, l'avocat se trouve dans la délicate position d'avoir un double rôle, soit celui de défenseur des intérêts de son client et d'auxiliaire au service de la justice. L'avocat doit adopter une approche équilibrée pour remplir ses obligations à l'égard de son client, mais aussi envers le public, l'administration de la justice et la profession, tel que l'énonce le *Code de déontologie des avocats*. Selon le Code, il doit à la fois conserver son indépendance professionnelle, servir la justice et soutenir l'autorité des tribunaux. »⁷⁰⁵

Un équilibre précaire existe donc quant à l'implication que peut avoir l'avocat dans la réalisation du rapport de l'expert. Bien que les tribunaux aient énoncé que l'expert mandaté et payé par une partie est suffisamment indépendant pour que son opinion soit admissible en preuve⁷⁰⁶, il est difficile d'imaginer les paramètres d'une collaboration *de facto* entre l'expert et la partie qui l'a mandaté menant à une opinion complètement impartiale, comme semble l'exiger le *Code de procédure civile*. Une étude menée en 1994 s'est intéressée à la relation entre experts et avocats ; sur 128 experts interrogés, 77% ont affirmé avoir déjà ressenti une pression de la part d'un procureur pour « mettre en évidence les éléments de preuve à leur théorie de la cause au

⁷⁰⁴ *Halford c Seed Hawk Inc.*, 2004 CF 88.au para 23 (appel rejeté, appel incident accueilli sur d'autres motifs, 2006 CAF 275).

⁷⁰⁵ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 67 ; Voir également à ce sujet Bubela, *supra* note 25 à la p 3 ; Il est référé aux articles 1, 13 et 111 du *Code de déontologie des avocats*.

⁷⁰⁶ Tel que mentionné plus tôt. C'est un énoncé qui est généralisé dans la jurisprudence, mais qui a été réaffirmé avec force dans les décisions *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*, *supra* note 69 et dans *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, *supra* note 84.

détriment des éléments les plus défavorables, qu'ils devaient camoufler »⁷⁰⁷. Ces pressions sont plus souvent qu'autrement involontaires de part et d'autre ; elles découlent de la relation privilégiée qu'entretiennent nécessairement l'avocat et l'expert lorsqu'ils travaillent de concert⁷⁰⁸.

Avant même que le travail de réflexion de l'expert débute, les instructions formulées par la partie qui retient ses services auront le potentiel d'influencer son travail⁷⁰⁹. Bien que la mission de l'expert découle d'abord d'un besoin du tribunal et que son action doit majoritairement être dirigée vers celui-ci, il est de la responsabilité de la partie et de son procureur d'établir la ou les questions auxquelles l'expert devra répondre. Il en résulte un risque de disparité entre les besoins du tribunal en savoir spécialisé et le contenu de l'opinion de l'expert. À cet égard, il a été constaté que, fréquemment, les expertises n'abordent pas l'enjeu réel d'une affaire, diminuant par le fait même leur utilité quant au processus de découverte de la vérité⁷¹⁰.

Les instructions données à l'expert par le procureur peuvent être source de difficultés, puisque chaque partie cherche à présenter sa théorie de la cause de la manière la plus avantageuse possible. La manière de formuler le mandat de l'expert fera ainsi généralement partie de la stratégie mise en place pour gagner un éventuel procès. Ainsi, le tribunal se trouvera souvent confronté à différentes opinions sur un sujet donné, à propos d'une même affaire, dont les bases seront parfois dissemblables. Il s'agit d'une des principales critiques formulées par Lord Woolf quant à l'implication d'experts privés dans la justice civile : « [M]ajor problems can arise when

⁷⁰⁷ L'échantillonnage impliquait alors des experts en matières civile et criminelle. Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 13 citant une étude abordée dans Bubela, *supra* note 25 à la p 14 ; De plus, dans Lord Woolf, *supra* note 2 au para 25, une étude publiée en 1996 dans la revue scientifique *The Psychologist* est citée et mentionne que les résultats d'un sondage auprès d'experts démontrent que la pression parfois mise sur les experts par les avocats semble encourager une plus grande partialité des experts.

⁷⁰⁸ Paciocco, *supra* note 13 au para 21 ; Des cas plus grossiers ont été toutefois répertoriés, quoiqu'ils soient en minorité. Par exemple, il est ressorti des témoignages entendus lors de la Commission Goudge que les experts agissant pour la Couronne avaient tous reçu pour instruction, lors de l'autopsie d'enfants de deux ans et moins, de « think dirty ». Il a été souligné que cette ligne directrice, quoique vague, a pu influencer indûment les experts impliqués dans des dossiers d'infanticides, et a pu mener à des erreurs judiciaires. Voir Goudge, *supra* note 179 aux pp 374-377. Il va sans dire que ce type d'instructions va jusqu'à porter atteinte à la dignité du processus judiciaire, qui plus est lorsqu'elle est donnée par un représentant de la Couronne (voir les commentaires à cet égard de Paciocco, au para 17).

⁷⁰⁹ Abbott, *supra* note 472 aux paras 1 à 3.

⁷¹⁰ Lord Woolf, *supra* note 2 au para 52.

opposing experts are working from different instructions, which leads to reports that are hard to compare and to use »⁷¹¹.

Quelques exemples en jurisprudence au Québec illustrent que les tribunaux, lorsqu'ils se trouvent face à des expertises sur une même question, mais effectuées selon des mandats « foncièrement différents »⁷¹², doivent le considérer dans le processus de prise de décision. La Cour d'appel, dans une décision rejetant les conclusions d'un juge de première instance quant à des expertises contradictoires en matière de santé mentale, a rappelé qu'il peut être délicat pour un juge de départager des opinions dans une telle situation : « [Le juge] doit faire la part des choses lorsque, comparant des témoignages d'experts, il est confronté à des mandats différents et à des opinions données dans des contextes différents »⁷¹³, et ce, même s'il n'est pas lié par aucune des opinions. Ainsi, la manière dont le mandat de l'expert est formulé se superpose, tel un filtre, aux conclusions de l'opinion ; la complexité de la tâche du tribunal d'analyser la preuve d'expert, en tant que gardien, s'en trouve décuplée d'autant.

C'est donc « en accord avec le principe d'impartialité et par souci de transparence »⁷¹⁴ que le sous-comité Magistrature – Justice – Barreau, à l'instar de plusieurs, a recommandé qu'on intègre au *Code de procédure civile* la possibilité d'exiger la divulgation des instructions données par une partie à l'expert qu'elle a mandaté⁷¹⁵. Le législateur a intégré cette recommandation au second alinéa de l'article 235 du *Code* :

235(2). L'expert est tenu, sur demande, d'informer le tribunal et les parties de ses compétences professionnelles, du déroulement de ses travaux et des instructions qu'il a reçues d'une partie ; il est aussi tenu de respecter les délais qui lui sont impartis. Il

⁷¹¹ *Ibid* au para 32.

⁷¹² Voir par exemple dans *Landreville c Fournier*, EYB 2001-22897 (CS) au para 31, le tribunal explique que les expertises, pour pouvoir être analysées, doivent être de prime abord comparées quant aux mandats des experts. Dans ce cas, les mandats étaient foncièrement différents, ce qui a complexifié le travail du tribunal. L'objectivité du mandat et de la démarche de l'un des experts l'ayant démarqué, c'est son opinion qui sera retenue par le tribunal. ; Voir également *Cuscuna c Ferrarelli*, 2017 QCCS 2475 au para 137 ; *Service d'excavation Jacques Lirette inc. c Economical*, 2014 QCCA 2139 au para 16 ; *Québec (Curateur public) c Cleary (Succession de)*, EYB 1998-08922 (CS) au para 32 ; *I.R.A. c G.M.*, 2005 CanLII 16807 (CS) au para 57.

⁷¹³ *R.D. c R.*, 2010 QCCA 1481 aux paras 50 et 55 ; Le principe a été repris dans l'affaire *R. c Auguste*, 2017 QCCQ 8440 aux paras 146-147.

⁷¹⁴ Comité de révision de la procédure civile (Gouvernement du Québec), *supra* note 91 à la p 68.

⁷¹⁵ Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 à la p 68.

peut, si cela est nécessaire pour l'accomplissement de sa mission, demander des directives au tribunal ; cette demande est notifiée aux parties.

L'intégration de cette possibilité a été vivement critiquée⁷¹⁶, notamment parce qu'elle constitue, selon plusieurs, une atteinte au privilège relatif au litige⁷¹⁷. Elle pourrait même être considérée comme une atteinte au droit au secret professionnel⁷¹⁸, un droit protégé par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁷¹⁹. Or, dans l'arrêt de principe *Blank c Canada (Ministre de la Justice)*⁷²⁰, la Cour suprême a apporté quelques précisions importantes à cet égard⁷²¹. Les communications de l'avocat avec des tiers ainsi que les documents effectués ou préparés principalement en vue du litige sont sous la protection du privilège relatif au litige, et non pas

⁷¹⁶ Voir notamment les positions du Jeune Barreau de Montréal énoncées dans *Mémoire de l'Association du Jeune Barreau de Montréal sur le projet de loi 28 - Loi instituant la réforme du Code de procédure civile*, p. 40-41, et celle du Jeune Barreau de Québec énoncée dans *Mémoire du Jeune Barreau de Québec présenté dans le cadre du Projet de loi no 28 : Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, p. 6 ; À cet égard, voir le *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, *supra* note 113, plus particulièrement au 11 septembre 2013, p. 3-4, au 11 novembre 2013, p. 50-53 et au 12 novembre 2013, p. 1-3.

⁷¹⁷ Lord Woolf, *supra* note 2 au para 31 à 33. C'est d'ailleurs l'une des critiques les plus vives formulées à l'encontre du rapport intérimaire présenté par Lord Woolf lors du processus qui a précédé la réforme de la procédure civile anglaise. Dans son rapport final, Lord Woolf a répondu à ces critiques. Il est d'avis qu'il est crucial que le privilège relatif au litige ne couvre plus les communications entre l'avocat et l'expert qui sont de l'ordre d'instructions. Selon Woolf, il est important que le tribunal et les parties adverses soient à même d'évaluer l'impartialité de l'expert et la qualité de son opinion. Pour ce faire, connaître les instructions données à l'expert est primordial. Il est à noter que Lord Woolf proposait également de rendre disponible toutes les versions antérieures du rapport de l'expert qui ont été révisées par un avocat, mais qu'il a reculé quant à cette recommandation qu'il a finalement jugée peu réaliste et contre-productive.

⁷¹⁸ Dans *Poulin c Prat*, EYB 1994-64315 (CS), la Cour supérieure avait énoncé en 1994 que les communications entre avocats et experts étaient protégées par le secret professionnel. Au sujet de cette décision, voir les commentaires de Cécile Desforges et Cynthia St-Louis, « L'obligation de l'expert de divulguer les instructions reçues en vertu de l'article 235 du Code de procédure civile : brèche du secret professionnel et/ou du privilège relatif au litige ? » dans *Repères*, Yvon Blais, 2016, en ligne sur La Référence : EYB2016REP2000 ; Voir également : Sébastien C. Caron, Marie-Noël Rochon et Elisabeth Neelin, « Chronique : Procédure civile. Communications entre avocats et experts : le privilège relatif au litige et les devoirs des experts » (2015) 74 R du B 557 ; Finalement, voir *Centre Marcel-Boivin inc. c Société immobilière du Québec*, 2007 QCCA 749, qui confirme le contenu de *Poulin c Prat*.

⁷¹⁹ Art. 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, c C-12. Il est toutefois à noter que la *Charte* donne au législateur le droit de contourner législativement cette disposition : « Toute personne tenue par la loi au secret professionnel [...] ne peuvent divulguer des renseignements confidentiels [...] à moins d'y être autorisé par [...] disposition expresse de la loi ».

⁷²⁰ *Blank c Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 319.

⁷²¹ Tel que mentionné dans Caron, Rochon et Neelin, *supra* note 718, cette distinction n'est pas que théorique : « À première vue, l'importance de cette distinction peut apparaître minime, voire même théorique. Or, la distinction entre un droit protégé par la Charte au bénéfice d'un individu (le client) et un privilège restrictif reconnu par les tribunaux comme existant pour faciliter le processus contradictoire et permettre à un avocat ou un justiciable de préparer sa cause est fondamentale : le premier ne peut pas être facilement limité, tandis que le second sert les fins de la justice et peut être restreint au service de ces mêmes fins. »

du secret professionnel⁷²². Cette protection est limitée⁷²³ : elle n'existe que pour la durée du litige, elle peut être limitée par la loi et elle « ne saurait protéger contre la divulgation d'éléments de preuve démontrant un abus de procédure ou une conduite répréhensible similaire de la part de la partie qui le revendique »⁷²⁴. Ainsi, cette décision confirme que les versions antérieures du rapport d'expert, ainsi que les communications et notes prises au moment de sa confection, sont protégées par le privilège relatif au litige⁷²⁵.

Cette question du privilège relatif au litige et de l'immixtion de l'avocat dans la rédaction du rapport d'expert s'est posée en 2015 devant la Cour d'appel de l'Ontario à l'occasion de l'arrêt *Moore v Getahun*⁷²⁶, une affaire en matière de responsabilité médicale qui a été observée à travers le Canada. En première instance, la juge s'est interrogée à savoir, à la lumière des nouvelles règles de procédure civile ontariennes⁷²⁷, s'il est « approprié » qu'un avocat révise le contenu du rapport de l'expert. Plus précisément, l'expert a expliqué que l'avocat qui l'a mandaté pour préparer une opinion, bien qu'il fût satisfait de son contenu, lui a fait certaines suggestions via téléphone, et qu'il a effectué des « corrections » de son rapport suivant ces suggestions de l'avocat⁷²⁸. Référant à la mission première de l'expert d'éclairer le tribunal, ainsi qu'à son devoir d'impartialité, la juge a énoncé que « counsel's prior practice of reviewing draft reports should stop. Discussions or meetings between counsel and an expert to review and shape a draft expert report are no longer acceptable »⁷²⁹. Il doit être souligné que pour en arriver à cette conclusion, la juge a exigé que l'expert fournisse à la Cour les versions antérieures, ou brouillons, de son rapport. Elle a donc qualifié ces versions antérieures du rapport d'expert comme constituant des instructions qui auraient dû être divulguées conformément aux exigences

⁷²² *Blank c Canada (Ministre de la Justice)*, *supra* note 720 au para 30.

⁷²³ Desforges et St-Louis, *supra* note 718 aux pp 5-6.

⁷²⁴ *Blank c Canada (Ministre de la Justice)*, *supra* note 720 aux paras 44-45.

⁷²⁵ Caron, Rochon et Neelin, *supra* note 718 à la p 7 ; Desforges et St-Louis, *supra* note 718 à la p 9 ; La notion demeure toutefois confuse en jurisprudence. Voir notamment *Mabarex c Ville de Vaudreuil-Dorion*, 2017 QCCS 5580.

⁷²⁶ *Moore v Getahun*, 2015 ONCA 55, demande d'appel à la Cour suprême rejetée ; Voir aussi la décision de première instance *Moore v Getahun*, 2014 ONSC 237 ; Cette importante décision a été abordée par plusieurs auteurs, donc certains au Québec. Voir notamment : Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 aux paras 58 et 69 ; Caron, Rochon et Neelin, *supra* note 718 ; Desforges et St-Louis, *supra* note 718 ; Paul Pape et Joanna Nairn, « Moore v. Getahun : Practical questions about expert witness interactions » (2015) 34 Adv J 1.

⁷²⁷ Plus particulièrement, il est question ici de la règle 53.03 des *Rules of Civil Procedure*, RRO 1990, Reg 194.

⁷²⁸ *Moore v Getahun*, *supra* note 726 au para 47.

⁷²⁹ *Ibid* au para 50.

de la règle 53.03 des *Rules of Civil Procedure* ontariennes⁷³⁰. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé cette portion de la décision de la juge de première instance⁷³¹. Bien que la Cour d'appel ait confirmé que la mission de l'expert vise bien le tribunal, en priorité, et non les parties, elle a aussi expliqué que des motifs légitimes peuvent justifier la collaboration d'un avocat avec l'expert pour la préparation de son opinion :

« [63] Consultation and collaboration between counsel and expert witnesses is essential to ensure that the expert witness understands [his or her] duties [...]. Reviewing a draft report enables counsel to ensure that the report (i) complies with the Rules of Civil Procedure and the rules of evidence, (ii) addresses and is restricted to the relevant issues and (iii) is written in a manner and style that is accessible and comprehensible. Counsel need to ensure that the expert witness understands matters such as the difference between the legal burden of proof and scientific certainty, the need to clarify the facts and assumptions underlying the expert's opinion, the need to confine the report to matters within the expert witness's area of expertise and the need to avoid usurping the court's function as the ultimate arbiter of the issues.

[64] Counsel play a crucial mediating role by explaining the legal issues to the expert witness and then by presenting complex expert evidence to the court. It is difficult to see how counsel could perform this role without engaging in communication with the expert as the report is being prepared. »⁷³²

La Cour d'appel a également précisé les modalités qui devraient caractériser la participation de l'avocat à la rédaction du rapport d'expert. Les versions antérieures du rapport de l'expert, ses notes, ainsi que les traces de toute consultation entre l'expert et l'avocat ne constituent pas des instructions au sens de la loi ; elles n'ont donc pas à être divulguées lors du dépôt du rapport final, et sont couvertes par le privilège relatif au litige⁷³³. Toutefois, la Cour d'appel rappelle la limite tracée par *Blank* quant au privilège relatif au litige. Alors que celui-ci vise d'abord et avant tout à servir les intérêts de la justice, il ne peut servir à dissimuler le comportement inapproprié d'un avocat qui s'immiscerait indûment dans la préparation d'une opinion d'expert :

« [77] In my view, the ends of justice do not permit litigation privilege to be used to shield improper conduct. As I have already mentioned, it is common ground on this appeal that it is wrong for counsel to interfere with an expert's duties of independence and objectivity. Where the party seeking production of draft reports or notes of discussions between counsel and an expert can show reasonable grounds to suspect

⁷³⁰ La règle 53.03 des *Rules of Civil Procedure* ontariennes mentionne que « A report [...] shall contain the following information : [...] 3. The instructions provided to the expert in relation to the proceeding ».

⁷³¹ *Moore v Getahun*, *supra* note 726 au para 66.

⁷³² *Ibid* aux paras 63-64.

⁷³³ *Ibid* au para 70.

that counsel communicated with an expert witness in a manner likely to interfere with the expert witness's duties of independence and objectivity, the court can order disclosure of such discussions. [...]

[78] Absent a factual foundation to support a reasonable suspicion that counsel improperly influenced the expert, a party should not be allowed to demand production of draft reports or notes of interactions between counsel and an expert witness. Evidence of an hour and a half conference call plainly does not meet the threshold of constituting a factual foundation for an allegation of improper influence. In my view, the trial judge erred in law by stating that all changes in the reports of expert witnesses should be routinely documented and disclosed. She should not have ordered the production of Dr. Taylor's drafts and notes. »⁷³⁴

Ainsi, dans des cas où les circonstances permettraient de douter de l'indépendance ou de l'impartialité de l'expert en raison de ses rapports avec le procureur qui l'a mandaté, la divulgation des versions antérieures de l'opinion de l'expert pourrait vraisemblablement être ordonnée. Il est à noter que cette décision est d'intérêt puisqu'elle traite d'une règle procédurale ontarienne similaire à l'article 235 du *Code de procédure civile*. En raison du caractère mixte de la procédure civile au Québec, elle serait potentiellement transposable en droit québécois⁷³⁵. À cet égard, en 2017, la Cour supérieure a confirmé que les versions antérieures de rapports d'experts ne constituent pas des instructions au sens de l'article 235, et donc, sont protégées à l'encontre de la divulgation aux parties adverses qui l'exigent⁷³⁶, allant dans le même sens que la Cour d'appel ontarienne dans *Moore c Getahun*.

Il n'en reste pas moins que le législateur peut valablement écarter le privilège relatif au litige par une disposition législative⁷³⁷, comme l'article 235 du *Code de procédure civile*. Incidemment, l'enjeu est plutôt de définir ce qui est visé par le libellé de l'article, plus particulièrement les termes « instructions qu'il a reçues d'une partie ». Le législateur, si l'on en croit le contenu des débats parlementaires, a préféré laisser la tâche de circonscrire la

⁷³⁴ *Ibid* aux paras 77-78.

⁷³⁵ C'est ce que les auteurs avancent dans Caron, Rochon et Neelin, *supra* note 718 aux pp 5-6 et dans Desforges et St-Louis, *supra* note 718. Leur opinion est partagée par d'autres, voir Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 58.

⁷³⁶ *Mabarex c Ville de Vaudreuil-Dorion*, *supra* note 725 aux paras 34-35.

⁷³⁷ Même le secret professionnel n'est pas absolu, puisque le législateur peut déroger aux exigences de la Charte par « disposition expresse » de la loi. Voir art. 9 *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 719. ; Voir sur le sujet *Blank c Canada (Ministre de la Justice)*, *supra* note 720 au para 67.

signification de ces termes aux tribunaux⁷³⁸. Depuis, les tribunaux ont rendu quelques décisions susceptibles de préciser la signification ainsi que les limites de l'article 235⁷³⁹.

Dans *SNC-Lavalin inc. c ArcelorMittal Exploitation minière Canada*, la Cour supérieure mentionne que l'atteinte au privilège relatif au litige et au secret professionnel que constitue la divulgation des instructions à l'expert est « justifiée par le rôle impartial de l'expert et par l'objectif de la recherche de la vérité »⁷⁴⁰. En appliquant ces principes, il a été décidé que la lettre-mandat des experts, dont le contenu avait été divulgué volontairement dans le rapport, équivaut à renonciation au secret professionnel et au privilège relatif au litige, et ce tant pour la lettre-mandat que pour toutes les instructions ultérieures qui auraient modifié la portée de ce mandat⁷⁴¹. Les autres échanges avocats-experts ne constituent pas des instructions au sens du *Code de procédure civile*, et sont donc protégés. Le juge aborde également une mention au rapport des experts à propos de rencontres, séances de travail et entrevues⁷⁴² effectuées par les experts aux locaux de la partie qui les a nommés. Bien que les notes prises par les experts soient protégées⁷⁴³, tout enregistrement ou retranscription du contenu de ces rencontres, s'il en existe, n'est pas protégé. En effet, la mention au rapport des experts est à l'effet que ces rencontres font partie des éléments sur lesquels les experts se sont basés pour construire leur opinion⁷⁴⁴. Il s'agit donc d'éléments qui devraient être fournis au tribunal et aux parties adverses, puisqu'ils ont « le droit de connaître les faits sur lesquels l'expert fonde son opinion »⁷⁴⁵. À cet égard, la Cour supérieure a récemment rappelé dans *Musée canadien de l'histoire c Ed Brunet et Associés Canada inc.* que le dépôt d'une expertise « emporte la renonciation au privilège quant à toutes

⁷³⁸ Voir notamment le *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, *supra* note 113 ; Chamberland, *supra* note 470 à l'art 235 ; Desforges et St-Louis, *supra* note 718 à la p 7.

⁷³⁹ La revue jurisprudentielle quant à cette question a été faite pour la préparation de la conférence Shana Chaffai-Parent et Marie-Ève Léveillé, *Penser et utiliser la preuve par expertise autrement*, Les Conférences JBM-CAIJ, Cour d'appel du Québec, Montréal, 6 décembre 2017 et a mise à jour pour la rédaction du présent mémoire.

⁷⁴⁰ *SNC-Lavalin inc c ArcelorMittal Exploitation minière Canada*, 2017 QCCS 737 au para 7.

⁷⁴¹ *Ibid* au para 5.

⁷⁴² Il est à noter que les agissements des experts dont il est question dans la décision ont eu lieu avant l'entrée en vigueur du *Code de procédure civile*. S'ils avaient eu lieu après, ils auraient dû, conformément à l'art 238 Cpc, joindre au rapport les « témoignages [recueillis] en cours d'expertise ».

⁷⁴³ *Blank c Canada (Ministre de la Justice)*, *supra* note 720 au para 13.

⁷⁴⁴ *Ibid* au para 12.

⁷⁴⁵ *Ibid*, citant la décision *Poulin c Prat*, *supra* note 718 aux pp 14 et 17. Ce type d'information est désigné comme étant de la « foundational information » en Ontario. Voir *Moore v Getahun*, *supra* note 726 ; Voir également à ce sujet Caron, Rochon et Neelin, *supra* note 718 à la p 5.

informations qui ont pu être utilisées par l'expert pour formuler son opinion »⁷⁴⁶. La divulgation des faits qui fondent l'opinion de l'expert est cruciale. L'examen de ces faits permettra au tribunal d'évaluer la qualité du raisonnement de l'expert. Plus encore, le tri des faits effectués par l'expert, ou par celui qui lui a fourni ces mêmes faits, est généralement un bon indicateur quant au niveau de partialité de l'opinion de l'expert ; lorsque bon nombre de faits préjudiciables à la partie qui l'a choisi ont été mis de côté par l'expert, il s'agit généralement d'un bon indice de sa partialité⁷⁴⁷.

Autrement, les tribunaux ont aussi mentionné que l'article 235 n'autorise pas l'interrogatoire préalable à l'instance d'un expert quant aux instructions qu'il aurait reçues⁷⁴⁸, ni la divulgation d'instructions données à un expert quant à la confection d'un rapport qui n'est pas destiné à être soumis au tribunal comme moyen de preuve⁷⁴⁹. L'article 235 ne peut pas, non plus, servir de fondement à une demande pour préciser la teneur du mandat de l'expert, si cette demande a pour effet d'élargir le mandat de l'expert. À cet égard, la Cour supérieure fait référence à la mission de l'expert pour justifier ses conclusions :

« [4] L'expert n'appartient pas aux parties, il n'en est pas son représentant puisqu'il est d'abord au service du Tribunal.

[5] Cela signifie que la mission première de l'expert, comme le prévoit d'ailleurs le Code de procédure civile, est de donner un avis impartial au Tribunal et que cette mission prime les intérêts des parties, l'expert n'ayant pas à s'engager en faveur d'une partie au détriment de l'autre.

[6] Il demeure que l'expert retenu par l'une des parties donnera son avis sur les points qui lui sont soumis par celle-ci. Le fait que l'expert n'appartienne à personne ne fait pas en sorte que la partie adverse puisse modifier son mandat comme bon lui semble. Il s'agit plutôt d'une question d'impartialité de l'expert.

⁷⁴⁶ *Musée canadien de l'histoire c Ed Brunet et Associés Canada inc*, 2018 QCCS 2450 au para 20.

⁷⁴⁷ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 17 ; Paciocco, *supra* note 13 aux pp 64 et s. ; *Droit de la famille — 161099*, *supra* note 264 au para 20 ; *Droit de la famille - 152018*, *supra* note 264 au para 74 ; *Cloutier-Cabana c Rousseau*, *supra* note 264 au para 47 ; *Fortin c Compagnie d'assurances Wellington*, *supra* note 264 à la p 19 ; *2842-1733 Québec inc. c Allstate du Canada*, *supra* note 264 au para 82 ; *Compagnie d'assurances St-Paul/St-Paul Fire & Marine Insurance Company c SNC-Lavalin inc*, *supra* note 264 au para 75.

⁷⁴⁸ *SNC-Lavalin inc c Lafarge Canada Inc*, 2018 QCCS 3211 ; *Couture c Groupe Qualinet inc*, 2016 QCCQ 1574 ; *Électro-système PL inc. c Drummondville (Ville de)*, 2016 QCCS 1445.

⁷⁴⁹ *T.S. c Lacombe*, 2018 QCCS 1410 aux paras 22-23.

[7] Ainsi, l'expert ne s'engage pas en faveur d'une partie et il n'en est pas le représentant, il peut être consulté par les deux parties et donner son opinion à chacune d'elle. »⁷⁵⁰

Lorsqu'on s'attarde à cette question de la collaboration de l'avocat avec l'expert dans la préparation du rapport, force est de constater que tant l'un que l'autre sont forcés de travailler ensemble dans un cadre flou. Ils opèrent dans une zone à mi-chemin entre l'impartialité exigée de l'expert et l'appui des intérêts de la partie qui l'a mandaté. Les pressions qui découlent des pratiques traditionnelles entourant l'usage d'experts, tout particulièrement celles liées au procédé de nomination de l'expert privé, rendent la mission formulée à l'article 22 du *Code de procédure civile* utopique. Comme le mentionne Paciocco, le processus contradictoire génère un « esprit de corps »⁷⁵¹, une solidarité « systémique » qui lie l'expert aux desseins de celui qui le mandate⁷⁵². Les conditions de réalisation de cette mission sont un obstacle majeur à l'impartialité de l'expert, bien qu'il cherche à la remplir de bonne foi. Le contenu du mandat et des instructions données à l'expert représente bien le contexte irréconciliable dans lequel l'avocat et l'expert doivent œuvrer. L'avocat a le mandat, et qui plus est, l'obligation déontologique, de représenter les intérêts de son client, notamment en fournissant au tribunal les éléments de preuve au soutien des prétentions qui lui permettront de voir justice rendue en sa faveur. C'est dans cet état d'esprit qu'il mandate un expert privé et lui donne des instructions quant au contenu d'une opinion à produire. Bien que cette opinion puisse être utile au tribunal dans cette prise de décision, l'essence de l'opinion de l'expert, lorsqu'il est privé, est d'abord et avant tout de convaincre, comme tout autre moyen de preuve. En cela, la nature de l'expertise privée correspond bien mal avec le besoin d'éclairage indépendant et impartial du tribunal sur un sujet spécialisé.

⁷⁵⁰ *Office municipal d'habitation Kativik c WSP Canada inc.*, 2018 QCCS 2360 aux paras 4 à 7.

⁷⁵¹ Paciocco, *supra* note 13 au para 19.

⁷⁵² *Ibid* au para 20. Il s'agit d'ailleurs de la conclusion tirée à l'issue de la Commission Kaufman sur la condamnation erronée de Guy Paul Morin.

3.2 LES CONSÉQUENCES DE LA PARTIALITÉ : LES DÉBATS D'EXPERTS

3.2.1 LA DIFFICULTÉ DE DÉPARTAGER LES OPINIONS CONTRADICTOIRES, OU LA DÉVALORISATION DE LA MISSION DE L'EXPERT

Les biais et la partialité liés à la nomination d'experts privés ne sont pas des difficultés purement théoriques ou idéologiques. Ce processus de nomination des experts a un effet appréciable sur le déroulement de l'instance, ainsi que sur l'évaluation de la preuve d'experts par le tribunal. La procédure contradictoire a un effet « polarisant » sur les opinions des experts impliqués dans un même dossier⁷⁵³. Vraisemblablement, puisqu'ils sont associés à des camps qui défendent des positions opposées, les experts désignés par des parties adverses arriveront rarement à une même conclusion. Leurs opinions respectives font partie intégrante d'une théorie de la cause vouée à être confrontée à celle de l'adversaire⁷⁵⁴. Elles ont donc toutes les chances d'être contradictoires, et de donner lieu, en pratique, à des vigoureux débats d'experts. En raison de leur impact important, les **procédés de nomination** des experts constituent un attribut qui différencie l'expertise des autres moyens de preuve ; le procédé de nomination employé dans chaque affaire a le potentiel d'influer sur la réalisation de la mission de l'expert.

Les débats d'experts cadrent bien mal avec l'évaluation d'opinions scientifiques ou techniques. Les différences marquées entre la science et le droit rendent le processus contradictoire inefficace quant à la découverte de la vérité, surtout lorsqu'on applique le critère de la balance des probabilités⁷⁵⁵. En raison de ce critère d'évaluation de la preuve, la manière dont la science et les tribunaux civils appréhendent la réalité diffère considérablement. Cette disparité comporte un élément de complexification du travail du tribunal, et parfois même un fort risque de l'induire en erreur⁷⁵⁶.

⁷⁵³ Sous-comité Magistrate-Justice-Barreau, *supra* note 2 à la p 49 ; Bernstein, *supra* note 81 à la p 487 ; Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 380 ; Paciocco, *supra* note 13 au para 14.

⁷⁵⁴ Yee, *supra* note 5 à la p 253.

⁷⁵⁵ Voir la SECTION 1 – DIMENSION RÉFÉRENTIELLE à ce sujet. Voir notamment : Binnie, *supra* note 5 ; Brewer, *supra* note 5 ; Jasanoff, *supra* note 183 ; Lederman, *supra* note 5 ; Cole, *supra* note 5 ; Cunliffe, *supra* note 322.

⁷⁵⁶ Binnie, *supra* note 5 au para 41. Binnie mentionne que les experts, dans le contexte contradictoire, ne sont pas toujours de bons professeurs : « In the first place, our present system contemplates that a case must be resolved on the evidence heard in the courtroom. Yet the courtroom, with all its formalities and evidentiary rules, is a poor schoolhouse, and duelling experts may make bad teachers. »

Ainsi, le phénomène des opinions contradictoires complique le travail du tribunal plutôt que de le faciliter. La juge Duval-Hesler l'explique adroitement en reproduisant un commentaire tiré d'une décision qui date de 1965, mais dont la pertinence est toujours d'actualité :

« Ce qui discrédite les experts dans le rôle que la loi leur reconnaît – celui d'éclairer les décideurs des faits – c'est évidemment le phénomène des expertises contradictoires. Rappelons à ce sujet la citation savoureuse de monsieur le juge Rivard, alors à la Cour du Banc de la Reine :

Les jurés avaient devant eux une preuve scientifique contradictoire [...]. L'examen de cette preuve souligne de nouveau l'illogisme, sinon le ridicule de notre procédure. C'est par exception que le témoin expert peut exprimer une opinion. On le lui permet pour qu'il éclaire le jury ou le juge sur des données scientifiques ou techniques que le jury ou le juge n'est pas censé connaître. Lorsque des théories scientifiques s'affrontent, se contredisent comme dans l'espèce, quel est celui qui dira la vérité scientifique, le bien-fondé de l'une des deux théories médicales contradictoires : le jury qu'on voulait éclairer parce qu'il n'en connaissait rien ! »⁷⁵⁷

Le procédé de nomination des experts privés crée ainsi un contexte où le tribunal, se trouvant nécessairement face à des opinions contradictoires, devra déterminer laquelle de ces opinions est la bonne. Paradoxalement, le tribunal, qui avait besoin d'éclairage en raison de son déficit de connaissances spécialisées, se trouve dans la fâcheuse position d'avoir à déterminer l'expert qui a raison quant à une matière qu'il ne connaît pas, ou peu⁷⁵⁸. Les opinions, lorsqu'elles sont

⁷⁵⁷ Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 363, citant *Létourneau c R.*, [1965] CBR 77, para 78 ; Il convient d'également citer le juge Binnie à ce propos : « The judge may not have the luxury of waiting until scientists in the relevant field have reached a consensus. The court is a dispute resolution forum, not a free-wheeling scientific inquiry, and the judge must reach a timely decision based on the information available. Even if science has not figured it out yet, the law cannot wait. », dans Binnie, *supra* note 5 au para 12 ; Voir aussi : Lederman, *supra* note 5 à la p 250 ; Hand, *supra* note 35 à la p 53 ; Jacob H. Beuscher, « The Use of Experts by the Courts » (1941) 54:7 Harv L Rev 1105 à la p 1106.

⁷⁵⁸ Bernstein, *supra* note 81 à la p 485. Bernstein utilise un exemple fictif, soit des experts dont le mandat est de d'identifier différents parfums, pour illustrer les conséquences parfois illogiques des expertises contradictoires pour le tribunal (voir aussi *infra* note 568 quant à cet exemple) :

« Assuming that both experts have appropriate training and experience (and did whatever perfume sniffers normally do before sniffing the perfume), there is no plausible way to cross-examine such experts effectively. [...] [I]t is hard to see how a swearing contest between two or more experts, each relying on his own experience without any objective way for the trier of fact to determine who is right, even meets the basic requirement that expert testimony be helpful to the jury. »

contradictoires, peuvent être contre-productives⁷⁵⁹; l'éclairage qui devait être apporté par les experts en devient brouillé, et la tâche du tribunal devient peu praticable :

« In this environment, it is not surprising that judges have trouble sorting out the good evidence. [...] The trier must first judge the qualifications of the opposing experts, then try to understand their presentations, pass on their sincerity and credibility, and finally choose between opposing conclusions. Throughout, there is the uneasy doubt as to an appropriate discount for partisanship. Have the witnesses, both or one of them, anticipated a discount by the trier and hiked their opinions twice, once for discount and once for loyalty to their client, or only once, or even not at all? »⁷⁶⁰

L'un des principaux risques, c'est que l'évaluation de la fiabilité des opinions contradictoires doit être basée sur des critères épistémiquement légitimes, et non pas uniquement sur des impressions ou une compréhension partielle des expertises⁷⁶¹. Les experts, à titre de témoins, seront parfois évalués sur des critères peu appropriés, souvent propres aux témoins de faits, par exemple la clarté du discours, la mémoire des faits, l'apparence physique ou le langage corporel⁷⁶². Le tribunal, puisqu'il doit se baser uniquement sur la preuve qui lui est présentée, peut risquer d'être induit en erreur par certains experts dont la réputation, le curriculum vitae et

⁷⁵⁹ Hand, *supra* note 35 ; La Cour suprême du Canada a soulevé ce problème en 1918 dans *Pratte v Voisard*, (1918) 57 RCS 184 à la p 188 :

« It is quite true that expert evidence under modern practice is rapidly becoming of little value for any judicial purpose because even men of the highest character and integrity are apt to be prejudiced in favour of the party by whom they are employed and that the better procedure is that prescribed by the ordinance of 1667 and still followed in France. The court should, whenever necessary, appoint upon application of either party or of its own motion disinterested experts, to be procured and paid in such a way as to secure their freedom from bias [...] »

Déjà, en 1901, le juge américain Learned Hand publiait un texte à ce propos, l'appliquant aux procès civils américains devant jury :

« The trouble with all this is that it is setting the jury to decide, where doctors disagree. The whole object of the expert is to tell the jury, not facts, as we have seen, but general truths derived from his specialized experience. But how can the jury judge between two statements each founded upon an experience confessedly foreign in kind to their own? It is just because they are incompetent for such a task that the expert is necessary at all. Even where two supposititious propositions are not in direct conflict, the real reconciling grace which may lurk between them is not bestowed, save upon one familiar with the whole line of experience to which they belong; and when the conflict is direct and open, the absurdity of our present system is apparent. »

⁷⁶⁰ Yee, *supra* note 5 à la p 253.

⁷⁶¹ Voir la SECTION 1 – DIMENSION RÉFÉRENTIELLE à propos de l'« intellectual due process » ; Voir notamment : Brewer, *supra* note 5 ; Jasanoff, *supra* note 183 ; Leclerc, *supra* note 5 ; Binnie et al, *supra* note 242 ; Chalifour, Findlay et McLeod-Kilmurray, *supra* note 278.

⁷⁶² Cette question a été abordée à la SECTION 1 – DIMENSION RÉFÉRENTIELLE. Voir notamment les propos dans Binnie, *supra* note 5 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 aux paras 22 et 26 ; Proulx, *supra* note 169 à la p 307 ; C'est un phénomène qui a déjà été souligné par la Cour suprême dans *R. c Mohan*, *supra* note 80 et dans *R. v D.D.*, *supra* note 352.

l'expérience sont hors du commun⁷⁶³. S'il n'est pas exposé à un contre-interrogatoire efficace qui met en lumière les faiblesses scientifiques ou techniques des expertises, – par exemple, une méthodologie déficiente ou des prémisses scientifiques inexactes – on peut se demander sur quelles bases le tribunal fondera son opinion quant à la position expertale à privilégier⁷⁶⁴. Au contraire, un avocat particulièrement efficace en contre-interrogatoire risque de discréditer un expert dont l'opinion est fiable, mais qui n'est pas habitué à l'arène judiciaire⁷⁶⁵. Des critères d'évaluation inappropriés, doublés par un manque d'information du tribunal, ne permettent pas nécessairement de déceler si la qualité de l'application de leur savoir spécialisé aux faits d'une affaire est suffisante, et si leur opinion est prépondérante face à une autre.

Les différences entre science et droit jouent un rôle déterminant à ce titre, notamment au niveau temporel. La vérité, quoiqu'elle puisse être nuancée tant en science que dans la vie, doit être tranchée et se fixer dans la décision judiciaire, et ce, en fonction du critère de prépondérance de la preuve :

« La science peut se permettre d'être constamment en quête de la vérité scientifiquement certaine. Les juges n'ont pas ce luxe. Elles et ils ont l'obligation de rendre une décision exécutoire, selon la simple prépondérance de la preuve. Les débats scientifiques peuvent n'avoir jamais de fin. Les procès doivent aboutir. »⁷⁶⁶

⁷⁶³ Binnie, *supra* note 5 au para 6.

⁷⁶⁴ C'est l'un des éléments mentionnés par Paciocco dans Paciocco, *supra* note 13. Il est d'avis que des contre-interrogatoires plus efficaces font partie des solutions à privilégier pour améliorer l'utilisation et l'utilité des experts devant les tribunaux. À cet égard, les contre-interrogatoires souffrent d'un manque d'efficacité chronique quant aux experts. Cette question a été abordée du point de vue procédural à la SECTION 2 – DIMENSION NORMATIVE. Nous aborderons la question à la lumière des notions vues sur la partialité ici.

⁷⁶⁵ Binnie, *supra* note 5 au para 19. Il s'agit de l'une des faiblesses du système contradictoire quant aux expertises soulignées par Binnie en ces termes : « In some measure this may be the fault of the trial process [...] which, some critics argue, includes the following weaknesses: [...] cross-examination that can undermine trustworthy sources for reasons other than scientific validity, yet fail to discredit opposing testimony of less merit that is delivered with greater presentational skill ». ; Il est à noter qu'une part de ce problème est amélioré par l'introduction de la règle comme quoi les rapports tiennent lieu du témoignage de l'expert. Cela n'est toutefois pas applicable en matière de contre-interrogatoire, qui doivent nécessairement être effectués *vivo voces*.

⁷⁶⁶ Duval Hesler, *supra* note 81 aux pp 378-379 ; Citons également les savants mots du juge Binnie à cet égard : « There is a further problem. The judge may not have the luxury of waiting until scientists in the relevant field have reached a consensus. The court is a dispute resolution forum, not a free-wheeling scientific inquiry, and the judge must reach a timely decision based on the information available. Even if science has not figured it out yet, the law cannot wait. » dans Binnie, *supra* note 5 au para 13 ; Voir aussi Piché, *supra* note 14 au para 2.

La science, elle, reste dans l'incertitude jusqu'à ce qu'une preuve suffisante soit généralement reconnue. Là où la science peut remettre à demain, le tribunal ne le peut ; il doit s'accommoder du moment auquel les procédures judiciaires sont déposées, mais aussi des opinions qui lui sont présentées.

L'absence de consensus scientifique ou technique quant à bon nombre de questions crée une zone grise à travers de laquelle parties et experts peuvent moduler le savoir spécialisé aux exigences de leur théorie de la cause, parfois plus ou moins consciemment. Ainsi, notamment en raison du biais de sélection, le risque qu'une position scientifique ou technique minoritaire, voire ésotérique, soit présentée à titre d'opinion augmente :

« [E]xperts are selected "according as their opinion is known to incline". As a result, the court does "not get fair professional opinion" from each party's experts, but "an exceptional opinion" from each side [...] In some circumstances, [the judge] may not hear from any expert whose views represent mainstream expert opinion. »⁷⁶⁷

Le professeur David E. Bernstein soutient que, statistiquement, l'information fournie au tribunal dans l'opinion d'un expert nommé par une partie a plus de chances de constituer une position marginale que si la même question avait été étudiée par un expert impartial et indépendant⁷⁶⁸. C'est également la position de l'honorable Ian C. Binnie⁷⁶⁹, ainsi que des professeurs Kenton

⁷⁶⁷ Bernstein, *supra* note 81 aux pp 456-457 ; Préville-Ratelle, *supra* note 6 aux pp 8-9 ; C'est d'ailleurs un problème sur lequel il y aurait « consensus général » [notre traduction]. Voir à cet égard les commentaires de Sonenshein et Fitzpatrick, *supra* note 274 à la p 10.

⁷⁶⁸ Voir Bernstein, *supra* note 81 à la p 485. Bernstein utilise un exemple pratique pour illustrer cette affirmation : « For example, assume that the issue in the case is whether a particular perfume was Chanel No. 5 or Giorgio. Further, assume that the plaintiff wants to argue that it was Chanel No. 5, but the first three perfume sniffers he consults are certain that it is Giorgio. At this point, the attorney could look for a hired-gun perfume sniffer who is willing to lie about the scent, or the attorney could keep surveying perfume sniffers until he finds someone who legitimately believes that the scent is Chanel No. 5. Given enough experts and the laws of probability, an attorney could almost always find one or more experience-based experts who are outliers on the relevant issue. Meanwhile, the defendant will more easily find an expert willing to testify that the perfume was Giorgio. ».

