

Le paradoxe de l'expertise partisane

Emmanuel Préville-Ratelle

Faculté de Droit
Université McGill, Montréal

Octobre 2012

Thèse présentée à l'Université McGill
dans l'accomplissement partiel des exigences
du diplôme de maîtrise en droit (LL.M.)

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	iii
INTRODUCTION	1
<i>L'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile</i>	1
L'objectif et la démarche	3
La terminologie	4
Le problème de l'expertise partisane	7
CHAPITRE 1 : Désacraliser dans l'histoire la pratique de l'expertise partisane	12
1.1. La pratique de l'expertise en Nouvelle-France	14
1.2. La conquête et la résistance passive à l'établissement du droit anglais	18
1.3. <i>L'Acte de Québec</i> et le rétablissement du droit civil canadien	22
1.4. L'expertise sous le <i>Code de procédure civile du Bas-Canada</i>	30
1.5. Les origines de l'expertise partisane	33
1.6. La consécration de l'expertise partisane	42
CHAPITRE 2 : L'expérience du droit comparé	45
2.1. Le <i>single joint expert</i> anglais et ses origines	45
2.1.1. Les origines du <i>single joint expert</i>	46
2.1.2. La partie 35 CPR, la directive de pratique et le protocole supplémentaire	56
2.1.3. L'impact du nouveau procédé d'expertise	60
2.2. L'expertise judiciaire française	63
2.2.1. L'expertise comme mesure technique	66
2.2.2. Le statut de l'expert judiciaire	71
2.2.3. L'impact de l'expertise judiciaire sur le procès	72
2.3. Rapprochement entre les pratiques anglaise et française : la justice civile comme service public	74
CHAPITRE 3 : Analyse critique de l'expertise dans l'atteinte d'une justice civile formulée comme équité	76
3.1. La justice civile formulée comme équité	78
3.2. L'antagonisme	84
3.3. Critique des arguments à l'encontre de l'expertise unique	90
3.4. Les préoccupations pratiques relatives à l'expertise prévue à l'avant-projet de loi	102
CONCLUSION	108
BIBLIOGRAPHIE	112

Résumé

Le dépôt de l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile a ravivé le mouvement de défense de l'expertise partisane et la résistance institutionnelle à l'encontre de l'expertise commune, unique ou judiciaire. Cette résistance est pourtant paradoxale. D'abord, l'expertise partisane n'a pas toujours été pratiquée, mais est apparue à la fin du 19^e siècle avec le développement du processus judiciaire antagoniste et l'accroissement de la liberté professionnelle des plaideurs. Ensuite, les expériences étrangères de la France et de l'Angleterre démontrent qu'aucune préoccupation pratique alléguée par les défenseurs de l'expertise partisane n'est réellement insurmontable et permettent d'envisager un procédé d'expertise conforme au principe de la contradiction et soutenant une vision plus coopérative du procès. Enfin, aucun argument avancé selon une formulation de la justice civile comme équité ne peut être raisonnablement soutenu à l'encontre de l'expertise commune ou unique. Bien au contraire, la justice civile formulée comme équité milite davantage pour une pratique de l'expertise unique qui satisfait aux conditions de compétence, d'impartialité, d'indépendance et de publicité. Pour cette raison, la préoccupation véritable des juristes et des justiciables ne devrait pas être la défense de la pratique de l'expertise partisane, mais devrait être de plaider pour un changement de la pratique de l'expertise qui respecte le principe de la contradiction et les conditions de la justice formulée comme équité.

Abstract

The introduction of the Draft Bill to enact the new Code of Civil Procedure has revived the movement defending the partisan expertise and the institutional resistance against the common, single or judiciary expertise. This resistance is yet paradoxical. Firstly, the adversarial expertise has not always been practiced, but appeared in the late 19th century with the development of the judicial adversarial process and with the increase of lawyers' professional freedom. Secondly, French and English experiences show that no practical concern alleged by the partisan expertise proponents is actually insurmountable and allow considering an expertise process complying with the principle of contradiction and supporting a more cooperative view of the trial. Finally, no argument according to a formulation of civil justice as fairness can be reasonably advanced against the single expert process. On the contrary, civil justice as fairness militates for a single expert practice that meets the conditions of competence, impartiality, independence and publicity. For this reason, the real concern of lawyers and litigants should not be to defend the partisan expertise practice, but to plead in favour of a change in the practice that would respect the principle of contradiction and the conditions of civil justice as fairness.

PRÉFACE

L'idée d'écrire sur la pratique de l'expertise en matière civile est née d'une visite improvisée d'une amie que j'accompagnais chez le juge Wery. Sans surprise, la conversation a rapidement pris une tournure juridique. Est-ce parce que le droit touche à tout ou parce qu'entre juristes, l'objet de la discussion revient toujours ou naturellement au droit? Au cours d'une discussion animée sur l'état de la justice civile au Québec, nous en sommes venus à parler de la pratique de l'expertise devant les tribunaux civils. Tantôt avocat du diable, tantôt rallié à l'enthousiasme et à la position du juge Wery, la discussion m'a instillé au fur et à mesure une curiosité, une envie de pousser la réflexion et de contribuer au débat. C'était l'été 2011, avant le dépôt de l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*.

L'une des principales plaintes du juge Wery était l'absence ou la carence de recherches ou de réflexions critiques concernant les procédés d'expertise devant les tribunaux civils québécois. Historiquement, peu a été écrit sur le droit civil de la preuve et de la procédure. Comme intersection entre la preuve et la procédure, l'expertise n'attire que très peu d'attention de la part des commentateurs et des juristes. À vrai dire, les textes peu nombreux traitent le sujet de manière exclusivement descriptive et pragmatique.

Pour bien des juristes, l'expertise se présente comme un rendez-vous indésiré et forcé avec une discipline qu'ils ont rejetée dans un passé plus ou moins lointain. La grande majorité des avocats ne possède aucune formation technoscientifique. Une anecdote de mon baccalauréat en droit illustre de façon surprenante le péril dans lequel certains de mes consœurs et confrères se trouvent. Dans un cours de droit de la famille, plusieurs étudiants étaient incapables de faire les calculs en lien avec le partage du patrimoine familial sans calculatrice et angoissaient à l'idée de ne pas avoir un tel outil à l'examen. Pourtant, le calcul de la valeur du patrimoine familial et des droits respectifs des conjoints ne nécessite que des opérations arithmétiques très simples. J'ai été témoin d'une scène

similaire à mon passage à l'École du Barreau du Québec, lors des journées de formation professionnelle dédiées au droit de la famille.

Pour beaucoup, l'expertise se présente en quelque sorte comme l'intersection malencontreuse entre l'espace ou le domaine technoscientifique et le légal. Pour d'autres, il s'agit d'un moyen comme un autre pouvant être la clé du succès d'un procès ou la raison de son échec. Quoi qu'il en soit, l'expertise occupe souvent dans le procès civil une place centrale et décisive qui transcende les considérations personnelles des plaideurs et aboutit ultimement aux justiciables. Aux yeux de ces derniers, un procédé d'expertise peut rendre la justice coûteuse et hasardeuse, voire même périlleuse.

À l'origine, le projet envisagé était plus mathématique et économique. Néanmoins, je me suis rapidement aperçu que le problème n'était pas d'origine strictement logique ou rationnelle. La démonstration initialement considérée n'aurait donc été qu'une pure gymnastique intellectuelle. J'ai donc favorisé la réflexion critique à la réflexion mathématique. Le long processus qui a mené à l'écriture de cette thèse m'a amené à réfléchir et à poser des questions sur la place du savoir, de la vérité, du jugement et de la justice, sur les rôles des juges et des avocats dans la quête de la justice et la résolution des différends et sur les relations entre justiciables.

Le texte qui suit est probablement bien différent du résultat souhaité par le juge Wery, mais j'espère que cette modeste contribution aidera les juristes à mieux comprendre les tenants et aboutissements de la pratique de l'expertise devant les tribunaux québécois.

Je profite de ces dernières lignes pour remercier mon superviseur, le professeur Frédéric Bachand, pour son soutien et ses précieux commentaires. Je remercie aussi ma famille pour leurs encouragements et plus particulièrement mes parents, Marie-Éveline et Luc, et mon frère Nicolas, qui partagent avec moi leur passion pour le droit et la justice.