⁷⁶⁹ Binnie, *supra* note 5 au para 19. Binnie souligne l'un des risques de la procédure contradictoire : « [S]ome evidence that may be important from a scientific perspective may be excluded because of admissibility rulings, while other weak or controversial evidence may be admitted, depending on how the judge exercises the gatekeeper role ».

K. Yee⁷⁷⁰ et Christopher T. Robertson⁷⁷¹. C'est donc la qualité de la justice qui risque d'en pâtir, puisque le tribunal se trouve devant des opinions contradictoires dont la confrontation ne résultera pas nécessairement en une vérité scientifique.

Le risque, pour les tribunaux, de faire des erreurs dans l'appréciation de matières scientifiques ou techniques en choisissant entre des opinions contradictoires représente une responsabilité qui peut être lourde⁷⁷². Les règles et processus judiciaires, qui devraient pourtant protéger l'institution judiciaire ainsi que la perception de l'administration de la justice, mettent les décideurs dans une position insoutenable. Les débats d'experts peuvent placer les juges devant des situations où trancher dans une matière scientifique ou technique complexe aura des conséquences importantes sans leur donner les ressources pour le faire correctement. Tant le juge impliqué que l'administration de la justice s'exposent à des critiques non seulement des justiciables, mais également de la communauté scientifique et du public tout entier. Le système de justice anglais a d'ailleurs déjà été vivement critiqué suivant les conclusions d'une action collective en matière de responsabilité du fait d'un médicament. Un juge, placé devant six études scientifiques aux conclusions contradictoires à l'effet que certaines pilules contraceptives avaient des effets néfastes pour la santé, a finalement rejeté l'action de la partie demanderesse, préférant la position présentée par les pharmaceutiques. Cette décision prise par le tribunal a été critiquée vivement et rejetée par une très forte majorité de la communauté scientifique. La communauté scientifique entretient une impression que le système judiciaire souffre d'« amateurisme » lorsque des sujets scientifiques doivent être traités⁷⁷³. Il a même été affirmé dans la revue scientifique bien connue *The Lancet* suivant l'affaire de la pilule contraceptive, que « trying science in a court of law is doomed to failure »⁷⁷⁴. Bien que ces critiques puissent dénoter une incompréhension des règles relatives au fardeau de la preuve, elles demeurent tout de même représentatives d'une opinion considérablement nuisible à la confiance de la science et du public quant au système de justice.

⁷⁷⁰ Yee, *supra* note 5 à la p 253.

⁷⁷¹ Voir les commentaires dans Christopher T. Robertson, « The Blind Expert : A Litigant-Driven Solution to Bias and Error » 85 NYUL Rev 174 à la p 181, qui qualifie cette situation de « truth-deficit in litigation ».

⁷⁷² Sonenshein et Fitzpatrick, *supra* note 274 à la p 10.

⁷⁷³ [notre traduction] Binnie, *supra* note 5 au para 10 ; Golan, *supra* note 53 à la p 913.

⁷⁷⁴ Binnie, *supra* note 5 au para 12 citant l'éditorial « Epidemiology on Trial » (2002) 360 *The Lancet* 421.

Ainsi, une part de cette dévalorisation de l'expertise, lorsqu'elle se présente sous forme d'opinions contradictoires, provient des croyances et de l'idéalisation de l'expert en raison de ses connaissances et de son statut par rapport au profane. En cela, à tort ou à raison, les opinions contradictoires dévaluent l'expertise non seulement aux yeux du système de justice, mais également aux yeux des justiciables et du grand public qui observent le système :

« La supériorité épistémique de l'expert réside dans le regard des autres, dans l'acceptation sociale de sa position privilégiée. L'expert tire son autorité et le respect qu'on accorde à son opinion du fait qu'il s'appuie sur un savoir établi, standardisé, et fortement balisé. Un expert donné partage avec tous ceux qui jouissent de la même expertise un ensemble de connaissances, pratiques et méthodes reconnues qui devrait idéalement rendre interchangeable l'avis des uns et des autres. Dans l'esprit populaire, le même savoir, appliqué aux mêmes faits, devrait conduire à la même réponse. Sinon, l'observateur profane sera enclin à conclure que la divergence résulte soit de l'incompétence - qui fait perdre la qualité d'expert - soit de la mauvaise foi ou de la partialité - qui dénature son activité. Cet idéal d'interchangeabilité des experts est difficilement compatible avec le contexte adversaire du processus judiciaire. Lorsque deux parties aux intérêts opposés présentent les avis contradictoires de leurs experts respectifs, comme il arrive souvent dans les procès civils, c'est l'idée même d'expertise qui est ébranlée aux yeux du public. L'expertise dont la fiabilité et l'autorité sont mises en doute n'est plus une expertise. Pour le dire autrement, la possibilité que deux experts s'affrontent et se contredisent sur une question en litige est en elle-même porteuse, à terme, de la perte de finalité de l'expertise. »⁷⁷⁵

L'expertise s'en trouve ainsi dévalorisée du point de vue des perceptions quant à son utilité et sa fiabilité. Cette idée que la science pourrait être manipulée pour servir à des intérêts privés, surtout lorsque ces mêmes intérêts sont confirmés par une décision judiciaire, est dérangeante et correspond peu aux idéaux de justice qui alimentent la confiance de la société en nos tribunaux.

Un exemple, quoiqu'il représente un extrême par rapport à la majeure partie des expertises produites en preuve, mérite d'être abordé. Le phénomène de la *junk science*, ou science de pacotilles, est symptomatique des excès du système accusatoire et contradictoire⁷⁷⁶. Dans

⁷⁷⁵ Jutras, *supra* note 8 à la p 1.

⁷⁷⁶ Piché, *supra* note 14 au para 18 ; C'est un phénomène qui ne date pas d'hier. Voir à ce sujet Barry M. Epstein et Mark S. Klein, « The Use and Abuse of Expert Testimony In Product Liability Actions » (1987) 17 Seton Hall L Rev 656 à la p 660. À cet égard, Epstein et Klein mentionnaient, il y a de cela un peu plus de 30 ans, que : « Society can no longer afford factual findings based on shockingly bad science ». ; Voir également Charles-Maxime Panaccio, « Les tribunaux, consommateurs d'expertise », pour Association Francophone pour le Savoir (ACFAS) (12 avril 2015), en ligne : <https://www.acfas.ca/publications/decouvrir/2015/04/tribunaux-consommateurs-expertise>.

l'objectif de remplir son fardeau de preuve à tout prix, une partie en manque d'arguments risque de mandater un expert pour produire un rapport favorable à sa thèse fondé sur une théorie scientifique nouvelle, voire ésotérique, dont la valeur scientifique est incertaine⁷⁷⁷. La *junk science* présente une fiabilité douteuse, qui peut parfois se camoufler sous la « mystique » de la science, risquant ainsi d'induire en erreur le décideur et de causer des erreurs judiciaires⁷⁷⁸. L'inquiétude est d'ailleurs partagée par la Cour suprême qui dénonce ses risques dans l'arrêt *R. c J.-L. J.*⁷⁷⁹. Ce sont toutefois les tribunaux américains qui ont souligné vivement les dangers de la *junk science* dans l'affaire *Frye*⁷⁸⁰, et plus tard dans la trilogie *Daubert*⁷⁸¹ qui a mené à l'établissement du critère américain d'admissibilité du témoignage d'experts en matières scientifiques⁷⁸². La *junk science*, toutefois n'est pas la norme, et, à tout événement, il est permis

⁷⁷⁷ Duval Hesler, *supra* note 81 ; Bernstein, *supra* note 81.

⁷⁷⁸ *R. c Mohan*, *supra* note 80 à la p 21 ; Voir aussi *R. v D.D.*, *supra* note 352 au para 53.

⁷⁷⁹ *R. c J.-L.J.*, *supra* note 82 au para 25 :

« Les témoins experts ont un rôle essentiel à jouer [...]. Toutefois, la croissance spectaculaire de la fréquence de l'assignation de témoins experts au cours des dernières années est à l'origine du débat actuel qui porte sur les restrictions qu'il convient d'appliquer à leur participation, les précautions à prendre pour écarter la « science de pacotille », et la nécessité de préserver et de protéger le rôle du juge des faits, que ce soit le juge ou le jury. »

⁷⁸⁰ L'arrêt *Frye v United States*, 293 F 1013 (DC Cir 1923) a établi un critère de « general acceptance » : « Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while the courts will go a long way in admitting experimental testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs. »

⁷⁸¹ *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals Inc*, *supra* note 81 ; *General Electric Co v Joiner*, [1997] 522 US 136 ; *Kumho Tire Co. v Carmichael*, [1999] 526 US 137.

⁷⁸² *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals Inc*, *supra* note 81. Le cadre de l'affaire *Daubert* est une poursuite en responsabilité du fabricant d'un médicament produit par la pharmaceutique Merrell Dow Pharmaceuticals, le Diclectin, qui traite les nausées matinales des femmes enceintes. Les demandeurs, messieurs Jason Daubert and Eric Schuller et leurs parents, poursuivent la pharmaceutique pour des dommages liés à des malformations congénitales qui auraient été causées, selon eux, par le médicament. Pour faire la preuve du lien de causalité entre le médicament et les malformations congénitales, les demandeurs ont fait appel à des experts qui ont produit une opinion basée sur des études effectuées sur la base de méthodes dont la fiabilité n'avait pas encore été acceptée dans la communauté scientifique. Cette opinion n'a pas été retenue devant les tribunaux de première instance, puisque ceux-ci ont appliqué le critère de « general acceptance » établi par l'arrêt *Frye*. La Cour suprême des États-Unis, dans *Daubert*, a énoncé un critère renouvelé, beaucoup plus nuancé que celui établi dans *Frye*, dont l'application a été précisé dans les deux décisions supplémentaires de la trilogie. Le critère de *Daubert* a été codifié, dans sa version finale en 2011, soit la Rule 702 des *Federal Rules of Evidence*. Cette règle énonce des critères sensiblement similaires à ceux de l'arrêt *Mohan*. Elle exige également que le témoignage ait une base factuelle suffisante et que l'opinion ait été générée en application de « reliable principles and methods ». À cet égard, il est nécessaire que cette méthode puisse être ou ait été testée, qu'elle ait été sujette à une évaluation par les pairs et qu'elle soit généralement acceptée dans la communauté scientifique. Ces derniers éléments du critère de *Daubert* ont été très critiqué, notamment puisqu'ils risquent de déplacer la décision quant à l'admissibilité d'une preuve vers la communauté scientifique, plutôt que les tribunaux. Or, plusieurs mentionnent que l'acceptation d'une méthode ou d'une théorie scientifique par la

de croire que son introduction en preuve aura plutôt l'effet d'aiguiser l'attention du tribunal dans l'évaluation de sa fiabilité.

Une perspective intéressante des opinions contradictoires a été abordée par des auteurs du point de vue de l'analyse économique du droit. Selon les auteurs David A. Sonenshein et Charles Fitzpatrick, le paiement par chacune des parties des frais d'un expert privé mène à des pertes économiques⁷⁸³. La présentation au tribunal d'opinions dont les conclusions sont contradictoires mène à un « cancelling effect »⁷⁸⁴. Les opinions, puisqu'elles se contredisent l'une et l'autre, voient leur effet être annulé : « Since each side spent money on an expert, with little to no effect on the [judge's] ability to discern the truth, there is a net economic loss »⁷⁸⁵. Si l'on transpose cette idée à la mission de l'expert prévue au *Code de procédure civile*, cela signifie que l'investissement, non seulement d'argent, mais également du temps des parties et des tribunaux, dans des opinions d'experts privés n'est pas économiquement intéressant pour le système de justice, puisque ces mêmes experts ne sont pas à même d'éclairer adéquatement le tribunal dans le processus de recherche de la vérité. Ainsi, les opinions d'experts contradictoires, du point de vue de la justice, offrent un faible retour sur l'investissement, ce qui est insoutenable dans un système de justice où le manque de ressources, tant des tribunaux que des parties, fait barrage à l'accès à la justice. À cela, s'ajoutent les coûts liés aux erreurs qui peuvent survenir dans l'analyse des expertises contradictoires, qui peuvent se matérialiser en décisions incorrectes, ou en dommages surévalués ou sous-évalués, par exemple⁷⁸⁶.

Envisager l'expertise comme un investissement pour améliorer la qualité de la justice aide à soupeser les différents avantages et critiques qui s'y rattachent. Chercher l'équilibre entre l'utilité, la qualité et la fiabilité de l'expertise, en comparatif avec l'investissement de temps et de ressources qu'elle représente, semble une bonne manière de penser l'expertise autrement :

communauté scientifique n'est pas nécessairement gage de vérité ou de fiabilité. ; Voir aussi à cet égard Duval Hesler, *supra* note 81 aux pp 367-368.

⁷⁸³ Sonenshein et Fitzpatrick, *supra* note 274 à la p 10 ; Voir également Jeffrey L. Harrison, « Reconceptualizing the Expert Witness : Social Costs, Current Controls, and Proposed Responses » 18 Yale J Reg 253.

⁷⁸⁴ Harrison, *supra* note 783 à la p 263.

⁷⁸⁵ Sonenshein et Fitzpatrick, *supra* note 274 à la p 10 ; Harrison, *supra* note 783 à la p 263.

⁷⁸⁶ Harrison, *supra* note 783 à la p 264 ; Sonenshein et Fitzpatrick, *supra* note 274 à la p 10.

« Dans bien des procès, l'avis d'un expert est utile, souvent nécessaire, parfois absolument inévitable. Mais la réflexion prend un autre tournant dès lors qu'on doute de la fiabilité, de l'impartialité, ou de la qualité de l'expertise. À quoi sert de consacrer autant de temps et d'argent aux expertises, si elles ne permettent pas vraiment de faire avancer le débat ? L'expertise privée de fiabilité apparaît vite comme un gaspillage de ressources, un détour inutile dans la résolution des litiges, un obstacle au libre accès à la justice. Le ratio coût/bénéfices prend alors le devant de la scène. Dans une perspective d'accès à la justice, il devient rationnel de chercher les moyens de réduire le fardeau financier que l'expertise impose aux parties, et d'imaginer des stratégies qui permettent de maximiser sa fiabilité - et donc son utilité - dans le processus judiciaire. »⁷⁸⁷

Il est important de rappeler que l'existence même de l'expertise découle d'abord et avant tout d'un besoin des tribunaux et non des parties, et ce, tant épistémiquement qu'historiquement⁷⁸⁸. Cette réalité est intrinsèque à la nature même de l'expertise, et la distingue des autres moyens de preuve. L'apparition graduelle de la nomination expertises privés, en remplacement des experts nommés par les tribunaux⁷⁸⁹, a généré l'apparition de débats d'experts peu utiles et très coûteux. L'expertise en est ainsi dénaturée, à un point tel où elle n'est plus à même de remplir au mieux les fonctions propres à son existence.

3.2.2 LES COÛTS DES DÉBATS D'EXPERTS ET LEUR EFFET POTENTIELLEMENT DISCRIMINATOIRE

Que l'on s'intéresse à la perspective économique ou à celle de la qualité de la justice, l'ajout de la variable des coûts dans l'équation transforme substantiellement le débat sur les pratiques de nomination des experts. Les pratiques actuelles se trouvent alors dans une position difficilement défendable, et ce, même du point de vue de certains principes directeurs de la procédure civile. Il s'agit d'ailleurs de l'un des constats faits par Lord Woolf dans sa critique du système de justice anglais ; les coûts et les délais de l'expertise constituent une difficulté qui se devait d'être traitée en priorité lors de la réforme de la procédure civile anglaise⁷⁹⁰. Il a déjà été mentionné que

⁷⁸⁷ Jutras, *supra* note 8 à la p 4.

⁷⁸⁸ C'est ce que confirme la démonstration historique dans Prévaille-Ratelle, *supra* note 6.

⁷⁸⁹ *Ibid.* Tel que résumé par Prévaille-Ratelle : « La pratique actuelle d'expertise est le fruit d'une transformation lente au cours de laquelle les experts ont tenu successivement les rôles d'assistant du juge, d'officier de la cour, de témoin-expert et de témoin expert partisan. » ; Voir également Hand, *supra* note 35 à la p 40 ; Nous vous référons au développement historique dans l'ÉTAT DES LIEUX pour plus d'information quant à cette évolution.

⁷⁹⁰ Lord Woolf, *supra* note 2 au para 38. À cet égard, Woolf mentionne que :

l'expertise constitue l'une des deux principales sources d'augmentation des coûts du litige⁷⁹¹. Référant aux travaux de Lord Woolf, le sous-comité Magistrature – Justice – Barreau mentionne que « personne ne conteste que le coût des experts est un des éléments les plus chers d'un procès »⁷⁹². Le fait que l'expert soit un « acteur-clé du processus judiciaire »⁷⁹³ exacerbe le problème ; aux yeux d'une partie, l'expertise est une « arme » puissante. Ainsi, les honoraires des experts représentent maintenant une part appréciable, parfois même majoritaire, des frais liés à l'instance⁷⁹⁴.

Le coût élevé des expertises crée une double discrimination dans le système de justice. Les disparités économiques entre justiciables peuvent mener à un affrontement à armes inégales :

« La seconde supposition [quant à la confrontation d'opinions contradictoires d'experts partisans] est fondée sur la prémisse que le meilleur moyen d'établir la vérité est de permettre à des adversaires de faire de leur mieux pour prouver leurs versions concurrentes des faits. Lorsque deux adversaires égaux rivalisent de cette façon, la théorie fonctionne, les mensonges sont exposés et la vérité émerge. La supposition implicite de ce modèle est que les adversaires, leurs avocats et leurs experts sont à peu près égaux, car c'est seulement lorsqu'ils le sont qu'il y a espoir que le test antagoniste de la preuve expose la vérité toute nue. Cependant, cette prémisse de l'égalité judiciaire tient rarement, car il existe souvent une asymétrie quant au pouvoir économique des justiciables. »⁷⁹⁵

Les parties plus fortunées ont généralement accès aux meilleurs experts dans un domaine donné. Davantage de fonds disponibles signifie également de pouvoir prévoir un budget plus élevé d'heures de travail par l'expert sur son opinion, mais également pour la préparation du contre-interrogatoire de l'expert choisi par la partie adverse. Investir dans l'expert donnera donc un

« One of the fundamental principles of my approach to civil litigation is that there should, so far as possible, be a level playing field between litigants of unequal financial or other resources. A particular problem arises when one party, often the defendant or potential defendant, has an easily available source of expertise to which the other party does not have access. »

⁷⁹¹ Québec (Province) Ministère de la justice, *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile, L.Q. 2002, chapitre 7*, Publications gouvernementales du Québec en ligne : monographies électroniques, Sainte-Foy, Ministère de la justice, 2006 à la p 41.

⁷⁹² Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 à la p 47.

⁷⁹³ Jutras, *supra* note 8 à la p 1.

⁷⁹⁴ *Ibid* à la p 4 ; Comité de révision de la procédure civile (Gouvernement du Québec), *supra* note 91 à la p 47 ; Voir également les multiples commentaires sur le sujet émis dans Lord Woolf, *supra* note 2.

⁷⁹⁵ Préville-Ratelle, *supra* note 6 aux pp 85-86.

avantage concurrentiel certain à la partie qui en a les moyens⁷⁹⁶. Parfois, ce sera la capacité même de faire appel à un expert, lorsqu'une opinion est nécessaire, qui différenciera le justiciable mieux nanti de celui qui l'est moins, le coût d'une expertise pouvant être prohibitif quant à l'accès au système de justice⁷⁹⁷.

Le coût élevé des expertises a également un effet discriminatoire entre les dossiers judiciaires eux-mêmes ; il favorise la conduite de litiges aux enjeux financiers élevés, au détriment de litiges avec des enjeux financiers plus restreints⁷⁹⁸. Le besoin grandissant de savoir spécialisé des tribunaux et des parties dans des litiges aux questions plus simples amenuise la possibilité du justiciable ordinaire de s'adresser aux tribunaux pour régler son problème juridique quant à ses « problèmes juridiques quotidiens »⁷⁹⁹. Une large part des frais reliés à l'expertise découlent, directement ou indirectement, de la nomination d'experts privés qui travaillent chacun de leur côté, occasionnant ces débats d'experts longs, coûteux et souvent peu utiles⁸⁰⁰. Lorsque la somme des honoraires d'avocats et d'experts pour une partie dépasse les enjeux financiers de l'affaire qui l'occupe, elle sera évidemment peu encline à s'adresser aux tribunaux. Elle pourra se voir contrainte d'accepter une offre de règlement insuffisante, ou ne jamais être payée ou compensée quant à son droit ou sa réclamation⁸⁰¹. Plus encore, lorsque la somme des honoraires d'avocats et d'experts pour l'ensemble des parties au litige dépasse les enjeux financiers de

⁷⁹⁶ Voir les commentaires dans : Bernstein, *supra* note 81 aux pp 460-461 ; Paciocco, *supra* note 13 aux paras 54-55 ; Binnie, *supra* note 5 au para 14 à 16.

⁷⁹⁷ Préville-Ratelle, *supra* note 6 aux pp 10-11 ; Dans son rapport, le sous-comité Magistrature - Justice - Barreau en vient à la conclusion qu'il y a désaffection du système de justice par les justiciables, le nombre de dossiers ayant diminué substantiellement au fil du temps. Il est d'ailleurs surprenant de constater que le nombre de jours d'audition nécessaires pour traiter un moins grand nombre de dossiers est également en croissance. Cela signifie que les litiges sont moins nombreux, mais plus volumineux. La preuve d'expert constitue une part substantielle du problème, selon le sous-comité.

⁷⁹⁸ Lord Woolf, *supra* note 2 à la p 1.

⁷⁹⁹ Voir notamment à ce sujet le rapport du Canadian Forum on Civil Justice : Farrow et al, *supra* note 88 aux pp 2 et s. ; Voir également les commentaires dans : Lord Woolf, *supra* note 2 ; Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2.

⁸⁰⁰ Jutras, *supra* note 8 aux pp 5-6.

⁸⁰¹ Voir les résultats de l'étude empirique du Canadian Forum on Civil Justice quant aux conséquences des barrières à l'accès à la justice. Il est à noter que l'étude conduite ne se limite pas aux expertises, et explore plutôt la question de l'accès à la justice d'un point de vue global. Farrow et al, *supra* note 88 à la p 11 à propos des « Unresolved Problems and Issues of Fairness ».

l'affaire qui les occupe tous, l'utilisation des ressources du tribunal devient vaine et constitue à proprement parler du gaspillage⁸⁰².

Dans de tels cas, le système de justice s'en trouve diminué parce que son utilisation est limitée. De service public accessible à tous, les tribunaux deviennent un forum que seuls les mieux nantis, dont les problèmes juridiques ont souvent une valeur économique plus élevée, peuvent fréquenter. Ainsi, c'est en termes peu flatteurs que le sous-comité Magistrature – Justice – Barreau peint un portrait des conséquences de l'expertise quant à l'accessibilité à la justice, soit comme un moyen de preuve coûteux avec une trop faible valeur ajoutée :

« S'il est un domaine de la pratique civile où la problématique coût/bénéfice/délai se trouve amplifiée, c'est celui de la preuve d'expert. La preuve d'expert est chère, elle ralentit la procédure et elle complexifie souvent la cause plus qu'elle n'aide le Tribunal : une combinaison mortelle à l'accessibilité. Mais la preuve d'expert apporte deux difficultés additionnelles : elle met en relief l'inégalité des moyens – et donc des chances – des parties et elle n'accomplit pas son rôle puisqu'elle est de moins en moins crédible étant associée à la partie qui la produit et la paye. En somme, l'outil est dispendieux, il ne fait pas le travail et il nuit même à l'ensemble du système. »⁸⁰³

3.3 L'EXPERTISE PRIVÉE ET LA RÉSISTANCE AU CHANGEMENT DES PRATIQUES MAJORITAIRES

3.3.1 *AUDI ALTERAM PARTEM*, DÉFENSE PLEINE ET ENTIÈRE ET MAÎTRISE DU DOSSIER PAR LES PARTIES, LES PRINCIPES QUI ALIMENTENT LA RÉSISTANCE

L'observation de la pratique majoritaire de nomination des experts, l'expertise privée, ainsi que l'évaluation de ses conséquences laisse perplexe. Un observateur extérieur au système de justice et à ses traditions peut aisément conclure qu'à première vue, la nomination d'experts privés telle qu'elle est effectuée actuellement est une pratique peu soutenable, parce qu'elle comporte le risque de dévaloriser l'usage du savoir spécialité, d'amoindrir la qualité de la justice et d'en

⁸⁰² Les limites évoquées sont, par exemple, lorsque le litige présente des questions de principe ou lorsque des procédures judiciaires sont nécessaires pour paver la voie à un éventuel règlement à l'amiable (en permettant de faire appel à un juge médiateur dans le cadre d'une conférence de règlement à l'amiable par exemple).

⁸⁰³ Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 à la p 47.

diminuer l'accès. Toutefois, ce serait de faire fi des mœurs procédurales mixtes du système accusatoire et contradictoire, dont les principes et pratiques sont ancrés dans l'histoire juridique et judiciaire du Québec⁸⁰⁴. Il existe un fort attachement aux traditions et façons de faire dans le milieu juridique québécois, particulièrement lorsqu'il est question des expertises⁸⁰⁵. En cela, la **résistance** au changement des pratiques du milieu juridique au Québec constitue le dernier attribut qui caractérise l'expertise.

Ce ne sont pas toutes les nouveautés du *Code de procédure civile* qui ont suscité la controverse. Par exemple, le *Code* a réaffirmé la mission de l'expert d'éclairer le tribunal en précisant que cette mission prime l'intérêt des parties⁸⁰⁶. Puisqu'on peut difficilement être contre la vertu, peu de résistance a été expérimentée quant à ce nouveau principe qui constitue la pierre angulaire de la réforme quant aux experts⁸⁰⁷. Bien que la mission de l'expert constitue un principe directeur décrit au *Code*, elle n'a eu jusqu'à présent que peu d'effet sur les pratiques habituelles des acteurs du système judiciaire, si ce n'est que d'exiger des tribunaux qu'ils exacerbent leur vigilance face à la partialité des experts⁸⁰⁸.

Il est difficile pour quiconque d'argumenter que le système de justice serait perdant à voir s'améliorer l'indépendance et l'impartialité des experts⁸⁰⁹. Le débat se situe plutôt au niveau du

⁸⁰⁴ Pour plus de détails sur l'historique de la nature mixte de la procédure civile et du droit de la preuve au Québec, voir l'ÉTAT DES LIEUX. ; Voir notamment : *Lac d'Amiante du Québec Ltée c 2858-0702 Québec Inc*, *supra* note 407 ; Piché, *supra* note 14 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17.

⁸⁰⁵ Jutras, *supra* note 8 ; Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17.

⁸⁰⁶ Art 22 Cpc.

⁸⁰⁷ Voir les commentaires à cet égard dans Chamberland, *supra* note 479 et dans Chamberland, *supra* note 140.

⁸⁰⁸ Le seul contrôle de la mission de l'expert réside dans une formalité procédurale. Pour être admissible en preuve, une déclaration doit être signée par l'expert et jointe à son rapport à l'effet qu'il a bien compris sa mission à l'égard du tribunal, selon l'art 235 Cpc. Ainsi, l'expert sera forcément mis au courant de ses obligations face au tribunal au moment de signer ladite déclaration. Or, il est possible de croire que cette déclaration ne remplit pas nécessairement les fonctions pour lesquelles elle existe. Par exemple, plus souvent qu'autrement, le formulaire risque d'être signé par l'expert en vue du dépôt de son rapport, et donc, après sa rédaction. Son utilité en est donc de beaucoup diminuée.

⁸⁰⁹ Yee, *supra* note 5. Yee a appliqué la théorie des jeux à cette question, et en vient à la conclusion que le risque d'erreur lié à l'expertise commune est plus bas que le risque d'erreur lié aux opinions contradictoires. Le premier niveau de risque est que les expertises, en soi, soient erronées. Plus il y a d'expertises présentées au tribunal, plus le risque statistique quant à la présence d'erreurs dans de la preuve soumise au tribunal augmente. Le second niveau de risque est relié à l'évaluation que le tribunal doit faire de chacune des expertises. Le tribunal aura une décision à prendre par rapport à chacune des expertises qui lui sont présentées. Il devra évaluer leur admissibilité, leur force probante et leur fiabilité. Plus il y a d'expertises présentées au tribunal, plus de risque

choix des moyens à adopter pour réduire efficacement, voire éliminer, la partialité des experts. Aucune des solutions proposées, pensées ou existantes n'étant idéale, il semblerait que le choix des moyens soit des plus délicats. Le professeur Daniel Jutras résume bien le tiraillement et l'incertitude que les solutions énoncées par le législateur suscitent :

« Faut-il abandonner l'idée des expertises privées, propres à chaque partie, en raison de la loyauté qu'elles risquent de manifester à l'endroit de ceux qui en défraient le coût - malgré l'obligation d'indépendance de l'expert ? Elles suscitent en effet beaucoup de méfiance et de scepticisme, surtout chez les juges. Serait-on mieux servi par la nomination d'un seul expert, du commun accord des parties ou à l'initiative du juge ? Moins de combats de coqs, certes, mais y perdrait-on au change ? L'expert unique n'aurait-il pas trop d'ascendant, livré à lui-même et libre de toute confrontation informée ? Le débat oscille entre ces deux pôles, entre l'omniscience de l'expert et la mise à mal de sa crédibilité. »⁸¹⁰

En effet, les mesures proposées qui s'attaquent aux procédés de nomination des experts ont été vigoureusement critiquées⁸¹¹. Plus particulièrement, le législateur a posé l'expertise commune comme la règle, et l'expertise privée comme l'exception à cette règle⁸¹². Ainsi, le législateur encourage les parties à choisir, d'un commun accord, un expert commun, à déterminer de concert son mandat, ainsi que sa rémunération, et à s'entendre sur les faits à lui fournir pour qu'il dresse son opinion⁸¹³. Cet encouragement prend la forme d'une obligation de justifier le choix des experts privés ; les parties devront indiquer au protocole de l'instance « les motifs pour lesquels elles n'entendent pas procéder par expertise commune »⁸¹⁴. Le corollaire de cette mesure est un élargissement des pouvoirs de gestion du tribunal⁸¹⁵ ; il peut désormais ordonner

pour celui-ci de faire des erreurs d'analyse augmente. Le troisième niveau de risque est relié à la décision que le tribunal devra faire entre les expertises. Le tribunal n'aura pas ce dilemme dans le cas de l'expertise commune, parce qu'elle est seule. Toutefois, il devra prendre une décision par rapport à la comparaison entre les évaluations des expertises contradictoires. Une décision de plus signifie un plus haut risque d'erreur. Ainsi, Yee soutient que, ne serait-ce qu'au niveau statistique, l'expertise commune comporte moins de risque d'erreur que les expertises privées donnant lieu à un débat. Il est à noter qu'il s'agit d'un résumé de la théorie de Yee, à laquelle il apporte plusieurs bémols. Il est toutefois intéressant d'en résumer l'essentiel pour les fins du mémoire.

⁸¹⁰ Jutras, *supra* note 8 à la p 3.

⁸¹¹ Jutras, *supra* note 17 au para 29 ; Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 76.

⁸¹² *Espar inc. c Transport TFI 6*, (24 mai 2018), Montréal, 500-06-000736-153 (CS) (permission d'appel accordée *Espar inc. c Transport TFI 6*, 2018 QCCA 1244) au para 13 ; C'est ce qui ressort du truchement des articles 22 et 148(2)(4^o), qui posent l'impartialité de l'expert comme la norme, et qui exige de justifier en quoi les parties ont besoin de nommer chacun un expert privé plutôt qu'un expert commun. ; Voir à cet égard Piché et Chaffai-Parent et Piché, *supra* note 17 à la p 38.

⁸¹³ Art 233 Cpc.

⁸¹⁴ Art 148(2)(4^o) Cpc.

⁸¹⁵ Piché, *supra* note 618 ; Piché, *supra* note 142.

l'expertise commune aux parties⁸¹⁶. Ce pouvoir nouveau a été dénoncé vivement, notamment dans les mémoires déposés dans le cadre de la commission parlementaire qui a précédé l'adoption du *Code de procédure civile*⁸¹⁷.

Il a été soulevé en commission parlementaire par le Barreau du Québec que le pouvoir du tribunal d'ordonner l'expertise commune constituerait une « entorse à la règle *audi alteram partem* »⁸¹⁸. Le droit de retenir un expert privé et de présenter son opinion comme moyen de preuve est considéré par certains comme un droit procédural « absolu »⁸¹⁹ à une défense pleine et entière. La nomination d'un expert privé est également un corollaire du principe de la maîtrise du dossier par les parties ; empêcher une partie de déposer une expertise qu'elle a commandée transgresserait ce principe⁸²⁰. Il est vrai qu'à première vue, ces principes semblent s'appliquer tout naturellement lorsqu'il est question de la nomination d'un expert privé, puisqu'ils sont des corollaires de la contradiction.

Le régime de preuve et de procédure accusatoire et contradictoire se décline en quelques principes directeurs qui en assurent le fonctionnement⁸²¹. Puisque la procédure est accusatoire, la demanderesse a le contrôle sur les prétentions, soit les accusations, qu'elle formule à l'encontre de la défenderesse, ainsi que sur les éléments qu'elle mettra en œuvre pour remplir son fardeau de preuve. Selon le principe d'*audi alteram partem*, la défenderesse sera dûment appelée ; elle a le droit d'être entendue⁸²². Elle pourra présenter une défense pleine et entière, constituée des arguments de son choix, qu'elle pourra appuyer de tout élément de preuve⁸²³. Cette liberté quant aux éléments de preuve est la manifestation du principe de la maîtrise du

⁸¹⁶ Art 158(2°) Cpc.

⁸¹⁷ *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, supra note 113.

⁸¹⁸ Barreau du Québec, supra note 356 à la p 46. C'est une critique fondamentale qui a été formulée par plusieurs autres observateurs des différents systèmes de justice de tradition accusatoire et contradictoire à travers le monde.

⁸¹⁹ Le sous-comité Magistrature - Justice - Barreau, même s'il appuie la favorisation de l'expertise commune, sont d'avis que d'empêcher une partie de présenter sa propre opinion comme moyen de preuve ne serait pas conforme au principe *audi alteram partem*. Voir dans Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, supra note 2 à la p 65.

⁸²⁰ Chénier, supra note 356 à la p 4 ; Cette critique est également décrite dans Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, supra note 2.

⁸²¹ Ces principes directeurs sont prévus au Livre I, Titre II du Cpc.

⁸²² Art 17 Cpc ; Art 23 *Charte des droits et libertés de la personne*.

⁸²³ Art 19 Cpc.

dossier par les parties, qui est étroitement associé à la preuve contradictoire⁸²⁴. Il favoriserait une présentation plus exhaustive des éléments de preuve pertinents au tribunal⁸²⁵, sous réserve des règles sur la limitation des moyens de preuve qui assurent la fiabilité de la preuve admissible⁸²⁶. Ce serait donc le choc, soit la confrontation entre les différents éléments de preuve contradictoires, qui permettra au tribunal de discerner le vrai du faux, selon la prépondérance de la preuve. L'une des promesses associées au régime de preuve contradictoire est à l'effet que l'ardeur des parties à vouloir gagner la joute judiciaire soit un incitatif qui les pousse à rechercher les meilleurs éléments de preuve disponibles au soutien de leur thèse⁸²⁷. En cela, le système accusatoire et contradictoire présenterait plus de garanties de découvrir la vérité que d'autres régimes de procédure, comme la procédure inquisitoire, par exemple⁸²⁸. Il est surprenant de constater que les critiques du Barreau du Québec concernant ces principes directeurs n'aient pas été abordées directement lors des débats en commission parlementaire, ni dans les commentaires de la ministre de la Justice. Il est possible de croire que le législateur ait préféré laisser les tribunaux décider quant à cette question.

Les tribunaux n'ont rendu que peu de décisions sur le sujet depuis l'entrée en vigueur du *Code de procédure civile*. Alors que la réforme a présenté de belles occasions de concilier la mission de l'expert avec les autres principes directeurs de la procédure civile – tout particulièrement *audi alteram partem*, le droit à une défense pleine et entière, la maîtrise du dossier par les parties, mais également la proportionnalité –, peu de ces occasions semblent avoir été saisies⁸²⁹. Dans *Parent c Richer*, une affaire en matière de préjudice corporel, la Cour du Québec a ordonné une expertise commune relativement à « la détermination de l'indemnité totale temporaire, de l'indemnité partielle permanente, des séquelles, des soins nécessités comme conséquence de l'accident, de même que d'une condition préexistante et de ses impacts sur le préjudice subi », ce à quoi les parties en défense étaient opposées⁸³⁰. Pour justifier sa décision, le tribunal a

⁸²⁴ Art 19 Cpc.

⁸²⁵ Piché, *supra* note 14 au para 18 ; Ducharme, *supra* note 72 aux paras 95 et 97.

⁸²⁶ Piché, *supra* note 14 au para 12. Ces règles sont le corollaire de la maîtrise du dossier par les parties dans un régime de preuve légale et procédure accusatoire et contradictoire.

⁸²⁷ *Ibid* au para 18 ; Bernstein, *supra* note 81 à la p 457.

⁸²⁸ Piché, *supra* note 14 aux paras 17 et 18. C'est la prétention des défenseurs du système contradictoire, et des opposants au système inquisitoire, du moins.

⁸²⁹ Il est également possible que les décisions de gestion à cet égard n'aient pas toutes été publiées.

⁸³⁰ *Parent c Richer*, 2016 QCCQ 2468 au para 8.

analysé les objectifs d'accès à la justice de la réforme, et a affirmé que l'expertise commune est une mesure conforme au principe directeur de la proportionnalité. Il convient de reproduire un passage de la décision pour mieux saisir l'arbitrage effectué par le juge entre les principes en cause :

« L'extrait suivant [...] est souvent cité comme résumant les préoccupations sous-jacentes à la réforme de la procédure civile :

Premièrement, les textes législatifs sont incomplets. Ils se révèlent insuffisamment explicites sur certains points : il y aurait eu beaucoup plus à dire, par exemple, sur le principe de proportionnalité, notamment en ce qui concerne les coûts de la justice et l'économie des litiges civils, mais aussi sur l'effet que ce principe doit avoir sur la présentation de la preuve, soit de permettre un contrôle par le tribunal. Par ailleurs, ces textes sont potentiellement contradictoires : si les dérapages provoqués par la culture « adversariale » sont la situation à corriger et que l'idée maîtresse pour le faire est le principe de proportionnalité, pourquoi réitérer, ce dont chacun se doutait déjà, que les parties sont maîtres de leur dossier ? Le principe de proportionnalité doit avoir priorité sur la maîtrise du dossier par les parties.

Dans l'actuel Code de procédure civile, les tribunaux sont investis de la mission d'assurer la saine gestion des instances en accord avec les principes et objectifs de la procédure (article 9). La proportionnalité n'est plus limitée aux actes de procédure choisis, mais vise également les démarches, les choix relatifs à la contestation et les moyens de preuve choisis (article 18). Les parties conservent la maîtrise du dossier, mais cette maîtrise existe sous réserve du devoir des tribunaux d'assurer la saine gestion des instances et de veiller à leur bon déroulement (article 19).

La proportionnalité a préséance sur cette maîtrise puisqu'elle doit s'exercer en veillant à limiter l'affaire à ce qui est nécessaire pour résoudre le litige.

La deuxième partie du second alinéa de la disposition préliminaire confirme l'apparition d'une nouvelle procédure organisée autour d'un choix de valeurs, soit l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice de même qu'une justice adéquate, simple, proportionnée et économique. Ce choix est également annonciateur d'un changement de culture processuelle et procédurale dont la disposition préliminaire donne le ton [...] »⁸³¹

Ainsi, selon le tribunal, la question n'est pas de déterminer si l'ordonnance d'une expertise commune est conforme au principe de la maîtrise du dossier par les parties. Dans les circonstances, puisque l'expertise commune s'accorde avec l'application du principe de proportionnalité, celle-ci doit être ordonnée, puisqu'elle contribue à améliorer l'accès à la justice. Il est intéressant de noter que les principes de la procédure civile prennent vie

⁸³¹ *Ibid* aux paras 18 à 21.

efficacement lorsqu'un contexte factuel leur donne de la substance. En l'espèce, la demanderesse présentait un fort désavantage financier face aux parties en défense, dont les frais de représentation étaient couverts par leur assurance responsabilité. À cet égard, le tribunal mentionne que « [l]a proportionnalité ne peut être atteinte sans s'intéresser à la situation financière des parties face aux frais de l'instance », et que « [l]a nomination d'un expert commun participera à équilibrer les forces économiques respectives des parties »⁸³². L'intérêt de cette décision réside dans l'angle avec lequel le tribunal a appréhendé la question de l'expertise commune ; il s'agit d'une mesure d'équité, de justice et de proportionnalité au bénéfice de l'ensemble des parties, plutôt qu'une limitation du droit procédural d'une de ces parties. Le tribunal rappelle également que l'expertise vise d'abord à aider le tribunal, et non pas à soutenir à tout prix la thèse d'une des parties⁸³³.

La Cour supérieure, dans *Espar inc. c Transport TFI 6*, a ordonné, à l'encontre de la volonté de la défenderesse, une expertise commune⁸³⁴. Il s'agit d'une action collective en matière de droit de la concurrence, où un expert en économie aurait la tâche d'évaluer le quantum des dommages. Le tribunal débute ses motifs en énonçant que l'expertise commune constitue désormais la règle ; le fardeau de démontrer en quoi des expertises privées seraient plus appropriées revient à la partie qui s'y oppose⁸³⁵. Ce fardeau n'a vraisemblablement pas été rempli par la défenderesse, dont le principal argument est à l'effet que l'expertise commune allait brimer son droit à une défense pleine et entière, ainsi qu'à un débat contradictoire⁸³⁶. Le tribunal considère que l'expert commun est à même de respecter les fondements du processus contradictoire⁸³⁷. En effet, les parties seront informées des démarches et instructions fournies à l'expert, et elles auront l'opportunité de contester son opinion. À même son opinion, l'expert pourra présenter différents scénarios, et expliquera les motifs qui déterminent ses conclusions finales à l'égard du scénario à favoriser. Ainsi, en divulguant ses démarches précisément, l'expert nourrira le processus contradictoire, dont les fondements seront respectés. L'un des éléments particuliers à

⁸³² *Ibid* au para 35.

⁸³³ *Ibid* au para 32.

⁸³⁴ *Espar inc c Transport TFI 6*, *supra* note 812.

⁸³⁵ *Ibid* au para 13.

⁸³⁶ *Ibid* au para 5.

⁸³⁷ *Ibid* au para 15.

noter quant aux motifs du juge est relatif aux moyens financiers des parties. Alors que dans *Parent c Richer*, la situation de déséquilibre financier justifiait l'application du principe de proportionnalité entre les parties, la situation est tout autre en l'espèce. Bien qu'il reconnaisse que les parties « ont les moyens financiers pour assumer les frais d'experts distincts », le tribunal a plutôt considéré l'intérêt de l'économie des ressources judiciaires qui pourrait être effectuée en limitant l'usage d'experts privés⁸³⁸. Il s'agit d'une manifestation de l'élargissement du principe de la proportionnalité, dont l'application ne se limite plus au contexte des parties, mais plutôt à l'ensemble du système de justice⁸³⁹. L'expertise étant une source de délais importante⁸⁴⁰, son usage doit être contrôlé au bénéfice non seulement des parties à un litige, mais également de l'ensemble des justiciables. Il est à noter qu'une permission d'en appeler quant à ce jugement de la Cour supérieure vient d'être accordée par la Cour d'appel⁸⁴¹. S'agissant d'une mesure de gestion⁸⁴², la Cour d'appel devra déterminer si l'ordonnance d'expertise commune rendue par le tribunal était déraisonnable ou pas. Elle aura notamment à évaluer sa conformité au droit à une défense pleine et entière et au principe de proportionnalité⁸⁴³. Ainsi, il n'est pas question du non-respect d'un ou plusieurs principes directeurs ; il est plutôt question de conciliation avec le principe de proportionnalité⁸⁴⁴. Il sera

⁸³⁸ *Ibid* au para 18.

⁸³⁹ Art 18 Cpc. Voir à cet égard : Piché, *supra* note 105 ; Piché, *supra* note 142 ; Voir également les propos de la Cour suprême dans *Marcotte c Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43 au para 43 :

« Le principe de la proportionnalité qu'énonce l'art. 4.2 C.p.c. n'est pas entièrement nouveau. Toute bonne procédure devrait le respecter [...]. L'exigence de proportionnalité dans la conduite de la procédure reflète d'ailleurs la nature de la justice civile qui, souvent appelée à trancher des litiges privés, remplit des fonctions d'État et constitue un service public. Ce principe veut que le recours à la justice respecte les principes de la bonne foi et de l'équilibre entre les plaideurs et n'entraîne pas une utilisation abusive du service public que forment les institutions de la justice civile. Certes, des règles particulières gouvernent les aspects les plus divers de la procédure civile ».

⁸⁴⁰ Tel que constaté par la plupart des observateurs du système de justice accusatoire et contradictoire. Voir notamment : Lord Woolf, *supra* note 2 ; Comité de révision de la procédure civile (Gouvernement du Québec), *supra* note 91 ; Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 ; Voir également le rapport du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *supra* note 2.

⁸⁴¹ *Espar inc. c Transport TFI 6*, *supra* note 812.

⁸⁴² Jusqu'à présent, la Cour d'appel, dans *Labranche c Énergie éolienne des Moulins*, 2018 QCCA 1139 au para 16 a affirmé que le jugement qui ordonne aux parties une expertise commune est une « mesure de gestion qui ne peut faire l'objet d'un appel que si la décision paraît déraisonnable au regard des principes directeurs de la procédure ». Le jugement autorisant l'appel n'infirme pas qu'il s'agisse d'une mesure de gestion, voir *Espar inc. c Transport TFI 6*, *supra* note 812 au para 6.

⁸⁴³ *Espar inc. c Transport TFI 6*, *supra* note 812 aux paras 5-6.

⁸⁴⁴ Piché, *supra* note 105 au para 83 ; Bachand, *supra* note 71 au para 11.

donc intéressant de suivre les développements de cette affaire devant la Cour d'appel, et de bénéficier d'un arrêt qui analysera ces questions.

Ces décisions rappellent que l'expertise commune, quoiqu'elle ne soit pas une solution à tous les maux, n'a pas comme seul bénéfice d'améliorer l'impartialité de l'expert. Elle doit aussi être envisagée par les tribunaux comme une mesure concrète pour améliorer la proportionnalité des instances⁸⁴⁵. La proportionnalité est un principe prépondérant, une « métanorme »⁸⁴⁶ du *Code de procédure civile* qui a préséance sur les autres principes directeurs⁸⁴⁷. Il implique un « pouvoir d'intervention des tribunaux dans la gestion des procès », et non pas seulement un « principe à valeur interprétative qui n'accorde aucun pouvoir réel aux tribunaux »⁸⁴⁸. Les excès observés appellent à une sévérité accrue des tribunaux quant à l'application des principes généraux de la procédure civile lorsqu'ils gèrent une instance qui implique des experts. Le principe de la proportionnalité doit guider cette conciliation entre les différents principes de la procédure civile⁸⁴⁹. L'importance du principe de proportionnalité reflète les enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt *Hryniak c Mauldin*, qui souhaite une simplification des instances pour un meilleur accès à la justice :

« Un virage culturel s'impose. Le principe de la proportionnalité trouve aujourd'hui son expression dans les règles de procédure de nombreuses provinces et peut constituer la pierre d'assise de l'accès au système de justice civile. Le principe de la proportionnalité veut que le meilleur forum pour régler un litige ne soit pas toujours celui dont la procédure est la plus laborieuse »⁸⁵⁰

Le faible nombre d'ordonnances rendues depuis l'entrée en vigueur du *Code de procédure civile* en 2016 porte toutefois à croire que malgré un enthousiasme réel quant au principe de proportionnalité, une réserve demeure lorsque l'application de ce principe implique d'imposer aux parties une expertise commune en remplacement des expertises privées. Cette réserve peut

⁸⁴⁵ Dans, *P.L. c Lavigne*, 2009 QCCS 3177 au para 6, la Cour supérieure mentionne que : « L'Entente de procéder par expertise [commune] vise des objectifs d'efficacité et de saine administration de la justice ».

⁸⁴⁶ *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c Québec (Procureure générale)*, 2014 QCCA 2193 au para 4.

⁸⁴⁷ *Charland c Lessard*, 2015 QCCA 14 aux paras 196 à 198.

⁸⁴⁸ *Ibid* au para 175.

⁸⁴⁹ Voir les commentaires dans Piché, *supra* note 105 au para 39.

⁸⁵⁰ *Hryniak c Mauldin*, *supra* note 71 au para 28.

s'expliquer en raison du caractère « fondamental » de la contradiction, et de ses principes associés, soit *audi alteram partem*, le droit à une défense pleine et entière ainsi que la maîtrise du dossier par les parties⁸⁵¹.

Or, les promesses du système accusatoire et contradictoire, lorsqu'il est question d'expertise, ne sont pas nécessairement réalistes. La complexité inhérente des opinions d'experts se prête mal au choc des contraires. Tant les obligations que l'expert doit remplir envers le tribunal que la nature des sciences ne sont pas compatibles avec le jeu de la contradiction, où les parties défendent vigoureusement une position définie⁸⁵². C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles les scientifiques et professionnels qui agissent comme experts sont parfois déconcertés, voire sceptiques, quant à la bonne marche du système de justice :

« From a scientist's point of view, a disturbing feature of litigation is the adversarial process itself, under which judges and lawyers assume that the truth is best arrived at by contending parties stating their own (one-sided) point of view simply, forcefully and with the least amount of nuance possible. Rather than acting as an independent scientific investigator, the judge sits and listens to both adversaries and is supposed to distill from all the conflicting (and perhaps overstated) evidence the "true facts," to which he or she then applies the law. This is the jurist's equivalent of Adam Smith's "invisible hand" in *The Wealth of Nations*. If every litigant furiously pursues his or her own self-interest in the courtroom, then, at the end of the day, the truth will emerge. Many scientists think that this approach is naive and is hardly likely to get to the truth in a matter involving serious learning and sophistication. »⁸⁵³

L'expertise est un construit nuancé qui est fondamentalement subjectif⁸⁵⁴. Bien que façonnés à partir des faits d'une affaire, les choix, interprétations et évaluations de l'expert font de son opinion un produit qui est lui est propre. La complexité des sujets scientifiques ou techniques abordés dans le cadre de certaines expertises constitue un obstacle substantiel à l'évaluation de leur qualité et de leur fiabilité. Ainsi, l'expertise comprend un éventail d'éléments à analyser autrement plus vaste et subtil que d'autres moyens de preuve, comme l'écrit ou l'élément matériel. L'expert traduit la signification des faits qui fondent son opinion dans un langage que

⁸⁵¹ Jutras, *supra* note 8 à la p 7.

⁸⁵² Adam Dodek, « Chapitre 4 : Les règles déontologiques encadrant le témoin expert » dans *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, Institut national de la magistrature, 2013 à la p 235 ; Paciocco, *supra* note 13 aux paras 30 et s.

⁸⁵³ Binnie, *supra* note 5 au para 11.

⁸⁵⁴ Murrie et al, *supra* note 688 à la p 8 ; Voir également : Leclerc, *supra* note 5 ; Dumoulin, *supra* note 45.

le tribunal pourra comprendre ; il s'agit là d'une opération épistémique qui distingue foncièrement l'expertise des autres moyens de preuve⁸⁵⁵. L'expert, tout en appliquant correctement son savoir à des faits objectifs, a bien souvent une marge de manœuvre pour présenter une opinion qui s'harmonise à la théorie de la cause de la partie qui l'a nommé, et ce, sans pour autant mentir. Plus cette marge de manœuvre est vaste, plus les prémisses sur lesquelles la procédure contradictoire est fondée s'affaiblissent. L'une des raisons d'être des principes de la maîtrise du dossier par les parties et de la défense pleine et entière est de maintenir la paix sociale en favorisant une meilleure acceptation par la partie perdante du verdict du tribunal⁸⁵⁶. Toutefois, ces principes doivent également s'harmoniser aux objectifs généraux de la procédure civile, soit la résolution de problèmes juridiques ainsi que la découverte de la vérité. Il ne s'agit donc pas que de présenter le plus possible d'éléments de preuve au tribunal⁸⁵⁷, mais que ceux-ci soient suffisamment fiables.

S'additionne à cette complexité inhérente un voile qui ajoute à l'opacité de l'expertise face au tribunal ; la partialité et les biais de l'expert. La nomination d'experts privés telle qu'elle est faite actuellement s'associe plutôt difficilement avec l'essence même de la mission des experts⁸⁵⁸, qui constitue elle-même un principe directeur :

« In practice, however, the adversarial model by which parties are responsible for selecting, instructing, and paying experts raises predictable tensions with the principled expectation of independence as the antithesis of partisanship, and the assumption that expert knowledge pre-exists its legal application is incomplete to the point of being misleading. »⁸⁵⁹

Tel que mentionné précédemment, les biais, particulièrement le biais de sélection, comportent le risque de priver le tribunal d'opinions valables de qualité, et placent le décideur face à des opinions contradictoires dont le traitement par le tribunal est difficile, coûte cher, et ne garantit

⁸⁵⁵ La question de la spécificité épistémique de l'expertise est abordée à la SECTION 1 – DIMENSION RÉFÉRENTIELLE.

⁸⁵⁶ Piché, *supra* note 14 au para 18.

⁸⁵⁷ *Ibid* aux paras 12 et 18 ; Ducharme, *supra* note 72 aux paras 95 et s.

⁸⁵⁸ Préville-Ratelle, *supra* note 6. Selon Préville-Ratelle, l'antagonisme qui caractérise l'instance civile n'est pas au bénéfice du système de justice, des justiciables, mais également de l'ensemble des contribuables, lorsqu'il est question d'expertise.

⁸⁵⁹ Cunliffe, *supra* note 322 à la p 171.

pas davantage de s'approcher de la vérité qu'une opinion unique. S'ajoutent à cela les déroutes possibles du processus contradictoire lorsqu'il implique des parties avec des moyens inégaux, et où la balance de la justice penche initialement un peu plus d'un côté que de l'autre.

Les opposants à l'expertise commune argumentent souvent que le système contradictoire prévoit, à même ses pratiques, tous les outils nécessaires pour départager le vrai du faux. Plus particulièrement, certains présentent le contre-interrogatoire comme l'ultime outil pour solutionner le problème de la partialité ; il permettrait de débusquer les experts partiaux et de les afficher comme tel aux yeux du tribunal, s'il est habilement utilisé⁸⁶⁰. Il s'agit d'une proposition qui est attrayante en ce qu'elle préserve dans sa totalité le caractère contradictoire de la preuve d'expert. Elle s'harmonise avec le principe d'*audi alteram partem* ainsi qu'avec la maîtrise du dossier par les parties. Elle ne tient toutefois pas compte de la nature unique de l'expertise, qui s'associe difficilement au procédé de nomination de l'expert privé.

L'expertise, contrairement au témoignage ordinaire, résiste aux outils de la contradiction, dont le plus important, le contre-interrogatoire⁸⁶¹. Celui-ci est essentiel pour permettre au tribunal d'évaluer la fiabilité des témoignages, qu'ils soient ordinaires ou d'experts. Le contre-interrogatoire aidera le tribunal à évaluer la crédibilité du témoin, notamment en précisant le contexte, en soulignant les incohérences de certaines déclarations, ou en dévoilant des informations omises par le témoin. Plusieurs observateurs ont exprimé des craintes quant à l'efficacité du contre-interrogatoire lorsqu'il est dirigé vers un expert ; l'« imperméabilité » de

⁸⁶⁰ Paciocco, *supra* note 13 aux paras 54 et s. C'est d'ailleurs là l'un des propos les plus importants de Paciocco dans son article sur la partialité des experts, où il souligne l'apport important des avocats dans le processus d'évaluation des expertises par le tribunal. Il propose aux avocats, par le contre-interrogatoire, d'explorer la question des biais de l'expert en le questionnant sur les instructions reçues (dans la mesure permise par la loi et le privilège relatif au litige), la compréhension de l'expert de son rôle, les litiges antérieurs auquel il a participé, les informations qu'il a reçues pour préparer son rapport, le respect par l'expert de son champ de compétence, ainsi que tout signe de rigidité ou dogmatisme intellectuel. De cette manière, l'avocat qui prépare et mène un contre-interrogatoire adéquat pourra servir les intérêts de la justice en aidant le juge à découvrir la vérité. Il n'en reste pas moins que la pratique à cet égard, notamment en raison de la disparité de connaissances spécialisées entre les avocats et les experts, ainsi que des ressources limitées de bon nombre de parties, rendent cet exercice plus complexe qu'il n'y paraît. Il a d'ailleurs souligné à quelques reprises qu'il est peu réaliste que le contre-interrogatoire, en lui-même, soit suffisant pour venir à bout du problème.

⁸⁶¹ Le contre-interrogatoire a déjà été abordé du point de vue normatif dans la SECTION 2 – DIMENSION NORMATIVE. Il est maintenant abordé du point de vue des pratiques.

l'expert aux questions de l'avocat profane représente une part du problème⁸⁶². Le déséquilibre entre les compétences spécialisées de l'expert face aux avocats⁸⁶³ et au tribunal fait naître la possibilité pour une partie de « magasiner » un expert qui, malgré l'usage de raccourcis intellectuels, saura soutenir une thèse par ailleurs bancale :

« What makes expert shopping more problematic than lay witness shopping is that expert witnesses can hide behind an inscrutable veil of esoteric knowledge that renders cross-examination difficult. Even when cross-examination demolishes an expert, the judge [...] may not be able to follow the technical discourse enough to hear the blast. It is in the interest of the litigants to select experts not as much for their special expertise as for their courtroom persuasiveness. Judge Van Dusen characterizes the situation as one where “the lawyers become more interested in retaining a good testifier than in retaining a good doctor.” »⁸⁶⁴

L'avocat joue un rôle de premier plan dans le processus contradictoire. Non seulement il sélectionne l'expert pour son client, mais sa tâche face à l'expert de la partie adverse, qu'il devra contre-interroger, est colossale :

« Naturally, in an adversarial system it falls primarily to the lawyer to deal with expert testimony. This is an imposing challenge. It takes tremendous skill and commitment to parry and thrust with witnesses in their own field of expertise. Unfortunately, not all lawyers are willing or able to do so; commentators have noted that the failure of lawyers to take up the challenge has enabled misleading expert testimony to be admitted and relied upon. »⁸⁶⁵

Les inégalités entre les ressources des parties constituent une autre part du problème. L'avocat qui désire attaquer la crédibilité d'un expert compétent⁸⁶⁶ dans sa discipline devra investir temps

⁸⁶² *R. v D.D.*, *supra* note 352 au para 54 ; Binnie, *supra* note 5 au para 19

⁸⁶³ Edelson, Salhany et Clifford, *supra* note 446 au para 8.1.

⁸⁶⁴ Yee, *supra* note 5 à la p 253.

⁸⁶⁵ Paciocco, *supra* note 13 au para 54 ; Bernstein, *supra* note 81 aux pp 460-461 ; La question est aussi abordée par Brewer, *supra* note 5.

⁸⁶⁶ Binnie, *supra* note 5 au para 14. Il est d'ailleurs plus facile pour l'avocat de s'attaquer à la crédibilité de l'expert qu'à la teneur de son opinion. Le risque, à cet égard, est de voir un avocat discréditer un expert qui présente une opinion valable sur des bases qui n'ont aucun lien avec la qualité de son opinion. C'est d'ailleurs ce que mentionne Binnie :

« Even if they are knowledgeable about the specific scientific issues in a case, lawyers, being practical people, are sensitive to the dangers of overloading the finders of fact, whether judges or jurors, with too much jargon and complexity, scientific or otherwise. The skilful cross-examiner may have soaked up the elements of the science at issue in a particular case, but will often find it easier and more effective to discredit the expert witness than to demolish the scientific basis on which the witness's testimony rests. »

et ressources spécialisées dans la préparation du contre-interrogatoire⁸⁶⁷. Préparer un contre-interrogatoire efficace de l'expert risque donc de faire monter la facture de frais d'avocats et d'experts, créant un déséquilibre lorsqu'une partie n'a pas les moyens financiers de supporter les coûts d'une telle tâche⁸⁶⁸ :

« Faith is put in cross-examination, the counterpoint of competing experts, and the ability of neutral, impartial trier of facts to evaluate polarized opinions and sort things out. There is a reason, however, to be concerned about how realistic this is. Inequality of resources, coupled with the highly technical and specialized nature of expert knowledge, weakens the prospect that adversarial techniques will be effective in neutralizing selection bias. »⁸⁶⁹

Il s'agit donc d'une atteinte supplémentaire à l'égalité des chances dans l'accès à la justice⁸⁷⁰. Parce la contradiction implique la défense vigoureuse d'une position, l'une des faiblesses du système est d'être trop lent et coûteux. En pratique, le principe de la maîtrise du dossier par les parties présente une forte tendance à allonger les procédures judiciaires, et à faire gonfler la facture des justiciables. Les principes directeurs propres à la procédure contradictoire ne servent les fins de la justice que s'ils sont balisés, surtout dans un contexte d'« asymétrie économique et informationnelle » entre les parties à un litige⁸⁷¹. C'est d'ailleurs là le rôle du principe de la proportionnalité, qui est prépondérant face aux autres principes. Ces commentaires, bien que généraux, sont exacerbés lorsqu'ils sont appliqués à la preuve par des expertises privées⁸⁷².

Qu'on soit un adepte de l'expertise commune ou de l'expertise privée, force est d'admettre que l'usage d'experts privés constitue plus un mal nécessaire qu'un judicieux investissement. Le système de justice souffre de « problèmes systémiques » qui constituent une barrière à la compréhension des opinions d'experts par les tribunaux⁸⁷³. Il est clair que la nouvelle mission

⁸⁶⁷ Bernstein, *supra* note 81 à la p 461. L'avocat devra charger au client le temps de préparation du contre-interrogatoire, notamment. Aussi, le plus souvent, la participation de l'expert qu'il a lui-même mandaté sera nécessaire à la préparation des questions du contre-interrogatoire, pour bénéficier de ses connaissances spécialisées.

⁸⁶⁸ *Ibid.*

⁸⁶⁹ Paciocco, *supra* note 13 au para 14.

⁸⁷⁰ Voir à cet égard Prévaille-Ratelle, *supra* note 6 ; Amalia D Kessler, « Our Inquisitorial Tradition : Equity Procedure, Due Process, and the Search for an Alternative to the Adversarial » (2005) 90:5 Cornell L Rev 1181.

⁸⁷¹ Prévaille-Ratelle, *supra* note 6 aux pp 100-101.

⁸⁷² Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 à la p 47.

⁸⁷³ [notre traduction] Binnie, *supra* note 5 au para 40.

de l'expert prévue au *Code de procédure civile* n'est que peu compatible avec les pratiques actuelles de nomination et de préparation des expertises. Pour cette raison, l'expert privé, bien qu'il soit avantageux du point de vue des parties, n'offre qu'une faible valeur ajoutée pour le système de justice pris dans son ensemble. Le tribunal se débarrasse de plusieurs contrariétés lorsqu'on lui présente une expertise émise par un expert impartial. Les contradictions générées par les différences entre les mandats et les informations sur lesquelles reposent les expertises sont éliminées avec l'expert commun. Le tribunal fait preuve à l'égard des experts privés de « beaucoup de méfiance et de scepticisme »⁸⁷⁴. La collaboration avec un expert impartial a le potentiel d'être plus enrichissante ; elle est davantage compatible avec la mission d'éclairage prévue au *Code*. Le tribunal pourra donc exercer « bon sens et scepticisme »⁸⁷⁵ à l'égard de la méthodologie ou la qualité du raisonnement de l'expert, sans avoir à départager ce qui est le fait de la partialité de ce qui est le fait de l'incompétence.

La justice doit se saisir à nouveau du savoir des experts pour en faire meilleur usage ; le contraire signifie une perte considérable de ressources judiciaires, ainsi que la persistance d'une des principales causes de cette inaccessibilité chronique aux tribunaux pour une large part de justiciables. Puisque la confrontation d'opinions contradictoires n'est pas plus à même de faire apparaître la vérité qu'une opinion unique⁸⁷⁶, l'expert commun constitue assurément une part de la solution, lorsque la question à examiner s'y prête. Est-ce toutefois le remède à tous les maux ? Plusieurs craintes exprimées à l'encontre de l'expertise commune sont légitimes, bien que surmontables. Connaître les faiblesses de ce procédé de nomination de l'expert permet d'en faire usage dans les situations les plus appropriées⁸⁷⁷.

⁸⁷⁴ Jutras, *supra* note 8 à la p 3.

⁸⁷⁵ [notre traduction] Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 381.

⁸⁷⁶ Au contraire, ce n'est pas nécessairement le cas, comme il a été déjà mentionné. Voir Lord Woolf, *supra* note 2 ; Yee, *supra* note 5 ; Binnie, *supra* note 5 ; Paciocco, *supra* note 13 ; Sonenshein et Fitzpatrick, *supra* note 274.

⁸⁷⁷ Cette question sera abordée dans la section SOMMAIRE ET PROPOSITIONS.

3.3.2 La mission de l'expert et la recherche de la vérité dans une vision renouvelée de la justice

Malgré ces principes directeurs de la procédure civile qui ont nourri les débats entourant les mesures pour favoriser l'expertise commune par le législateur et les tribunaux, un enjeu supplémentaire sous-tend cette résistance du milieu face au changement. Lorsqu'on s'attarde à l'impact réel sur les habitudes judiciaires des plaideurs, il est clair qu'un certain malaise existe face aux conséquences pratiques de l'expertise commune. Il convient d'illustrer le propos pour mieux le concevoir.

La partie qui procède à la nomination d'un expert privé est en total contrôle du processus. Elle recherche, choisit, mandate l'expert. Elle lui donne des instructions, lui fournit les faits à partir desquels construire son opinion. Le plus souvent, elle relit, révisé, suggère des modifications quant à son rapport écrit. Elle a le choix de déposer ou pas en preuve le rapport qui contient son opinion. Elle pourra demander à l'expert son opinion sur les rapports des experts nommés par les autres parties. Lors du procès, elle pourra interroger l'expert pour lui permettre d'amener des précisions sur son rapport. Finalement, elle sera responsable de rémunérer l'expert, et pourra récupérer ses frais si elle a gain de cause. Ainsi, la partie qui nomme un expert privé, en plus de bénéficier de l'apport d'un conseiller spécialisé quant à son litige, a la pleine maîtrise sur la teneur de l'opinion de l'expert. Dans ce contexte, l'avocat contrôle plus de variables quant à la preuve présentée au tribunal. Lorsqu'il conseille son client, par exemple quant à ses chances de succès dans le cadre d'un litige, la variable relative au traitement de l'expertise par le tribunal lui est inconnue ; c'est un risque qu'il dénoncera au client.

La nomination d'un expert commun donne lieu au dépôt en preuve d'une opinion unique. Celle-ci devrait donner raison à l'une des parties, et ce, au détriment de l'autre⁸⁷⁸. Malgré que le tribunal ne soit pas lié par le rapport de l'expert, la perception des praticiens est à l'effet que le tribunal se rangera généralement à l'opinion présentée dans le rapport. Ainsi, puisque la

⁸⁷⁸ Évidemment, cette illustration est une version simplifiée de la réalité, puisque l'opinion de l'expert pourra être plus nuancée et étoffée dans ses conclusions. Toutefois, le résultat final sera généralement l'adhésion du tribunal à la thèse – ou une partie de la thèse – d'une des parties au détriment des autres.

preuve par expertise constitue souvent une pièce maîtresse dans une affaire, sa teneur pourra être déterminante quant au jugement à intervenir⁸⁷⁹.

Passer d'une maîtrise totale sur l'expertise, soit un moyen de preuve souvent déterminant dans la balance de la justice, à un contrôle limité sur le contenu de celle-ci met l'avocat dans une position inconfortable⁸⁸⁰ :

« These proposals [i.e. neutral experts] are resisted precisely because they interfere with attorney control and, more fundamentally, they challenge adversarial procedures that are [...] far more than legal techniques and instead encompass an entire political image of justice. In light of this ideology, substantial movements away from party-witness experts seems unlikely. »⁸⁸¹

Outre la perte de contrôle, c'est le risque qui accompagne cette perte de contrôle qui plonge la partie, mais également le procureur qui la conseille, dans l'inconnu. Tant qu'il ne connaîtra pas la teneur et les conclusions d'une expertise commune, par exemple en matière de responsabilité, l'avocat pourra difficilement conseiller son client sur les chances de succès de son dossier, par exemple. Les nouvelles mesures prévues au *Code de procédure civile* ont le potentiel de transformer complètement les pratiques de conseil des avocats. Jusqu'à réception de l'opinion de l'expert commun, ceux-ci devront conseiller des clients et établir une stratégie en ayant en main moins d'éléments qu'ils en avaient avec le contrôle de l'expert.

Toutefois, c'est plutôt les conclusions de l'expertise commune qui auront un effet transformateur sur l'instance judiciaire. L'expertise commune, puisqu'elle sera divulguée aux parties préalablement à la mise en état du dossier, deviendra un atout de taille pour la partie favorisée par ses conclusions. À l'inverse, elle sera perçue comme nuisible à la partie qui s'en trouvera désavantagée. Lorsque l'opinion de l'expert est au cœur de la question fondamentale posée par l'affaire, l'évaluation des chances de succès par les procureurs sera grandement influencée par la conclusion de l'expertise. En cela, l'expertise commune devient, en plus d'un moyen de preuve, un levier de négociation extrêmement puissant pour la partie dont la thèse est

⁸⁷⁹ Jutras, *supra* note 8 à la p 1.

⁸⁸⁰ Préville-Ratelle, *supra* note 6. Préville-Ratelle parle d'une « diminution de [la] liberté professionnelle devant les tribunaux. » ; Voir aussi Lubet et Boals, *supra* note 273 à la p 109.

⁸⁸¹ Sanders, *supra* note 169 à la p 35.

soutenue par l'expert commun. À moins d'avoir des arguments à présenter à l'encontre de l'expertise commune, régler à l'amiable l'affaire sera souvent la décision la plus sensée à prendre, surtout lorsqu'on considère les frais extrajudiciaires reliés à la tenue d'un procès. À cet égard, des économistes ont appliqué la théorie des jeux au règlement des litiges ; il en résulte que les parties auraient le plus de chance d'arriver à régler à l'amiable un litige lorsqu'elles s'entendent sur les chances de succès de chacune d'entre elles⁸⁸². Si l'expertise commune est un facteur décisif de la prise de décision du tribunal, il est tout à fait cohérent de faire le rapprochement suivant : l'expertise commune favorisera grandement les règlements à l'amiable⁸⁸³.

L'expertise commune est donc en complète symbiose avec l'un des objectifs les plus importants de la réforme de la procédure civile, soit favoriser les règlements à l'amiable⁸⁸⁴. Qui plus est, l'expertise commune, en fournissant l'heure juste aux parties avant la mise en état du dossier, a le potentiel de favoriser des règlements plus tôt dans la conduite des procédures judiciaires⁸⁸⁵. Il convient de rappeler que l'objectif du système de justice civile n'est pas de protéger le plus longtemps possible les parties qui ont tort quant à une affaire :

« Selon cette perspective, le rôle de l'expert [privé] dans la construction du jugement est de soutenir la thèse ou l'antithèse d'une partie et non de compléter la connaissance limitée du juge. La technique et la science sont alors au service des parties et non de la justice civile. Vu de cette façon, on devrait davantage parler d'un droit de défendre pleinement et entièrement une opinion partisane ou intéressée ou, dans certains cas extrêmes, de s'obstiner dans l'erreur. Faire entendre l'expert de son choix relèverait davantage de l'intérêt que du droit. Ledit intérêt est la victoire ou la résolution du conflit judiciaire à l'avantage du justiciable qui fait témoigner son expert. Ce qui est mis en preuve ce n'est pas la connaissance ou l'expérience du technoscientifique

⁸⁸² Yee, *supra* note 5 à la p 252, citant les modèles de « selective litigation » élaborés par Landes (1971), Posner (1973), et Priest et Klein (1984). Il est à noter que ce modèle étant économique, son fonctionnement prend pour acquis que les parties feront des choix économiquement rationnels. Les questions « de principe » ne sont donc pas englobées dans le fonctionnement du modèle. ; Cette idée est également évoquée dans Robertson, *supra* note 771 à la p 239.

⁸⁸³ Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 63. C'est d'ailleurs l'un des constats qui a été fait suivant la réforme anglaise ; Voir également Robertson, *supra* note 771 à la p 239. Robertson est d'avis que le fait d'avoir une seule opinion, et pas deux, aide les parties à mieux évaluer la valeur du litige ainsi que leurs chances de succès. Au contraire, se baser sur des « inconsistent and self-serving errors » perturbe le cours des négociations et empêche les parties d'en arriver à un règlement plus juste.

⁸⁸⁴ Piché, *supra* note 142 ; Piché, *supra* note 70.

⁸⁸⁵ Ainsi que des règlements plus justes, puisqu'il n'y a pas que la survenance de règlements à l'amiable qui importe, mais également qu'il soit « suffisamment équitables, volontaires et éclairés ». Bachand, *supra* note 71.

appliquée à une situation précise de faits, mais c'est une opinion intéressée et exprimée dans le but de gagner un procès. »⁸⁸⁶

Contrairement à la justice criminelle, la justice civile cherche à faire appliquer des droits au profit de ceux qui en sont détenteurs, et à indemniser les victimes d'une faute, et ce, au moindre coût possible. Le *Code de procédure civile* mentionne que la mission de l'expert à l'égard du tribunal prime les intérêts des parties. L'intérêt du tribunal est de découvrir la vérité et d'offrir une solution juste à un litige, et non pas de départager des expertises dont la partisanerie affecte la qualité et la fiabilité. Ainsi, ce n'est pas le rôle des principes directeurs de la procédure civile, comme le droit à une défense pleine et entière ou la maîtrise du dossier par les parties, qui sont parfois détournés pour permettre à une partie de s'obstiner dans l'erreur. Plus encore, dans certains cas, les coûts reliés à l'expertise privée ont le potentiel de favoriser une partie fautive en droit, mais fortunée, au détriment de son adversaire qui devrait avoir gain de cause, mais qui est moins bien nanti⁸⁸⁷.

Le *Code de procédure civile* propose ainsi des valeurs qui distinguent l'état d'esprit dans lequel les procédures judiciaires doivent être envisagées par les parties. À l'antagonisme⁸⁸⁸ qui caractérisait l'instance judiciaire, le législateur semble préférer une vision plus collaborative, plus coopérative, de la justice⁸⁸⁹. Le savoir spécialisé, même s'il présente des mésententes entre ceux qui le transmettent au tribunal, sert souvent plus et mieux dans un contexte de conciliation

⁸⁸⁶ Prévaille-Ratelle, *supra* note 6 à la p 98.

⁸⁸⁷ Yee, *supra* note 5 à la p 253. À cet égard, Yee mentionne que le « shopping » d'experts privés est bénéfique du point de vue du système contradictoire, mais qu'il a également ses côtés négatifs :

« In the greater game of litigation expertise, the opening volley is expert shopping by litigants. By enabling litigants to have their views more accurately expressed in court, expert shopping helps to facilitate the adversarial system. If litigants could not shop for experts, then they might have a difficult time persuading a given expert to reflect accurately their views. In this sense, expert shopping benefits adversarial litigation. However, expert shopping also has drawbacks. Expert shopping tends to screen out mainstream testimony in favor of ones that zealously represent extreme views. »

⁸⁸⁸ Dans Prévaille-Ratelle, *supra* note 6 à la p 85, l'auteur définit l'antagonisme ainsi :

« L'antagonisme n'est pas un principe en soi, mais un sous-principe ou une méthode contradictoire. L'antagonisme circonscrit le principe de la contradiction. En fait, il limite la contradiction à un choix binaire et empêche le juge de soumettre aux parties une proposition ou une perspective différente de celle qu'elles défendent. L'antagonisme pousse l'autonomie des parties à son paroxysme et campe strictement le rôle du juge dans celui d'observateur-arbitre. »

⁸⁸⁹ Piché, *supra* note 14 au para 537 citant Prévaille-Ratelle, *supra* note 6 à la p 80 ; Voir également Piché, *supra* note 70.

que de confrontation. Par exemple, le tribunal doit généralement réconcilier les mandats et les faits à la base des différentes opinions avant même de pouvoir s'intéresser à comparer la qualité de leur contenu. L'expertise commune constitue l'une des mesures proposées, avec les réunions d'experts⁸⁹⁰, qui auraient le potentiel de permettre une meilleure conciliation entre les savoirs juridiques et spécialisés, ainsi qu'une considération plus pragmatique des inégalités qui affectent les justiciables, comme l'exprime l'auteur Emmanuel Préville-Ratelle :

« Le rejet de l'expertise partisane et la transformation de la pratique [...] au profit de la compétence, de l'indépendance, de l'impartialité et de la publicité coïncident davantage avec une vision moins antagoniste et plus coopérative du procès et une formulation de la justice civile comme un bien ou un service public, que tous les citoyens paient. Si tout litige judiciaire civil appartient au domaine public par la création de règles et de précédents et si le droit privé a pour finalité la justice civile, alors la réalisation de la justice entre les parties par la résolution du différend bénéficie à toute la communauté. Dans cette perspective, l'expertise unique profite à la société en produisant une justice moins hasardeuse où il est possible de concilier le savoir technoscientifique et le savoir juridique. »⁸⁹¹

Ainsi, la résistance au changement quant aux pratiques de nomination des experts serait plutôt « une résistance culturelle » liée à des « formulations divergentes de la justice » que les acteurs du système n'arrivent pas à réconcilier⁸⁹². Or, la protection inflexible des principes d'*audi alteram partem*, du droit à une défense pleine et de la maîtrise du dossier par les parties contribue à faire obstacle à l'accès à la justice, en encourageant la multiplication des procédures ainsi que l'usage disproportionné de moyens de preuve⁸⁹³. Plus particulièrement, Lord Woolf mentionne à ce sujet que la réflexion qu'il a entamée sur l'usage des experts dans le système de justice doit nécessairement prendre en considération les coûts, délais et inégalités que les expertises privées engendrent pour mieux déterminer la solution à adopter :

⁸⁹⁰ Art 240(2) Cpc. Nous sommes d'avis que l'usage de cette mesure constitue une opportunité d'atténuer les difficultés liées à la nomination d'experts privés. Cette question sera abordée dans la section SOMMAIRE ET PROPOSITIONS.

⁸⁹¹ Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 80.

⁸⁹² *Ibid* aux pp 77 et 108.

⁸⁹³ Lors Woolf, *supra* note 2 ; Comité de révision de la procédure civile (Gouvernement du Québec), *supra* note 91 ; Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 ; Ferland et Emery, *supra* note 359 ; Piché, *supra* note 14 ; Anderson, *supra* note 27 ; Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, *Le nouveau code de procédure civile du Québec : « approche différente » et « accès à la justice civile » ?*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014.

« My concern, however, is with access to justice, and hence with reductions in cost, delay and complexity. The argument for the universal application of the full, “red-blooded” adversarial approach is appropriate only if questions of cost and time are put aside. The present system works well for lawyers and judges, but ordinary people are being kept out of litigation. Where commercial litigants are concerned, the English courts are becoming uncompetitive because of unacceptable cost and delay. The purpose of the adversarial system is to achieve just results. All too often it is used by one party or the other to achieve something which is inconsistent with justice by taking advantage of the other side's lack of resources or ignorance of relevant facts or opinions. Expert evidence is one of the principal weapons used by litigators who adopt this approach. »⁸⁹⁴

En somme, le problème de la partialité et des opinions contradictoires est multifacette⁸⁹⁵. Il rassemble et exacerbe la plupart des difficultés posées par l'expertise. Le tribunal, face aux experts privés, doit jouer son rôle de gardien, de *gatekeeper*, dans l'évaluation de la qualité et de la fiabilité des expertises. Cette tâche est difficile ; les subtilités du savoir spécialisé, appliquées à un grand nombre de faits et dans le cadre de mandats souvent distincts, peuvent rendre l'expertise plus difficile à décortiquer et déchiffrer que d'autres éléments de preuve. L'inefficacité du contre-interrogatoire à l'égard de l'expertise en est un bon exemple ; un expert, même s'il est *de facto* moins compétent dans sa science qu'un autre, pourra mieux performer en contre-interrogatoire s'il n'est pas questionné vigoureusement et adéquatement. À *curriculum vitae* et expérience comparables, et sans l'appui d'un bon contre-interrogatoire, la réflexion liée à la détection de l'opinion la plus probable, selon la balance des probabilités, sera laborieuse pour les tribunaux. Dans les pires scénarios, le risque d'une part d'arbitraire dans la réflexion pourra affecter la légitimité du processus décisionnel. Dans une affaire avec des parties aux moyens inégaux, la balance des probabilités tendra généralement à pencher vers la partie la plus fortunée. Ces risques sont généralement diminués par les règles classiques du droit de la preuve, comme la prohibition du témoignage d'opinion et de l'usage de ouï-dire. Or, l'expertise, pour son bon fonctionnement, fait exception à ces règles.

Une chose est certaine, la partialité des experts déconsidère l'administration de la justice en « compromettant à son intégrité » et en alourdissant son fonctionnement⁸⁹⁶. Réduire cette

⁸⁹⁴ Lord Woolf, *supra* note 2 à la p 2.

⁸⁹⁵ Puisque ce paragraphe constitue un sommaire, et réfère à de l'information précédemment mentionnée, toute référence qui a déjà été faite précédemment sera omise pour alléger le texte.

⁸⁹⁶ [notre traduction] Paciocco, *supra* note 13 au para 73 ; Voir également les commentaires dans Prévaille-Ratelle, *supra* note 6 aux pp 93-94.

partialité qui caractérise le travail des experts privés est capital. Des mesures en ce sens ont le potentiel d'améliorer substantiellement la fiabilité des opinions fournies par les experts. La partialité des experts est un enjeu qui dépasse les frontières de la communauté juridique ; le grand public, soit les justiciables, juge et critique le système de justice quant à cette question. Offrir des meilleures garanties d'indépendance et d'impartialité des experts a le potentiel d'améliorer la considération du public quant à l'administration de la justice⁸⁹⁷. Contrairement au déficit de savoir des tribunaux par rapport aux experts, le problème de l'indépendance et l'impartialité des experts peut être contrôlé par des moyens simples. Qui plus est, ce contrôle est possible dès maintenant, sans réforme législative, dans le cadre des règles actuelles du *Code de procédure civile*. L'amélioration des pratiques quant aux experts ne passe pas nécessairement par l'expertise commune, comme il sera discuté plus loin. Les règles du *Code de procédure civile* présentent le potentiel de transformer l'usage d'experts, et ce, qu'ils soient communs ou privés. Suffit que sa nature si particulière soit prise en considération.

⁸⁹⁷ Le cas de Guy Turcotte, abordé précédemment, en est un bon exemple, quoiqu'il soit en droit criminel.

B. SOMMAIRE ET PROPOSITIONS : FAIRE LE POINT QUANT À LA NATURE JURIDIQUE DE L'EXPERTISE, ET INITIER LE CHANGEMENT À TRAVERS DES SOLUTIONS ACCESSIBLES, RÉALISABLES ET ADAPTÉES À LA NATURE JURIDIQUE DE L'EXPERTISE

La problématique de l'expertise a fait couler beaucoup d'encre. Bien que l'opinion de l'expert soit, selon le *Code civil du Québec*, un moyen de preuve, sa nature est beaucoup plus complexe. À la fois auxiliaire de justice, outil de compréhension et moyen de preuve, il est possible d'affirmer que la nature juridique de l'expertise est *sui generis*. Par ses nouvelles règles, la réforme du *Code de procédure civile* a pris acte des particularités de l'expertise en précisant sa mission, et a doté le système de justice d'outils pour améliorer la situation.

Tous les ingrédients nécessaires à un changement réussi semblent être en place. Or, le changement ne s'opère guère. Si certains croient que le législateur a été timide dans l'élaboration des mesures nécessaires à la réalisation d'un réel changement de culture, d'autres ont targué ces mesures d'être trop drastiques. Or, si la réforme du *Code* présente un problème, ce n'est pas d'avoir été trop radicale, c'est plutôt de ne pas l'avoir été assez⁸⁹⁸. La réduction de la partialité des experts passe par l'action des parties prenantes du système de justice, soit les tribunaux, les avocats, les experts eux-mêmes et les justiciables.

La prochaine section vise à proposer certaines pistes de solutions adaptées aux spécificités du système judiciaire québécois. Il ne s'agit pas ici de prétendre à la découverte d'une solution miracle à un problème que plusieurs éminents penseurs du droit n'ont pas réellement réussi à régler. Il ne s'agit pas non plus d'en faire le cœur des présents travaux. Il s'agit plutôt d'avancer certaines propositions réalistes et réalisables à court terme, sans changement législatif, pour poursuivre la réflexion et favoriser l'ouverture du milieu de la pratique à cheminer, à petits pas, vers le changement.

⁸⁹⁸ Bernstein, *supra* note 81 à la p 489. Reprenons les mots de Bernstein à propos des effets trop peu visibles de la réforme *Daubert* quant à la question de la partialité des experts : « The problem with the Daubert revolution, then, is not that it was too radical, but that it was not radical enough. [It] attempts to solve the problem of adversarial bias through a reliability test, but it leaves intact the general adversarial structure that creates the underlying reliability problem. »

i. CONSIDÉRATIONS ÉTHIQUES ET DÉONTOLOGIQUES, OU LA RESPONSABILISATION DE L'EXPERT ET DE L'AVOCAT QUANT À L'IMPORTANCE DU SAVOIR SPÉCIALISÉ

Avec la réforme du *Code de procédure civile*, le législateur québécois s'est assuré de « clarifier »⁸⁹⁹, de « réaffirmer »⁹⁰⁰, la mission de l'expert, et d'en faire l'un des principes directeurs de la procédure. La tâche de l'expert est d'éclairer le tribunal, de l'aider dans sa prise de décision quant à des faits scientifiquement ou techniquement complexes. Contrairement aux pratiques antérieures, le *Code* exige de l'expert qu'il agisse d'abord et avant tout dans l'intérêt du tribunal, et non pas des parties. Bien que la majorité ait pris acte de cette modification, peu en ont reconnu la substance et l'importance, probablement puisqu'aucune sanction n'est prévue concrètement en cas de non-respect. Or, cet énoncé du législateur constitue une reconnaissance claire de l'importance et l'intensité de la contribution de l'expert au processus de recherche de la vérité⁹⁰¹.

Dans les affaires où son apport est nécessaire, l'expert joue, plus souvent qu'autrement, un rôle de premier ordre. Sans son apport, le tribunal ne saurait prendre une décision quant aux questions où il ne détient pas le savoir spécialisé nécessaire. Il est inhérent à la mission de l'expert qu'il participe à la construction de la décision judiciaire, bien que le tribunal ait toujours le dernier mot quant à la fiabilité et au bien-fondé de son opinion. L'expert occupe ainsi une « fonction d'assistance à la décision »⁹⁰² importante, qui exige d'être remplie avec sérieux, professionnalisme et rigueur.

Une prise de conscience quant à la nature juridique unique de l'expert et de son opinion est cruciale pour effectuer un premier pas vers un changement durable des mœurs et pratiques⁹⁰³. Aucun autre moyen de preuve ne présente les mêmes attributs que l'expertise ni n'entretient le même rapport d'interdépendance avec le tribunal. Cette spécificité s'organise, au niveau

⁸⁹⁹ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 28.

⁹⁰⁰ Paciocco, *supra* note 13 au para 37.

⁹⁰¹ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 30.

⁹⁰² Leclerc, *supra* note 5 à la p 67.

⁹⁰³ Paciocco, *supra* note 13 à la p 74.

référentiel⁹⁰⁴, autour de trois attributs : la **nécessité**, l'**asymétrie** et l'**influence**. Parce que les tribunaux, à l'instar de la société, éprouvent un besoin grandissant de connaissances spécialisées, l'opinion de l'expert sera bien souvent **nécessaire** à la justice. C'est d'ailleurs l'une des conditions à son admissibilité en preuve. Le rapport entre le tribunal et l'expert est marqué par une **asymétrie** du savoir⁹⁰⁵ qui complexifie le travail d'évaluation qui doit être effectué par le tribunal. Paradoxalement, le profane, à qui l'expert est nécessaire pour mieux comprendre, a également la lourde responsabilité d'évaluer la fiabilité de son opinion. L'**influence** de l'expert sur la décision judiciaire tire sa source à la fois des attributs de nécessité et d'asymétrie. Bien que le tribunal ait toujours le dernier mot quant à la valeur probante de l'expertise⁹⁰⁶, force est d'admettre que l'expert, à des niveaux variables, aura une influence, le plus souvent éclairée, dans le processus de prise de décision du tribunal. Après tout, c'est la raison d'être de sa mission. Il en résulte une certaine dépendance, un assujettissement, tant du tribunal que des avocats et des parties, quant au savoir de l'expert⁹⁰⁷ :

« Le témoin expert se trouve ainsi dans une position unique, soit celle d'un témoin auquel peut se fier le juge non initié pour parvenir à une conclusion qui peut avoir une incidence considérable pour les parties au litige. [...] Le juge peut se trouver considérablement pris au dépourvu dans le cadre de l'évaluation d'une preuve scientifique plutôt qu'un autre type de preuve. »⁹⁰⁸

a. L'EXPERT, LA DÉONTOLOGIE ET L'ÉTHIQUE

On peut dégager des trois attributs qui caractérisent, au niveau référentiel, l'expert et sa mission une résultante. L'influence de l'expert sur le tribunal implique pour celui-ci de grandes responsabilités face à la justice. Ainsi, l'expert est un auxiliaire de justice ; il a une obligation

⁹⁰⁴ Noreau, *supra* note 10 à la p 2.