Le 27 octobre 2012,
Emmanuel Prévill-Ratelle

INTRODUCTION

L'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile

Le 29 septembre 2011, M. Jean-Marc Fournier, ministre de la Justice du Québec, dépose à l'Assemblée nationale l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*¹. Aux notes explicatives de l'avant-projet de loi, le ministre fait sienne la recommandation adoptée par le Sous-comité magistrature-justice-Barreau sur les expertises selon laquelle il faut favoriser, en autant que possible, le recours à un expert commun du consentement des parties. En l'absence de consentement, l'avant-projet autorise même le tribunal à imposer une telle expertise « si le respect de la proportionnalité l'impose »². L'expertise commune se présente comme une solution de rechange à l'expertise partisane, qualifiée à tort d'expertise contradictoire.

Pour plusieurs, l'expertise commune constitue une solution à divers problèmes d'accès à la justice, d'accroissement des délais judiciaires, d'impartialité, d'indépendance et d'administration de la preuve. Bien que l'adoption d'une telle mesure soit incertaine au stade d'avant-projet de loi en raison d'éventuelles élections provinciales, l'expertise commune ou unique semble imminente.

Un tel changement ne se fait vraisemblablement pas sans résistance de la part des acteurs du milieu, soit les avocats, les juges, les experts et les justiciables. Lors de la consultation générale et des auditions publiques sur l'avant-projet de loi, plusieurs intervenants, notamment le Fonds d'assurance responsabilité professionnelle de l'Ordre des dentistes du Québec, l'Association canadienne de protection médicale (ACPM), Me Jean-Pierre Ménard (avocat représentant des victimes d'erreurs médicales), l'Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes (ACCAP), la Chambre des notaires, l'Association des

¹ APL, 2^e sess, 39^e parl, *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 2011 [APL du nouveau Cpc].

² *Ibid*, art 155, al 1(2).

jeunes du Barreau de Montréal (AJBM), le Barreau du Québec et un citoyen (ayant été déclaré plaideur quérulent à la suite d'une saga judiciaire contre des professionnels de la santé) ont exprimé leur opposition à toute expertise unique obligatoire. Selon ces derniers, le pouvoir du juge d'ordonner une expertise unique si le respect du principe de la proportionnalité l'impose usurperait le rôle du juge, réduirait l'accès à une justice indépendante de haute qualité, transgresserait le droit à une défense pleine et entière, proliférerait les dangers du système de procédure inquisitoire et priverait le tribunal d'opinions différentes sur les faits en litige en empêchant le débat quant à l'existence d'écoles de pensée divergentes dans la discipline ou la matière concernée.

À cela s'ajoutent les arguments d'inefficacité et d'inconstitutionnalité de la mesure. D'une part, un tel procédé d'expertise serait inefficace et plus coûteux pour les justiciables puisque les avocats auraient tout de même à consulter un ou des experts officieux (*shadow experts*) pour introduire les demandes en justice et préparer les allégations. D'autre part, une ordonnance d'expertise unique violerait le principe de justice fondamentale qui consacre le droit d'être entendu, soit la maxime de l'*audi alteram partem*, et qui confère à toute partie à un litige le droit de faire entendre un expert de son choix.

La résistance de la part des acteurs du milieu juridique est bien réelle. Avocats, notaires, assureurs en responsabilité civile et professionnels de la santé ne souhaitent pas être limités dans leur capacité à nommer et à faire entendre l'expert de leur choix. Étrangement, seuls deux intervenants « étrangers » à la communauté juridique, la Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec et un plaideur quérulent, se sont opposés à une telle limitation et leur opposition était, avec égards, fondée sur une compréhension profane de la pratique de l'expertise devant les tribunaux. À la lecture des interventions rapportées dans le *Journal des débats de la Commission des institutions*, la capacité de nommer l'expert de son choix semble avoir toujours été et apparaît comme une caractéristique fondamentale, voire même sacrée, du processus judiciaire de résolution des conflits.

L'objectif et la démarche

L'objectif de cette thèse est de déconstruire la pratique actuelle de l'expertise partisane, d'apprécier les arguments à l'encontre des procédés d'expertises commune, unique et judiciaire et d'apporter une réflexion critique sur la formulation de la justice civile sur laquelle ces arguments sont fondés.