⁹⁰⁵ Cole, *supra* note 5 à la p 131. À cet égard, Cole explique la différence d'impact quant aux témoignages livrés par un témoin ordinaire versus un expert :

« The reason for this must be that some expert evidence has the potential to be particularly misleading and therefore poisonous to the fact-finder, so poisonous indeed that the factfinder is not permitted to hear some expert evidence. The Court seems to be reasoning that weak, downright misleading or even false evidence cloaked in the guise of expertise is far more pernicious than weak evidence lacking that imprimatur. »

⁹⁰⁶ Quoique cette affirmation puisse être nuancée, comme il a été mentionné à la SECTION 1 - DIMENSION RÉFÉRENTIELLE.

⁹⁰⁷ Cole, *supra* note 5 à la p 131. Selon Cole, dans l'éventualité où l'expertise serait erronée, elle pourrait même avoir un « poisonous effect » sur la prise de décision du tribunal.

⁹⁰⁸ Dodek, *supra* note 852 à la p 194.

fiduciaire envers le tribunal⁹⁰⁹. Le tribunal n'a souvent pas d'autre choix que de faire confiance à un ou plusieurs des experts dont les opinions lui sont présentées ; l'expertise détient un « *unparalleled power* »⁹¹⁰. L'opinion rendue par l'expert aura potentiellement une incidence sur les droits et obligations des justiciables qui confient leurs litiges aux cours de justice :

« Analytically, the duty of impartial advice is easy to support as a matter of principle. The Mohan necessity test holds that expert testimony is permitted "[o]nly when lay persons are apt to come to a wrong conclusion without expert assistance, or where important information will be lost unless we borrow from the learning of experts." This standard invokes the criteria used by the law to identify fiduciary obligations: given the power that special knowledge provides, experts who undertake to act as witnesses set out to affect the legal and practical interests of the litigants by attempting to influence the thinking of dependent courts and tribunals. »⁹¹¹

Éclairer le tribunal par son savoir constitue ainsi une responsabilité que l'expert doit considérer avec dignité, et remplir avec impartialité, objectivité et rigueur. En ce sens, un rapport direct unit la mission de l'expert avec les objectifs de la déontologie⁹¹², et de manière plus générale, avec l'éthique⁹¹³ :

« [C]'est en acceptant que la recherche de la vérité s'inspire du principe de loyauté envers la profession de l'expert, donc en lui donnant un sens éthique, que nous pourrions encadrer le témoignage de l'expert dans le respect d'une objectivité vitale pour la sauvegarde des intérêts de la justice. »⁹¹⁴

⁹⁰⁹ Voir la SECTION 2 – DIMENSION NORMATIVE cet égard.

⁹¹⁰ Bowers, *supra* note 32 aux pp 221 et 233. Bowers souligne qu'il est de la responsabilité de l'expert que de demeurer objectif malgré le cadre litigieux dans lequel il oeuvre : « The expert does not have the luxury of joining the fray, but must only offer the truth ».

⁹¹¹ Paciocco, *supra* note 13 au para 32.

⁹¹² Voir les commentaires dans Jutras, *supra* note 8 à ce propos. ; Il est à noter que nous référons à la notion de déontologie dans son sens le plus général, sans référer à une école de pensée ou à une formulation spécifique de la déontologie. À titre de référence, la déontologie est ainsi définie dans le dictionnaire Larousse : « Ensemble des règles et des devoirs qui régissent une profession, la conduite de ceux qui l'exercent, les rapports entre ceux-ci et leurs clients et le public ».

⁹¹³ À ce sujet, voir également Lubet et Boals, *supra* note 273 à la p 161. ; Il est à noter que nous référons à la notion d'éthique dans son sens le plus général, sans référer à une école de pensée ou à une formulation spécifique de l'éthique. À titre de référence, l'éthique est ainsi définie dans le dictionnaire Larousse : « Ensemble des principes moraux qui sont à la base de la conduite de quelqu'un. ».

⁹¹⁴ Proulx, *supra* note 169 à la p 311.

À cet égard, l'expert, lorsqu'il est un professionnel, a des obligations déontologiques et éthiques envers le tribunal, mais également à titre de membre d'un ordre professionnel⁹¹⁵. Tant le *Code de procédure* civile dans ses principes directeurs⁹¹⁶ que son code de déontologie lui exigent d'être indépendant, impartial et objectif. À titre d'auxiliaire de justice, l'expert doit fournir de manière impartiale et objective son opinion. Il doit agir en toute transparence⁹¹⁷, tant par professionnalisme que pour permettre au tribunal de faire son travail, et d'évaluer la fiabilité de son opinion. Pour ce faire, il doit détailler avec honnêteté ses démarches ainsi que les faits qui l'ont mené à tirer les conclusions qu'il a indiquées dans son rapport⁹¹⁸. L'expert doit souligner l'existence, le cas échéant, de limites à son opinion⁹¹⁹.

Malgré les pressions et les biais – des contrecoups de l'expertise privée – l'expert nommé par une partie doit tenter de préserver son indépendance et son impartialité en vue de donner l'heure juste non seulement au tribunal, mais également à la partie qui désire le mandater ou qui l'a déjà mandaté. Une partie qui se bute à une expertise aux conclusions défavorables, et non édulcorées, pourra ainsi prendre une décision plus éclairée sur l'opportunité de régler à l'amiable⁹²⁰ :

« [L'expert] pourra ainsi, en tant qu'auxiliaire de justice indépendant, impartial et objectif, participer à l'élaboration de la stratégie et favoriser dans certains cas l'initiation de discussions de règlement. Il est évident que l'avocat qui reçoit une opinion défavorable ne communiquera pas et ne produira pas au dossier de la cour le rapport de l'expert. Toutefois, cette opinion défavorable de l'expert s'inscrit dans la réalisation de sa mission à titre d'auxiliaire de justice, puisqu'il n'est pas au service de la cause d'une partie, mais bien au service du tribunal, de la recherche de la vérité et de l'atteinte d'une conclusion du litige juste. Ainsi, le rôle de l'expert devient global quant à la réalisation de la mission de justice civile du tribunal. »⁹²¹

⁹¹⁵ Dodek, *supra* note 852 à la p 232 ; Les obligations de l'expert envers le tribunal peuvent parfois être en conflit avec ses obligations déontologiques à titre de professionnel. Par exemple, cela peut être le cas pour les psychiatres, dont les obligations déontologiques professionnelles sont orientées vers le bien-être du patient. Il peut arriver que l'intervention du psychiatre à titre d'expert soit difficile à concilier avec ses obligations envers son patient. À cet égard, voir Philip J. Candilis, Robert Weinstock et Richard Martinez, *Forensic Ethics and the Expert Witness*, New York, Springer, 2007 à la p 17.

⁹¹⁶ Art 22 Cpc.

⁹¹⁷ Lord Woolf, *supra* note 2 au para 33 ; Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 à la p 68 ; Goudge, *supra* note 179 à la p 44.

⁹¹⁸ Art 238 Cpc.

⁹¹⁹ The Advocates' Society, *Principles Governing Communications with Testifying Experts*, Toronto, 2014.

⁹²⁰ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 77. L'opinion défavorable de l'expert pourra jouer le rôle de catalyseur et ainsi encourager substantiellement une partie à entamer des discussions de règlement. ; Voir également à cet égard Lubet et Boals, *supra* note 273 à la p 166.

⁹²¹ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 74.

L'expert doit conserver un « esprit critique » quant aux énoncés qui lui sont présentés par la partie qui l'a mandaté⁹²². Notamment, l'expert doit être vigilant lors de la lecture des procédures judiciaires, qui constituent non pas un résumé neutre des faits, mais bien la version d'une des parties seulement. Il n'en reste pas moins que l'idée centrale, en matière de déontologie de l'expert, est l'importance de l'indépendance, l'objectivité, l'impartialité et la rigueur de l'expert⁹²³.

En comparaison avec la déontologie, qui est généralement tirée de règles écrites, définir ce que serait le comportement éthique d'un expert est plus alambiqué. Certains ont toutefois tenté, assez habilement, de circonscrire ce que serait un témoignage d'expert « éthique » dans le domaine de la psychologie, et des leçons peuvent en être tirées pour toute spécialité :

« Competent psychologists do not go beyond the limits of their competence. They provide expert opinion based on special knowledge and expertise, clearly describe generalisability and limitations of findings, consider the court or justice system to be the client, and communicate the limitation of their role to all participants. »⁹²⁴

L'ensemble de ces règles et bonnes pratiques est énoncé de manière éparse dans différents codes de déontologie professionnels, codes de conduite, dans la jurisprudence⁹²⁵ et dans la littérature juridique et scientifique. Par exemple, des guides déontologiques existent à la Cour fédérale⁹²⁶, en Ontario⁹²⁷, ainsi qu'en matière criminelle, en Angleterre⁹²⁸. Ces guides énoncent les règles

⁹²² Babin, *supra* note 672 à la p 3 ; Lubet et Boals, *supra* note 273 à la p 163.

⁹²³ Certains principes déontologiques ont été énoncés clairement pour la première fois dans la célèbre affaire anglaise surnommée *The Ikarian Reefer*, soit *National Justice Compania Naviera SA v Prudential Assurance Co Ltd*, (1993) 2 Lloyd's Rep 68, ce point ayant été confirmé en appel dans (1995) 1 Lloyd's Rep 455 (CA).

⁹²⁴ Perlin, Birgden et Gledhill, *supra* note 169 à la p 503.

⁹²⁵ Jutras, *supra* note 8 à la p 15 ; Dodek, *supra* note 852 à la p 197 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 76 ; Lavoie, *supra* note 487 à la p 2.

⁹²⁶ Annexe à la règle 52.2 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 : Code de déontologie régissant les témoins experts.

⁹²⁷ Formule 53 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, LRO 1990, ch C-43 ; Voir également *The Advocates' Society*, *supra* note 919, cités maintes fois en jurisprudence en Ontario, notamment dans *Moore v Getahun*, *supra* note 726.

⁹²⁸ Voir *The Crown Prosecution Service, Experts' Evidence, Case Management and Unused Material, May 2010: Guidance Booklet for Experts*, coll Legal Guidance, London, United Kingdom, 2010, cité dans Dodek, *supra* note 852 à la p 230 ; Voir également Paciocco, *supra* note 13 au para 34, qui souligne l'existence de codes de conduite pour les experts en Nouvelle-Zélande et en Australie devant certains tribunaux administratifs ou judiciaires.

qui devraient être respectées par les experts quant à leur témoignage, ainsi que par les avocats, dans leurs communications avec les experts.

Une avancée intéressante serait que des règles de conduites précisément adaptées à l'implication des experts dans le système de justice soient intégrées à même les règles de pratique des tribunaux québécois⁹²⁹. L'implication des tribunaux dans l'élaboration de telles règles serait cohérente et justifiée, considérant que la mission première des experts est de les éclairer dans la prise de décisions judiciaires. Il serait également judicieux d'encourager les ordres professionnels à entreprendre une réflexion sur l'intégration de telles règles à leurs codes de déontologie, ou à défaut, sur la sensibilisation et l'éducation de leurs membres aux devoirs et responsabilités du professionnel qui agit comme expert devant les tribunaux⁹³⁰. Il en va de la protection du public, dont les justiciables font partie. À cet égard, les experts eux-mêmes préfèrent être au fait de leurs obligations et pouvoir se fier à des règles claires, plutôt que de se trouver dans l'incertitude du contexte judiciaire, qu'ils connaissent et comprennent parfois peu, ou mal⁹³¹.

Le législateur a cru bon améliorer la situation en imposant, comme condition d'admissibilité, de joindre au rapport une déclaration signée à l'effet que l'expert a bien compris son rôle à l'égard du tribunal, ainsi que son obligation d'être indépendant, impartial et rigoureux⁹³². Dans sa forme

⁹²⁹ L'entreprise est réalisable sans les formalités requises du processus législatif ordinaire. L'art 63 Cpc permet aux tribunaux québécois d'adopter leurs propres règlements de pratique. Il permet également au juge en chef, sans formalités, d'émettre des directives administratives. Ces directives, connues en pratique sous le nom d'Avis aux membres du Barreau, pourraient être un véhicule intéressant, sans formalités, pour émettre des directives déontologiques et éthiques aux experts, puisque leur objectif ne serait que de préciser la manière dont le *Code de procédure civile* s'applique, sans ajouter à sa teneur. ; Dodek et Paccioco proposent d'ailleurs cette possibilité. Voir : Dodek, *supra* note 852 à la p 238 ; Paccioco, *supra* note 13 au para 4.

⁹³⁰ Bien que de proposer des changements législatifs et réglementaires sorte du cadre annoncé pour les présentes propositions, un commentaire sur la question des codes de déontologie est de mise. Fait intéressant, les codes de déontologie des chimistes et des médecins sont les seuls qui s'intéressent précisément à la participation des membres de leur ordre professionnel à l'activité judiciaire. Ainsi, des règles spécifiques régissent leurs membres quant à des potentiels mandats pour agir comme expert devant les tribunaux. À cet égard, le Collège des médecins travaille actuellement à améliorer les compétences de ses membres qui agissent comme experts. Voir à cet égard : Bubela, *supra* note 25 à la p 863 ; Jutras, *supra* note 8.

⁹³¹ Meltzer et al, *supra* note 169 à la p 434.

⁹³² Art 235(3) Cpc ; Certaines juridictions, comme l'Angleterre et l'Australie, exigent même la signature d'un code de conduite détaillé qui est joint à la déclaration de l'expert. Voir à cet égard les commentaires dans Bubela, *supra* note 25 à la p 862.

actuelle, cette mesure est loin d'être suffisante, et sa valeur est « limitée »⁹³³. En effet, cette exigence ne permet pas d'assurer que l'expert ait été informé de ses obligations en début de mandat ; la déclaration peut très bien être signée bien après la finalisation de l'opinion⁹³⁴. Il en résulte que la signature de la déclaration constitue plutôt une formalité administrative, et non pas un engagement solennel quant à son indépendance et son impartialité. Aucune conséquence n'est prévue en cas de transgression des engagements prévus à la déclaration signée⁹³⁵. Il pourrait être exigé que la déclaration, pour être valable, soit signée par l'expert dès le commencement de son mandat, ou dans les plus brefs délais suivant le commencement. En effet, plusieurs auteurs et observateurs ont dénoncé le fait que les experts, bien souvent, ne comprennent pas que leur responsabilité principale est à l'égard du tribunal, et non pas de la partie qui les a mandatés⁹³⁶.

Le *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens* propose aux juges confrontés à des expertises de questionner eux-mêmes l'expert quant à sa compréhension de son propre rôle⁹³⁷. Ainsi, le juge peut s'enquérir à savoir si l'expert est bien au fait de la teneur de son obligation envers le tribunal, et demander à quel moment on lui a expliqué la teneur de cette obligation. Ces informations constituent l'un des facteurs pertinents pour évaluer l'objectivité de l'expert et, ce faisant, la fiabilité de son opinion. Puisque le *Code de procédure civile* le lui permet, le juge peut également s'enquérir des instructions données à l'expert par la partie ou son procureur⁹³⁸, ainsi que des informations qu'il a considérées dans l'élaboration de son opinion⁹³⁹. Il peut également investiguer les expériences passées de l'expert, ainsi que ses rapports avec la partie qui l'a mandaté.

⁹³³ Dodek, *supra* note 852 à la p 231.

⁹³⁴ *Ibid.*

⁹³⁵ *Ibid.* La seule conséquence possible reliée à la déclaration, c'est le rejet du rapport lorsque celle-ci n'y a pas été jointe. La solution de l'Angleterre a été de permettre d'ordonner au témoin le paiement d'une part ou de la totalité des frais de justice, si certains de ces frais résultent de la « manière dont il a témoigné ». Voir à cet égard *Experts in the civil courts*, Oxford, Expert Witness Institute, Oxford University Press, 2006 à la p 149.

⁹³⁶ Lord Woolf, *supra* note 2 ; Paciocco, *supra* note 13 au para 36 ; La SECTION 3 – DIMENSION PRATIQUE, aborde cette question en détail.

⁹³⁷ Dodek, *supra* note 852 à la p 235.

⁹³⁸ Art 235(2) Cpc.

⁹³⁹ Art 238 Cpc ; Voir également Candilis, Weinstock et Martinez, *supra* note 915 aux pp 125 et s. Les auteurs mentionnent que l'éthique de l'expert débute par la responsabilité de justifier adéquatement l'opinion pour permettre au tribunal de l'évaluer.

Bien que la perspective d'améliorer les pratiques des experts par des règles déontologiques et éthiques soit attrayante, la difficulté à sanctionner le non-respect de ces règles amenuise substantiellement leur influence quant à un changement dans les pratiques⁹⁴⁰. Or, considérant l'influence souvent importante que l'expert exerce sur la décision judiciaire, doublée de l'asymétrie de ses connaissances par rapport au tribunal, il est raisonnable de penser que l'expert doit être imputable face aux parties, au tribunal, ainsi qu'à l'ensemble de l'administration de la justice.

Les tribunaux sont généralement réticents à sanctionner directement les experts qui ont des comportements déontologiquement ou éthiquement répréhensibles⁹⁴¹. L'honorable Paciocco, à propos de ces réticences, mentionne habilement que :

« This is important to appreciate, for those who use and administer the law cannot be reluctant, out of fear of denigrating the witness, to recognize potentially distorting influences when experts testify. After all, the price of allowing this to happen can be the denigration of the truth. »⁹⁴²

Le *Code de procédure civile* propose maintenant des sanctions procédurales plus musclées à l'égard de l'expert qui manque à ses devoirs. Ainsi, le *Code* prévoit, à l'article 237, que l'expert qui « manque gravement à ses devoirs dans l'accomplissement de sa mission »⁹⁴³ peut être remplacé ou désavoué, et ce, à l'initiative des parties ou du tribunal⁹⁴⁴. Alors que l'article 237 vise la personne de l'expert, l'article 241 vise plutôt le rapport⁹⁴⁵. Cet article permet de

⁹⁴⁰ Paciocco, *supra* note 13 au para 75 ; D'autant plus qu'il faut considérer que bien souvent, les experts ne sont pas mis au courant des suites quant aux affaires où ils agissent. Voir à ce sujet Bourcier et De Bonis, *supra* note 3 à la p 20.

⁹⁴¹ Quoique les tribunaux soient de plus en plus enclins à exclure les témoignages d'experts dont la partialité est manifeste. Voir à cet égard Brian Manarin, « Ethicality and the Expert Witness: Remembering What Hangs in the Balance » (2015) 34 Med & L 181 à la p 202.

⁹⁴² Paciocco, *supra* note 13 au para 10.

⁹⁴³ Cette notion de manquement grave a été étudiée par les tribunaux depuis l'entrée en vigueur du *Code de procédure civile*. Dans *Magil Construction Corporation c 7162936 Canada inc*, 2017 QCCS 3768, la Cour supérieure mentionne, sans toutefois sévir, que l'expert qui utilise une information protégée par une entente de confidentialité pourrait être désavoué en application de l'art 237 Cpc.

⁹⁴⁴ Voir les commentaires de Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 71.

⁹⁴⁵ *Bernatchez c Blanchet Allard*, 2016 QCCS 3199 aux paras 19 à 21. Le tribunal souligne toutefois, au para 21, la difficulté d'identifier le bon article à appliquer :

demander le rejet du rapport d'un expert « pour cause d'irrégularité, d'erreur grave ou de partialité ». Dans les cas que le tribunal considère opportuns, il pourra ordonner la correction ou le retrait du rapport. Il pourra réduire le montant des honoraires exigés par l'expert, ou ordonner le remboursement d'honoraires déjà payés. Il n'en reste pas moins que la prudence est de mise avec ce type de sanctions procédurales. S'agissant de « mesures radicales », le rejet préliminaire d'une expertise ou le désaveu d'un expert ne sera ordonné que dans des situations claires de manquement⁹⁴⁶. À cet égard, sur 69 demandes de rejet et/ou désaveu répertoriées⁹⁴⁷, 17 ont vu leur demande de rejet être accueillie, 10 ont reçu des ordonnances visant plutôt la correction du rapport et 42 ont vu leur demande être rejetée⁹⁴⁸. Les tribunaux ont donc accueilli des demandes de désaveu, de rejet, de rejet partiel ou de correction du rapport d'un expert dans 39% des dossiers analysés, ce qui est assez élevé considérant la prudence dont les tribunaux font preuve quant à des questions de rejet préliminaire d'un élément de preuve⁹⁴⁹.

Au niveau de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, l'expert jouit, au Québec, d'une immunité de poursuite relative quant à son opinion⁹⁵⁰. Cette immunité existe dans l'objectif de favoriser une divulgation d'information ouverte, sans crainte de représailles. Elle cesse toutefois d'exister dès lors que « son auteur outrepassé les limites du devoir ou de l'intérêt »⁹⁵¹. Plus particulièrement, pour lever l'immunité relative qui le protège, il doit être

« Le Tribunal remarque toutefois que la ligne peut être mince entre la contestation du rapport d'expertise pour cause d'irrégularité, d'erreur grave et de partialité et le remplacement de l'expert pour manquements à ses devoirs. À titre d'illustration, le rapport d'expertise que le Tribunal juge partial découle nécessairement de manquements graves de l'auteur dudit rapport. L'un et l'autre sont difficilement dissociables. »

⁹⁴⁶ *Ibid* au para 15.

⁹⁴⁷ Suivant une recherche des décisions appliquant les articles 237 et 241 C.p.c. entre le 1^{er} janvier 2016 et le 22 août 2018 dans trois banques de recherche, soit CanLII, La Référence et LexisNexis QuickLaw.

⁹⁴⁸ Les motifs pour lesquels les tribunaux ont accueillis ou rejetés les demandes sont extrêmement variés. Plusieurs cas évidents de partialité de l'expert ont été répertoriés. Également, ont été répertoriés des cas où le rapport ne constituait pas une expertise au sens du critère de nécessité de l'arrêt *Mohan*, des cas où des portions ou la totalité du rapport usurpaient le rôle du juge, ainsi que des cas de conflit d'intérêts. Généralement, le retard dans la remise du rapport n'est pas un motif suffisant de rejet, à moins que ce retard soit extrêmement déraisonnable et cause un préjudice certain à l'une des parties.

⁹⁴⁹ Il est à noter qu'en matière procédurale, bon nombre de décisions ne font l'objet que d'un procès-verbal qui n'est pas publié. Ces décisions n'ont pas pu être considérées dans notre analyse.

⁹⁵⁰ *P.L. c S.G.*, EYB 2004-69879 (CS) aux paras 36 à 38.

⁹⁵¹ *Audet c Landry*, *supra* note 601 au para 129 ; *Landry c Samson*, 2005 CanLII 36873 (CS) au para 35 ; *Lavoie CGA & Associés inc. c Acier Inoxy-Lab inc.*, 2012 QCCS 6257 au para 17 ; *J.S. c Lamontagne*, 2016 QCCS 3758 au para 120.

démontré que l'expert a « outrepassé les limites de son devoir, que sa conduite est malveillante ou encore qu'[il] tient dans son rapport des propos diffamatoires »⁹⁵². Son immunité pourra aussi être levée si son rapport ne respecte pas les règles de l'art de sa discipline⁹⁵³. Dans l'affaire *Audet c Landry*, un expert a été condamné à verser une compensation ainsi que des dommages et intérêts punitifs à la partie adverse d'un litige où il a présenté une opinion dont le contenu a été considéré comme diffamatoire. La Cour supérieure a dénoncé le comportement « outrageant » de l'expert à l'encontre de la partie adverse, ainsi que son manque flagrant d'impartialité :

« [260] Il est outrageant pour le Tribunal de constater qu'un expert, rappelons-le, auxiliaire du système de justice, utilise son statut privilégié pour porter atteinte à la réputation de l'une ou l'autre des parties et ce, que la preuve révèle ou non les raisons qui ont motivé Dr Landry à agir ainsi.

[261] La saine administration du système judiciaire commande que toute personne qui accepte d'y agir en tant qu'expert, non seulement respecte les règles de l'art en semblable matière mais aussi qu'elle n'utilise pas ce statut pour porter atteinte à la réputation de l'une ou l'autre des parties.

[262] Le Tribunal estime que tout manquement à cette règle est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, d'une part et doit être dénoncé clairement, d'autre part. [...]

[268] En prenant en considération tous les faits énoncés précédemment, l'objectif de punition et de dissuasion et la mésappropriation du rôle de l'expert et de sa mission auprès de la Cour, le Tribunal estime justifié de condamner Dr Landry au paiement de dommages punitifs de 75 000\$ à Dr Audet [...] »⁹⁵⁴

Il ressort clairement des propos de la Cour supérieure qu'il est attendu d'un expert qu'il se comporte avec dignité. Cette obligation n'est pas étrangère à la nature particulière de l'expertise, l'expert étant un « auxiliaire de justice » qui jouit d'un « statut privilégié »⁹⁵⁵.

Une manière de sanctionner indirectement les comportements de certains experts, lorsqu'ils sont inappropriés, est de les identifier et de les critiquer à même les jugements dans les causes qui

⁹⁵² *Lavoie CGA & Associés inc. c Acier Inoxy-Lab inc.*, *supra* note 951 au para 21.

⁹⁵³ *Audet c Landry*, *supra* note 601 ; Voir à cet égard Jean-Louis Baudouin, *La responsabilité civile*, 8^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2014 au para 2-22 ; Voir également Geoffroy Guilbault, « Commentaire sur la décision Audet c. Landry – De la ligne entre le droit et l'expertise que l'expert ne doit pas dépasser » dans *Repères*, Yvon Blais, 2009, en ligne sur La Référence : EYB2009REP886.

⁹⁵⁴ *Audet c Landry*, *supra* note 601 aux paras 260-262 et 268.

⁹⁵⁵ *Ibid* au para 260.

les impliquent. Bien que cette pratique soit déjà existante, elle n'est pas systématique. Or, elle permettrait de nourrir la mémoire institutionnelle des tribunaux⁹⁵⁶, tout en étant dissuasive. Par exemple, le tribunal pourrait détailler au jugement les indices qui lui permettent d'en arriver à la conclusion qu'un expert dont la partialité est telle qu'elle nuit à la recherche de la vérité⁹⁵⁷. Puisque les critiques à l'égard d'un expert sont négatives pour sa crédibilité, elles ne sont généralement pas vues d'un bon œil par une partie qui projette de l'employer⁹⁵⁸. L'expert s'en trouve donc imputable ; ses comportements répréhensibles, lorsqu'ils sont documentés, affectent sa réputation et sa crédibilité à titre d'expert compétent. La crainte de perdre des opportunités de mandats constitue ainsi un incitatif à adopter des meilleures pratiques⁹⁵⁹. La décision *Commerce & Industrie Cie d'assurance c Bernières (Municipalité de)*, une poursuite en responsabilité civile pour obtenir compensation suivant un incendie, fournit un bon exemple⁹⁶⁰. Le tribunal, après analyse du contenu des expertises contradictoires, en vient à la conclusion que l'opinion de l'un des experts doit être mise de côté. Le juge conclut sa décision ainsi :

⁹⁵⁶ Voir par exemple dans *Commerce & Industrie Cie d'assurance c Bernières (Municipalité)*, 2004 CanLII 9309 (CS) au para 36, où le juge mentionne être « en quelque sorte conforté dans [son] opinion en relisant la citation d'un [autre juge] concernant le même expert ».

⁹⁵⁷ Dodek, *supra* note 852 aux pp 233 et 234. Le professeur Dodek donne plusieurs exemples de comportements qui peuvent indiquer que l'expert est partial. Notamment : 1) L'expert est un salarié de la partie ou reçoit des honoraires conditionnels à la victoire dans l'affaire. 2) À plusieurs reprises l'expert a témoigné pour le compte de la même partie, ou pour d'autres parties avec des activités similaires. 3) L'expert témoigne fréquemment pour appuyer le même type de position. 4) L'expert est un ami ou un collaborateur de celui qui a retenu ses services. 5) L'expertise est le fruit d'une collaboration entre l'expert et la partie – ou son avocat –, ou l'expert a des interactions fréquentes avec la partie – ou son avocat – dans le cadre de l'élaboration du rapport. 6) La partie – ou son avocat – a rédigé une portion du rapport de l'expert, ou a proposé bon nombre de modifications.

⁹⁵⁸ Il s'agit d'une pratique courante que de faire des recherches sur les experts, tant celui qu'on prévoit mandater que celui qui a été mandaté par la partie adverse. Les tribunaux font également des recherches sur les experts, en plus de bénéficier des contre-interrogatoires, à l'occasion desquels des commentaires négatifs sur le travail de l'expert tirés de la jurisprudence pourraient être évoqués. À cet égard, la recherche sur les experts dans le cadre d'un litige reconnue une bonne pratique, stratégiquement parlant. Voir à cet égard : Lubet et Boals, *supra* note 273 ; Mark J Freiman et Berenblut, *supra* note 468.

⁹⁵⁹ Dodek, *supra* note 852 aux pp 232-233.

⁹⁶⁰ *Commerce & Industrie Cie d'assurance c Bernières (Municipalité)*, *supra* note 956.

« [36] Je me suis trouvé en quelque sorte conforté dans mon opinion en relisant la citation d'un collègue concernant le même expert Archambault :

En résumé, l'expertise présentée par Jean-Guy Archambault démontre un manque total de rigueur, qui est en l'espèce, l'apanage de sa partialité.

Un expert qui s'est fié aux documents remis par la partie qui retient ses services sans examiner tous les documents qui étaient alors disponibles ne démontre pas le sérieux et le professionnalisme nécessaires à sa crédibilité. Cette attitude servile de l'expert dont le devoir est d'éclairer le Tribunal et non de servir aveuglément la partie qui retient ses services, disqualifie l'ensemble de son expertise. »⁹⁶¹

À ceux qui considèrent qu'une telle pratique judiciaire serait excessive, il va sans dire qu'elle se doit d'être mesurée, et réservée à des situations sans équivoque. Il est également bon de rappeler que le phénomène opposé existe. À l'inverse, les experts compétents peuvent profiter de la publicité générée par les jugements où le tribunal encense leur travail et leurs aptitudes⁹⁶². Ce phénomène peut avoir un effet pervers dans le contexte de la procédure contradictoire. L'importance pour la réputation de l'expert d'accumuler des jugements « gagnants » accentue l'intensité de l'« adversarial bias » ; si l'expert tend, consciemment ou inconsciemment, à accumuler les victoires pour ses clients coûte que coûte, il risque de perdre son objectivité et son impartialité⁹⁶³.

b. L'AVOCAT, LA DÉONTOLOGIE ET L'ÉTHIQUE DANS SA COLLABORATION AVEC L'EXPERT

Bien qu'il ne soit pas responsable de la réalisation des obligations déontologiques et éthiques de l'expert, l'avocat doit également assumer certaines responsabilités quant à l'usage de preuve de nature expertale⁹⁶⁴. Plus particulièrement, à titre d'officiers de justice, les avocats ont

⁹⁶¹ *Ibid* au para 36.

⁹⁶² Yee, *supra* note 5 à la p 253.

⁹⁶³ *Ibid*.

⁹⁶⁴ Proulx, *supra* note 169 à la p 308. Proulx mentionne que : « Certes, le système judiciaire expose l'expert à compromettre son objectivité et son indépendance, mais les avocats doivent aussi assumer leurs responsabilités à cet égard, ce qui soulève la problématique de l'éthique de l'avocat. » ; Voir également Paciocco, *supra* note 13 au para 75. Pour Paciocco, le pendant du rôle de gardien des tribunaux est la responsabilité des avocats d'améliorer leurs performances de contre-interrogatoire pour favoriser la divulgation des indices de partialité au tribunal.

certaines obligations déontologiques à cet égard⁹⁶⁵. Or, à travers les différentes législatures qui ont récemment procédé à des réformes de la procédure civile, aucune ne s'est intéressée de manière substantielle à la « responsabilité éthique de la profession juridique » dans sa collaboration avec des experts⁹⁶⁶.

La question de l'éthique de l'avocat lorsqu'il représente un client dans le cadre d'un litige est extrêmement complexe⁹⁶⁷. L'avocat est dans une position délicate, tiraillé entre ses obligations envers son client et les obligations de l'expert, mandaté par son client, envers le tribunal⁹⁶⁸. Il a ainsi un « double rôle, soit celui de défenseur des intérêts de son client et d'auxiliaire au service de la justice »⁹⁶⁹. Ce rôle est accentué par les règles du *Code de déontologie des avocats* qui lui prescrit des exigences dont les résultats sont contradictoires⁹⁷⁰. L'avocat se trouve donc dans l'obligation de concilier les intérêts de son client avec les obligations qui lui incombent, ainsi qu'à l'expert, envers l'administration de la justice⁹⁷¹. Ainsi, deux conceptions de la justice s'affrontent, l'une micro et l'autre macro, l'une privée et l'autre sociétale⁹⁷².

L'intérêt du client à gagner sa cause peut ainsi nuire à l'accessibilité à la justice des autres justiciables, ainsi qu'à la qualité de la justice qui est rendue par les tribunaux⁹⁷³. L'éthique et la déontologie nécessitent non seulement de penser en termes de bonnes pratiques, mais également de s'intéresser à l'intérêt de l'ensemble des justiciables, et non pas seulement aux bénéficiaires

⁹⁶⁵ Bubela, *supra* note 25 à la p 860. Tel que l'exprime Bubela : « However, it is not only the judiciary but the legal profession that must concern themselves with constructive and bonafide attempts to improve the justice system. » ; Voir à cet égard le préambule et les articles 1, 111 et 113 du *Code de déontologie des avocats*.

⁹⁶⁶ Bubela, *supra* note 25 à la p 854. Ici, il est évidemment question des législatures où la procédure est de tradition accusatoire et contradictoire, principalement l'Angleterre, certains États américains, l'Australie ainsi que les provinces canadiennes qui ont procédé à une réforme.

⁹⁶⁷ Allan C. Hutchinson, *Fighting Fair : Legal Ethics for an Adversarial Age*, New York, Cambridge University Press, 2015 à la p 16.

⁹⁶⁸ Bubela, *supra* note 25 aux pp 854 et 865.

⁹⁶⁹ *Ibid* à la p 855 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 67. Cette question a été abordée à la SECTION 3 – DIMENSION PRATIQUE.

⁹⁷⁰ Bubela, *supra* note 25 à la p 865.

⁹⁷¹ *Ibid* à la p 855 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 à la p 67 ; Il est mentionné à l'article 1 du *Code de déontologie des avocats* que les avocats ont des « devoirs particuliers envers le public, le client, l'administration de la justice et la profession ». Selon les articles 13 et 111, l'avocat doit préserver son indépendance professionnelle, servir la justice et soutenir l'autorité des tribunaux.

⁹⁷² Voir notamment les propos dans Hutchinson, *supra* note 967, chapitre 5 – Taking War Ethically.

⁹⁷³ Bubela, *supra* note 25 à la p 865.

individuels en jeu⁹⁷⁴. Ce faisant, l'avocat a l'obligation de promouvoir une meilleure l'administration de la justice, tout en défendant avec un zèle modéré, si une telle chose est possible, les intérêts de son client⁹⁷⁵.

À titre de point de départ, quelques bonnes pratiques établies ont été répertoriées dans la littérature, la jurisprudence ainsi que dans des guides destinées aux praticiens. Il est exigé de tout procureur qu'il s'assure que l'expert avec qui il œuvre saisit bien la mission qu'il doit remplir à l'égard du tribunal et qu'il clarifie toute incompréhension, au besoin⁹⁷⁶. À l'occasion de l'affaire *Moore v Getahun*, la Cour d'appel ontarienne a énoncé certains « ethical and professional standards of the legal profession » applicables lorsque les avocats font affaire avec des experts⁹⁷⁷. L'avocat doit s'abstenir de tout comportement ou communication qui pourrait interférer avec l'indépendance et l'objectivité de l'expert⁹⁷⁸. L'avocat ne doit en aucun temps tenter d'influencer ou influencer l'expert à articuler une opinion en laquelle il ne croit pas réellement, et ce, à quelque moment de leur collaboration⁹⁷⁹. Plus encore, l'avocat doit, à tout moment de sa collaboration avec l'expert, demeurer conscient de la mission de l'expert quant au tribunal, ainsi que de l'importance de préserver son indépendance et son impartialité⁹⁸⁰. Il

⁹⁷⁴ Emma Cunliffe, « Introduction » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law, London, Routledge, 2017 à la p 1.

⁹⁷⁵ Hutchinson, *supra* note 967 aux pp 98 et s. Hutchinson est d'avis que l'avocat, en tant qu'officier de justice, doit faire la promotion d'une saine administration de la justice, et non pas seulement poursuivre les intérêts individuels de son client. Il est intéressant de noter qu'au coeur de la théorie d'Hutchinson se trouve la notion de proportionnalité.

⁹⁷⁶ Jutras, *supra* note 8 à la p 15 ; Aussi évidente que cette exigence puisse paraître, elle ne constitue pas un acquis, si on en croit Daniel W. Shuman, Elizabeth Whitaker et Anthony Champagne, « An Empirical Examination of the Use of Expert Witnesses in the Courts » (1994) 34 *Jurimetrics* 193, soit une étude empirique conduite aux États-Unis en 1994, dont les résultats ont été cités dans Bubela, *supra* note 25 à la p 869 :

« However, partisan and dishonest experts may not be the root of the problem. A survey of expert witnesses from 128 criminal and civil trials found that 77% of expert witnesses felt pressured by the lawyer dealing with the case to strengthen favourable evidence and place less emphasis on unfavourable evidence. 57% of experts were also urged to be less tentative. »

Il doit toutefois être noté que cette étude date considérablement, et que le droit de la preuve relatif aux expertises a considérablement évolué depuis, tant aux États-Unis qu'au Canada. Il est possible de croire que les critiques constantes des tribunaux des « hired guns » et de la partialité des experts aient sensibilisé les avocats et les experts.

⁹⁷⁷ *Moore v Getahun*, *supra* note 726 aux paras 57 et s.

⁹⁷⁸ *Ibid* au para 57 ; La Cour d'appel s'est inspirée du *Principle 3* tiré de *The Advocates' Society*, *supra* note 919.

⁹⁷⁹ *Moore v Getahun*, *supra* note 726.

⁹⁸⁰ *Ibid* au para 59 ; Voir également le commentaire d'arrêt suivant : Pape et Nairn, *supra* note 726 au para 7.

n'en reste pas moins que sa participation, jusqu'à un certain niveau, est nécessaire pour s'assurer que l'expertise est « utile au tribunal, claire et intelligible »⁹⁸¹.

Ainsi, au lendemain d'un changement de culture quant à la mission de l'expert, l'avocat doit travailler à ses côtés, tout en finesse, tant pour le bien de son client que pour les intérêts de la justice :

« L'avocat doit agir en vue de favoriser la découverte de la vérité en évitant toutefois d'interférer dans le travail de l'expert ou de l'amener à façonner son opinion autour d'une théorie de la cause planifiée au préalable. L'expertise doit être pour l'avocat un outil utile à la préparation de sa théorie de la cause et non l'inverse. »⁹⁸²

Par exemple, l'avocat doit faire usage judicieux de l'avis impartial et objectif défavorable qu'un expert peut lui présenter. Si l'expertise lui semble cohérente, logique et fiable, elle constitue « une circonstance où l'avocat a le devoir de réorienter, d'informer son client quant aux effets de l'opinion de l'expert et, si approprié dans les circonstances, de le conseiller quant à l'usage d'un mode privé de prévention et de règlement des différends »⁹⁸³. Une telle pratique est conforme avec les règles déontologiques et éthiques qui régissent la profession d'avocat, notamment l'article 42 du *Code de déontologie des avocats* qui impose une obligation continue de conseil du client quant à tous les moyens disponibles pour régler leur litige, notamment les modes privés de prévention et règlement des différends⁹⁸⁴.

Ces exigences éthiques peuvent sembler simples d'application. Or, elles peuvent devenir, dans un contexte litigieux, difficiles à honorer. On peut penser à un cas de figure où un expert, après avoir pris connaissance du rapport d'expert divulgué par partie adverse, désire modifier le contenu de son opinion, voire même pour adhérer partiellement ou complètement à l'autre opinion. Changer d'opinion en cours de route est généralement vu d'un mauvais œil par un

⁹⁸¹ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 72 ; *Moore v Getahun*, *supra* note 726.

⁹⁸² Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 73.

⁹⁸³ *Ibid* au para 77 ; Babin, *supra* note 672 à la p 9.

⁹⁸⁴ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 77 ; À cet égard, voir également les commentaires de Belley sur le fait que la justice négociée fait partie des tâches et responsabilités des avocats dans Jean-Guy Belley, « Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile » (2001) 46 McGill LJ 317 au para 120.

procureur⁹⁸⁵. Cela pourra même être source de doute quant à la compétence de l'expert⁹⁸⁶. Il s'agit toutefois d'une perception erronée. L'expert compétent, s'il est mis en présence d'une autre opinion valable, va remettre en question ses propres réflexions. Si nécessaire, et dans l'objectif d'être le plus exact possible, il pourra nuancer ses propos ou ses conclusions. Du point de vue de la recherche de la vérité, il faut plutôt encourager que décourager tout processus qui favorise la découverte de la vérité par le tribunal⁹⁸⁷. Décourager ou empêcher l'expert de mettre à jour son opinion équivaut à influencer indûment son opinion. Il s'agit donc d'une pratique peu recommandable, qui gagnerait à être sanctionnée.

Il n'en reste pas moins que les bonnes pratiques avérées et confirmées sont loin de proposer des solutions claires quant à certaines situations pratiques problématiques. La professeure Tania M. Bubela soulève à cet effet une question centrale quant au rapport entre l'avocat et le contrôle du contenu des expertises soumises en preuve au tribunal :

« The judiciary has stated its concern over the necessity and reliability of expert testimony. The question is, to what extent do individual lawyers have an ethical duty to prevent unreliable expert evidence from entering the courtroom in the first place? Is it the role of the lawyer to screen potentially inadmissible evidence, or should that "gatekeeper" function be left to the court? »⁹⁸⁸

Le *Code de déontologie des avocats* fournit partiellement la réponse à cette question. L'article 116 prévoit que « [l']avocat ne doit pas induire ou tenter d'induire le tribunal en erreur ». L'article 117 prévoit au surplus qu'il « ne doit pas [...] participer à la confection d'une preuve qu'il devrait savoir être fausse. ». Qu'en est-il, toutefois, des opinions dont la fiabilité est limitée en raison des biais inconscients des experts ? Qu'en est-il des expertises que l'avocat ne saurait identifier comme fausses, ou comme induisant le tribunal en erreur ? Les règles déontologiques sont peu adaptées à la complexité et au caractère unique de la preuve par expertise, qui se distingue, une fois de plus, par sa nature particulière. Ainsi, bien qu'elle puisse

⁹⁸⁵ Abbott, *supra* note 472 à la p 8.

⁹⁸⁶ Un changement d'opinion en cours de litige fait d'ailleurs partie des éléments qui peuvent être utilisés pour prendre de court un expert et le discréditer lors de son contre-interrogatoire.

⁹⁸⁷ Cunliffe, *supra* note 322 à la p 177.

⁹⁸⁸ Bubela, *supra* note 25 à la p 865.

être efficace quant au filtrage de cas flagrants d'opinions au contenu clairement hasardeux⁹⁸⁹, la déontologie n'adresse pas adéquatement le volet plus insidieux de la partialité des experts. Bien au contraire, cette zone grise comporte le risque de stratégiquement désavantager l'avocat qui voudrait de bonne foi « filtrer » une expertise potentiellement partielle :

« If the courts set no clear standards, then it may not be the ethical responsibility of the lawyer to define the inadmissibility of expert evidence. The inevitable conclusion is that if the threshold for admissibility is low, a lawyer may, under the "reasonable" standard embodied in the Code, introduce weak scientific evidence. It is equally difficult to determine how much time a lawyer should spend researching whether expert testimony is reliable before his actions are considered reasonable. The costs of such research would then be transferred to the client.

A potential risk is that an ethical lawyer who consciously foregoes questionable expert testimony that, if accepted, would further her client's interests will be placed at a disadvantage if confronted with a less scrupulous opponent. Clients may therefore be deprived of a level playing field if lawyers now undertake the task of screening out questionable expert evidence. Consequently, a lawyer may be discouraged from acting ethically at the risk of losing business in a highly competitive legal market. »⁹⁹⁰

Dans l'état actuel des choses, un constat est assez clair : il est peu probable que l'avenue de la déontologie et de l'éthique constitue une solution suffisante et satisfaisante à la problématique que pose la collaboration des avocats avec les d'experts privés. Mis à part un filtrage des cas grossiers, ces règles, dans leur forme actuelle, n'offrent rien qui pourrait réellement contribuer à la promotion de pratiques plus éthiques, s'il en est. Ainsi, en plus de la résistance au changement dans les pratiques et de l'attachement aux principes de la contradiction, la confusion des règles déontologiques et la perte d'avantages concurrentiels constituent des obstacles difficilement surmontables⁹⁹¹. Souhaiter qu'il en soit autrement, quoique l'intention soit louable, constitue un vœu pieux.

⁹⁸⁹ *Ibid* à la p 866.

⁹⁹⁰ *Ibid*.

⁹⁹¹ En aucun cas cette affirmation ne constitue une remise en question de l'éthique et du respect des règles déontologiques par les praticiens. Au contraire, il s'agit plutôt de reconnaître que l'avocat fait face à des pressions contradictoires dans ses rapports avec les experts, sans que la déontologie et l'éthique fournissent des solutions suffisantes ou soutenables. En ce sens, les avocats, même s'ils respectent les plus hauts standards de comportement, peuvent difficilement surmonter les difficultés liées aux contradictions dans les obligations qu'ils ont envers leurs clients ainsi que la justice. Il s'agit d'une autre raison qui justifie que des changements substantiels soient apportés aux procédés de nomination et d'administration de la preuve d'expert.

Il serait avantageux de prévoir des règles déontologiques plus précises pour soutenir les avocats, et régir leurs rapports avec les experts :

« There may be a workable tripartite framework within which to approach the ethical dilemma of a lawyer in dealing with potentially conflicting obligations to the court and to the client. First, the Code [of Professional Conduct of Lawyers] must be strengthened to explicitly incorporate provisions on expert evidence beyond questions of remuneration. It should be fully recognized within the Code that a lawyer has a professional obligation to carefully scrutinize the integrity of her own expert's proposed testimony within the limits of her capacity and resources. »⁹⁹²

De telles règles permettraient de mettre fin aux contradictions occasionnées par l'application pratique des règles du *Code de déontologie des avocats*. Le Barreau du Québec a répertorié les meilleures pratiques à mettre en place dans le cadre des collaborations entre experts et avocats, ce qui constitue un premier pas vers l'éducation quant à ces questionnements, qui sont relativement nouveaux⁹⁹³. Il n'en reste pas moins que peu de choses peuvent être réalisées sans une expectative raisonnable de sanctions⁹⁹⁴.

ii. CONSIDÉRATIONS NORMATIVES QUANT AU CRITÈRE D'ADMISSIBILITÉ DE L'OPINION DE L'EXPERT PARTIAL

Le *Code civil du Québec* identifie l'expert comme un moyen de preuve⁹⁹⁵. Plus spécifiquement, l'expert est considéré par la loi comme un témoin d'opinion, par opposition avec le témoin ordinaire⁹⁹⁶. Ce faisant, le législateur a pris acte de la pratique majoritaire de l'époque, soit la

⁹⁹² Bubela, *supra* note 25 à la p 870.

⁹⁹³ Barreau du Québec, *Guide des meilleures pratiques*, 5^e éd, Montréal, 2015 à la p 24. Dans le *Guide*, il est mentionné que l'avocat doit s'assurer que l'expert comprend bien son rôle à l'égard du tribunal, malgré qu'il ait été mandaté par une des parties. Il doit également s'assurer de la suffisance de la compétence de l'expert. ; Le regroupement d'avocats ontarien The Advocates' Society, *supra* note 919 ont également publié un guide de bonnes pratiques, qui, au surplus, prévoit que l'avocat a le rôle de fournir à l'expert l'ensemble des informations pertinentes à l'élaboration d'une opinion fiable.

⁹⁹⁴ Bubela, *supra* note 25 à la p 870. Bubela mentionne que : « At present there are no sanctions that would hold lawyers accountable for introducing questionable testimony. The only possible consequences are loss at trial and the displeasure of clients at bearing the cost consequences of expert evidence that is found to be inadmissible or is rejected by the court at trial. »

⁹⁹⁵ Voir le Titre deuxième : Des moyens de preuve dans le CcQ.

⁹⁹⁶ Art 2843 du CcQ.

nomination d'experts privés. C'est donc en considération du procédé de nomination de l'expert, et non en fonction de la nature de ses interventions, que l'identité juridique de l'expert s'est cristallisée dans la loi.

Cette réalité est toutefois loin d'être conforme à la nature de l'expertise, ni même à son histoire. La nomination d'experts par les parties est une invention récente issue de la pratique, et non pas des législateurs, et ce tant dans les systèmes anglais que français, de qui le Québec a hérité de ses règles en procédure et preuve⁹⁹⁷. L'expert était d'abord et avant tout un conseiller des tribunaux. Leur participation à l'instance servait, et sert toujours, à combler les lacunes en savoir spécialisé du système juridique. L'évolution des mœurs en procédure civile, plus particulièrement le renforcement du caractère contradictoire des instances, a mené les parties et leurs procureurs à recruter des experts pour bonifier leur preuve à titre de témoins d'opinion. Ainsi, « [l]'apparition du caractère partisan de l'expertise semble être la suite logique de l'assimilation de l'expert à un témoin »⁹⁹⁸.

Qualifier l'expert de témoin est source de beaucoup de problèmes. Alors que le témoignage est un moyen de preuve dont la raison d'être est d'appuyer la thèse de l'une des parties, l'expert a pour mission première d'éclairer le tribunal, et cette mission prime les intérêts des parties. La spécificité de l'expertise s'organise, au niveau normatif⁹⁹⁹, autour de trois attributs : les **exceptions**, la fonction d'**auxiliaire de justice** et l'**impartialité**. L'assimilation de l'expertise à un moyen de preuve cadre tellement mal avec sa nature juridique intrinsèque qu'une multitude d'**exceptions** aux règles classiques du droit de la preuve ont dû être créées, principalement pour des raisons fonctionnelles. L'expert est un témoin qui a droit de donner son opinion. Il ne témoigne pas en chef, mais par écrit, et il a droit d'user du ouï-dire¹⁰⁰⁰. Des règles complexes régissent son admissibilité en preuve ainsi que l'évaluation de la fiabilité de son opinion ; le décideur des faits a besoin d'un niveau de protection plus élevé à l'égard de l'expert qu'à l'égard

⁹⁹⁷ Prévaille-Ratelle, *supra* note 6. Voir la démonstration historique de Prévaille-Ratelle, dont plusieurs éléments sont cités précédemment dans l'ÉTAT DES LIEUX.

⁹⁹⁸ *Ibid* à la p 97.

⁹⁹⁹ Noreau, *supra* note 10 à la p 2.

¹⁰⁰⁰ Un développement extensif au sujet des exceptions normatives qui caractérisent l'expertise se trouve à la SECTION 2 – DIMENSION NORMATIVE.

de tout autre moyen de preuve¹⁰⁰¹. On peut ainsi remarquer que, malgré la qualification au *Code civil du Québec*, les tribunaux et la littérature ont pris acte de la nature distincte, d'exception, de l'expertise. L'expert est un témoin certes, mais il est également un **auxiliaire de justice**, un assistant du juge, et il a une obligation fiduciaire à l'égard des tribunaux¹⁰⁰². À titre d'auxiliaire de justice, l'**impartialité** et l'objectivité de l'expert sont cruciales, et constituent d'ailleurs la « pierre d'assise » de la réforme du *Code de procédure civile*¹⁰⁰³.

La qualification juridique au *Code civil du Québec* à titre de témoignage et les attributs de l'expertise sont incompatibles. Cette opposition n'est pas étrangère à la tout aussi difficile adéquation entre la mission de l'expert et le principe de la contradiction¹⁰⁰⁴. L'expert se distingue particulièrement du témoin d'opinion à ce chapitre :

« Ordinary lay witnesses also can have conscious bias, but that problem is not as acute for several reasons. First, lay witnesses, unlike experts, are not paid for their testimony, which eliminates the possibility of serving as a "witness for hire." Second, lay witnesses are only permitted to present opinion testimony based on their own rational perceptions, limiting the scope of their testimony. Third, attorneys can shop from an almost unlimited pool of expert witnesses, while generally a very limited pool of potential ordinary fact witnesses exists in any given case. Finally, jurors may be particularly likely to assume that an expert witness, particularly a scientist, is an unbiased participant in the proceedings. »¹⁰⁰⁵

Ces incompatibilités inhérentes sont source de plusieurs maux, notamment la difficulté d'évaluer la fiabilité des opinions d'experts dans le contexte accusatoire et contradictoire, les dangers liés à l'usurpation du rôle du juge par le témoin d'opinion et les débats d'experts sur des opinions contradictoires. Bien qu'au fil du temps, les règles d'admissibilité de l'expertise ont été resserrées par l'intervention des tribunaux, aucune mesure n'a encore réellement amélioré les difficultés liées aux expertises privées partisanses, ni diminué les coûts et les délais causés par l'expertise¹⁰⁰⁶. À cet égard, puisque la tendance est plutôt à l'admission de tout

¹⁰⁰¹ *Ibid.* Ce sujet est abordé à la SECTION 1 – DIMENSION RÉFÉRENTIELLE.

¹⁰⁰² *Audet c Landry*, *supra* note 601 au para 65 ; *Dodek*, *supra* note 852 à la p 201 ; Voir également les propos dans *R. c Mohan*, *supra* note 80 et dans *R. v D.D.*, *supra* note 352 ; Voir les textes suivants à ce sujet : *Paciocco*, *supra* note 13 ; *Préville-Ratelle*, *supra* note 6 ; *Piché et Chaffai-Parent*, *supra* note 17 ; *Ferland et Emery*, *supra* note 359 ; *Lord Woolf*, *supra* note 2 ; *Binnie et al*, *supra* note 242.

¹⁰⁰³ *Ferland et Emery*, *supra* note 359 au para 1-189.

¹⁰⁰⁴ *Sanders*, *supra* note 169 à la p 32.

¹⁰⁰⁵ *Bernstein*, *supra* note 81 à la p 455.

¹⁰⁰⁶ *Bubela*, *supra* note 25 à la p 855.

élément de preuve pertinent¹⁰⁰⁷, les critères d'admissibilité de l'expertise sont relativement bas¹⁰⁰⁸. Or, le niveau normatif, soit les règles de droit de la preuve, devrait constituer une avenue privilégiée pour contrôler la partialité des experts :

« [I]t remains true in an adversarial system that the most important response to bias, partiality and influence falls to the law of evidence, which acts either by excluding the evidence or discounting its weight. Surprisingly, Canadian authority is unsophisticated in addressing bias. The Mohan test is poorly cast to deal with the problem leaving courts unsure of whether or when they can exclude expert evidence on account of bias. Ordinarily, courts simply take bias, partiality and influence into account when weighting the testimony. »¹⁰⁰⁹

a. Le critère d'admissibilité de l'opinion d'un expert partial selon les arrêts *Saguenay et White Burgess*

Plusieurs années avant que la Cour suprême sanctionne la partialité des experts dans un important duo de décisions, le professeur David M. Paciocco, désormais juge, militait pour des changements législatifs et une intervention plus musclée des tribunaux en vue de favoriser l'impartialité des experts. Dans un article marquant sur la question de la partialité de l'expert, il mentionnait que « [t]o achieve this, the law of expert evidence will have to move »¹⁰¹⁰. À son avis, le critère d'admissibilité établi par l'arrêt *Mohan* n'est pas adéquat pour faire face à la partialité des experts¹⁰¹¹. Il a notamment été proposé que le contrôle de la partialité ne se limite pas à l'étape de l'évaluation de la valeur probante de la preuve. L'admissibilité des opinions préparées par des experts partisans devrait être limitée au moyen d'un critère jurisprudentiel¹⁰¹². Jusqu'alors, une controverse existait quant à cette question ; certains tribunaux avaient reconnu que la partialité d'un expert peut rendre son opinion inadmissible en preuve, alors que d'autres

¹⁰⁰⁷ *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co.*, *supra* note 69 au para 14 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 47 ; Piché, *supra* note 14 ; Ducharme, *supra* note 72.

¹⁰⁰⁸ Bubela, *supra* note 25 à la p 869.

¹⁰⁰⁹ Paciocco, *supra* note 13 au para 5.

¹⁰¹⁰ *Ibid* au para 40.

¹⁰¹¹ *Ibid* au para 43.

¹⁰¹² *Ibid* au para 6. L'essentiel de sa proposition, quant à la teneur de son critère, est décrite dans son article. Elle ne sera pas reprise ici, puisque l'essentiel du critère qu'il a formulé a été repris par la Cour suprême, et nous l'examinerons ci-dessous.

appliquaient la méthodologie de l'« admission et pondération », où l'opinion de l'expert partial sera admise, mais verra sa valeur probante abaissée¹⁰¹³.

Plusieurs des propositions de Paciocco ont été avalisées par les tribunaux ainsi que par les législateurs. En 2015, la Cour suprême a confirmé que l'impartialité de l'expert constituait une condition d'admissibilité de son rapport. Par les arrêts *Mouvement laïque québécois c Saguenay*¹⁰¹⁴ et *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co.*¹⁰¹⁵, la Cour suprême a pris acte des obligations particulières de l'expert, soit de « fournir une aide indépendante au tribunal sous forme d'avis objectif et exempt de parti pris »¹⁰¹⁶. Elle pose l'indépendance, l'impartialité et l'objectivité de l'expert comme une règle fondamentale¹⁰¹⁷ qui requiert d'être contrôlée tant à l'étape de l'admissibilité de l'opinion que lors de l'évaluation de sa valeur probante :

« [45] Conformément à ce qui me semble le courant prédominant dans la jurisprudence canadienne, je suis d'avis que le manque d'indépendance et d'impartialité d'un expert joue au regard tant de l'admissibilité de son témoignage que de la valeur du témoignage, s'il est admis. Cette façon de voir semble s'accorder davantage avec l'économie générale de notre droit en ce qui concerne les témoignages d'experts et l'importance que notre jurisprudence accorde au rôle de gardien exercé par les juges de première instance. Le juge Binnie cerne bien l'optique canadienne dans l'arrêt *J.-L.J.* : "La question de l'admissibilité d'une preuve d'expert devrait être examinée minutieusement au moment où elle est soulevée, et cette preuve ne devrait pas être admise trop facilement pour le motif que toutes ses faiblesses peuvent en fin de compte avoir une incidence sur son poids plutôt que sur son admissibilité". »¹⁰¹⁸

Pour ce faire, la Cour suprême énonce le critère suivant :

« [106] [...] Pour qu'un témoignage d'expert soit inadmissible, il faut plus qu'une simple apparence de partialité. La question n'est pas de savoir si une personne raisonnable considérerait que l'expert n'est pas indépendant. Il faut plutôt déterminer si le manque d'indépendance de l'expert le rend de fait incapable de fournir une opinion impartiale dans les circonstances propres à l'instance [...]. La remise en question de la décision d'un juge d'instance de reconnaître à un témoin la qualité

¹⁰¹³ Dodek, *supra* note 852 aux pp 227 et s.

¹⁰¹⁴ *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, *supra* note 84.

¹⁰¹⁵ *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co.*, *supra* note 69.

¹⁰¹⁶ *Ibid* au para 26.

¹⁰¹⁷ *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, *supra* note 84 au para 106 ; *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co.*, *supra* note 69 aux paras 26 à 32.

¹⁰¹⁸ *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co.*, *supra* note 69 au para 45.

d'expert, comme celle de le juger indépendant et impartial, exige notamment la prise en compte de la substance de l'opinion offerte. »¹⁰¹⁹

Ainsi, une partie qui désire soulever la partialité d'un expert pour s'opposer à l'admissibilité de son opinion devra démontrer que cet expert est dans une incapacité de fait de fournir une opinion impartiale¹⁰²⁰. Cette démonstration devra être fondée sur les circonstances propres à l'instance.

Ces décisions ont suscité une prise de conscience quant à la perception parfois erronée du rôle de l'expert par les autres acteurs du système de justice. La perception tant du milieu juridique que du public est que l'expert témoigne « pour » une partie¹⁰²¹. Cette perception est nuisible, elle laisse croire que le système de justice ne traite pas le savoir spécialisé avec le sérieux et le professionnalisme requis. Les commentaires de la Cour suprême, doublés des nouveaux articles sur la mission de l'expert du *Code de procédure civile* qui sont entrés en vigueur quelques mois plus tard, étaient alors annonciateurs d'un changement imminent et nécessaire. Plus de trois ans après, le constat est que le changement espéré tarde à se concrétiser. Il en est ainsi notamment en raison de la réticence des praticiens à revisiter les pratiques et faute de suffisamment de ressources des tribunaux. L'arrêt *Saguenay* pourrait avoir contribué à cette stagnation. Il convient, à cet égard, d'examiner l'application du critère élaboré par la Cour suprême dans le cadre des faits de cette affaire.

À l'occasion de l'arrêt *Saguenay*¹⁰²², les tribunaux se sont intéressés à la question de la laïcité et de l'obligation de neutralité de l'État. Le Mouvement laïque québécois, une organisation

¹⁰¹⁹ *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, supra note 84 au para 106 ; Le critère a été repris et confirmé dans *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co.*, supra note 69 au para 36.

¹⁰²⁰ Voir dans *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co.*, supra note 69 au para 48 les commentaires quant au fardeau lié à cette démonstration :

« Une fois que l'expert a produit cette attestation ou a déposé sous serment en ce sens, il incombe à la partie qui s'oppose à l'admission du témoignage de démontrer un motif réaliste de le juger inadmissible au motif que l'expert ne peut ou ne veut s'acquitter de son obligation. Si elle réussit, la charge de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'il a été satisfait à ce critère d'admissibilité incombe toujours à la partie qui entend présenter le témoignage. Si elle n'y parvient pas, le témoignage, ou les parties de celui-ci qui sont viciées par un manque d'indépendance ou d'impartialité, devrait être exclu. Cette démarche est conforme à la règle générale du cadre établi dans l'arrêt Mohan, et généralement en droit de la preuve, selon laquelle il revient à la partie qui produit la preuve d'en établir l'admissibilité ».

¹⁰²¹ Dodek, supra note 852 à la p 200.

¹⁰²² *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, supra note 84.

militante pro-laïcité, appuie le recours d'un citoyen athée qui dépose une plainte au Tribunal des droits de la personne pour faire cesser les prières exécutées au début et à la fin du conseil municipal de la ville de Saguenay, ainsi que pour l'obtention de dommages compensatoires et punitifs. Dans le cadre de l'instance, le Mouvement laïque québécois a fait entendre un expert, monsieur Daniel Baril, sur la question de la portée religieuse de la prière. L'impartialité et l'objectivité de l'expert Baril se sont trouvées au cœur des débats. La Cour d'appel a reproché au tribunal de première instance d'avoir adhéré à son opinion. Plus particulièrement, elle a considéré que cet expert n'avait pas l'impartialité et l'objectivité nécessaire pour être habile à donner une opinion devant le tribunal. La Cour suprême a résumé ainsi le raisonnement effectué par la Cour d'appel quant à la décision de première instance :

« [Le juge Gagnon de la Cour d'appel] conclut que M. Baril "ne répond pas aux exigences d'objectivité et d'impartialité indispensables au statut d'expert". Le juge Gagnon critique le Tribunal pour son omission de se livrer "à l'étude des causes de récusation du témoin Baril", qu'il considère en définitive "inhabile" à témoigner. À son avis, " [u]ne personne bien renseignée, consciente de l'obligation d'impartialité qui doit animer tout expert appelé à se présenter devant un tribunal, conviendrait aisément que le témoin Baril n'avait pas le recul nécessaire pour agir dans cette affaire". En somme, le Tribunal aurait commis une erreur en reconnaissant à M. Baril la qualité d'expert. Pour la cour, une intervention s'impose s'il y a erreur manifeste et déterminante dans l'appréciation de la valeur probante de l'opinion de l'expert. »¹⁰²³

Il faut dire que l'expert Baril a un pedigree très particulier. Il est l'un des membres fondateurs du Mouvement laïque québécois, la partie demanderesse qui finance le litige, ainsi qu'un militant pro-laïcité bien connu au Québec. Il est pertinent de reproduire la liste exhaustive des motifs pour lesquels la Cour d'appel a considéré l'expert Baril comme inhabile à témoigner :

« [50] Je suis fermement d'avis que le témoin Baril ne répond pas aux exigences d'objectivité et d'impartialité indispensables au statut d'expert appelé à témoigner devant une cour de justice. Aussi, la valeur probante de son opinion me semble beaucoup trop faible pour devoir jouer un rôle déterminant sur l'issue de l'affaire. Voici les raisons qui m'incitent à conclure en ce sens :

- Le témoin Baril comme M. Simoneau est membre du MLQ, codemandeur en première instance. Il est aussi un des fondateurs de ce mouvement.

¹⁰²³ *Ibid* au para 104.

- Le témoin Baril a agi à titre de président de ce mouvement et, au moment des procédures en première instance, il en était le vice-président.
- Le témoin Baril prône la laïcisation intégrale de l'État, le MLQ aussi.
- Le témoin Baril a déjà poursuivi à titre personnel la Ville d'Outremont pour que son conseil cesse de réciter une prière avant chacune de ses séances.
- Le témoin Baril est aussi intervenu auprès du ministre des Affaires municipales et des Régions, lui demandant de bannir la prière dans les assemblées municipales.
- Le témoin Baril adhère au courant de pensée des "Brights".
- Le témoin Baril, dans un article paru dans la revue Cité Laïque, et ce, avant que les intimés ne saisissent le Tribunal de leur recours, a qualifié M. le maire de "bigot".
- M. Simoneau et le MLQ réclament des appelants des frais extrajudiciaires à titre de dommages punitifs, alors qu'il est convenu entre eux de remettre à ce mouvement une partie des dommages extrajudiciaires réclamés (150 000 \$) advenant que M. Simoneau ait gain de cause.

[51] Une personne bien renseignée, consciente de l'obligation d'impartialité qui doit animer tout expert appelé à se présenter devant un tribunal, conviendrait aisément que le témoin Baril n'avait pas le recul nécessaire pour agir dans cette affaire. L'association, dont il était le vice-président au moment des procédures, a un intérêt financier dans l'issue du litige. Lui-même se fait le propagandiste d'une idéologie bien arrêtée et n'hésite pas à initier personnellement un recours judiciaire contre une ville pour les gestes posés par elle qu'il estime être en contravention avec ses valeurs.

[52] Quand il se dégage de la preuve une forte impression que la cause d'une partie est, dans les faits, devenue celle de l'expert, c'est que le rôle de ce dernier a été travesti pour passer de conseiller neutre, qu'il est censé être, à celui d'avocat d'une partie qu'il est devenu. C'est le cas du témoin Baril qui était pour ces raisons inhabile à servir les intérêts de la justice dans ce dossier. »¹⁰²⁴

Or, après analyse, la Cour suprême a infirmé les conclusions de la Cour d'appel quant à l'inhabilité de l'expert Baril. La Cour d'appel a appliqué un critère objectif quant à l'évaluation de la partialité de l'expert, soit celui de la perception d'une personne raisonnable et bien renseignée. Le critère énoncé par la Cour suprême est, lui, subjectif; il doit y avoir démonstration de l'incapacité de fait de l'expert à fournir une opinion impartiale.

Considérant les liens multiples de l'expert Baril tant avec la cause de la laïcité qu'avec la demanderesse, et considérant les intérêts financiers de l'organisation dans l'obtention de

¹⁰²⁴ *Saguenay (Ville de) c Mouvement laïque québécois*, 2013 QCCA 936 aux paras 50 à 52.

dommages punitifs, l'application du critère aux faits dans cette affaire a de quoi laisser perplexe. Sans détailler l'application de ce critère objectif à la situation de l'expert Baril, la Cour suprême en vient à la conclusion qu'il ne doit pas être déclaré inhabile, et que le tribunal de première instance n'a pas commis d'erreur déraisonnable quant à cette analyse. Il en résulte une incompréhension quant à ce que constitue cette « incapacité de fait » de fournir une opinion impartiale.

L'incompréhension est suffisante pour justifier des questionnements quant à la valeur du critère lui-même¹⁰²⁵. Si son application mène directement aux conclusions de l'arrêt *Saguenay*, peut-être que le critère est trop restrictif pour permettre d'atteindre l'objectif qu'il poursuit, soit de promouvoir l'impartialité et l'objectivité des experts qui agissent devant les tribunaux. L'arrêt *White Burgess*, rendu 15 jours plus tard, a confirmé et précisé la teneur du critère :

« [49] [...] Le juge de première instance doit déterminer, compte tenu tant de la situation particulière de l'expert que de la teneur du témoignage proposé, si l'expert peut ou veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. [...] Je tiens à souligner que la décision d'exclure le témoignage à la première étape de l'analyse pour non-conformité aux critères d'admissibilité ne devrait être prise que dans les cas manifestes où l'expert proposé ne peut ou ne veut fournir une preuve juste, objective et impartiale. Dans les autres cas, le témoignage ne devrait pas être exclu d'office, et son admissibilité sera déterminée à l'issue d'une pondération globale du coût et des bénéfices de son admission.

[50] [...] La notion d'apparence de parti pris n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si le témoin expert pourra ou voudra s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Lorsque l'on se penche sur l'intérêt d'un expert ou sur ses rapports avec une partie, il ne s'agit pas de se demander si un observateur raisonnable penserait que l'expert est indépendant ou non ; il s'agit plutôt de déterminer si la relation de l'expert avec une partie ou son intérêt fait en sorte qu'il ne peut ou ne veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal, en l'occurrence apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale. »¹⁰²⁶

Le caractère objectif du critère est donc confirmé. Le fardeau de démontrer que l'expert nommé par la partie adverse ne peut ou ne veut fournir une opinion indépendante, impartiale et objective constitue un défi de taille. Seuls les cas manifestes de partialité seront écartés à l'étape de

¹⁰²⁵ Cette réflexion est même évoquée dans *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co.*, *supra* note 69 au para 49 : « Ce critère n'est pas particulièrement exigeant, et il sera probablement très rare que le témoignage de l'expert proposé soit jugé inadmissible au motif qu'il ne satisfait pas au critère. »

¹⁰²⁶ *Ibid* aux paras 49-50.

l'évaluation de l'admissibilité de la preuve, comme le mentionne d'ailleurs la Cour suprême. Certains cas sont évidents :

« [49] [...] Dans la plupart des cas, l'existence d'une simple relation d'emploi entre l'expert et la partie qui le cite n'emporte pas l'inadmissibilité de la preuve. En revanche, un intérêt financier direct dans l'issue du litige suscite des préoccupations. Il en va ainsi des liens familiaux étroits avec une partie et des situations où l'expert proposé s'expose à une responsabilité professionnelle si le tribunal ne retient pas son opinion. De même, l'expert qui, dans sa déposition ou d'une autre manière, se fait le défenseur d'une partie ne peut ou ne veut manifestement pas s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. »¹⁰²⁷

Ainsi, l'opinion d'un expert qui est à la fois partie au litige, ou conjoint(e) d'une partie au litige, n'est pas admissible en preuve¹⁰²⁸. L'expert ne peut pas non plus donner son opinion s'il est actionnaire d'une compagnie partie au litige. Certains cas sont plus flous, par exemple, lorsque l'expert est l'employé d'une entreprise partie à un litige ; alors qu'il peut être extrêmement compétent, il est clair qu'il se trouve dans une position où son indépendance face à la partie qui l'a mandaté est questionnable¹⁰²⁹. Son opinion sera généralement admise en preuve, mais pourra voir sa valeur probante diminuée. Dans tous les cas, si la partialité ou les biais d'un expert sont décelés par le tribunal, la force probante de son opinion en sera diminuée¹⁰³⁰.

On retient des arrêts *Saguenay* et *White Burgess* qu'il existe un consensus quant au sérieux des obligations d'impartialité et d'objectivité des experts. L'importance de ces obligations justifie qu'elles constituent un critère d'admissibilité de l'expertise. Or, le critère objectif élaboré par la Cour suprême, par opposition à un critère subjectif, semble constituer un coup d'épée dans l'eau¹⁰³¹. Son application ne donne des résultats concrets que dans un nombre très limité de cas. Le critère semble s'inscrire dans la tendance générale des tribunaux à favoriser une plus grande admissibilité des moyens de preuve¹⁰³². Cette tendance se justifie aisément quant à la majorité

¹⁰²⁷ *Ibid* au para 49 ; Voir également Dodek, *supra* note 852 aux pp 197 et 203.

¹⁰²⁸ Dodek, *supra* note 852 à la p 203.

¹⁰²⁹ *Ibid* aux pp 203 et s.

¹⁰³⁰ *Intact, compagnie d'assurances c Ville de Montréal*, *supra* note 272 aux paras 72-73 ; *Convergia Networks Inc. c Bell Canada*, EYB 2003-41397 (CA) ; *Roy c Québec (Procureure générale)*, 2016 QCCA 2063 au para 10 à 13 ; *Transport Larivière et Fils inc. c Wentworth-Nord (Municipalité de)*, 2012 QCCS 1439 aux paras 54 à 56 ; *Fortin c Compagnie d'assurances Wellington*, *supra* note 264 aux pp 17 à 20.

¹⁰³¹ Voir les commentaires à cet égard dans Bryan Finlay, « The Independent Expert Witness: How Did We Get Here? » (2015) 34:2 Adv J 36 aux pp 23 et s.

¹⁰³² Piché, *supra* note 14 ; Paccioco et Stuesser, *supra* note 151 ; Ducharme, *supra* note 72.

des moyens de preuve autres que l'expertise. Par une large admissibilité, on favorise la découverte de la vérité par le tribunal, et on évite la tenue de débats techniques dont le principal attribut est d'allonger, souvent inutilement, les auditions. L'objectivité du critère avait été proposée pour éviter de l'exagération dans son application¹⁰³³.

La partialité des experts, inconsciente ou consciente, ne constitue pas un problème anecdotique. Elle est réelle et systémique¹⁰³⁴. Ceci est d'autant plus vrai lorsque le critère est appliqué à des situations concrètes¹⁰³⁵. L'arrêt *Saguenay* en est un exemple¹⁰³⁶. Une telle application des principes aux faits ne fait pas la promotion des valeurs que la Cour suprême a tenté d'instiguer en clarifiant les critères d'admissibilité de l'expertise. Elle n'améliore pas non plus la perception qu'ont les justiciables des experts privés, et de leur participation à la justice.

Si l'objectif des tribunaux est d'effectivement barrer l'admissibilité des rapports rédigés par des experts, il convient de se questionner quant aux moyens choisis. L'expert devrait-il à la fois sembler être et effectivement être impartial et objectif¹⁰³⁷? Par le passé, des règles garantissaient tant l'apparence que l'indépendance et l'impartialité effectives de l'expert. Ces règles reconnaissaient ainsi sa fonction d'assistant à la décision judiciaire ainsi que de son obligation fiduciaire envers le tribunal¹⁰³⁸. Les choses ont maintenant bien changé. Les tribunaux ont élaboré de multiples exceptions aux règles de preuve pour faciliter l'admissibilité de l'expertise, principalement pour des raisons pratiques¹⁰³⁹. Or, bien que les pratiques soient désormais différentes, la fonction épistémique de l'expert dans l'instance n'a nullement changé. Comme le mentionne l'auteur Olivier Leclerc, « c'est cette vocation qu'a l'avis de l'expert à occuper une telle place qui explique que les règles du procès équitable doivent être pleinement

¹⁰³³ Paciocco, *supra* note 13 à la p 51.

¹⁰³⁴ Cunliffe, *supra* note 322 à la p 169.

¹⁰³⁵ Dodek, *supra* note 852 à la p 197.

¹⁰³⁶ Finlay, *supra* note 1031 au para 30.

¹⁰³⁷ Dodek, *supra* note 852 à la p 200.

¹⁰³⁸ Voir les propos dans l'ÉTAT DES FAITS, tout particulièrement à l'égard de la démonstration historique faite par Préville-Ratelle, *supra* note 6.

¹⁰³⁹ Paciocco et Stuesser, *supra* note 151 aux pp 8 et s. À cet égard, Paciocco et Stuesser expliquent que le droit de la preuve au Canada a tendance à préférer l'adaptabilité des règles aux différents contextes dans lesquels elles s'appliquent, plutôt que la certitude dans la manière de les appliquer.

appliquées à ses opérations »¹⁰⁴⁰. Il ne faut pas négliger non plus les objectifs des règles classiques du droit de la preuve, qui constituent une accumulation importante de « savoir collectif » quant aux meilleures pratiques pour atteindre un résultat qui se rapproche le plus possible de la vérité¹⁰⁴¹. Dans tous les cas, qu'on agisse à l'étape de l'admissibilité ou à l'étape de l'évaluation de la valeur probante, et qu'on applique un critère objectif ou subjectif, l'évaluation de la partialité de l'expert par le juge des faits doit être effectuée plus sévèrement que l'évaluation qui a été effectuée dans *Saguenay*. À quoi bon condamner la partialité des experts si on ne peut en reconnaître et sanctionner adéquatement les manifestations ?

Il y a toujours un rapport direct entre l'impartialité et l'objectivité de l'expert et la réalisation de sa mission. Le tribunal ne peut être éclairé adéquatement par un expert qui n'est pas objectif ; la partialité constitue un voile qui obstrue le regard du tribunal lorsqu'il en vient à devoir évaluer la fiabilité de l'opinion de l'expert. À cet égard, le professeur Adam Dodek explique en quoi sanctionner la partialité de l'expert est primordial du point de vue normatif :

« L'on ne peut mettre suffisamment l'accent sur l'importance de l'impartialité de la preuve d'opinion donnée par un expert. La preuve d'expert n'est autorisée que dans des cas restreints à titre de témoignage d'exception nécessaire à la règle d'exclusion. Une preuve qui est partielle [...] constitue un abus de l'indulgence ou de la possibilité exceptionnelle de fournir une preuve d'opinion, et ce, particulièrement compte tenu de l'efficacité limitée du contre-interrogatoire d'un témoin expert, et [un abus] des paramètres de l'exception à la règle interdisant le oui-dire se rapportant à la foi accordée par l'expert, dans le cadre de la formulation de son avis, à des faits, à des données ou à des documents qui n'ont pas par ailleurs été établis au moyen d'une preuve recevable au procès »¹⁰⁴²

La réforme du *Code de procédure civile* a tout de même fourni plusieurs outils intéressants aux parties et aux tribunaux. Il a été mentionné précédemment que les articles 237 et 241 du *Code* permettent désormais d'exiger le désaveu de l'expert et/ou le rejet de l'expertise en cas de manquement grave à ses devoirs ou de partialité, et ce, avant l'audition¹⁰⁴³. Cela a été le cas

¹⁰⁴⁰ Leclerc, *supra* note 5 à la p 190.

¹⁰⁴¹ [notre traduction] Paciocco, *supra* note 13 à la p 38.

¹⁰⁴² Dodek, *supra* note 852 à la p 196.

¹⁰⁴³ Il est à noter que des 69 cas répertoriés mentionnés dans la sous-section précédente – qui ne sont pas tous liés à la question de la partialité de l'expert – très peu réfèrent expressément au critère prévu aux arrêts *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, *supra* note 84 et *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*, *supra* note 69 ; Voir Béchard, *supra* note 329. Il est également à noter que le rejet du rapport d'un expert partial était également possible avant la réforme du *Code de procédure civile*.

dans la décision *Gauthier c. Raymond Chabot Inc.*, à l'occasion de laquelle le tribunal critique vivement la partialité de l'expert pour justifier le rejet prématuré de son rapport :

« [31] RC soulève aussi l'absence d'impartialité, d'objectivité et de rigueur du Rapport.

[32] Il est vrai que l'expert épouse entièrement la thèse des demandeurs sans tenir compte de la position de RC. [...]

[33] Reste que l'expert peut difficilement accomplir sa mission avec objectivité, impartialité et rigueur s'il ne considère pas l'ensemble des faits. Ici, l'expert donne son avis seulement sur la base des faits qui lui ont été rapportés par les demandeurs, sans même se soucier de la rentabilité de Scierie.

[34] En réalité, le Rapport ne constitue pas une expertise destinée à aider le juge, mais plutôt une argumentation écrite au soutien de la thèse mise de l'avant par les demandeurs. Or, comme l'écrit la Cour d'appel, "[l]a plaidoirie est le travail de l'avocat, non celui de l'expert."

[35] Il s'ensuit que le Rapport doit aussi être rejeté pour cause de partialité. »¹⁰⁴⁴

Également, l'usage du nouvel article 235 du *Code de procédure civile*, qui permet d'exiger à l'expert de divulguer les instructions qu'il a reçues d'une partie, peut constituer une source de preuve pour un plaideur qui cherche à faire déclarer inadmissible une expertise partielle, ou à en faire diminuer la valeur probante¹⁰⁴⁵. Ces instructions peuvent potentiellement fournir de précieuses informations quant aux liens qui unissent l'expert à son mandataire, mais également, quant à leur manière de collaborer¹⁰⁴⁶. Les tribunaux gagneraient à systématiquement exiger la

¹⁰⁴⁴ *Gauthier c Raymond Chabot inc*, 2017 QCCS 317 aux paras 31 à 35.

¹⁰⁴⁵ Paciocco, *supra* note 13 à la p 60.

¹⁰⁴⁶ *Ibid* aux pp 60 à 62. À ce sujet, Paciocco donne quelques pistes :

« One direct avenue of attack is to expose the expert's own interest in promoting the opinion being offered: those personal and professional biases that can cause experts to oversell or even falsify their testimony. This includes exposing details about the expert witness's retainer. Since expert witnesses are typically paid for their testimony, exposing the mere fact of payment will ordinarily have little impact. At times, though, the nature of the arrangement can create a real risk of partiality. For example, unreasonably high payments, contingency fee arrangements or special arrangements tied to the outcome can and should affect the weight that can be given to expert evidence. Longer-term financial interests should also be exposed, such as the frequency with which the expert is consulted by and testifies for the particular party, or the percentage of the expert's income that comes from testifying. Any personal interest the expert may have in the theory or technology being relied upon should also be explored, to determine whether the witness may be an overzealous advocate for that theory or technique. [...] Certainly, the expert's occupational history should be vetted to determine whether he or she customarily testifies for the kind of litigant being served. In contrast, finding contradictions between opinions expressed in the case at hand and other cases can be a fertile way to show an inclination to mould the testimony to the needs of the case. »

divulgarion des instructions, ne serait-ce que pour avoir un outil de plus, à titre de gardien, pour évaluer la fiabilité de l'expertise :

« [D]isclosing to the expert the theory of the case, or the litigants' expectations of what the expert will find, is "one of the three biggest dangers in forensic practice". Subject to limitations imposed by the law of privilege, opposing counsel should therefore find out as much as possible about discussions that occurred between the expert and the litigant or counsel, and about the task assigned to the expert. To the extent possible, the expert should be asked whether he or she showed draft reports to the retaining party, and about what input that party had in any changes made. »¹⁰⁴⁷

Bien que ces mesures soient intéressantes, elles ont également le potentiel d'alourdir l'instance si elles sont utilisées dans un but dilatoire. En effet, puisqu'elles sont introduites par demande en cours d'instance, elles ajoutent une étape procédurale supplémentaire, ainsi qu'une audition et les frais qui s'en suivent. Or, comme pour tout acte procédural effectué dans un objectif dilatoire, le tribunal peut utiliser les frais de justice comme contrepoids, ou même imposer des dommages en cas d'abus procédural¹⁰⁴⁸.

iii. CONSIDÉRATIONS PRATIQUES SUR LES PROCÉDÉS DE NOMINATION ET DE PRÉSENTATION DE LA PREUVE PAR EXPERTISE

La mission d'éclairage de l'expert à titre de principe directeur a été intégrée comme une ligne directrice quant à la nouvelle manière d'envisager le savoir spécialisé et son intégration dans l'instance. Elle constitue une grande orientation, une norme référentielle, pour contrer la partialité excessive observée dans l'utilisation d'experts privés. La partialité des experts comporte des obstacles qui se divisent en deux catégories, soit les difficultés reliées à la qualité de la justice et des décisions rendues, ainsi que les difficultés reliées aux coûts et aux délais des expertises¹⁰⁴⁹. Bien qu'un consensus quant à ces difficultés se dégage clairement, les moyens pratiques pour mettre en application la vision du législateur quant à la mission de l'expert font polémiques. Trois attributs caractérisent l'aspect pratique de la preuve par expertise : les

¹⁰⁴⁷ *Ibid* au para 63.

¹⁰⁴⁸ Voir les arts 51, 52 et 54 Cpc, concernant les pouvoirs du tribunal de sanctionner les abus de procédure, ainsi que les art 340 à 342 Cpc concernant les frais de justice.

¹⁰⁴⁹ Bubela, *supra* note 25 à la p 854.

différents **procédés de nomination** des experts, les **biais**, conscients ou inconscients, ainsi que la **résistance** au changement dans les pratiques.

Il y a lieu de différencier l'opinion par rapport à l'expert qui la produit. Peu importe l'identité de l'expert, son opinion constitue un soutien scientifique ou technique au tribunal pour mieux comprendre les faits et les enjeux qui sous-tendent une affaire. Or, contrairement aux autres moyens de preuve, l'expertise est un produit transformé. Il est nécessaire qu'un expert opère un traitement épistémique des éléments factuels pertinents pour en faire un produit qui éclairera le tribunal. L'expertise est donc une création dont le contenu est tributaire de celui qui la produit. D'un point de vue pratique, le **procédé de nomination** de l'expert, soit la manière de choisir l'expert, aura une forte incidence sur le contenu de son opinion. L'expertise privée, soit le choix par chacune des parties d'un expert qu'elle rémunère pour la production de son opinion, est le procédé de nomination le plus fréquent¹⁰⁵⁰. L'opinion de l'expert risque d'être affectée par des **biais**. L'expert, bien qu'il soit un spécialiste compétent et rigoureux, n'est pas immunisé aux pressions que la contradiction exerce sur son travail¹⁰⁵¹. Les biais, qu'ils soient *adversarial* et liés au processus de sélection de l'expert, ou qu'ils soient la conséquence de sa collaboration avec la partie qui l'a nommé, risquent de teinter l'opinion de l'expert, consciemment ou inconsciemment. Il est également possible que la collaboration de l'expert et de son client soit marquée par des pressions directes ou indirectes à émettre une opinion qui favorise la thèse de la partie qui l'a nommée. En cela, il existe une « tension fondamentale entre l'indépendance exigée de l'expert et le rôle du témoin expert au sein du système accusatoire [et contradictoire] »¹⁰⁵². Cette partisanerie systémique a des conséquences néfastes dans l'instance judiciaire : diminution de la qualité des opinions d'experts, nombreux débats d'experts qui ne favorisent pas la découverte de la vérité, accentuation des disparités économiques et informationnelles entre les parties, et augmentation des coûts et des délais des procédures judiciaires.

¹⁰⁵⁰ Jutras, *supra* note 8.

¹⁰⁵¹ Cunliffe, *supra* note 322 à la p 171.

¹⁰⁵² Dodek, *supra* note 852 à la p 194.

Ces conséquences sur le système de justice, dont les critiques datent déjà d'assez longtemps, requièrent des changements fondamentaux aux pratiques. Il est clair que les expertises privées sont difficilement réconciliables avec les exigences énoncées au *Code de procédure civile* quant à l'indépendance, l'impartialité, l'objectivité et la rigueur de l'expert. Pour cette raison, le législateur a inséré au *Code* des mesures pour permettre une transition vers des pratiques qui favorisent l'atteinte de ces objectifs. Notamment, le législateur a élargi les pouvoirs de gestion des tribunaux quant à la preuve par expertise et il a réitéré la possibilité de tenir des rencontres entre les experts pour tenter de concilier leurs opinions lorsqu'elles sont contradictoires. Toutefois, la mesure qui continue d'attirer le plus de critiques est l'expertise commune, plus particulièrement, la possibilité pour le tribunal, à même ses pouvoirs de gestion, de forcer l'usage de ce procédé de nomination. Une forte **résistance** du milieu de la pratique quant à cette possibilité, et de manière plus générale face aux pouvoirs élargis de gestion des tribunaux. Cette résistance s'explique par le fort attachement des praticiens aux principes qui caractérisent le système accusatoire et contradictoire, soit *audi alteram partem*, le droit à une défense pleine et entière, ainsi que la maîtrise du dossier par les parties. Malgré plusieurs prises de position quant à cette controverse dans les milieux académiques et pratiques, ce sera aux tribunaux d'évaluer selon quels paramètres l'imposition d'une expertise commune aux parties à un litige est acceptable, et ce, en regard des principes de la contradiction, mais également des autres principes et objectifs de la procédure civile.

Bien que le système accusatoire et contradictoire propose de puissants outils de découverte de la vérité, son action n'est pas aussi efficace lorsqu'on l'applique à du contenu scientifique ou technique :

« Whether we postulate that the trial process is an unqualified search for truth or, as I rather put it, a search for proof to get to the truth with the best evidence available, the truth-seeking function of the trial process remains essential to maintain the intellectual and moral integrity of the system. In this context, adversarial procedure has been designed and still is seen as a powerful tool to establish a fair and open system to promote the truth-seeking function of the trial process. But, the courtroom is not a laboratory. Instead of waiting for the experts or inviting them to give us what I call "the instant truth", what if instead of compelling experts to become partisans and adversaries, we would try to improve the relationship between truth and justice? »¹⁰⁵³

¹⁰⁵³ Proulx, *supra* note 169 à la p 309.

La réforme de la procédure civile présente des possibilités beaucoup plus variées que la seule expertise commune. L’adaptabilité du vaste spectre des solutions qui peuvent être mises en place par les tribunaux est remarquable. Certains espèrent, et d’autres craignent, qu’un changement de paradigme total, impliquant l’abandon des savoirs et des méthodes actuelles de travail avec les experts, soit nécessaire pour parvenir au changement recherché. Or, bien que le *statu quo* n’ait pas jusqu’à présent fait ses preuves, une transition en douceur est possible. L’établissement de procédés plus adéquats dans les rapports entre les experts et la justice implique nécessairement une version « modifiée », ou atténuée, de la procédure accusatoire et contradictoire¹⁰⁵⁴. Les méthodes collaboratives des sciences pourraient avantageusement constituer une inspiration, pour rendre l’usage d’experts plus adapté, plus organique, quant à la nature fondamentale de l’expertise. Ainsi, la création de procédés plus axés vers la conciliation, vers un « idéal d’enquête scientifique [ou technique] collaborative et ouverte »¹⁰⁵⁵, saurait bénéficier tant aux experts et aux tribunaux qu’aux justiciables qui subissent les délais et coûts onéreux du système de justice. La collaboration entre les parties, leur « dialogue » est désormais un « devoir civique et une responsabilité sociale »¹⁰⁵⁶.

Même s’il est primordial de s’engager dans la voie du changement, il serait illusoire de penser que, du jour au lendemain, il sera possible de mettre fin à la pratique des expertises privées. Celle-ci est fortement ancrée dans la culture des praticiens, mais aussi des tribunaux¹⁰⁵⁷. Plusieurs ne sont pas convaincus des bénéfices à tirer de l’expertise commune. À vrai dire, il n’est pas acquis que l’expertise commune est la solution à tous les maux. La crainte d’en créer des nouveaux, par un changement trop rapide ou trop radical, est présente. Une chose est cependant claire : les experts gagnent à agir dans la conciliation, et non pas dans la confrontation :

« Our present system takes too much distance from the scientific truth in organizing an oratory duel between people who should not be so confronted. Experts are implicated in partisan interests that are anti-ethical to their commitment to scientific

¹⁰⁵⁴ Lord Woolf, *supra* note 2.

¹⁰⁵⁵ Proulx, *supra* note 169 à la p 310.

¹⁰⁵⁶ Loïc Cadiet, « Pour une “Théorie générale du procès” » (2011) 28 *Ritsumeikan LR* 127 à la p 141, cité dans Piché, *supra* note 70 à la p 907.

¹⁰⁵⁷ Bernstein, *supra* note 81 à la p 488.

objectivity. Forensic science evidence, by definition, simply means “science applied to the interests of justice”. »¹⁰⁵⁸

Le savoir spécialisé gagne à être discuté, questionné, débattu et convenu. La vérité scientifique a un « caractère non-individuel »¹⁰⁵⁹. Elle naît du partage qui mène au consensus, et non pas de l’isolation et de l’obstination¹⁰⁶⁰ :

« Although scientific knowledge and discovery are commonly represented as the product of the genius-scientist’s lonely, heroic struggles with nature, recent scholarship accords greater prominence to the mundane and collective aspects of scientific activity. [...] [S]cientifics have shown that the production of facts and bodies of knowledge is invariably embedded in a matrix of social interactions, agreements and understandings. Scientific knowledge, according to these studies, must be communally certified to be legitimate; it must be subscribed to by groups of like-minded investigators, not asserted as indisputable truth by isolated individuals. »¹⁰⁶¹

Ainsi, les experts tendent à être moins partisans quand ils sont confrontés à leurs pairs¹⁰⁶². À cet égard, plusieurs consultations ont mené à la conclusion que les experts sont plus à l’aise dans un rôle de conseiller pour le tribunal, plutôt que de défenseur des droits d’une partie¹⁰⁶³. Le savoir spécialisé a donc le potentiel de s’intégrer aisément à cette nouvelle « culture du dialogue »¹⁰⁶⁴ mise en place par le législateur dans le *Code de procédure civile*.

¹⁰⁵⁸ Proulx, *supra* note 169 à la p 309.

¹⁰⁵⁹ [notre traduction] Jasanoff, *supra* note 5 à la p 185.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*

¹⁰⁶¹ *Ibid* à la p 184.

¹⁰⁶² Bernstein, *supra* note 81 à la p 489.

¹⁰⁶³ Lord Woolf, *supra* note 2 au para 29.

¹⁰⁶⁴ Piché, *supra* note 70. Piché explique l’utilité du dialogue entre les parties :

« On pourra se demander pourquoi le dialogue entre les parties est nécessaire. D’abord parce que l’importance accrue accordée aux modes privés permet aux parties de régler leur conflit en amont. Ensuite, parce qu’il permet une meilleure administration de l’instance, en facilitant sa gestion, en remplissant les objectifs d’efficacité, d’efficacité et d’économie de la justice par des procédés adéquats choisis par les parties. Ensuite, le dialogue permet l’accomplissement de l’objectif de proportionnalité, ou plutôt, encadre cet objectif, puisqu’à travers le dialogue, les parties ont une meilleure conception de leur dossier propre, de ses forces et ses faiblesses, des enjeux respectifs, des concessions réciproques possibles, des délais et des problématiques probatoires. Elles réussissent à être plus proportionnées dans leurs procédures et leurs preuves, car elles sont mieux informées de la position de l’autre. »

a. Les rencontres entre experts et la conciliation des opinions contradictoires

Comment favoriser la collaboration des experts dans un cadre accusatoire et contradictoire ? Le *Code de procédure civile*, à l'article 240(2), propose un puissant outil de collaboration, qui semble encore être sous-utilisé, soit la rencontre de conciliation entre experts :

240. [...] Si des rapports d'expertise sont contradictoires, les parties peuvent réunir leurs experts afin de concilier leurs opinions, de déterminer les points qui les opposent et, le cas échéant, de faire un rapport additionnel sur ces points. Le tribunal peut, à tout moment de l'instance, même d'office, ordonner une telle réunion et le dépôt d'un rapport additionnel dans le délai qu'il fixe.

La conciliation des opinions implique une rencontre, en personne ou par moyen technologique¹⁰⁶⁵, des experts. C'est un outil intéressant, puisqu'il peut prendre différents formats et viser des objectifs divers¹⁰⁶⁶. La classique rencontre de conciliation entre experts se déroule après l'échange des rapports d'experts, et est tenue à la demande, ou sous les encouragements du tribunal. Ce format n'est pas la seule possibilité ; l'idée de rassembler les experts pour discuter des questions scientifiques ou techniques d'un dossier en est une qui est considérée comme « utile et efficace » par les experts eux-mêmes¹⁰⁶⁷.

Ces rencontres ont le potentiel de régler plusieurs problèmes liés à la nomination d'experts privés. Face à des opinions contradictoires, elles permettent de délimiter les mésententes, de réduire les « questions périphériques » et d'identifier précisément ce qui sous-tend l'opposition¹⁰⁶⁸. En cela, les rencontres de conciliation facilitent le travail du tribunal qui, placé devant des opinions contradictoires, doit trancher dans une matière qui lui est peu connue. Les rencontres de conciliation ont le potentiel d'améliorer « la qualité et la fiabilité des expertises » : « Sachant qu'une bonne part des coûts qui posent un problème résulte de la dimension contentieuse des expertises contradictoires, on peut favoriser l'accès à la justice en réduisant l'incertitude que provoquent ces contradictions »¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁵ *Ibid* au para 46.

¹⁰⁶⁶ Voir notamment Schmidt-Ahrendts, *supra* note 356.

¹⁰⁶⁷ Lord Woolf, *supra* note 2 au para 42.

¹⁰⁶⁸ *Ibid* ; Schmidt-Ahrendts, *supra* note 356 à la p 656.

¹⁰⁶⁹ Jutras, *supra* note 8 aux pp 4-5.

Dans certains dossiers complexes, l'implication du tribunal dans la planification ou la conduite d'une rencontre de conciliation est une avenue à envisager :

« At least in the heaviest cases where expert issues are likely to be most complex, the agenda for the experts' meeting should be set by the court. Narrowing the issues to be put before the court, including issues of expert opinion, is one of the fundamental purposes of the system of case management I have proposed. The procedural judge conducting a case management conference should not only direct an experts' meeting but define (with the help of the parties and their legal advisers) the subject matter to be covered. »¹⁰⁷⁰

Le travail des experts étant destiné d'abord et avant tout à éclairer le tribunal, l'implication de celui-ci dans les discussions qui entourent la teneur des expertises est une possibilité qui améliore l'utilité et la valeur ajoutée des expertises dans l'instance. L'expertise s'en trouve ainsi ancrée dans un processus qui s'accorde bien mieux avec son essence, la science ou la technique :

« From the point of view of many experts, the most troublesome aspect of expert witnessing is balancing the scientific conventions of data-sharing, intellectual honesty, and disinterestedness with legal conventions that treat expert knowledge as a partisan resource. This, ultimately, translates into a question of the expert's proper role. »¹⁰⁷¹

Un scénario idéal serait de tenir la rencontre de conciliation entre les experts le plus tôt possible, sous forme de rencontre de travail¹⁰⁷². À la place d'investir temps et efforts dans la préparation de rapports fondés sur des prémisses différentes, pour ensuite les concilier, il serait possible pour les parties, en collaboration avec les experts, d'initier la préparation des opinions sur une certaine base commune¹⁰⁷³, tout en conservant le choix de leurs experts. La spécificité de chaque dossier doit être prise en compte dans l'organisation du travail des experts :

¹⁰⁷⁰ Lord Woolf, *supra* note 2 au para 45.

¹⁰⁷¹ Sanders, *supra* note 169 à la p 31.

¹⁰⁷² Proulx, *supra* note 169 à la p 311.

¹⁰⁷³ Lord Woolf, *supra* note 2 à la p 48.

« A useful starting point for discussions between experts would be to prepare an agreed chronology and statement of facts, with a summary of important or disputed points. This should be done as soon as possible after submission of the defense, with a view to identifying non-contentious points from the outset so as to define the scope of the experts' reports. In some cases, the first meeting may be only after the exchange of experts' reports. At that stage, in any event, the reports themselves will provide a clear and agreed basis for the discussion. »¹⁰⁷⁴

Une telle manière de procéder présente le potentiel de limiter la mésentente entre les experts à quelques points seulement. Le tribunal n'aura donc pas à investiguer quant à l'infinité de facteurs qui pourrait être à la source du désaccord des experts¹⁰⁷⁵. Le travail des experts gagne à être envisagé comme un tout, même s'il est exécuté en parallèle par chacune des parties.

Exiger une collaboration entre les experts dès leur nomination est une entreprise difficile. Les parties redoutent généralement d'amorcer des contacts significatifs entre elles avant de posséder « l'information la plus complète possible, soit après la communication de la preuve et la tenue des interrogatoires préalables, et uniquement lorsque leurs positions respectives sont connues, soit après la défense »¹⁰⁷⁶. L'attention des parties et leurs procureurs est alors principalement axée sur la mise en état du dossier, causant une « absence de dialogue entre les parties en début d'instance »¹⁰⁷⁷. Il s'agit également d'une perte d'une part du contrôle que la partie et l'avocat détiennent quant à la maîtrise de sa preuve. Toutefois, il s'agit d'une solution de compromis qui est au bénéfice des parties et du tribunal. Une certaine part de flexibilité et de confiance doit être accordée par les praticiens à ces nouvelles méthodes, dont la teneur s'accorde mieux avec la nature fondamentale de l'expertise.

Certains qualifient l'organisation de ces rencontres comme étant dispendieuse. Or, elles ont le potentiel de réduire les ressources à investir dans l'expertise après coup, puisque le temps consacré aux questions expertales au procès sera diminué. Il est toutefois vrai que cette solution n'offre pas de grandes améliorations quant aux coûts des procédures. Toutefois, l'un des effets les plus intéressants de la rencontre entre experts est qu'elle agit comme un catalyseur en

¹⁰⁷⁴ *Ibid* au para 48.

¹⁰⁷⁵ Schmidt-Ahrendts, *supra* note 356 à la p 657.

¹⁰⁷⁶ Noreau et Normandin, *supra* note 88 à la p 216.

¹⁰⁷⁷ *Ibid* à la p 224.

favorisant le règlement à l'amiable de l'affaire¹⁰⁷⁸; que ce soit suivant la rencontre, ou plus tard dans l'instance¹⁰⁷⁹. En surplus, les frais reliés à la conduite des procédures s'en trouvent nécessairement limités.

L'une des difficultés rencontrées est justement reliée à la perception et l'approche que les procureurs ont par rapport aux rencontres de conciliation. Même si elle peut conduire à un règlement du litige, la rencontre de conciliation ne doit pas non plus être envisagée, d'un point de vue stratégique, comme une séance de négociation¹⁰⁸⁰. À cet égard, certains ont souligné que la tenue de telles rencontres pouvait être inutile, parce que les experts se verraient souvent donner l'instruction de n'acquiescer à rien, ou de ne rien admettre¹⁰⁸¹. Or, l'expert n'a pas à recevoir d'instructions en vue d'une rencontre de conciliation entre experts. À titre d'auxiliaire de justice impartial, le rôle de l'expert lors d'une telle rencontre est d'aiguiser sa compréhension des enjeux d'une affaire et d'agir dans l'intérêt premier du tribunal. À cet égard, Lord Woolf est d'avis qu'il s'agit d'une conduite non professionnelle pour un expert que d'accepter de telles instructions, et pour l'avocat, de donner de telles instructions¹⁰⁸². Il mentionne aussi que les rencontres de conciliation entre experts hors de la présence des avocats constituent une des solutions des plus prometteuses, tout en permettant aux parties de continuer à nommer leurs propres experts¹⁰⁸³. C'est d'ailleurs en raison de cette absence de stratégie et de formalisme que

¹⁰⁷⁸ Babin, *supra* note 672 à la p 9. L'auteur, et expert expérimenté, mentionne que l'expert peut jouer un rôle important de soutien dans le règlement à l'amiable de dossiers en matière de construction.

¹⁰⁷⁹ Lord Woolf, *supra* note 2 à la p 45.

¹⁰⁸⁰ Bubela, *supra* note 25 à la p 862. L'un des dangers de ce type de rencontre est d'ailleurs lorsqu'il survient une domination des discussions par l'un des experts. Cela peut être relié à une asymétrie de moyens entre les parties. Il s'agit d'un aspect stratégique qui doit être considéré dans l'acquiescement, l'ordonnance ou la préparation d'une telle rencontre.

¹⁰⁸¹ Lord Woolf, *supra* note 2 au para 43.

¹⁰⁸² *Ibid.* Devant une telle possibilité, le tribunal ou l'une des parties pourrait demander la divulgation des instructions données à l'expert en prévision de la rencontre de conciliation selon l'art 235(2) Cpc. Si l'instruction est donnée de ne pas acquiescer à aucune admission, ou de refuser de contribuer à la conciliation, le tribunal pourra le retenir dans l'évaluation de la partialité de l'expert, que ce soit au stade de l'admissibilité ou de la valeur probante. Une sanction quant aux frais de justice pourrait également être envisagée, si le comportement de la partie s'avère abusif par exemple, conformément aux art 54 et s. Cpc.

¹⁰⁸³ *Ibid.* à la p 50. Woolf reconnaît toutefois que certaines situations se prêtent mal à des rencontres d'experts sans les avocats. C'est le cas par exemple s'il y a une forte disparité de force entre les experts des parties – qui pourrait être causée par une disparité de moyens ou d'informations, notamment. La présence des avocats n'a pas à être active, dans de telles circonstances. Ils peuvent agir comme observateur jusqu'au point où une intervention doit être faite. ; Voir également les commentaires à ce sujet dans Bubela, *supra* note 25 à la p 862.

la rencontre entre experts peut, à travers la spontanéité de ses participants, encourager un règlement à l'amiable,

La tenue de rencontres de conciliation des opinions contradictoires d'experts a le potentiel de transformer l'instance en participant à la création d'une culture contradictoire atténuée. Ces rencontres réconcilient la procédure accusatoire et contradictoire et la mission des experts, puisqu'elles proposent une collaboration, tout en laissant un maximum de contrôle aux parties quant à leur preuve¹⁰⁸⁴. Elles facilitent de beaucoup l'évaluation de la preuve d'expert par le tribunal ; c'est là son plus grand bénéfice. Ces rencontres forcent le compromis raisonnable et permettent aux experts de discuter de l'affaire dans leur propre langage, atténuant ainsi certains des biais qui risquent de les affecter. En cela, la conciliation des opinions contraires s'intègre harmonieusement dans la procédure contradictoire. Considérant leurs bénéfices, les rencontres entre experts devraient être systématiquement prévues par les parties, ou ordonnées par les tribunaux, sauf circonstances particulières¹⁰⁸⁵.

b. Le témoignage par panel, ou *hot-tubbing*

Un pas de plus vers la conciliation et le changement signifie également d'améliorer la manière dont la preuve par expertise est présentée au tribunal lors du procès. À cet égard, les tribunaux ont les pouvoirs nécessaires pour « modifier l'ordre ordinaire de présentation des témoins », bien que ce ne soit pas expressément prévu au *Code de procédure civile*¹⁰⁸⁶. L'Australie a intégré à sa procédure civile une méthode nouvelle, soit le témoignage d'experts par panel, qui porte le

¹⁰⁸⁴ Jutras, *supra* note 8 à la p 14. Jutras décrit les rencontres de conciliation comme un moyen « d'amener les experts opposés à réduire la distance qui les sépare ».

¹⁰⁸⁵ Lord Woolf, *supra* note 2 au para 51. À cet égard, Woolf mentionne que :

« Given the potential advantages, and the flexibility of the possible arrangements, it is difficult to see why there should not be at least one experts meeting in all cases where opposing experts are involved. Certainly, I would not expect to see any substantial case come to trial under the new system without at least one such meeting having taken place. »

Binnie est également de cet avis quant à ces rencontres de conciliation qui devraient être systématiquement tenues. Voir dans Binnie, *supra* note 5 au para 45.

¹⁰⁸⁶ Ducharme, *supra* note 14, aux paras 533 et s.

surnom imagé de « hot-tubbing »¹⁰⁸⁷. Cette méthode constitue un pas de plus dans l'expérience des rencontres de conciliation¹⁰⁸⁸. Il s'agit d'une séance de « présentation simultanée » des opinions des experts choisis par chacune des parties¹⁰⁸⁹. De manière pratique¹⁰⁹⁰, les experts témoignent ensemble, simultanément ; chacun des experts se voit allouer une période pour présenter son point de vue sommairement, qui sera suivie par une période de questions et discussion entre les experts, pour le bénéfice du tribunal. Le juge ainsi que les avocats pourront ensuite participer à la discussion en posant des questions aux experts. Le témoignage par panel est inspiré des méthodes de travail en collaboration dans le domaine des sciences. Plus particulièrement, elle a été pensée pour répondre à certaines critiques formulées par les experts eux-mêmes quant aux témoignages contradictoires :

« What is the scientific community to think about the administration of justice if experts are to be judged like travelling salesmen on the basis of their ability to project confidence and conviction? One hesitates even to ask. Here are a few representative complaints from some experts who felt "burned" by their trial experience:

1. "There is no opportunity to explain evidence or interpretation oneself, no assurance that counsel will explain it clearly or in a sophisticated fashion, and no opportunity to correct errors or crudities which creep in."
2. "There is no guarantee that counsel will even understand the arguments the expert has made, and consequently no guarantee that questions which may be posed by the judges will be correctly or clearly answered."
3. "The expert witness is almost entirely at the mercy of counsel on both sides. The expert must depend on counsel to present his or her views fairly and forcefully... [Scientists] do not get an opportunity to defend themselves against misquotation or selective quotation by opposing counsel." »¹⁰⁹¹

¹⁰⁸⁷ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 aux paras 61 et s. ; Corbin, *supra* note 7 ; Gary Edmond, « Merton and the Hot Tub : Scientific Conventions and Expert Evidence in Australian Civil Procedure » (2009) 72 Law & Contemp Probs 159 ; Reinfert, *supra* note 322 ; Welch, *supra* note 380 ; Jutras, *supra* note 8 à la p 14 ; Voir aussi les commentaires dans Binnie, *supra* note 5.

¹⁰⁸⁸ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 61.

¹⁰⁸⁹ *Soeurs de LA Providence, Province Émilie-Gamelin c Montréal (Ville)*, 2017 TAQ 02658 au para 45.

¹⁰⁹⁰ L'ensemble de l'explication quant à la définition du processus de hot-tubbing est tiré de Reinfert, *supra* note 322 cité dans Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 61.

¹⁰⁹¹ Binnie, *supra* note 5 au para 9 ; Voir aussi les commentaires dans : Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 62 ; Edmond, *supra* note 1087 à la p 10.

Cette pratique, qui peut être proposée par les parties ou ordonnée par le tribunal, comporte plusieurs avantages qui ont été identifiés en littérature suivant l'observation de l'expérience australienne :

« L'un des avantages notables du "hot-tubbing" est qu'il permet le témoignage d'experts sous la forme de panels de manière à favoriser une discussion plus spontanée ainsi qu'une identification rapide des points de divergence et d'entente entre les experts. De plus, cette méthode favorise une réduction substantielle du temps consacré à la preuve d'expert lors du procès¹⁰⁹². Quant aux experts, ils semblent apprécier la simplicité du processus de « hot-tubbing » et la possibilité de s'exprimer plus facilement et librement devant le tribunal. À notre avis, le "hot-tubbing" permet aussi de renforcer le rôle de l'expert comme éclairer des tribunaux et de délaissier un peu la fausse impression qu'a celui-ci de devoir servir les fins de la partie (et de l'avocat) l'ayant mandaté. »¹⁰⁹²

Ainsi, le témoignage en *hot-tubbing* des experts favorise la réalisation de leur mission, la clarté de la preuve d'expert, ainsi que l'atteinte d'un consensus¹⁰⁹³. La professeure Sheila Jasanoff explique en quoi les panels d'experts ont le potentiel de bonifier la preuve scientifique ou technique présentée aux tribunaux : « A procedure like this would most closely parallel scientific peer review by drawing on a range of opinion, rather than a single, narrow slice »¹⁰⁹⁴. À cet égard, le témoignage par panel a l'avantage d'améliorer le momentum de la preuve par expertise, pour la rendre plus claire aux yeux de tous les intervenants lors du procès :

« [T]he court should be able to require opposing experts to testify on the same panel and be subject to questioning in each other's presence, with the right to question each other in the presence of the trier of fact. [...] Experts testifying in the presence of one another are likely to be more measured and complete in their pronouncements, knowing that an exaggeration or errors will be pounced upon instantly by a learned colleague, rather than being argued about days later, perhaps by unlearned opposing counsel. »¹⁰⁹⁵

Le témoignage par panel permet au juge de participer, voire même de diriger la discussion. Il sera plus à même de poser l'ensemble des questions qui assureront sa compréhension¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹² Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 62 ; Voir aussi Corbin, *supra* note 7 aux paras 36 et s.

¹⁰⁹³ Welch, *supra* note 380 à la p 156.

¹⁰⁹⁴ Jasanoff, *supra* note 5 à la p 203.

¹⁰⁹⁵ Binnie, *supra* note 5 au para 45.

¹⁰⁹⁶ Corbin, *supra* note 7 au para 37. À cet égard, les juges australiens semblent apprécier tout particulièrement le hot-tubbing :

« Judges have consistently spoken positively about the use of hot-tubbing. Indeed, in Australia, the widespread endorsement by members of the Australian judiciary has been credited as the

Certaines critiques quant au témoignage par panel visaient justement la participation plus active du juge dans l'interrogatoire des experts dans le panel, qui pourrait nuire à son apparence d'impartialité. Or, au contraire, il est primordial que le juge participe à favoriser la réalisation de la mission d'éclairage prévue au *Code de procédure civile*. Ainsi, le tribunal s'assure d'avoir le niveau de compréhension requis à sa prise de décision. Après tout, ce sont d'abord les besoins du tribunal en savoir spécialisé qui justifient la présence des experts au procès. Une fois de plus, c'est plutôt la perte de contrôle qui crée de l'incertitude, puisque pendant la séance en panel, les parties et leurs procureurs perdent une part du contrôle qu'elles avaient jusqu'alors sur le contenu de l'opinion¹⁰⁹⁷. Toutefois, comme pour les rencontres de conciliation, c'est précisément dans ces moments de spontanéité des experts que des consensus sur la vérité scientifique ou technique d'un cas risquent de jaillir. Ainsi, pour reprendre les mots teintés d'humour de l'honorable W. Ian C. Binnie, elle est révolue, cette époque où les juges, « [were] expected to sit Madame Tussaud-like, listening passively to what they [were] being told, often without knowing where the common ground ends and the controversy begins »¹⁰⁹⁸.

L'expérience australienne a démontré que les témoignages par panel sont particulièrement éclairants en matière de preuve économique ou actuarielle¹⁰⁹⁹, des domaines où la méthodologie choisie par l'expert peut radicalement changer les conclusions, et est complexe à comprendre. Les discussions du panel permettront de mettre en lumière plus facilement les sources de désaccord des experts. Le juge pourra participer au processus de discussion du panel pour s'assurer de sa propre compréhension de l'enjeu spécialisé présenté à lui. En cela, le témoignage par panel favorise la réalisation par les experts de leur mission d'éclairage du tribunal.

Peu d'inconvénients majeurs ont été relevés quant au témoignage d'expert par panel. La méthode est flexible et intuitive ; les participants s'adaptent beaucoup plus facilement à son

main reason for the significant use and entrenchment of hot-tubbing in that country.⁴⁶ Even before the procedural steps were fully formed, judges advocated for pre-consultation among experts to distil their evidence down to only the points of disagreement that might need adjudication. "Let there be more efficiency and less theatre," wrote one judge theatrically. »

¹⁰⁹⁷ Jutras, *supra* note 8 à la p 14.

¹⁰⁹⁸ Binnie, *supra* note 5 au para 42.

¹⁰⁹⁹ Bubela, *supra* note 25 à la p 863.

fonctionnement qu'à celui des classiques interrogatoires et contre-interrogatoires¹¹⁰⁰. Un inconvénient mérite d'être souligné ; il a été observé que le *hot-tubbing*, pour bien fonctionner, nécessite une plus grande préparation du tribunal en amont. S'il n'est pas au fait des prémisses des opinions de chaque expert, ou s'il ne s'est pas, par la lecture des rapports, familiarisé à l'avance avec le langage spécialisé dans lequel les experts s'expriment, le tribunal sera moins à même de pleinement bénéficier des discussions¹¹⁰¹. Il est intéressant de noter que bien que le témoignage par panel soit encore rare au Québec, certaines expériences qui ont été tentées devant la Cour fédérale, le Tribunal administratif du Québec, ainsi que la Régie de l'énergie furent concluantes¹¹⁰².

c. Mieux comprendre l'expertise commune pour optimiser son utilisation

L'ultime pas vers la collaboration entre les parties dans l'administration de la preuve par expertise est la nomination d'un expert commun. L'expertise commune « se situe en plein cœur de la révolution des mœurs relatives au rôle de l'expert »¹¹⁰³. Contrairement à d'autres juridictions¹¹⁰⁴, le législateur québécois a choisi non pas d'imposer l'usage d'experts communs, mais bien de le prioriser, et ce, « du bout des lèvres »¹¹⁰⁵. Plus particulièrement, selon l'article 148(2)(4^o) du *Code de procédure civile*, les parties devront justifier au protocole de l'instance les raisons pour lesquelles elles désirent mandater des experts privés plutôt qu'un expert commun. De plus, selon l'article 158, le tribunal pourra imposer l'expertise commune, « si le respect du principe de proportionnalité l'impose et que cette mesure, tenant compte des démarches déjà faites, permet

¹¹⁰⁰ Corbin, *supra* note 7 ; Reinfert, *supra* note 322.

¹¹⁰¹ Chénier, *supra* note 356 à la p 13.

¹¹⁰² Voir notamment *Soeurs de LA Providence, Province Émilie-Gamelin c Montréal (Ville)*, *supra* note 1089 ; *Les Investissements Marova Inc. c Nomingue (Municipalité)*, 2016 TAQ 05862 ; *Saint-Damien (Municipalité) c Mailany Charbonneau*, 2018 TAQ 07130 ; *Apotex Inc. c Astrazeneca Canada Inc.*, 2012 CF 559 ; *Apotex inc. c Merck Canada inc.*, 2012 CF 1418 ; *Distrimedic Inc. c Dispill Inc.*, 2013 CF 1043 ; *P.G.Q. / Ministre Des Transports, De La Mobilité Durable Et De L'électrification Des Transports c The Business Depot ltd*, 2018 TAQ 02468 ; *Société en commandite Gaz Métro et Association des consommateurs industriels de gaz (ACIG)*, 2017 CanLII 57639 (QC RDE).

¹¹⁰³ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 38.

¹¹⁰⁴ Contrairement à l'Angleterre, qui a posé l'expertise commune comme la règle, et les expertises privées comme l'exception. Selon les règles anglaises, les parties doivent obtenir la permission du tribunal pour déposer une expertise. Qui plus est, elles doivent faire une demande motivée pour avoir droit de nommer des experts privés. Voir la Part 35 des *Civil Procedure Rules 1998 (Supreme Court of England and Wales, County Courts)*, *supra* note 101.

¹¹⁰⁵ Jutras, *supra* note 8 à la p 16.

de résoudre efficacement le litige sans pour autant mettre en péril le droit des parties à faire valoir leurs prétentions ».

La proportionnalité semble donc être l'un des principes fondamentaux qui justifient l'expertise commune. À cet égard, l'expert commun, selon les circonstances, répond mieux aux exigences de la proportionnalité que la nomination de plusieurs experts privés¹¹⁰⁶. Elle a également la vertu de favoriser des règlements à l'amiable plus justes, et plus tôt dans l'instance¹¹⁰⁷.

Toutefois, faire des économies n'est pas le principal bénéfice associé aux experts communs. Par opposition avec la nomination d'experts privés, qui génère des difficultés multiples associées avec la contradiction, l'expertise commune facilite substantiellement la prise de décision¹¹⁰⁸. L'expert commun n'est pas affecté par le « adversarial bias », ainsi que le biais de sélection. Ses contacts individuels avec les parties sont restreints, et toute instruction qui lui est donnée de part et d'autre doit être divulguée¹¹⁰⁹. L'expert étant seul, les opinions contradictoires difficiles à départager s'en trouvent éliminées. Ainsi, si le devoir d'impartialité et d'objectivité de l'expert¹¹¹⁰ est un idéal à atteindre, l'expertise commune est probablement le meilleur moyen d'y parvenir.

Ainsi, l'un des principaux avantages de l'expertise commune, en comparaison avec les autres options proposées par le *Code de procédure civile*, est qu'elle est la seule qui dénoue à la fois les problèmes de la partialité de l'expert, des coûts et des délais. Elle présente l'avantage indéniable d'atténuer les disparités entre les justiciables qui n'ont pas les mêmes moyens financiers,

¹¹⁰⁶ Michel Richard, « La gestion d'instance » dans *Congrès annuel du Barreau du Québec 2009*, Barreau du Québec - Service de la formation continue, Montréal, 2009. En plus de limiter le montant d'honoraires global, Richard soutient qu'il est plus facile de contrôler l'accumulation des honoraires d'expert lorsqu'il est mandaté sous la surveillance du tribunal : « À propos des coûts des experts, il n'est pas futile de penser qu'un contrôle des coûts d'un expert mandaté par la cour est plus facile à atteindre que si les coûts sont laissés à chacune des parties selon leur propre vision ou orientation souvent involontairement biaisée, selon ce qu'elles veulent atteindre. »

¹¹⁰⁷ Voir la SECTION 3 – DIMENSION PRATIQUE à cet égard.

¹¹⁰⁸ Binnie, *supra* note 5 au para 44.

¹¹⁰⁹ Art 235 Cpc.

¹¹¹⁰ Art 22 Cpc.

améliorant ainsi l'accès à la justice de la partie moins bien nantie¹¹¹¹. Ainsi, là où les autres solutions échouent, l'expertise commune permet aux parties d'économiser sur les honoraires d'experts, – quoique cela fasse polémique – mais surtout, de se faire face sur un même pied d'égalité.

L'expertise commune suscite des questionnements, de la crainte, des critiques¹¹¹², mais également un intérêt curieux. Il n'en reste pas moins qu'elle a été vigoureusement rejetée par le milieu de la pratique¹¹¹³. Le principe de l'expertise commune est de partager le contrôle de l'expert entre les parties, ce qui occasionne une diminution de la maîtrise du dossier par les parties, et, inévitablement, une perte de contrôle du contenu de l'opinion¹¹¹⁴. Le rapport est donc un produit totalement indépendant et impartial, dont l'issue est incertaine pour les parties impliquées dans l'affaire. L'expertise commune ne cherche pas à convaincre le tribunal, comme l'expertise privée, mais plutôt à l'éclairer.

L'une des appréhensions formulées par les praticiens quant aux experts communs est de se trouver face à un expert qui commet une erreur, ou, tout simplement, qui n'est pas compétent. En présence d'une seule vision quant à une question spécialisée, et donc, en l'absence d'opinion contraire, il y a une crainte que l'expertise ait une influence démesurée sur le tribunal¹¹¹⁵. Les erreurs de l'expert seraient donc plus difficiles à déceler sans ce choc des opinions contraires. Ainsi, on redoute que l'expert commun puisse présenter un risque d'usurper le rôle du tribunal¹¹¹⁶. Cette critique a été adressée par le Jeune Barreau de Montréal à l'occasion de la

¹¹¹¹ Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 à la p 49 ; Lord Woolf, *supra* note 2 à la p 32 ; Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 11.

¹¹¹² Plusieurs auteurs ont critiqué les experts communs. Voir notamment Yee, *supra* note 5 ; Jutras, *supra* note 8 ; Chénier, *supra* note 356.

¹¹¹³ Jutras, *supra* note 8.

¹¹¹⁴ Dans tous les cas, l'importance relative de ce principe a été substantiellement diminuée par les règles du *Code de procédure civile*, notamment la formulation de l'art 19(1) Cpc : « Les parties à une instance ont, sous réserve du devoir des tribunaux d'assurer la saine gestion des instances et de veiller à leur bon déroulement, la maîtrise de leur dossier dans le respect des principes, des objectifs et des règles de la procédure et des délais établis ». Quant à cette question, voir Bachand, *supra* note 71 au para 29.

¹¹¹⁵ Les tribunaux ont d'ailleurs eux-mêmes reconnus que l'expert, lorsqu'il est unique, jouit d'un préjugé favorable. Voir à cet égard *R.-M. T.-M. c B.M.*, JE 2001-1923 (CS) au para 12 ; *9045-6740 Québec inc. c 9049-6902 Québec inc.*, 2006 QCCS 1201 au para 44 ; Ducharme, *supra* note 72 aux paras 319-320.

¹¹¹⁶ Il faut rappeler que le tribunal conserve toujours l'ultime décision quant à la preuve par expertise. Voir Ferland et Emery, *supra* note 359 au para 1-1839 ; Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 362 ; Piché, *supra* note 14 ; Jutras, *supra* note 8 à la p 16.

commission parlementaire en vue de l'adoption du présent *Code de procédure civile*¹¹¹⁷, ainsi que par plusieurs auteurs¹¹¹⁸.

Rappelons que, bien que ces craintes ne soient pas sans fondement, ce risque d'usurpation n'est pas propre à l'expertise commune, mais bien à tous les experts, peu importe leur procédé de nomination¹¹¹⁹. Le propre du travail de l'expert est d'éclairer le tribunal, et d'avoir une influence éclairée, plus ou moins forte, sur le processus décisionnel¹¹²⁰. Cette influence est donc intrinsèque à la nature de la mission qu'ils doivent accomplir à l'égard du tribunal ; elle n'est pas tributaire du nombre d'opinions présentées au décideur. L'expert est un témoin qui jouit d'un statut particulier, ainsi que d'une confiance accrue du tribunal lorsque son opinion est considérée comme fiable. Le déficit en connaissances spécialisées du tribunal renforce l'importance de la mise en place de mécanismes pour assurer une plus grande impartialité des experts, et ce, qu'il agisse comme expert commun ou privé¹¹²¹. Il faut noter, à l'inverse, que l'expertise privée n'est pas la seule solution existante pour diminuer la partialité des experts. La conciliation des opinions et le témoignage par panel sont deux alternatives plus modérées qui aident à améliorer l'objectivité de l'expert.

La sélection des experts communs est une autre source d'inquiétude pour les praticiens. Cela va de soi, les parties, puisqu'elles perdent une part de leur contrôle, courent le risque de se voir imposer un expert qu'elles n'ont pas choisi¹¹²². Plus particulièrement, lorsque l'expertise est commune, les parties doivent s'entendre sur l'identité de l'expert, ainsi que sur son mandat. À cet égard, l'article 233(1) du *Code de procédure civile* détaille les responsabilités des parties dans la nomination d'un expert commun :

¹¹¹⁷ Jeune Barreau de Montréal, *supra* note 356.

¹¹¹⁸ Jutras, *supra* note 8 aux pp 3 et 16 ; Chénier, *supra* note 356 à la p 3 ; Schmidt-Ahrendts, *supra* note 356 à la p 655.

¹¹¹⁹ Cette question a été abordée en détail dans la SECTION 1 - DIMENSION RÉFÉRENTIELLE.

¹¹²⁰ Lord Woolf, *supra* note 2 à la p 8 ; Goudge, *supra* note 179 ; Beech, *supra* note 252 à la p 362 ; Reinfert, *supra* note 322 à la p 108 ; Duval Hesler, *supra* note 81 à la p 363 ; La notion d'influence éclairée de l'expert est abordée à la SECTION 1 – DIMENSION RÉFÉRENTIELLE.

¹¹²¹ Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 à la p 52.

¹¹²² Bernstein, *supra* note 81 à la p 479.

233. Si l'expertise est commune, les parties déterminent de concert les paramètres que l'expertise doit couvrir, l'expert qui y procédera, ses honoraires et les modalités de paiement de ceux-ci. Si elles ne s'entendent pas sur l'un de ces points, la question est tranchée par le tribunal. [...]

Nommer un expert commun « fait appel à un degré de collaboration entre les parties dont on n'a pas vu souvent la manifestation dans les procès civils au Québec »¹¹²³. Le partage de ces responsabilités entre les parties risque fort d'être source de mésententes, dont le règlement nécessitera une audition devant le tribunal, impliquant frais et délais immédiats.

Dans un même ordre d'idées, plusieurs opposants à l'expertise commune sont sceptiques quant à la diminution réelle des frais, notamment en raison de la nomination par les parties d'experts privés, généralement connus sous le vocable de *shadow experts*, en sus de l'expert commun¹¹²⁴. Ainsi, les parties devront donc assumer, en plus des frais de l'expert commun, les frais de leur propre expert privé¹¹²⁵. L'utilisation de ces « experts officieux » est une réalité qui n'est pas marginale, et qui persiste¹¹²⁶. C'est toutefois un problème qui semble être surestimé¹¹²⁷. La pratique peut difficilement être contrôlée autrement qu'avec des mesures de dissuasion dont l'efficacité reste encore à prouver. Par exemple, pourrait constituer une mesure dissuasive intéressante l'instauration d'une discipline judiciaire à rejeter l'avis de tout *shadow expert*, sauf dans l'éventualité où l'expert commun est manifestement dans l'erreur. L'impossibilité de se faire rembourser ses frais d'expertises, dans l'éventualité d'une victoire devant le tribunal, lorsque les services d'un *shadow expert* ont été retenus, pourrait constituer une autre mesure de dissuasion¹¹²⁸. Dans tous les cas, il n'est pas acquis que les coûts d'une part de l'expertise

¹¹²³ Jutras, *supra* note 8 à la p 16.

¹¹²⁴ *Ibid* ; *JurisClasseur Québec – Procédure civile I*, 2^e éd, coll Droit civil, Montréal, LexisNexis, 2015, fascicule 23 au para 33.

¹¹²⁵ Chénier, *supra* note 356 à la p 6 ; Il faut toutefois souligner qu'aucune étude empirique n'a confirmé ou infirmé la présence d'une augmentation de coûts substantielle suivant l'introduction des nouvelles mesures anglaises qui imposent le plus souvent l'expertise commune. ; Prévaille-Ratelle, *supra* note 6 aux pp 103-104.

¹¹²⁶ Prévaille-Ratelle, *supra* note 6 à la p 103.

¹¹²⁷ *Ibid* à la p 105.

¹¹²⁸ Voir *ibid* à la p 103 quant aux mesures dissuasives :

« Malgré l'absence de solutions éprouvées, des solutions sont certainement envisageables pour de minimiser la mise en preuve de rapports experts officieux à titre de déclaration écrite. Des mesures incitatives ou dissuasives peuvent être suggérées. D'abord, les juges devraient faire preuve de discipline et de suspicion lorsqu'une opinion officieuse est versée au débat. Les conclusions expertales officieuses devraient strictement servir de fondement à la décision du juge si l'avis de l'expert unique apparaît déraisonnable, est fondé sur des prémisses factuelles

commune combinés aux honoraires du *shadow expert* soient plus élevés que les coûts directs et indirects associés aux expertises privées¹¹²⁹. Peut-être n'est-ce qu'un « moindre mal », en comparatif avec les bénéfices que l'expertise commune peut apporter dans certains dossiers¹¹³⁰. Il faut rappeler que les expertises privées contradictoires ont un coût direct important pour les parties, et qu'elles comportent également des coûts indirects qui pèsent sur l'ensemble du système de justice. Il a d'ailleurs été mentionné qu'économiquement, les opinions contradictoires d'experts ont une valeur peu élevée ; elles constituent un mauvais investissement pour le système de justice¹¹³¹.

À cet égard, une inquiétude semble émaner de la division des frais de l'expert commun entre les parties ; il serait peu acceptable d'avoir à payer une portion des frais d'un expert qui, au final, pourrait produire une opinion dont les conclusions sont défavorables. Toutefois, cette critique n'est que peu justifiée. Elle est fondée sur une perception de l'expertise où l'expert a comme seule fonction de convaincre le tribunal de la véracité d'une thèse¹¹³². Or, cette perception n'est pas conforme à ce que la loi et les tribunaux exigent des experts. L'expertise constitue un investissement dans la découverte de la vérité et dans une justice de qualité, conforme aux réalités scientifiques et techniques du monde moderne. Il n'est donc pas inconcevable d'exiger que cet investissement soit supporté par l'ensemble des parties¹¹³³.

incorrectes ou contient des contradictions ou encore si l'expert officieux dispose de moyens technoscientifiques apparaissant nettement supérieurs à ceux de l'expert de la cour. Le rejet systématique des rapports officieux sur cette base dissuaderait un bon nombre de praticiens d'embaucher des experts officieux à cette fin. Ensuite, un régime d'attribution des dépens favorable aux parties qui n'ont pas engagé d'experts-rapporteurs ou un remboursement par l'État d'une partie des honoraires qu'elles doivent à l'expert unique peut être mis en place. »

¹¹²⁹ *Ibid* aux pp 104-105 ; Il est à noter que le calcul des coûts est plus complexe qu'il n'y paraît. Il dépendra du nombre de parties qui se partagent les frais de l'expert commun, ainsi que du rôle que le *shadow expert* aura à jouer dans l'instance. Par exemple, s'il ne prépare pas d'opinion complète, mais seulement une contre-expertise sommaire, ses honoraires risquent d'être moins élevés. La présence du *shadow expert*, ou pas, lors du procès, est un autre facteur qui fera varier le montant de ses honoraires. Ainsi, on ne peut comparer le *shadow expert* avec l'expert privé, puisqu'il aura généralement un mandat plus limité, impliquant moins de frais. Au final, l'expertise commune pourrait être plus économique, ou plus coûteuse, dépendamment de ces variables.

¹¹³⁰ Voir les commentaires à ce sujet dans *ibid* à la p 104.

¹¹³¹ Voir la SECTION 3 – DIMENSION PRATIQUE à cet égard.

¹¹³² Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 86.

¹¹³³ Quoique la règle générale est d'imposer les frais d'experts à la partie perdante, conformément aux arts 339 et 340 Cpc. Le tribunal a toutefois une certaine discrétion pour ordonner le partage des frais autrement, selon les arts 340 à 342 Cpc.

La vivacité des débats concernant l'expertise commune laisse perplexe. Cette incertitude prolonge l'inaction. Un point de départ simple serait d'identifier les types de dossier où l'expertise commune gagnerait sans trop d'équivoque à être convenue ou imposée. L'expertise commune est idéalement applicable à des questions relatives à des connaissances stabilisées. L'expérience anglaise nous enseigne d'ailleurs que l'expertise commune est « plus propice » lorsque la question soumise à l'expert est « relativement peu controversée ou ne constitue pas un enjeu important »¹¹³⁴. Par exemple, les expertises comptables sur le calcul du quantum¹¹³⁵ devraient systématiquement, ou presque, être effectuée par un expert mandaté conjointement par les parties. Aussi, l'expertise commune devrait être choisie ou imposée dans les situations où son usage pourrait faire la différence entre l'accès ou pas à la justice¹¹³⁶. Par exemple, l'application du principe de proportionnalité pourrait exiger l'usage d'un expert commun un dossier impliquant des enjeux financiers modestes. Autre exemple, l'expert commun peut rééquilibrer les forces entre des parties à des procédures qui présentent une situation financière asymétrique¹¹³⁷. À l'inverse, l'expertise commune serait moins propice quant à des questions de responsabilité professionnelle, ou concernant le respect des règles de l'art¹¹³⁸. Comme ces dossiers impliquent des notions mouvantes, ainsi que des écoles de pensées opposées, la présence d'experts privés serait nécessaire pour assurer la représentation d'un spectre d'opinions au

¹¹³⁴ [notre traduction] Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 61, citant le rapport United Kingdom, Ministry of Justice, *Review of Civil Litigation Costs, Preliminary Report*, vol 2, 2009, p 410.

¹¹³⁵ Chénier, *supra* note 356 à la p 8 citant des directives judiciaires tirées de Judiciary of England and Wales, *Queen's Bench Guide*, 2017 ; Voir également les commentaires dans Isabelle Hudon, « Chronique – Les limites du rôle de l'actuaire dans l'évaluation du préjudice corporel. L'expert commun serait-il la solution ? » dans *Repères*, Yvon Blais, 2014, en ligne sur La Référence : EYB2014REP1546.

¹¹³⁶ Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 61.

¹¹³⁷ Binnie et al, *supra* note 242 aux pp 160 à 162. Binnie donne l'exemple d'une partie fortunée qui mandate plusieurs experts, plaçant son adversaire dans l'obligation d'en faire autant. La partie moins fortunée risque alors de se trouver « grandement au dépourvu ».

¹¹³⁸ Chénier, *supra* note 356 à la p 8 citant le *Queen's Bench Guide*, *supra* note 1135 ; À l'inverse, Préville-Ratelle souligne que les praticiens qui oeuvrent dans les domaines de la responsabilité médicale, du préjudice corporel, de la construction, de l'assurance, de la responsabilité professionnelle et de l'environnement sont les plus hostiles à l'expertise privée. Il formule l'opinion comme quoi ce sont les domaines où les experts sont les plus partisans, et que pour cette raison, il faudrait se questionner sur l'opportunité d'utiliser des experts communs précisément dans ces domaines. Pour notre part, nous croyons que ces domaines sont propices à des rencontres de conciliation, si possible hâtives, ainsi qu'à des séances de témoignage par panel, préférablement, en raison de l'existence, quant à certaines questions, de différentes écoles de pensées. Nous présenterons aussi l'idée d'avoir plusieurs experts communs, qui sera développée plus loin. Voir Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 61.

tribunal¹¹³⁹. Bien que ces préoccupations soient légitimes, il n'en reste pas moins que le tribunal se trouvera de nouveau face à des opinions contradictoires qu'il devra trancher. À la complexité des questions abordées s'ajoutera la variable de la partialité à évaluer pour déterminer si l'expertise est fiable. Devant cette nécessité de devoir nommer plus d'un expert, une solution intéressante pourrait de procéder à la nomination de, non pas un, mais plusieurs experts communs¹¹⁴⁰. Chacun de ces experts travaillerait de manière impartiale et objective, recevrait les mêmes instructions et aurait comme base les mêmes fondements factuels. Il serait même possible de concilier leurs opinions, s'ils en viennent à des conclusions contradictoires. Bien que cette solution ne soit pas nécessairement plus économique que l'expertise privée, elle favorise l'indépendance et l'impartialité des experts, diminue les sources potentielles de désaccord et assure l'équilibre des forces entre les parties¹¹⁴¹. Ainsi, à honoraires égaux, vaut mieux privilégier deux experts communs impartiaux que deux experts privés qui risquent d'être partiaux.

Pour faciliter l'évaluation de la fiabilité de l'expertise commune, il est primordial que les démarches et le contenu de l'opinion de l'expert respectent certains des principes de la contradiction¹¹⁴². Le vrai risque qu'on peut associer à l'expertise commune n'est pas celui de l'usurpation du rôle du juge ; c'est plutôt « que l'expert n'ait aucun esprit critique par rapport à sa perspective »¹¹⁴³. Libéré des biais qui affectent le travail de l'expert privé, l'expert se trouve à travailler sans pression aucune et avec une ouverture à toutes les possibilités de conclusions pour son opinion. L'expert commun doit faire preuve d'une rigueur et d'un professionnalisme élevés. Il doit s'assurer que son rapport est complet ; toutes ses démarches ainsi que l'ensemble des faits qu'il a considérés – et même ceux qu'il a fini par écarter – doivent y être consignés¹¹⁴⁴.

¹¹³⁹ Lubet et Boals, *supra* note 273 à la p 98.

¹¹⁴⁰ Voir notamment la solution proposée dans Schmidt-Ahrendts, *supra* note 356. Les auteurs proposent une méthode alternative, soit le « expert teaming, an instrument that seeks to respond to the disadvantages and to combine the advantages of both party-appointed and tribunal-appointed experts ». Le fonctionnement est le suivant : 1) Le tribunal, à partir de listes présentées par les parties, nomme un expert de chacune des listes, qui devront travailler en équipe dans le cadre de l'affaire. 2) Le tribunal, les parties et les experts, décident ensemble du protocole de travail des experts. 3) Selon ce protocole, les experts produiront un rapport commun, qui pourra, le cas échéant, noter leurs points d'accord et de désaccord. 4) Les parties pourront commenter le rapport avant qu'il ne soit révisé selon les commentaires, pour ensuite être déposé au dossier de la cour.

¹¹⁴¹ *Ibid* à la p 659.

¹¹⁴² Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 89.

¹¹⁴³ *Ibid* à la p 94.

¹¹⁴⁴ Lord Woolf, *supra* note 2 au para 35 ; Goudge, *supra* note 179, à la p 24.

Il doit indiquer tout élément qui pourrait affecter la validité de son opinion. L'expert doit énumérer l'ensemble des thèses et écoles de pensée potentielles liées la question posée ; il pourra expliquer comment il en est parvenu aux conclusions de son opinion¹¹⁴⁵. Ainsi, au sein même de son rapport, l'expert peut s'approcher des processus de la contradiction. De plus, l'intégration de ces informations permettra aux parties, si elles le désirent, de contester la validité de l'opinion de l'expert commun, puisque celle-ci ne lie pas le tribunal.

Toutes ces alternatives se classent sur un spectre où les principes de la contradiction sont graduellement atténués au profit d'autres principes, notamment la conciliation, la collaboration et la proportionnalité. Elles offrent l'avantage d'être très flexibles. À travers les possibilités du *Code de procédure civile*, les parties pourront y trouver leur compte, et ce, sans qu'il n'y ait trop de compromis à faire quant à la qualité de la justice, ainsi qu'à l'impartialité et l'objectivité des experts. Il faut cependant être réaliste. Le milieu de la pratique semble assez confortable avec le *statu quo* des pratiques actuelles. Ainsi, l'essai, et éventuellement l'incorporation de ces nouvelles pratiques sera probablement tributaire du leadership des tribunaux¹¹⁴⁶.

d. Les possibilités de la gestion de l'instance par les tribunaux

Le *Code de procédure civile* prévoit un grand nombre de pouvoirs de gestion pour les tribunaux. Notamment, l'article 158 prévoit que le tribunal peut « prendre des mesures propres à simplifier ou à accélérer la procédure et à abrégé l'instruction » et « évaluer l'objet et la pertinence de l'expertise [...] [et] en établir les modalités ». Le tribunal devra donc évaluer l'opportunité et les modalités des expertises prévues « par un calcul des coûts et des bénéfices [...] en fonction du principe de la proportionnalité »¹¹⁴⁷. Pour faire barrière aux excès, le législateur a imposé certaines limites au *Code* quant au nombre d'expertises. Selon l'article 232(2), « les parties ne peuvent se prévaloir de plus d'une expertise par discipline ou matière, à moins que le tribunal ne l'autorise en raison de la complexité ou de l'importance de l'affaire ou du développement des

¹¹⁴⁵ Lord Woolf, *supra* note 2 au para 35 ; Goudge, *supra* note 179 à la p 414.

¹¹⁴⁶ Voir les commentaires sur le leadership du juge gestionnaire dans Noreau et Normandin, *supra* note 88.

¹¹⁴⁷ Jutras, *supra* note 8 à la p 8.

connaissances dans la discipline ou la matière concernée»¹¹⁴⁸. Le tribunal a donc un pouvoir d'autorisation pour contrôler l'opportunité de déposer plusieurs expertises sur un même sujet.

Quant à l'expertise commune, après examen du protocole de l'instance, le tribunal peut « si les parties n'ont pu convenir d'une expertise commune, apprécier le bien-fondé de leurs motifs et imposer, le cas échéant, l'expertise commune, si le respect du principe de proportionnalité l'impose et que cette mesure, tenant compte des démarches déjà faites, permet de résoudre efficacement le litige sans pour autant mettre en péril le droit des parties à faire valoir leurs prétentions ». Le tribunal peut également, conformément aux articles 234 et 236 du *Code*, nommer d'office son propre expert. Cet expert commis par le tribunal pourra l'éclairer dans son appréciation des faits, notamment en recueillant auprès des parties la preuve nécessaire à l'exécution de son mandat¹¹⁴⁹. Il est à noter que son usage est exceptionnel¹¹⁵⁰. Bref, le tribunal détient l'ensemble des pouvoirs nécessaires pour exercer son devoir de « saine gestion des instances », un principe directeur prévu à l'article 9 du *Code*.

Le rôle des tribunaux, depuis la « nouvelle culture judiciaire » de 2001, a substantiellement évolué¹¹⁵¹. L'intervention du tribunal dans l'instance permet de « circonscrire plus tôt dans l'instance les prétentions des parties et de favoriser une meilleure gestion des instances »¹¹⁵². La proportionnalité est l'outil de prédilection du juge gestionnaire, ainsi que la clé de voûte de la réforme¹¹⁵³. Le *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens* explique d'ailleurs l'utilité de ce principe pour les tribunaux quant aux experts :

¹¹⁴⁸ Voir l'application de cette règle dans *Gao c Arsenault*, 2017 QCCA 127, où la Cour d'appel a confirmé une décision de la Cour supérieure où le juge a refusé de permettre au demandeur de faire préparer 14 expertises au soutien de sa demande.

¹¹⁴⁹ Piché, *supra* note 14 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 40.

¹¹⁵⁰ Piché, *supra* note 14 ; Ducharme et Panaccio, *supra* note 130 ; Anderson, *supra* note 27.

¹¹⁵¹ Piché, *supra* note 618.

¹¹⁵² Comité de révision de la procédure civile (Gouvernement du Québec), *supra* note 91 à la p 32 ; Voir Richard, *supra* note 1106 à la p 8. Selon Richard, plus la gestion survient tôt dans l'instance, plus celle-ci est efficace et évite les débordements procéduraux parfois impossibles à corriger après coup ; Voir également Noreau et Normandin, *supra* note 88 à la p 220.

¹¹⁵³ Pour un exemple d'application, voir l'affaire *Shamir c Compagnie d'assurances Jevco*, 2018 QCCA 81, où la Cour d'appel a confirmé une décision de première instance refusant l'ajout d'une expertise peu pertinente, dont l'autorisation aurait eu pour effet de substantiellement prolonger le dossier. ; Voir les écrits de Piché concernant l'importance du principe de proportionnalité, notamment dans Piché, *supra* note 142 ; Voir aussi : Piché, *supra* note 105 ; Piché, *supra* note 618.

« Les juges devraient évaluer la proportionnalité du recours prévu par les parties à une preuve d'expert, remettre en question la nécessité de plusieurs experts, et recourir à leur pouvoir en matière de gestion de l'instance afin de garantir l'utilisation équitable et judicieuse d'experts afin que toutes les parties aient une égalité des chances. »¹¹⁵⁴

Sans l'intervention des tribunaux, la gestion des expertises privées par les parties peut tendre à s'allonger au gré des aléas propres au litige. L'expertise privée a le potentiel de prolonger la période d'enquête, ainsi que l'instruction, notamment en raison de sa complexité¹¹⁵⁵. Les tribunaux ont constaté que les expertises déposées en preuve sont souvent inadéquates ou peu ciblées, ce qui diminue leur utilité dans la prise de décision¹¹⁵⁶.

À cet égard, il serait avantageux pour la justice que les tribunaux s'impliquent d'une manière ou d'une autre dans la formulation des questions à adresser à l'expert. Par le biais du protocole de l'instance, le tribunal a désormais accès à l'information nécessaire pour redresser les situations où les parties vont mandater un expert pour travailler sur la mauvaise question. Le tribunal étant le premier bénéficiaire de l'éclairage de l'expert, il est d'autant plus justifié d'intervenir pour éviter un investissement inutile à une partie, mais également pour s'assurer que le tribunal aura de la preuve de qualité sur laquelle éventuellement trancher le litige. Il s'agit d'une pratique qui s'inscrit dans cette mouvance de la contradiction atténuée¹¹⁵⁷.

L'intervention des tribunaux peut également aider au dialogue entre les parties, en les forçant à entrer en contact¹¹⁵⁸. Elle tend à diminuer les frais reliés à l'instance, tout en faisant augmenter les chances de parvenir plus rapidement à un règlement à l'amiable¹¹⁵⁹. Les tribunaux jouent,

¹¹⁵⁴ Binnie et al, *supra* note 242 à la p 163.

¹¹⁵⁵ Préville-Ratelle, *supra* note 6 à la p 10 ; Quant à la durée de l'instruction, Vertlieb et Knapp énoncent qu'il serait avantageux pour tous que le tribunal utilise ses pouvoirs de gestion pour limiter le temps des contre-interrogatoires des experts, qui sont souvent beaucoup trop longs et complexes pour les bénéficiaires qu'ils procurent quant à la recherche de la vérité. Voir Vertlieb et Knapp, *supra* note 4 aux pp 674 et s.

¹¹⁵⁶ Bubela, *supra* note 25 à la p 856 ; Voir également Binnie, *supra* note 5.

¹¹⁵⁷ On se rapprocherait alors des pratiques en droit français et de celles à l'époque de la Nouvelle-France. Voir le développement historique dans l'ÉTAT DES LIEUX. ; Voir à ce sujet : Taylor, *supra* note 24 à la p 97 ; Préville-Ratelle, *supra* note 6.

¹¹⁵⁸ Noreau et Normandin, *supra* note 88 à la p 224 ; Richard, *supra* note 1106 aux pp 1 et 3.

¹¹⁵⁹ Ministère de la Justice, *supra* note 6 à la p 34 ; Noreau et Normandin, *supra* note 88 à la p 225.

depuis un certain temps déjà, un rôle de conciliation, en plus de leur rôle à titre de décideur¹¹⁶⁰. Une gestion de l'instance entamée dès le commencement d'un dossier facilite le déroulement de celui-ci ainsi que la communication entre les parties, et ce, tout en abaissant les coûts et les délais¹¹⁶¹.

Lorsqu'ils ont le temps et l'opportunité de s'imprégner des circonstances d'une affaire, les juges sont dans la meilleure – voire la seule – position pour gérer l'instance de manière innovatrice¹¹⁶² :

« In the end, the most effective way to integrate scientific knowledge fully and fairly into legal decision-making may indeed be [...] for judges to develop a keener sense of how science works. Judges are best positioned to fashion case-specific procedures, orders, and management practices that respect the complexities of both scientific research and the particular litigation context. »¹¹⁶³

Les pouvoirs de gestion de l'instance des tribunaux constituent une solution supérieure pour améliorer les pratiques reliées aux expertises¹¹⁶⁴. Puisque les avocats sont réticents aux changements et à la perte de contrôle occasionnée par ces changements, les tribunaux se voient responsables de devoir majoritairement supporter le renouvellement des pratiques et de la culture des experts privés partisans. À cet égard, les tribunaux ont une tâche colossale devant eux :

« However, at present, trial judges should be creative and use the flexibility currently available in the Rules when dealing with expert evidence. The court should embrace current reforms to the procedural rules governing expert evidence that increase its power to control expert testimony, even though such reforms are less well received by the legal profession. The court should not hesitate to refer disputes over alleged questionable expert evidence to non-partisan or court appointed experts, not to decide the question in controversy, but to assess the quality of the expert opinion evidence, thereby exercising the "gatekeeping" function that has been articulated by the Supreme Court of Canada. »¹¹⁶⁵

¹¹⁶⁰ Selon l'art 9 Cpc, il est dans la mission des tribunaux de « favoriser la conciliation des parties ». Voir les commentaires dans Noreau et Normandin, *supra* note 88 à la p 230.

¹¹⁶¹ Noreau et Normandin, *supra* note 88 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17 au para 57.

¹¹⁶² Vertlieb et Knapp, *supra* note 4 à la p 671.

¹¹⁶³ Jasanoff, *supra* note 5 à la p 203.

¹¹⁶⁴ Bubela, *supra* note 25 à la p 864.

¹¹⁶⁵ *Ibid* à la p 870.

Bien que les pouvoirs de gestion soient l'un des outils les plus prometteurs de la réforme, leur application en pratique se heurte à un obstacle de taille, soit le manque de ressources judiciaires¹¹⁶⁶ :

« Ce n'est pas tant la volonté d'exercer ces pouvoirs ou de mettre en œuvre ces moyens qui fait défaut, du moins pour les juges, autant que les ressources pour intervenir très tôt dans le litige, avant que les parties ne s'enfoncent dans une logique de confrontation, ou dans le report sine die de tout débat visant à circonscrire le litige. »¹¹⁶⁷

À cet égard, les tribunaux n'ont que peu d'opportunités de s'impliquer dans la gestion des instances. En effet, l'opportunité de s'intéresser au déroulement d'une affaire ne se présente pas toujours au moment opportun, et souvent, trop tard¹¹⁶⁸. La création du protocole de l'instance avait pour objectif de permettre une intervention rapide des tribunaux dans les dossiers. Or, il est difficile d'arriver à se plonger dans le protocole de l'instance de chaque affaire en raison du manque de ressources, surtout humaines, des tribunaux. Le protocole est donc un outil puissant, mais encore trop peu effectif dans la pratique¹¹⁶⁹. Plus particulièrement, il est exigé que les parties énoncent au protocole si elles prévoient procéder à une ou plusieurs expertises, la nature de ces expertises, ainsi que les motifs pour lesquels les parties n'entendent pas choisir l'expertise commune¹¹⁷⁰. Le *Code de procédure civile* exige que les tribunaux révisent les protocoles de l'instance¹¹⁷¹ dans l'objectif de pouvoir intervenir tôt dans les affaires qui nécessitent une gestion

¹¹⁶⁶ Jutras, *supra* note 8 aux pp 9 et 11.

¹¹⁶⁷ *Ibid* à la p 17.

¹¹⁶⁸ Noreau et Normandin, *supra* note 88 aux pp 230 et s. ; Également, citons à cet égard Jutras, *supra* note 8 à la p 9 : « On fonde beaucoup d'espoir sur ces pouvoirs de gestion, mais il faudra attendre encore pour voir leur impact réel sur le terrain. L'un des obstacles importants à surmonter, en particulier, est celui du moment d'intervention du juge, qui n'est pas toujours aussi précoce que ne le laisse croire le texte du Code de procédure civile. »

¹¹⁶⁹ Il serait dommage que le protocole de l'instance subisse le même sort que les ententes sur le déroulement de l'instance prévues à l'ancien Cpc. Celles-ci étaient « exécutées presque machinalement, de façon à ce qu'elles soient peu encombrantes et, du coup, peu contraignantes pour l'avenir ». Outre les cas où les parties étaient en conflit par rapport à l'entente sur le déroulement de l'instance (une éventualité plutôt rare), le tribunal n'avait que rarement à intervenir à un stade préliminaire de l'instance, ce qui était, à la base, l'objectif de l'outil. Voir à cet égard Noreau et Normandin, *supra* note 88 à la p 231.

¹¹⁷⁰ Art 148(2)(4^o) Cpc.

¹¹⁷¹ L'art 150 Cpc énonce que le tribunal doit réviser les protocoles « selon les directives que le juge en chef établit ». Ainsi, la révision exhaustive de tous les protocoles n'est pas requise. Le tribunal a le pouvoir d'établir ses propres règles pour trier les protocoles. Plus particulièrement, les tribunaux ont déterminé certains indicateurs de tri qui servent à identifier les dossiers pour lesquels une conférence de gestion pourrait être nécessaire. ; Voir les commentaires à ce sujet dans le *Journal des débats de la Commission permanente des*

adéquate pour en faciliter le déroulement. Pour ce faire, les tribunaux, dont les ressources sont insuffisantes pour réviser en profondeur chacun des protocoles, ont créé des indicateurs de tri « dans le but d'identifier les affaires qui doivent faire l'objet d'un examen par le tribunal pour les fins de la gestion de l'instance »¹¹⁷². Chaque division de chaque cour a la juridiction d'établir ses propres indicateurs de tri. Par exemple, sera identifié au tri tout dossier qui prévoit 6 expertises ou plus en Cour supérieure, division de Montréal¹¹⁷³. Cet indicateur de tri risque de causer une certaine discrimination entre les dossiers judiciaires¹¹⁷⁴. En effet, bien peu de dossiers ont l'envergure suffisante pour justifier, dès le départ, le dépôt de 6 rapports d'experts. Il s'agira en général de dossiers complexes, impliquant plusieurs parties ainsi que des enjeux financiers suffisamment élevés pour justifier les frais d'au moins 6 experts. Ainsi, seuls les dossiers avec des enjeux financiers élevés se trouveront dans des circonstances qui favorisent leur accès à la gestion de l'instance. Or, les dossiers aux enjeux plus modestes bénéficieraient grandement d'une séance de gestion avec un juge. Les sommes en jeu étant moindres¹¹⁷⁵, le juge gestionnaire pourra proposer, ou imposer, des procédés ingénieux dont l'utilisation pourra abaisser les coûts et encourager les règlements à l'amiable. L'indicateur de tri utilisé dans la division de Québec s'adapte mieux à des dossiers de toute envergure. Sera identifié au tri tout dossier qui prévoit des

institutions, supra note 113, 4 novembre 2013 aux pp 32-35, où le fonctionnement des indicateurs de tri est expliqué.

¹¹⁷² La *Directive concernant la gestion de l'instance* de la Cour supérieure a été adoptée par le truchement de l'art 63 Cpc, et vise à permettre l'application plus facile par les tribunaux des exigences des arts 63, 148, 150, 173 et 174 Cpc.

¹¹⁷³ *Ibid*, à l'art 5.

¹¹⁷⁴ Voir Jutras, *supra* note 8 à la p 9. Jutras aborde cette question dans ces termes :

« D'autre part, même si le Code impose aux parties de déterminer les justes proportions du litige dans la négociation du protocole d'instance, il n'est pas certain que le contrôle serré et systématique de leurs conclusions soit réellement possible à ce stade préliminaire dans tous les districts judiciaires, en particulier ceux où le volume de dossiers est très important. On peut craindre que le mal ne soit déjà fait, même si l'article 158 du Code de procédure permet au juge d'intervenir d'office, ou sur demande, à tout moment de l'instance ». Il mentionne également que : « Concrètement, cela signifie que les mesures de gestion touchant l'expertise sont plus susceptible d'être efficaces dans les dossiers complexes, ou assujettis à la gestion particulière, y compris les actions collectives. Ceci dit, l'intervention précoce du juge n'est pas toujours requise : certaines questions, comme le quantum des dommages ou la valeur d'un immeuble en litige, peuvent faire l'objet d'une expertise plus tardive. »

¹¹⁷⁵ *Ibid* à la p 8. À l'égard des dossiers aux enjeux moins élevés, Jutras mentionne que l'implication du tribunal dans la gestion peut donner de bons résultats : « Lorsque l'enjeu du litige est modeste, ou la question soulevée relativement simple, [le tribunal] s'assurera que les ressources investies pour résoudre le conflit ne dépassent pas la mesure du raisonnable. »

expertises dont les « coûts représentent plus de 12% de la valeur en litige ou plus de 12 000\$ »¹¹⁷⁶. Considérant que l'expertise est l'une des deux causes principales de l'augmentation des coûts et des délais de l'instance¹¹⁷⁷, un accent particulier mérite d'être mis sur la révision des sections concernant les expertises¹¹⁷⁸. Une possibilité intéressante serait l'intégration au protocole de l'instance, à la section des expertises, d'une case où les parties pourraient s'engager dès le début des procédures à tenir une rencontre de conciliation entre les experts en temps opportun. L'omission de s'engager à cet effet pourrait, au surplus, constituer un nouvel indicateur de tri. Ultimement, une telle mesure pourrait ainsi favoriser la tenue de plus de rencontres de conciliation entre experts, que ce soit d'un commun accord entre les parties, ou à l'initiative du tribunal.

Ceci n'est qu'un exemple des effets du manque de ressources des cours de justice au Québec, notamment au niveau des effectifs de juges. Cela constitue une difficulté majeure, probablement déterminante, qui ralentit la mise en place de pratiques en symbiose avec l'esprit et à la lettre du *Code de procédure civile*¹¹⁷⁹. Ainsi, l'amélioration des pratiques reliées aux expertises ne peut être soutenue que par les tribunaux. Le leadership, l'ouverture et la créativité des praticiens du droit seront de mise pour proposer et utiliser les nombreux outils offerts par le *Code* pour changer les usages de l'expertise¹¹⁸⁰, et par le fait même, transformer la pratique du droit :

« Compte tenu des limites inhérentes aux processus de gestion, qui sont fonction des ressources judiciaires disponibles et de la volonté de collaborer - forcément variable - manifestée par les parties, on ne trouvera sans doute pas de solution complète en ne s'intéressant qu'aux coûts et aux délais liés aux aspects extrinsèques - la portée, le nombre et la forme - des expertises dans le procès civil. Un meilleur accès à la justice

¹¹⁷⁶ *Directive concernant la gestion de l'instance*, *supra* note 1172 à l'art 5. Il faut toutefois être conscient que la situation du district de Montréal est particulière, puisque celui-ci doit traiter un volume très élevé de procédures intentées. Ainsi, les indicateurs de tri doivent tenir compte des limites des ressources des tribunaux. Néanmoins, une formule en fonction d'un pourcentage pourrait cibler les dossiers qui, même s'ils ont des enjeux financiers plus bas, ont un réel besoin d'être convoqué devant un juge en gestion de l'instance.

¹¹⁷⁷ Comité de révision de la procédure civile (Gouvernement du Québec), *supra* note 91 ; Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *supra* note 2.

¹¹⁷⁸ Voir le modèle de protocole de l'instance, sur les sites de chacun des tribunaux. Pour ce qui est de la Cour supérieure, division de Montréal, les sections concernant l'expertise sont numérotées comme 40 à 43. En ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/c-superieure-m/avis/Formulaires/index.html>.

¹¹⁷⁹ Trevor C. W. Farrow et Jonathan Silver, « Canadian Civil Justice : Relief in Small and Simple Matters in an Age of Efficiency » (2015) 8 *Erasmus LR* 232 à la p 243 ; Voir aussi : Jutras, *supra* note 8 ; Bubela, *supra* note 25 à la p 864.

¹¹⁸⁰ Bubela, *supra* note 25 à la p 856.

passé aussi par l'amélioration de la qualité intrinsèque et de la fiabilité de l'expertise. Plus l'expertise jouera un rôle bénéfique et déterminant dans le procès, moins on s'inquiètera de la charge qu'elle fait porter au système de justice. Par ailleurs, les mesures qui tendent à bonifier la valeur intrinsèque de l'expertise peuvent aussi contribuer, de manière indirecte, à la réduction des coûts et des délais. »¹¹⁸¹

Au lendemain de l'entrée en vigueur du *Code de procédure civile*, le rendu de la justice par la confrontation a été remplacé par un nouveau paradigme au sein duquel les parties doivent tendre vers un certain niveau de collaboration dans l'affrontement et vers la proportionnalité des procédures qu'elles initient. Bien que les parties soient en droit de défendre leurs intérêts, elles doivent le faire en gardant à l'esprit que les ressources du système de justice sont limitées et qu'elles doivent être accessibles à tous. Dans ce cadre, l'avocat doit éviter de « porter préjudice à l'administration de la justice »¹¹⁸². Il doit plutôt « [coopérer] avec tout intervenant du système de justice pour en assurer la saine administration », « adopte[r] une attitude conforme aux exigences de la bonne foi » et « évite[r] tout procédé purement dilatoire »¹¹⁸³.

Le client qui institue des procédures judiciaires, ou celui qui est poursuivi, est lui-même aux prises avec les pressions financières constantes du coût onéreux des procédures judiciaires. C'est le rôle de son avocat que de l'accompagner au meilleur de ses intérêts, en tout temps¹¹⁸⁴. L'avocat est plus qu'un représentant et un défenseur des droits de son client. Il est également son conseiller¹¹⁸⁵. Il doit être diligent et désintéressé¹¹⁸⁶. Il a l'obligation de « fourni[r] les services professionnels qui conviennent à la nature du mandat qui lui est confié et [d']évite[r] de poser ou de multiplier sans raison suffisante des actes professionnels »¹¹⁸⁷. L'avocat a la responsabilité de présenter à son client de manière désintéressée et éclairée l'ensemble des avantages et inconvénients des différents procédés de nomination et de présentation de la preuve par expertise. Il est de la responsabilité des praticiens que de s'informer pour bien connaître et comprendre les nouvelles possibilités pour être à même de formuler des conseils mieux adaptés au contexte particulier de chaque client.

¹¹⁸¹ Jutras, *supra* note 8 à la p 11.

¹¹⁸² Art 111 du *Code de déontologie des avocats*.

¹¹⁸³ Art 23 du *Code de déontologie des avocats*.

¹¹⁸⁴ Art 23 du *Code de déontologie des avocats*.

¹¹⁸⁵ Bubela, *supra* note 25 à la p 868.

¹¹⁸⁶ Art 20 du *Code de déontologie des avocats*.

¹¹⁸⁷ Art 35 du *Code de déontologie des avocats*.

En cette ère où les frais extrajudiciaires sont si élevés qu'une part importante des justiciables fuient le système de justice, la profession juridique doit oser sortir des sentiers battus, et utiliser tout son talent et son ingéniosité pour innover par des pratiques renouvelées en matière de gestion du savoir expertal. Malgré l'incertitude et le tâtonnement propres aux nouvelles entreprises, ceux qui oseront pourraient être surpris des résultats. En proposant un accompagnement dans le règlement de conflits plutôt qu'une stratégie axée sur la victoire judiciaire à tout prix, les innovateurs sauront peut-être, en plus d'améliorer l'accès et l'administration de la justice, en tirer un profit intéressant.

CONCLUSION : LA PERTINENCE DE REPENSER LA NATURE JURIDIQUE DE L'EXPERTISE DANS L'INSTANCE CIVILE

L'expertise, dans l'instance judiciaire, est un outil puissant. L'opinion de l'expert possède la faculté d'influencer le processus judiciaire puisqu'elle constitue bien souvent la pièce maîtresse d'une affaire. Pour cette raison, on peut observer une croissance constante dans la popularité de l'expertise ; les justiciables, avec le concours de leurs procureurs, l'utilisent abondamment, et celle-ci occupe une part de plus en plus grande du temps et des ressources judiciaires¹¹⁸⁸. Elle exige désormais une part appréciable des ressources des tribunaux, en plus d'accentuer les inégalités entre les justiciables. L'expertise est l'une des deux causes principales de l'augmentation des coûts et des délais de la justice¹¹⁸⁹. En cela, elle constitue un obstacle à l'accès à la justice pour tous. La situation s'en trouve aggravée dans certaines circonstances. La nomination d'experts privés par les parties tend à polariser le débat judiciaire ; la qualité des opinions déposées en preuve en souffre, et alourdit la tâche déjà complexe du tribunal d'évaluer la fiabilité des expertises.

Toutefois, ces craintes ne sont pas suffisantes pour justifier que les tribunaux se passent du savoir spécialisé des experts¹¹⁹⁰. Étant essentielle, l'influence de l'expertise est à la fois outil de vérité et source potentielle d'erreur. Le véritable enjeu est de déterminer où se situe le point d'équilibre, celui où l'expertise participe activement à la réalisation des objectifs de vérité et de justice de l'instance civile, celui où les bénéfices l'emportent sur les risques. Dans un système de justice idéal, le juge serait omniscient et n'aurait pas besoin de l'expert. Or, puisque nulle

¹¹⁸⁸ Voir notamment quant à cette question Lord Woolf, *supra* note 2 ; McLachlin, *supra* note 193 ; Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 2 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17.

¹¹⁸⁹ Tel que précédemment mentionné. Voir dans Comité de révision de la procédure civile (Gouvernement du Québec), *supra* note 91 ; Voir également les commentaires à cet égard de : Lord Woolf, *supra* note 2 ; Préville-Ratelle, *supra* note 6 ; Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 17.

¹¹⁹⁰ Bourcier et De Bonis, *supra* note 3 à la p 97. À cet égard, Bourcier et De Bonis expliquent adroitement l'ambivalence qu'éprouve la justice quant aux experts : « L'entreprise de l'évaluation de l'expertise dérange [...] [L'expertise] peut constituer une menace pour la justice sans que l'on sache exactement par quelle autre procédure de preuve on pourrait la remplacer ». Il est à noter que bien que ces commentaires aient été formulés en rapport avec le système inquisitoire français, ils sont également applicables au Québec. En effet, l'asymétrie des connaissances ainsi que l'influence épistémique des experts par rapport aux décideurs profanes est similaire, et ce, sans considération pour le procédé de nomination de l'expert.

personne ne peut tout connaître, une aide extérieure sera toujours nécessaire à l'administration de la justice. L'expert, puisqu'il est humain et pas machine, ne peut faire autrement que de jeter un regard personnel sur les faits d'une affaire, influençant ainsi la teneur de son opinion. L'expert, plus à la manière d'un artiste que d'un théoricien, brosse un portrait de la réalité à la manière dont il l'interprète, comme on peindrait une toile. L'expert en vient à bâtir son opinion avec pour canevas les faits de l'affaire qui lui ont été fournis, en y intégrant son savoir-faire, son expérience, sa compréhension de sa science, ses impressions sur l'affaire et, plus souvent qu'autrement, ses préjugés et conceptions¹¹⁹¹.

Ce contexte appelait à une réforme des règles régissant l'usage d'experts depuis fort longtemps. Réussir à introduire un changement dans un milieu fortement institutionnalisé comme la justice nécessite une action qui mobilise à la fois les dimensions *référentielle, normative et pratique*¹¹⁹². Ainsi, le législateur, dans le *Code de procédure civile*, a consacré un nouveau paradigme au niveau référentiel en formulant la mission de l'expert. Son rôle est d'éclairer le tribunal dans sa prise de décision et la réalisation de cette mission prime l'intérêt des parties. Au niveau normatif, le législateur a énoncé plusieurs mesures qui, en symbiose avec la mission énoncée au *Code*, ont l'objectif de transformer la dimension pratique de l'expertise, notamment au niveau du procédé de nomination des experts privés. Par ces changements, le législateur a timidement pris acte de la spécificité de la nature juridique de l'expert, ce qu'aucun texte de loi québécois n'avait consacré jusqu'alors. Au contraire, le *Code civil du Québec* classifie toujours l'expertise comme un témoignage. Nous savons maintenant que l'expert n'a, avec le témoignage, et même avec les autres moyens de preuve, bien peu de choses en commun.

Nous avons vu que la nature juridique particulière de l'expertise est extrêmement riche ; certains attributs qui la caractérisent permettent d'en tracer la silhouette. Au niveau *référentiel*, l'expertise est **nécessaire** en raison de l'**asymétrie** entre les connaissances de l'expert et celles

¹¹⁹¹ Charles Ferguson et David Leo Milward, *The Art of Science in the Canadian Justice System: A Reflection on my Experiences as an Expert Witness*, Boca Raton, CRC Press, 2017. Pour Ferguson, un médecin qui a témoigné de multiples fois devant les tribunaux, la préparation d'expertises est un art, plus qu'une science. Il mentionne que, puisque chaque dossier judiciaire est unique, puisqu'il doit adapter et appliquer différemment les principes de la science en les façonnant aux spécificités de l'affaire. Cela, pour Ferguson, relève autant de l'art que de la science.

¹¹⁹² Voir Noreau, *supra* note 10.

du tribunal. Outil de représentation du réel, l'expertise offre au tribunal une vision privilégiée des questions scientifiques ou techniques posées par un dossier à travers un « prisme » qui façonne la réalité pour faciliter l'« assimilation » du savoir spécialisé ainsi que la compréhension des faits par le tribunal¹¹⁹³. Ainsi, l'expert **influence** le tribunal de manière éclairée ; cette influence justifie bon nombre de règles de preuve applicables aux expertises. À cet égard, du point de vue *normatif*, l'expert est considéré comme un témoin, quoiqu'il fasse **exception** à la plupart des règles qui s'appliquent à ceux-ci. Ces exceptions se justifient parce que l'expert doit accomplir sa mission avec objectivité, **impartialité** et rigueur ; il est un **auxiliaire de justice**. Le problème, c'est que la dimension *pratique* constitue un obstacle aux changements intégrés aux deux autres dimensions ; le **procédé de nomination** majoritaire, l'expertise privée, génère des **biais** qui lui sont intrinsèques et qui nuisent à la réalisation de la mission énoncée par le législateur. La forte **résistance** des praticiens au changement des pratiques constitue un obstacle majeur dans la pleine réalisation de cette mission¹¹⁹⁴, ainsi que des bénéfices qu'elle implique, tant au niveau du processus décisionnel, que des coûts et des délais de l'expertise.

Or, plus de deux ans après l'entrée en vigueur du (plus si nouveau) *Code de procédure civile*, l'attachement aux pratiques est tel que la réforme de la procédure civile n'a toujours pas livré les changements qu'elle avait promis. L'esprit de collaboration et de conciliation espéré par le

¹¹⁹³ Dumoulin, *supra* note 45 à la p 13 ; Khoury et Vergès, *supra* note 182 à la p 539.

¹¹⁹⁴ À cet égard, il est intéressant de reproduire cette citation de Noreau et Normandin, *supra* note 88 aux pp 214-215 :

« Toute réforme de la justice civile se heurte à d'importantes difficultés. Ce sont les acteurs du milieu juridique qui sont traditionnellement les premiers concernés par ce type de réforme et les plus consultés sur leur à-propos. Or, la culture judiciaire n'est pas ou est peu disposée au changement. Les modifications proposées au système judiciaire sont souvent perçues par les praticiens du droit comme une remise en question de règles que ces praticiens considèrent d'autant plus sacrées qu'elles sont anciennes. On oublie pourtant que plusieurs de ces règles visaient à remédier à des problèmes pratiques qui n'existent plus alors que d'autres cherchaient à satisfaire des besoins qui ont depuis évolué et changé. Le droit judiciaire n'est pas immuable. Le système judiciaire demeure une institution sociale que nous avons nous-mêmes construite et édifiée et que, par conséquent, nous pouvons changer. Cependant, à moins qu'elles permettent d'ajuster la pratique du droit aux exigences et aux besoins des praticiens, les réformes de la justice civile suscitent trop souvent, de la part des praticiens, des réactions négatives qui rendent ces réformes parfois difficiles, voire impossibles. Ces réactions négatives s'expliquent bien souvent par la conception particulière de la justice qu'entretiennent les juristes. Il s'agit avant tout pour eux d'un impératif supérieur. À l'inverse, les réformes de la justice civile sont souvent animées par une justice qualifiée de « contemporaine », une justice davantage conçue comme un service public. ».

législateur n'a pas encore pris racine dans les gestes des acteurs du système. Est-ce parce que la machine judiciaire, à elle seule, n'a pas les ressources nécessaires pour assurer l'implantation d'un changement de culture aussi marqué ?¹¹⁹⁵ Est-ce parce que les praticiens n'y trouvent pas leur compte et n'en voient pas les avantages pour leurs clients ?¹¹⁹⁶ Le changement au niveau pratique se situe probablement à mi-chemin entre coercition et recherche de bénéfices. Bien que la marche du changement semble freinée, voire enlisée, il est possible d'espérer, et même d'entrevoir que le meilleur est à venir.

À la lumière de cette réflexion sur la mission de l'expert, il est nécessaire de repenser la nature juridique de l'expertise pour maximiser les bénéfices de la participation des experts à l'instance civile, tout en s'assurant de circonscrire et minimiser les risques qu'ils présentent pour la justice. Il faut arrêter d'attendre la solution parfaite¹¹⁹⁷; il n'est pas nécessaire d'espérer une nouvelle mouture d'un *Code de procédure civile* proposant l'alternative idéale¹¹⁹⁸ ou la meilleure des formulations pour agir. Alors que la procédure civile a déjà constitué un carcan lourd, le *Code* actuel offre une flexibilité accrue. Tant les tribunaux que les avocats n'ont que peu de limites pour innover dans la conduite de procédures judiciaires.

Nous croyons qu'une part considérable de la résistance du milieu pratique est due à une crainte ou une méconnaissance de certaines mesures, ainsi que des avantages qu'elles offrent. Certaines solutions proposées au *Code* sont à l'avantage non seulement de la justice d'un point de vue global, mais propose également des économies individuelles aux justiciables. Par exemple, pensons notamment aux expertises communes sur des questions simples ou peu contestées, ou aux rencontres entre experts, qui outre la conciliation des opinions, peuvent mener à des règlements à l'amiable. Pensons également à d'autres mesures faciles à mettre en place, qui pourraient avoir un effet positif sur la qualité de la justice, comme le témoignage d'experts par

¹¹⁹⁵ Voir notamment Jutras, *supra* note 8.

¹¹⁹⁶ Noreau, *supra* note 10 à la p 22.

¹¹⁹⁷ Cheryl Boudreau et Mathew D. McCubbins, « Nothing But the Truth? Experiments on Adversarial Competition, Expert Testimony, and Decision Making » (2008) 5 J Empirical Legal Studies 751 à la p 786.

¹¹⁹⁸ Roderick A. MacDonald, « Law Reform for Dummies (3rd Edition) » (2013) 51 Osgoode Hall LJ 859 aux pp 885-886. À cet égard, MacDonald mentionne que, de toute manière, la mise en place d'une réforme qui comblera les attentes de tous les acteurs du système de justice, ainsi que celles des justiciables, sera extrêmement difficile et prendra du temps. Il espère plutôt voir un engagement de tout un chacun dans la survenance des changements liés aux réformes en droit.

panel. Suffit que ces mesures soient mieux connues pour que les praticiens puissent se les approprier au maximum de leur potentiel pour, eux aussi, en tirer bénéfice¹¹⁹⁹.

Par opposition à l'immobilisme actuel, agir est crucial pour contribuer à la cause de l'accès à la justice. Plus que des règles, des critiques ou des réflexions, le milieu juridique doit maintenant passer de la parole aux actes. D'ignorer à apprendre, les acteurs du système de justice, dont les experts eux-mêmes, ont tout à gagner à réfléchir et à s'informer quant au changement de paradigme de la justice civile, et aux pratiques émergentes en matière d'expertise qui s'en suivent. D'attendre à faire, les praticiens ont tout à gagner à prendre les devants et à utiliser certains des outils du *Code* qui amélioreront la satisfaction de leurs clients ainsi que leur accès à la justice par le fait même. De la prudence à l'ordonnance, lorsqu'ils en ont l'opportunité, les tribunaux doivent continuer à exercer leur leadership pour encourager la mise en place de nouvelles pratiques. Plus qu'agir, le milieu juridique doit oser le changement.

¹¹⁹⁹ Noreau, *supra* note 10 aux pp 22-23.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Sources québécoises

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ c C-12.

Code civil du Québec, RLRQ CCQ-1991.

Code de déontologie des avocats, RLRQ B-1, r 3.1.

Code de déontologie des comptables professionnels agréés, RLRQ c C-48.1, r 6.

Code de déontologie des ingénieurs, RLRQ c I-9, r 6.

Code de déontologie des médecins, RLRQ c M-9, r 17.

Code de déontologie des membres de l'Ordre des évaluateurs agréés du Québec, RLRQ c C- 26, r 123.

Code de procédure civile, RLRQ, ch C-25 (abrogée depuis le 1^{er} janvier 2016).

Code de procédure civile, RLRQ, c C-25.01.

Code des professions, RLRQ, c C-26.

Modèles des actes de procédure et autres documents établis par la ministre de la Justice en application des articles 136, 146, 235, 271, 393, 546 et 681 du Code de procédure civile, RLRQ, c C-25.01, r 2.

PL 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 1^{ère} sess, 40^e lég, Québec (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016).

Québec, Cour supérieure, *Directive concernant la gestion de l'instance* (adoptée en vertu de l'art 63 Cpc, en vigueur au 1^{er} janvier 2016).

Sources canadiennes et étrangères

Civil Procedure Act 1997 (R-U), c 12.

Code criminel, LRC 1985, c C-46

Code Louis XIII, roy de France et de Navarre, contenant ses ordonnances et arrests de ses Cours souveraines, pour les droicts de sa Couronne, police entre ses sujets, reiglement de la justice, forme et abbréviation des procez, recueillies, commentées et conférées avec celles des roys Henry le Grand, Henri III, Charles IX, François II, Henri II, François 1er et autres ses prédécesseurs, 1628.

Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, Partie 1 : *Charte canadienne des droits et libertés*.

Loi sur les tribunaux judiciaires, LRO 1990, c C.43.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106.

Rules of Civil Procedure, RRO 1990, Reg 194.

The Civil Procedure Rules 1998 (Supreme Court of England and Wales, County Courts) (R-U), n° 3132 L17, 1998, Part 35 : Experts and Assessors.

JURISPRUDENCE

Décisions de la Cour suprême du Canada

Blank c Canada (Ministre de la Justice), 2006 CSC 319.

Graat v R., [1982] 2 RCS 819.

Hryniak c Mauldin, 2014 CSC 7 .

Lac d'Amiante du Québec Ltée c 2858-0702 Québec Inc., 2001 CSC 743.

Marcotte c Longueuil (Ville), 2009 CSC 43.

Masterpiece Inc. c Alavida Lifestyles Inc., [2011] 2 RCS 387.

Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville), 2015 CSC 16.

Pratte v Voisard, (1918) 57 RCS 184.

R. c Abbey, [1982] 2 RCS 24.

R. c Béland, [1987] 2 RCS 398.
R. c J.-L.J., [2000] 2 RCS 600.
R. c Jordan, [2016] 1 RCS 631.
R. c Khelawon, 2006 CSC 57.
R. c Lavallee, [1990] 1 RCS 852.
R. c Marquard, [1993] 4 RCS 223.
R. c Mohan, [1994] 2 RCS 9.
R. c Parrott, 2001 CSC 178.
R. c Sekhon, [2014] 1 RCS 272.
R. c Trochym, 2007 CSC 239.
R. v D.D., [2000] 2 SCR 275.
R. v Khan, [1990] 2 SCR 531.
R. v Starr, 2000 CSC 40.
Roberge c Bolduc, [1991] 1 RCS 374.
Valente c La Reine, [1985] 2 RCS 673.
White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co., 2015 CSC 23.

Décisions québécoises

2758792 *Canada inc. c Bell Distribution inc.*, 2014 QCCS 123.
2842-1733 *Québec inc. c Allstate du Canada*, JE 98-678 (CS).
2911663 *Canada inc. c A.C. Line Info inc.*, REJB 2004-60090 (CA).
9045-6740 *Québec inc. c 9049-6902 Québec inc.*, 2006 QCCS 1201.
Agence Océanica inc. c Agence du revenu du Québec, 2013 QCCA 1451.
Aliments Breton (Canada) inc. c Oracle Corporation Canada inc., 2015 QCCA 336 336.

Audet c Landry, 2009 QCCS 3312.

Banque de Montréal c TMI-Éducation.com inc. (Syndic de), 2014 QCCA 1431.

Bellefeuille c Morisset, 2007 QCCA 535.

Benisty c Kloda, 2018 QCCA 608.

Bernatchez c Blanchet Allard, 2016 QCCS 3199.

Berthiaume c Val Royal Lasalle ltée, EYB 1991-69055 (CS).

Bouchard c Commission des lésions professionnelles, 2006 QCCS 3780.

Bougie c Morency, 2017 QCCS 5582.

Canada (Procureur général) c Groupe conseil Saguenay inc., 2007 QCCS 2032.

Cantin c Industrielle Alliance, EYB 2005-90430 (CS).

Cardinal c Bonnaud, 2018 QCCA 1357.

Centre hospitalier de l'Université de Montréal (CHUM) — Hôpital Notre-Dame c G.C., 2010 QCCA 293.

Centre Marcel-Boivin inc. c Société immobilière du Québec, 2007 QCCA 749.

Charland c Lessard, 2015 QCCA 14.

Cloutier-Cabana c Rousseau, 2008 QCCS 3513.

Commerce & Industrie Cie d'assurance c Bernières (Municipalité), 2004 CanLII 9309 (CS).

Compagnie d'assurances St-Paul/St-Paul Fire & Marine Insurance Company c SNC-Lavalin inc., 2009 QCCS 56.

Construction Savite inc. c Construction Demathieu & Bard (CDB) inc., 2017 QCCS 579.

Convergia Networks Inc. c Bell Canada, EYB 2003-41397 (CA).

Couture c Groupe Qualinet inc., 2016 QCCQ 1574.

Cuscuna c Ferrarelli, 2017 QCCS 2475.

D.R. c Desjardins Sécurité financière, 2016 QCCS 937.

De Stefano c De Stefano, EYB 2001-23650 (CS).

Deguisse c Montminy, 2014 QCCS 2872.

Desmarais c Groupe CGU, 2006 QCCS 2960 2960.

Développement FMV inc. c Lévis (Ville de), 2008 QCCA 21.

Droit de la famille - 123483, 2012 QCCS 6239.

Droit de la famille - 152018, 2015 QCCS 3825.

Droit de la famille – 07397, 2007 QCCA 308.

Droit de la famille — 152442, 2015 QCCS 4519.

Droit de la famille — 161099, 2016 QCCS 2174.

Dulude c St-Martin, 2010 QCCS 73.

Dunkin’ Brands Canada Ltd c Bertico inc., 2013 QCCA 867.

Électro-système PL inc. c Drummondville (Ville de), 2016 QCCS 1445.

Espar inc. c Transport TFI 6, (24 mai 2018), Montréal, 500-06-000736-153 (CS)

Espar inc. c Transport TFI 6, 2018 QCCA 1244

F.D. c J.S., 1989 CanLII 5159 (CS).

Filiatrault c Longueuil (Ville de), 2009 QCCA 136.

Fortin c Compagnie d’assurances Wellington, AZ-00026200 (CS).

Gao c Arsenault, 2017 QCCA 127.

Garmaise c Scotia Capital inc., 2012 QCCS 5946.

Gauthier c Raymond Chabot inc., 2017 QCCS 317.

Giesler c Migué, 2010 QCCS 1323.

Girard c Productions B.B.R. inc., 2011 QCCS 5474.

Giroux c Cour du Québec (Chambre civile - Division des petites créances), 2017 QCCS 5689.

Gruenke c Cohen, [1988] RJQ 2424 (CA).

Hôtel-Dieu de Québec c Bois, [1977] CA 563 .

I.R.A. c G.M., 2005 CanLII 16807 (CS).

Iko Industries Ltd c Produits pour toitures Fransyl ltée, 2007 QCCA 576.

Intact, compagnie d'assurances c Ville de Montréal, 2017 QCCS 3753.

J.G. c Nadeau, 2013 QCCS 410.

J.M.R. c S.M., 2006 QCCA 140.

J.S. c Lamontagne, 2016 QCCS 3758.

Knafo c Knafo, 2018 QCCS 544.

Labranche c Énergie éolienne des Moulins, 2018 QCCA 1139.

Landreville c Fournier, EYB 2001-22897 (CS).

Landry c Samson, 2005 CanLII 36873 (CS).

Lavoie CGA & Associés inc. c Acier Inxoy-Lab inc., 2012 QCCS 6257.

Léger c Montpetit, EYB 1999-11901 (CA).

Les Investissements Marova Inc. c Nominingue (Municipalité), 2016 QCTAQ 05862.

Mabarex c Ville de Vaudreuil-Dorion, 2017 QCCS 5580.

Magil Construction Corporation c 7162936 Canada inc., 2017 QCCS 3768.

Marina de la Chaudière inc. c Thibeault, 2015 QCCS 5829.

Mascouche (Ville) c Houle, EYB 1999-13538 (CA).

MIUF – 20, [1988] RDJ 481.

Morissette c Services Myriam-Beth 'léhem, 2006 QCCS 1371.

Musée canadien de l'histoire c Ed Brunet et Associés Canada inc., 2018 QCCS 2450.

Mutual Life Assurance of Canada c Bernier, [1968] BR 595.

Nadeau-Dubois c Morasse, 2013 QCCA 743 (appel à la CSC rejeté dans 2016 CSC 44).

Office municipal d'habitation Kativik c WSP Canada inc., 2018 QCCS 2360.

P.L. c J.L., 2011 QCCA 1233.

P.L. c Lavigne, 2009 QCCS 3177.

P.L. c S.G., EYB 2004-69879 (CS).

Parent c L'Excellence, 2017 QCCS 4097.

Parent c Richer, 2016 QCCQ 2468.

Perron c Charl-Pol Saguenay inc., 2017 QCCS 740.

PGQ / Ministre Des Transports, De La Mobilité Durable Et De L'électrification Des Transports c The Business Depot ltd, 2018 QCTAQ 02468.

Pisciculture Magnétique inc. c Lafaille, 2017 QCCS 1644.

Plomberie Bissonnette inc. c Poulin, 2018 QCCS 548.

Portnoy c L.G., 2009 QCCS 5390.

Portnoy c L.G., 2009 QCCS 5390.

Poulin c Prat, EYB 1994-64315 (CS).

Protection de la jeunesse – 07921, 2007 QCCQ 6363.

Protection de la jeunesse — 173750, 2017 QCCS 3211.

Québec (Curateur public) c Cleary (Succession de), EYB 1998-08922 (CS).

R. c Auguste, 2017 QCCQ 8440.

R. c Gallant, 2016 QCCQ 2263.

R. c Turcotte, 2013 QCCA 1916.

R. c Turcotte, 2016 QCCS 112.

R. c Dupuis, 1994 CanLII 5928 (CA).

R.-M.T.-M. c B.M., REJB 2001-27220 (CS).

R.D. c R., 2010 QCCA 1481.

Racicot c Ouwendyk (Succession de), 2014 QCCS 3771.

Raymond c Raymond, 2015 QCCS 2218.

Regroupement des citoyens du quartier Saint-Georges inc. c Alcoa Canada ltée, 2016 QCCS 2969.

Roberge c Roberge, 2016 QCCS 4317.

Rothmans, Benson & Hedges inc c Létourneau, 2012 QCCA 73.

Roy c Privé, 2017 QCCS 986.

Roy c Québec (Procureure générale), 2016 QCCA 2063.

Saguenay (Ville de) c Mouvement laïque québécois, 2013 QCCA 936.

Saint-Damien (Municipalité) c Mailany Charbonneau, 2018 QCTAQ 07130.

Service d'excavation Jacques Lirette inc. c Economical, 2014 QCCA 2139.

Shamir c Compagnie d'assurances Jevco, 2018 QCCA 81.

SNC-Lavalin inc. c ArcelorMittal Exploitation minière Canada, 2017 QCCS 737.

SNC-Lavalin inc. c Lafarge Canada Inc., 2018 QCCS 3211

Société de transport de Montréal c Joubert, 2017 QCCS 3045.

Société en commandite Gaz Métro et Association des consommateurs industriels de gaz (ACIG), 2017 CanLII 57639 (QCRDE).

Soeurs de LA Providence, Province Émilie-Gamelin c Montréal (Ville), 2017 QCTAQ 02658.

T.S. c Lacombe, 2018 QCCS 1410.

Timbercreek Real Estate Investment Trust c First Canadian Realty, 2013 QCCS 343.

Transport Larivière et Fils inc. c Wentworth-Nord (Municipalité de), 2012 QCCS 1439.

Tremblay c Internoscia, 2015 QCCS 799.

Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c Québec (Procureure générale), 2014 QCCA 2193.

Décisions canadiennes et étrangères

Abbott and Haliburton Company v WBLI Chartered Accountants, 2012 NSSC 210.

Abbott and Haliburton Company v WBLI Chartered Accountants, 2013 NSCA 66.

Apotex Inc. c Astrazeneca Canada Inc., 2012 CF 559.

Apotex inc. c Merck Canada inc., 2012 CF 1418.

Canada (Procureur général) c Telnabi, 2014 CF 1050.

Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals Inc, [1993] 509 US 579.

Distrimedic Inc. c Dispill Inc., 2013 CF 1043.

Folkes v Chadd, [1782] 3 Doug KB 157.

Frye v United States, 293 F 1013 (DC Cir 1923).

General Electric Co v Joiner, [1997] 522 US 136.

Halford v Seed Hawk Inc., 2004 CF 88.

Halford v Seed Hawk Inc., 2006 CAF 275.

Kumho Tire Co. v Carmichael, [1999] 526 US 137.

Moore v Getahun, 2014 ONSC 237.

Moore v Getahun, 2015 ONCA 55.

National Justice Compania Naviera S.A. v Prudential Assurance Co Ltd (« The Ikarian Reefer »), 1993 2 Lloyd's Rep 68 (Com Ct), (confirmé partiellement en appel dans [1995] 1 Lloyd's Rep 455 (CA)).

R. v Abbey, 2009 ONCA 624.

R. v Jackman, 2008 ABPC 213.

DOCTRINE

Monographies

Anderson, Glenn R. *Expert Evidence*, 3^e éd, Markham, LexisNexis, 2014.

Anderson, Terence. *Analysis of Evidence*, 2nd ed, coll Law in Context, New York & Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Atias, Christian. *Philosophie du droit*, 4^e éd, coll Thémis Droit, Paris, Presses universitaires de France, 2016.

Barreau du Québec (Service de la formation continue), dir. *La Réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard*, Cowansville, Yvon Blais, 2006.

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile*, 8^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2014.

Béchar, Donald. *L'expert*, Cowansville, Yvon Blais, 2011.

Beecher-Monas, Erica. *Evaluating Scientific Evidence: An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

Belleau, Charles, Gérard Brouillette, Monique Dupuis, Lysanne Pariseau-Legault et Pierre Tessier. *Procédure et preuve*, vol 2, coll Collection de droit 2017-2018 de l'École du Barreau, Montréal, Yvon Blais, 2017.

Benyekhlef, Karim. *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2015.

Berger, Benjamin L., Emma Cunliffe, Ronalda Murphy et Steven Penney. *Evidence: A Canadian Casebook*, 4th éd, Toronto, Emond Montgomery, 2016.

Beynel, Jean D. *Expertise, experts et procédure*, coll Comment faire, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1989.

Boucier, Danièle et Monique du Bonis. *Les paradoxes de l'expertise : savoir ou juger ?*, coll Empêcheurs de penser en rond, Le Plessis-Robinson, Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance, 1999.

Boulez, Jacques. *Expertises judiciaires : désignation et missions de l'expert, procédure selon la juridiction*, 14^e éd, coll Encyclopédies, Paris, Delmas, 2006.

Bourgeault, Guy. *L'Éthique professionnelle : réalités du présent et perspectives d'avenir au Québec*, coll Cahiers de recherche éthique, Montréal, Fides, 1989.

- Bowers, C. Michael. *Forensic Testimony : Science, Law and Expert Evidence*, Oxford & San Diego, Academic Press, 2014.
- Brunel, Louis. *L'expertise psycholégale*, 2^e éd, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014.
- Burke, Peter. *A Social History of Knowledge: From Gutenberg to Diderot*, New Jersey, Wiley, 2000.
- Cadiet, Loïc. *Code de procédure civile annoté*, 30^e éd, Paris, LexisNexis, 2017.
- Cadiet, Loïc. *Droit judiciaire privé*, 9^e éd, coll Manuel, Paris, LexisNexis, 2016.
- Candilis, Philip J., Robert Weinstock et Richard Martinez. *Forensic Ethics and the Expert Witness*, New York, Springer, 2007.
- Chamberland, Luc, dir. *Le grand collectif : Code de procédure civile : commentaires et annotations*, Montréal, Yvon Blais, 2015.
- Chamberland, Luc. *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville, Yvon Blais, 2014.
- Chamberland, Luc. *Manuel de plaidoirie : techniques et stratégies d'un procès civil*, 2^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2011, en ligne sur La Référence : [EYB2011MDP33](#).
- Chamberland, Luc. *Nouveau Code de procédure civile : édition comparative*, Cowansville, Yvon Blais, 2014.
- Claveau, François et Julien Prud'homme, dir. *Experts, sciences et sociétés*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2018.
- Cotnam, Geneviève et Isabelle Hudon. *Légispratique : L'expertise*, Montréal, LexisNexis, 2016.
- Cromwell, Thomas A., Darrel Pink et David Blaikie. *Why good lawyers matter*, Toronto, Irwin Law, 2012.
- Domnarski, William. *Swimming in Deep Water: Lawyers, Judges, and our Troubled Legal Profession*, Chicago, American Bar Association, 2014.
- Doust, David J. *The expert witness*, Ayer's Cliff, Pachel Inc., 1997.
- Ducharme, Léo et Charles-Maxime Panaccio. *L'administration de la preuve*, 4^e éd., coll Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.
- Ducharme, Léo. *Précis de la preuve*, 6^e éd, coll Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.

Dumoulin, Laurence. *L'expert dans la justice : de la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Economica, 2007.

Dwyer, Déirder, *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Ebejer, Marlene Rita. *Legal practice and ethics*, 2nd ed, coll Questions and Answers, Chatswood, LexisNexis Butterworths, 2016.

Edelson, Michael D., Roger E. Salhany et W. Vincent Clifford. *Cross-Examination : The Art of The Advocate*, 4th ed, Toronto, LexisNexis, 2016.

England, Paul. *'Expert Privilege' in Civil Evidence*, Oxford, Hart Publishing, 2011.

Evans, Adrian. *The Good Lawyer*, Port Melbourne, Cambridge University Press, 2014.

Favro, Karine, Madeleine Lobé Lobas, Jean-Paul Markus. *L'expert dans tous ses états : À la recherche d'une déontologie de l'expert*, coll Thèmes, Commentaires & Actes, Paris, Dalloz, 2016.

Ferguson, Charles et David Leo Milward. *The Art of Science in the Canadian Justice System: A Reflection on my Experiences as an Expert Witness*, Boca Raton, CRC Press, 2017.

Ferland, Denis et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015.

Freiman, Mark J. et Mark L. Berenblut. *The Litigator's Guide to Expert Witnesses*, Aurora, Canada Law Book, 1997.

Gold, Alan D. *Expert Evidence in Criminal Law: The Scientific Approach*, 2nd ed, coll My iLibrary, Toronto, Irwin Law, 2009.

Guillemard, Sylvette et Séverine Menétrey. *Comprendre la procédure civile québécoise*, Cowansville, Yvon Blais, 2011.

Guillemard, Sylvette, dir. *Le Code de procédure civile : quelles nouveautés ?*, coll Cahiers de droit, Montréal, Yvon Blais, 2016.

Hutchinson, Allan C. *Fighting Fair: Legal Ethics for an Adversarial Age*, New York, Cambridge University Press, 2015.

Institut canadien d'administration de la justice, dir. *Science, vérité et justice*, Montréal, Thémis, 2000.

Institut national de la magistrature, dir. *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, 2013.

Jasanoff, Sheila. *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

Kraft, Melvin D. *Using Experts in Civil Cases*, 2nd ed., New York, Practising Law Institute, 1982.

Lalonde, Louise et Stéphane Bernatchez. *Le nouveau code de procédure civile du Québec : « approche différente » et « accès à la justice civile » ?*, Sherbrooke, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014.

Lavoie, Claude. *L'expert : son rapport et son témoignage*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, en ligne sur La Référence : EYB2008RTE11.

Leclerc, Olivier. *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, coll Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2005.

Levin, Leslie C. et Lynn M. Mather. *Lawyers in Practice: Ethical Decision Making in Context*, coll Chicago Series in Law and Society, Chicago, University of Chicago Press, 2012.

Liebenson, Harold A.. *You, the expert witness*, coll Witness series, Mundelein, Callaghan, 1962.

Loasby, Brian J. *Knowledge, Institutions and Evolution in economics*, London, Routledge, 2002.

Lubet, Steven et Elizabeth I. Boals. *Expert Testimony: A Guide for Expert Witnesses and the Lawyers Who Examine Them*, 3rd ed, Boulder, National Institute for Trial Advocacy, 2014.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 4th ed, Aurora, Canada Law Book, 2008.

Mestre, Pierre. *Les experts auxiliaires de la justice civile*, Paris, Librairie du « Recueil Sirey », 1937.

Moore, Benoît, Marie-Claude Rigaud, Catherine Piché. *L'avocat dans la cité : éthique et professionnalisme*, Montréal, Thémis, 2012.

Nichols, Tom. *The Death of Expertise*, New York, Oxford University Press, 2017.

Paciocco, David M. et Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed, coll Essentials of Canadian Law, Toronto, Irwin Law, 2015.

Piché, Catherine. *Droit Judiciaire Privé*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2014

Piché, Catherine. *Jean-Claude Royer – La preuve civile*, 5^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2016.

Préville-Ratelle, Emmanuel. *Le paradoxe de l'expertise partisane*, coll Minerve, Montréal, Yvon Blais, 2015

Reid, Hubert. *Code de procédure civile du Québec : jurisprudence et doctrine*, 32^e éd, coll Alter Ego, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016.

Renaud, Gilles. *L'évaluation du témoignage : un juge se livre*, Cowansville, Yvon Blais, 2008.

Rousseau, Gérard et Patrick de Fontbressin. *L'expert et l'expertise judiciaire en France : Théorie, pratique, formation*, coll Droit et Justice, n° 70, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2007

Rousseau, Gérard. *L'expert et l'expertise judiciaire en France : théorie, pratique, formation*, coll Droit et justice Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2007.

Ruellan, François. *Droit et pratique de l'expertise judiciaire civile*, 2^e éd, Paris, LexisNexis, 2015.

Stone, Matthew. *Levinas, Ethics and Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2016.

Truilhé-Marengo, Ève. *Preuve scientifique, preuve juridique*, coll Droit des technologies, Bruxelles, Larcier, 2012.

Vergès, Étienne. *Les principes directeurs du procès judiciaire : Étude d'une catégorie juridique*, thèse de doctorat en droit, Université de droit, d'économie et de sciences d'Aix-Marseille, 2000

Voltaire. *L'affaire Calas*, coll Les livres qui ont changé le monde, n° 7, Le Monde/Flammarion, 2009.

Wolcher, Louis E. *The Ethics of Justice Without Illusions*, New York, Routledge, 2016.

Woolley, Alice. *Lawyers' Ethics and Professional Regulation*, 2nd ed, Markham, LexisNexis, 2012.

Articles et chapitres de monographies

Abbott, Neil. « How to Instruct Experts Witnesses » (2011) 30:39 *Lawyers W* 1.

Babin, Luc. « Chronique – Cet étranger dans votre dossier : le témoin expert en construction (deuxième partie) » dans *Repères*, Yvon Blais, 2013, en ligne sur La Référence :

Bachand, Frédéric. « Les principes généraux de la justice civile et le nouveau Code de procédure civile » (2015) 61:2 *McGill LJ* 447.

Beech, Clifton. « The Admissibility of Expert Opinions in Canada Courts » (2015) 21 L & Bus Rev Americas 361.

Bell, Evan. « Judicial Assessment of Expert Evidence » (2010) 2 Judicial Studies Institute J 55.

Belley, Jean-Guy. « Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile » (2001) 46 McGill LJ 317.

Bernstein, David E. « Expert Witness, Adversarial Bias, and the (Partial) Failure of the Daubert Revolution. » (2008) 93 Iowa L Rev 451.

Beuscher, Jacob H. « The Use of Experts by the Courts » (1941) 54:7 Harv L Rev 1105.

Binnie, W. Ian C. « Science In The Courtroom : The Mouse that Roared » (2008) 27:2 Advocates' Society J 11.

Binnie, W. Ian C., « The Changing Role of the Expert Witness » (2010) 49 Sup Ct L Rev 179

Binnie, W. Ian C., C. Adèle Kent, Stephen T. Goudge, André Wery, Sarah Berger Richardson et Flora Lê. « Chapitre 3 : La gestion et l'évaluation de la preuve d'expert » dans *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, Institut national de la magistrature, 2013.

Boccaccini, Markus T., Caroline S. Chevalier, Daniel C. Murrie et Jorge G. Varela. « Psychopathy Checklist–Revised Use and Reporting Practices in Sexually Violent Predator Evaluations » (2015) 1 Sexual Abuse J Research & Treatment 23.

Borgia, Denis. « L'expertise commune - Un peu de droit comparé » dans *Le TAQ d'hier, d'aujourd'hui et de demain – 15e anniversaire (2013)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, Yvon Blais, 2013, en ligne sur La Référence : EYB2013DEV1967.

Boudreau, Cheryl et Mathew D. McCubbins. « Nothing But the Truth? Experiments on Adversarial Competition, Expert Testimony, and Decision Making » (2008) 5 J Empirical Legal Studies 751.

Brewer, Scott. « Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process » (1998) 107:6 Yale LJ 1535.

Bubela, Tania M. « Expert Evidence : The Ethical Responsibility of the Legal Profession » (2004) 41 Alta L Rev 853.

Cadiet, Loïc. « Pour une “Théorie générale du procès” » (2011) 28 Ritsumeikan LR 127.

Caron, Sébastien C., Marie-Noël Rochon et Elisabeth Neelin. « Chronique : Procédure civile. Communications entre avocats et experts : le privilège relatif au litige et les devoirs des experts » (2015) 74 R d B 557, en ligne sur La Référence : EYB2015RDB169.

Chalifour, Nathalie, C. Scott Findlay et Heather McLeod-Kilmurray. « Chapitre 2 : La science et la méthode scientifique » dans *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, Institut national de la magistrature, 2013.

Chamberland, Luc. « Annexe III – Guide du témoin expert au procès (énumération des 26 règles applicables) » dans *Manuel de plaidoirie : techniques et stratégies d'un procès civil*, 2^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2011, en ligne sur La Référence : EYB2011MDP33

Chénier, Jean-Robert. « Un regard critique sur la preuve d'expert », dans *TAQ hier, aujourd'hui et demain*, Service de la formation continue du Barreau du Québec (Spécial 15^e anniversaire), en ligne sur La Référence : EYB2013DEV1968

Cole, Simon A. « Where the Rubber Meets the Road: Thinking About Expert Evidence as Expert Testimony » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law, London, Routledge, 2017.

Corbin, Ruth M. « The hot-tub alternative to adversarial expert evidence » (2014) 32 Adv J No 4.

Cunliffe, Emma et Gary Edmond. « Gatekeeping in Canada: Mis-Steps in Assessing the Reliability of Expert Testimony » (2013) 92 Can Bar Rev 327.

Cunliffe, Emma. « Independance, Reliability and Expert Testimony in Criminal Trials » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law, London, Routledge, 2017.

Cunliffe, Emma. « Introduction » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law, London, Routledge, 2017.

De L'Étoile, Vincent. « J'ai trouvé un ami... Quel rôle pour l'amicus dans l'action collective québécoise ? » dans *Colloque national sur l'action collective – Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis (2018)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2018.

Desforges, Cécile et Cynthia St-Louis. « L'obligation de l'expert de divulguer les instructions reçues en vertu de l'article 235 du Code de procédure civile : brèche du secret professionnel et/ou du privilège relatif au litige ? » dans *Repères*, Yvon Blais, 2016, en ligne sur La Référence : EYB2016REP2000.

Dodek, Adam. « Chapitre 4 : Les règles déontologiques encadrant le témoin expert » dans Dupuis, Monique. « Fascicule 28 : Audition des témoins » dans *JurisClasseur Québec – Procédure civile I*, 2^e éd., Montréal, LexisNexis, 2012.

Duval Hesler, Nicole. « L'admissibilité des nouvelles théories scientifiques » (2002) 62 R du B 359.

Edmond, Gary. « Merton and the Hot Tub : Scientific Conventions and Expert Evidence in Australian Civil Procedure » (2009) 72 Law & Contemp Probs 159.

Epstein, Barry M. et Mark S. Klein. « The Use and Abuse of Expert Testimony In Product Liability Actions » (1987) 17 Seton Hall L Rev 656.
EYB2013REP1327.

Farrow, Trevor C. W. et Jonathan Silver. « Canadian Civil Justice : Relief in Small and Simple Matters in an Age of Efficiency » (2015) 8 Erasmus LR 232.

Finlay, Bryan. « The Independent Expert Witness: How Did We Get Here? » (2015) 34:2 Adv J 36.

Finn, Shaun E. « Chapitre 4 : Témoignage de l'expert et traitement des frais d'expertise » dans *Légispratique : L'Expertise*, LexisNexis, Montréal, 2016.

Foster, William L. « Expert Testimony, Prevalent Complaints and Proposed Remedies » (1897) 11 Harv L Rev 169.

Golan, Tai. « Revisiting the History of Scientific Expert Testimony » (2008) 76:3 Brook L Rev 879.

Goodman, Leonard S. « The Historic Role of the Oath of Admission » (1967) 11 Am J Leg Hist 404.

Gordon, Georges G. et Irene Ayzenberg-Lyman. « The Role of Daubert in Scrutinizing Expert Testimony in Class Certification » (2014) 82 Geo Wash L Rev 135.

Guilbault, Geoffroy. « Commentaire sur la décision Audet c. Landry – De la ligne entre le droit et l'expertise que l'expert ne doit pas dépasser » dans *Repères*, Yvon Blais, 2009, en ligne sur La Référence : EYB2009REP886.

Gutheil, Thomas G., Patrice Marie Miller et Michael Lamport Commons. « Expert professionalism as judged by experts: An empirical pilot study » (2011) 39 J Psychiatry & Law 411.

Hand, Learned. « Historical and Practical Considerations regarding Expert Testimony » (1901) 15:1 Harv L Rev 40.

Harrison, Jeffrey L. « Reconceptualizing the Expert Witness : Social Costs, Current Controls, and Proposed Responses » 18 Yale J Reg 253.

Hudon, Isabelle. « Chronique – Les limites du rôle de l'actuaire dans l'évaluation du préjudice corporel. L'expert commun serait-il la solution ? » dans *Repères*, Yvon Blais, 2014, en ligne sur La Référence : EYB2014REP1546.

Jasanoff, Sheila. « Research Subpoenas and the Sociology of Knowledge » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law, London, Routledge, 2017.

Jurs, Andrew W. « Balancing Legal Process with Scientific Expertise : Expert Witness Methodology in Five Nations and Suggestions for Refort of Post-Daubert U.S. Reliability Determinations » (2011) 95 Marq L Rev 1329.

Jutras, Daniel. « Culture et droit processuel : le cas du Québec » (2009) 54 McGill LJ 273.

Jutras, Daniel. « L'expert et la justice civile : savoir et comprendre, mais à quel prix ? » dans Pierre Noreau, dir, *22 chantiers pour l'accès au droit et à la justice*, Montréal, Yvon Blais [à paraître en 2019]

Jutras, Daniel. « Expertise scientifique et causalité », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Service de formation continue du Barreau du Québec, 1992.

Kessler, Amalia D. « Our Inquisitorial Tradition : Equity Procedure, Due Process, and the Search for an Alternative to the Adversarial » (2005) 90:5 Cornell L Rev 1181.

Khoury, Lara et Étienne Vergès. « Le traitement judiciaire de la preuve scientifique : une modélisation des attitudes du juge face à la connaissance scientifique en droit de la responsabilité civile » (2017) 58:3 C de D 517.

Khoury, Lara. « Causation and Health in Medical, Environmental and Product Liability » (2007) 25:1 Windsor YB Access Just 135.

Lafond, Pierre-Claude. « Introduction » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Régler autrement les différends*, Montréal, LexisNexis, 2015.

Langbein, John. « The German Advantage in Civil Procedure » (1985) 52 U Chicago L Rev 823.

Lederman, Sidney N. « Les juges comme gardiens : admissibilité des preuves scientifiques fondées sur des théories nouvelles » dans *Science, vérité et justice*, Montréal, Thémis, 2001.

Lederman, W. R. « The Independence of the Judiciary » (1956) 34 Can B Rev 1139.

Limbirt, John. « Bias Universal among Expert Witnesses » (2007) 26:38 Lawyers W.

MacDonald, Roderick A. « Law Reform for Dummies (3rd Edition) » (2013) 51 Osgoode Hall LJ 859.

Mackay, Pierre. « Les normes techno-scientifiques : problèmes de rapports entre le droit et la science » dans *Science, vérité et justice*, Montréal, Thémis, 2001.

Manarin, Brian. « Ethicality and the Expert Witness: Remembering What Hangs in the Balance » (2015) 34 Med & L 181.

Marseille, Claude. « Les deux facettes de la règle de la pertinence » dans *Points de droit – La règle de la pertinence en droit de la preuve civile québécois*, Yvon Blais, 2004, en ligne sur La Référence : EYB2004PDD120

McLachlin, Beverley. « Introduction » dans *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, Institut national de la magistrature, 2013.

Meltzer, C.C., G. Sze, K.S. Rommelfanger, K. Kinlaw, J.D. Banja et P.R. Wolpe. « Guidelines for the Ethical Use of Neuroimages in Medical Testimony : Report of a Multidiciplinary Consensus Conference » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law, London, Routledge, 2017.

Menétrey, Séverine. « L'immixtion de tiers amicaux dans le mécanisme juridictionnel » (2004) 45 C de D 729.

Merrill, Richard A. « Science and the Legal System : Truth, Justice and Fairness » dans *Science, vérité et justice*, Montréal, Thémis, 2000.

Michalik, Paul. « Justice in Crisis ; England and Wales » dans Adrian S. Zuckerman, dir, *Civil Justice in Crisis*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

Michell, Paul et Renu Mandhane. « Civil Justice and Civil Justice Reform : The Uncertain Duty of the Expert Witness » (2005) 42 Alta L Rev 635.

Mockle, Daniel. « La justice, l'efficacité et l'imputabilité » (2013) 54 C de D 613.

Morgan, Edmund M. « Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept » (1948) 62 Harv L Rev 177.

Morissette, Yves-Marie. « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions » (2009) 50 C de D 381.

Murrie, Daniel C., Markus T. Boccaccini, Lucy A. Guarnera et Katrina A. Rufino. « Are Forensic Experts Biased by the Side That Retained Them? » [2013] 1 Psychological Science 9.

Noreau, Pierre et Mario Normandin. « L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance » 71 R du B 207.

Noreau, Pierre. « L'ancien... et le nouveau. Éléments pour une théorie générale du changement institutionnel : le cas de la justice sans papier », [article à paraître].

Noreau, Pierre. « La justice est-elle soluble dans la procédure ? Repères sociologiques pour une réforme de la justice civile » (1999) 40:1 C de D 33.

Oytana, Yves. « The Judicial Expert in a Two-Tier Hierarchy » (2014) 170 J Institutional and Theoretical Economics 540.

Paciocco, David M. « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009) 34 Queen's LJ 565.

Pape, Paul et Joanna Nairn. « Moore v. Getahun : Practical questions about expert witness interactions » (2015) 34 Adv J No 1.

Paul-Hus, Alexandre. « Chronique – L'expertise : sa recevabilité et sa force probante, bien choisir l'angle et le moment d'attaque » dans *Repères*, Yvon Blais, 2013, en ligne sur La Référence : EYB2013REP1337.

Perlin, Michael L., Astrid Birgden et Kris Gledhill. « "The Witness Who Saw / He Left Little Doubt" : A Comparative Consideration of Expert Testimony in Mental Disability Law Cases in Common and Civil Law Systems » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law, London, Routledge, 2017.

Piché, Catherine. « La disposition préliminaire du Code de procédure civile » 73 R du B 135.

Piché, Catherine. « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative » (2009) 40 RDUS 551

Piché, Catherine. « Le dialogue des parties et la vérité plurielle comme nouveau paradigme de la procédure civile québécoise. » (2017) 62:3 McGill LJ 901.

Piché, Catherine. « Un juge extraordinaire » dans Sylvette Guillemard, dir, *Le Code de procédure civile : quelles nouveautés ?*, coll Cahiers de droit, Montréal, Yvon Blais, 2016.

Piché, Catherine et Shana Chaffai-Parent. « Chapitre 1 : Le rôle de l'expert » dans Isabelle Hudon et Geneviève Cotnam, dir, *LégisPratique : L'expertise*, Montréal, LexisNexis, 2016.

Piché, Catherine et Hamish Stewart. « Chapitre 1 : Le cadre juridique régissant la preuve scientifique » dans *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, Institut national de la magistrature, 2013.

Pinsler, Jeffrey. « Expert Evidence and Adversarial Compromise: A Re-Consideration of the Expert's Role and Proposals for Reform » (2015) 27 Sing Ac LJ 55.

Posner, Richard A. « The Role of the Judge in the Twenty-First Century » (2006) 86 BUL Rev 1049.

Proulx, Michel. « Et si l'éthique pouvait contribuer à la manifestation de la vérité » dans *Science, vérité et justice*, Montréal, Thémis, 2001.

Proulx, Michel. « Le témoin expert : Et si l'éthique pouvait contribuer à la manifestation de la vérité » (2003) 8 RCDP 143.

Reinfert, Elizabeth. « Getting into the Hot Tub: How the United States Could Benefit from Australia's Concept of "Hot Tubbing" Expert Witnesses » (2011) 89 U Det Mercy L Rev 103.

Richard, Michel. « La gestion d'instance » dans *Congrès annuel du Barreau du Québec 2009*, Barreau du Québec, Service de la Formation continue, Montréal, 2009.

Rix, Keith J.B. « Expert Evidence and the Courts – 1. The History of Expert Evidence » (1999) 5 *Advances in Psychiatric Treatment* 71.

Roberge, Jean-François. « Sense of Access to Justice as a Framework for Civil Procedure Justice Reform: An Empirical Assessment of Judicial Settlement Conferences in Québec (Canada) » (2016) 17:2 *Cardozo J Conflict Resolution* 323.

Robertson, Christopher T. « The Blind Expert: A Litigant-Driven Solution to Bias and Error » (2010) 85 *NYUL Rev* 174.

Rosenthal, Lloyd L. « The Development of the Use of Expert Testimony Expert Testimony » (1935) 2:4 *Law & Contemp Probs* 403.

Sanders, Simon A. « Science, Law, and the Expert Witness » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law, London, Routledge, 2017.

Schmidt-Ahrendts, Nils. « Expert Teaming - Bridging the Divide Between Party-Appointed and Tribunal Appointed Experts » (2012) 43 *VUWLR* 653.

Shuman, Daniel W., Elizabeth Whitaker et Anthony Champagne. « An Empirical Examination of the Use of Expert Witnesses in the Courts » (1994) 34 *Jurimetrics* 193.

Sonenshein, David et Charles Fitzpatrick. « The Problem of Partisan Experts and the Potential for Reform through Concurrent Evidence » (2013) 32:1 *R Litigation* 1.

Taylor, Robert F. « A Comparative Study of Expert Testimony in France and the United States : Philosophical Underpinnings, History, Practice, and Procedure » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law, London, Routledge, 2017.

Vertlieb, Art et Ian Knapp. « Experts : Judges Need to Bring Real Change » (2005) 73:5 *Advocate* 665.

Weingart, Peter, Julie Thomson Klein et Carl Mitcham. « A Short History of Knowledge Formations » dans *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Welch, Scott. « From Witness Box to the Hot Tub: How the “Hot Tub” Approach to Expert Witnesses Might Relax an American Finder of Fact » (2010) 5 J Intl Com L & Tech 154.

Wolski, Bobette. « Reform of the Civil Justice System Two Decades Past – Implications for the Legal Profession and for Law Teachers », (2009) 21:3 Bond LR 192

Yee, Kenton K. « Dueling Experts and Imperfect Verification » (2008) 28 Intl Rev L & Econ 246.

Zuckerman, Adrian S. « Lord Woolf’s Access to Justice : Plus Ça Change... » (1996) 59 Mod L Rev 773.

AUTRES SOURCES

« Guy Turcotte trial revives debate over medical expert testimony », éd CBC News (7 décembre 2015).

« L’embauche d’experts devra être réexaminée », éd TVA Nouvelles (6 décembre 2015).

« Procès Turcotte : lorsque la science éclaire la justice », éd Radio-Canada (7 décembre 2015).

Arnold, Erik et Errol Soriano. *The Recent Evolution of Expert Evidence in Selected Common Law Jurisdictions Around the World*, A Commissioned Study for the Canadian Institute of Chartered Business Valuators, 2014.

Barreau du Québec. *Guide des meilleures pratiques*, 5^e éd, Montréal, 2015.

Barreau du Québec. *Mémoire du Barreau du Québec sur le projet de loi no 28 intitulé Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, présenté à la Commission des institutions de l’Assemblée nationale du Québec, 2013.

Bernheim, Emmanuelle. *La relation complexe du juge et de l’expert-psychiatre*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 2006.

Caza, Pierre-Étienne. « Preuve ou opinion ? », éd Actualités UQAM (3 octobre 2014).

Chaffai-Parent, Shana. *Déconstruire le mythe : La mission de l’expert et le nouveau Code de procédure civile*, Conférence, Séminaires Jeunes chercheurs du Centre de recherche en droit public, 10 janvier 2017.

Chaffai-Parent, Shana. *Réforme de la procédure civile au Canada : La question de l'expert. Innovations + Influence = Progrès ?*, Conférence, Table-ronde de l'ACSED 2017 : Le Canada et son droit, entre progrès, innovations et influences, 20 mars 2017.

Chaffai-Parent, Shana et Marie-Ève Léveillé. *Penser et utiliser la preuve par expertise autrement*, Les Conférences JBM-CAIJ, Cour d'appel du Québec, Montréal, 6 décembre 2017.

Cliche, Jean-François. « Lumière sur le "magasinage" d'experts », éd Le Soleil (30 novembre 2015).

Canada, Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale. *L'accès à la justice en matière civile et familiale : Une feuille de route pour le changement*, Ottawa, 2013.

Québec, Comité de révision de la procédure civile. *La révision de la procédure civile : une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Publications gouvernementales du Québec, 2001.

Canada, Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Justice différée, justice refusée : L'urgence de réduire les longs délais dans le système judiciaire au Canada (rapport final)*, Ottawa, 2017.

Québec, Commentaires de la ministre de la justice. *Code de procédure civile, c C-25.01*, en ligne sur CAIJ – Juribistro eLois : <https://elois.caij.qc.ca/C-25.01>.

Cotton, Marie-Ève. « Le Collège des médecins doit intervenir ! », éd Le Devoir (12 novembre 2015).

Courcy, Martin. « Les experts et le cas Turcotte », éd Droit-Inc.com (20 décembre 2012).

Farrow, Trevor C. W., Ab Currie, Nicole Aylwin, Les Jacobs, David Northrup et Lisa Moore. *Everyday Legal Problems and the Cost of Justice in Canada: Overview Report*, Canadian Forum on Civil Justice, 2016.

Gautrais, Vincent. *Preuve à l'épreuve du numérique*, Conférence, Université de Montréal, 11 juin 2018.

Gouge, Stephen T. *Inquiry Into Pediatric Forensic Pathology in Ontario*, Ontario, Ministry of the Attorney General, 2008.

Jeune Barreau de Montréal. *Mémoire de l'Association du Jeune Barreau de Montréal - Projet de loi 28 – Loi instituant la réforme du Code de procédure civile*, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, 2013.

Judiciary of England and Wales, *Queen's Bench Guide*, 2017

Kaufman, Fred. *Rapport de la Commission Kaufman sur les poursuites contre Guy Paul Morin*, Ontario, Ministère du Procureur Général, 1998.

Québec, Ministère de la Justice, *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile*, Québec, Publications gouvernementales du Québec, 2006.

Osborne, Coulter A. *Civil Justice Reform Project: Summary of Findings & Recommendations*, Toronto, Ministry of the Attorney General, 2007.

Panaccio, Charles-Maxime. « Les tribunaux, consommateurs d'expertise », pour Association Francophone pour le Savoir (ACFAS) (12 avril 2015), en ligne : <https://www.acfas.ca/publications/decouvrir/2015/04/tribunaux-consommateurs-expertise>.

Poirier, France. « Un livre relate les dessous de l'affaire Turcotte », éd Journal Le Nord (12 avril 2016).

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. *Mémoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale : avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, 2011.

Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 40^e lég, 1^{ère} sess, vol 43, n^o 71 (débats tenus de septembre à novembre 2013).

Sabourin, Guy. « Une neutralité non-élastique », éd Santé inc (avril 2014).

Savard, Frédéric. « Procès de Guy Turcotte : À expert, expert et demi », éd EnBeauce.com (11 novembre 2015).

Québec, Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau. *Rapport du sous-comité Magistrature-Justice-Barreau sur les expertises*, Québec, Publications gouvernementales du Québec, 2007.

The Advocates' Society. *Principles Governing Communications with Testifying Experts*, Toronto, 2014.

R-U, The Right Honourable Lord Woolf, Master of the Rolls. *Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, Chapter 13: Expert Evidence, 1996.