Pour ce faire, le premier chapitre de cette thèse présente une enquête historique sur la pratique de l'expertise. Nous retraçons les origines et l'évolution de l'expertise partisane au Québec et en examinons les conditions d'apparition. Cette enquête historique est nécessaire puisque la majorité des juristes québécois ne connaît pas les fondements d'une pratique que plusieurs supportent. À l'époque de la Nouvelle-France, les parties au litige et le juge procèdent à la nomination d'experts qui assistent le tribunal. L'expertise judiciaire constitue la règle et il est impossible de s'y soustraire. La pratique de l'expertise partisane apparaît à la fin du 19^e siècle au Bas-Canada et devient pleinement consacrée au 20^e siècle. Comprendre comment cette pratique apparaît à cette époque aide à expliquer la résistance institutionnelle à l'encontre d'une autre pratique qui a déjà été, soit le recours par les tribunaux à des experts impartiaux dans le but principal d'assister les juges.

Le second chapitre complète le premier et prend la forme d'un sondage critique visant à expliquer ce qui se fait à l'extérieur de la juridiction québécoise. Les pratiques d'expertise de la France et de l'Angleterre sont examinées afin de voir comment des solutions alternatives sont expérimentées. L'objectif n'est pas d'idéaliser ou de vanter de possibles alternatives, mais plutôt d'élargir notre perspective relative au procédé d'expertise et d'écarter la croyance selon laquelle l'expertise partisane s'impose par rapport aux autres.

Le troisième chapitre construit sur la réflexion accomplie dans les deux premiers et propose une analyse critique de la pratique de l'expertise partisane et de la façon dont les problèmes expérimentés et les arguments avancés par les praticiens sont formés. Pour se faire, la formulation de la justice civile sur laquelle

les arguments contre l'expertise unique sont basés est examinée. L'objectif vise à déconstruire ces arguments, à évaluer s'ils sont raisonnablement soutenus par la formulation identifiée de la justice civile, à répondre aux préoccupations pratiques alléguées et à déterminer si ces dernières sont réellement insurmontables.

Nous sommes conscients que certains aspects essentiels de l'expertise partisane ne sont pas traités dans cette thèse, notamment quant à la méthodologie expertale, à la nécessité de l'expertise, à la recevabilité de la preuve d'expert, au rapport droit-fait-opinion, à l'effet de l'expertise sur la charge psychologique de la prise de décision du juge et à la socialisation des risques. Au surplus, nous ne cherchons pas à répondre aux questions suivantes. Le juge peut-il décider sans expert? Doit-on complexifier ou simplifier le procès accusatoire et contradiction? L'expertise doit-elle servir à faire apparaître la justice ou la vérité? Quelle est l'importance de la narration et de la théâtralité des témoignages d'experts dans la résolution du litige?

La terminologie

Avant d'aller plus loin, certaines nuances sémantiques doivent être effectuées. De prime abord, qu'est-ce que l'expertise? L'expertise peut être définie comme un procédé par lequel on confie à un ou plusieurs experts la tâche ou la mission de constater quelque chose ou de donner un avis sur les aspects techniques ou scientifiques d'un fait. Une personne est qualifiée « experte » lorsqu'elle possède des connaissances, un savoir-faire ou une expérience spéciale dans un domaine particulier. Cette compétence est un élément essentiel de l'expertise. L'union de la science et de la technique par l'expérimentation représente le champ complet du savoir expertal : c'est le domaine ou l'espace technoscientifique. L'expert est donc un technoscientifique.

Le technoscientifique peut partager son savoir et communiquer son avis sur une question au moyen de déclarations, de rapports, d'énoncés, d'ouvrages ou de tout autre médium. Il peut être amené à jouer divers rôles. Il peut notamment

être un officier public, un consultant, un simple constateur, un arbitre, un médiateur, un négociateur, un mandataire, un conseiller ou un employé. Plusieurs personnes peuvent détenir des expertises comparables, ce qui fait en sorte qu'il est possible d'obtenir plus d'un avis sur une même question. Il peut y avoir autant d'experts que d'individus et, pour cette raison, le domaine d'investigation des experts ne connaît théoriquement aucune limite³.

En matière de résolution judiciaire des différends, une expertise peut être nécessaire à tout juge devant répondre à une question exigeant une compétence, un savoir ou un art particulier extérieur à sa compétence de juge. Dans cette perspective, l'expertise concilie la dichotomie traditionnelle entre le droit et la technoscience. La notion d'expertise reconnaît que le juge, comme tout être humain, a des connaissances limitées et que l'accroissement du savoir est inéluctable : « l'expertise est donc présentée comme un complément de l'expérience personnelle »⁴.

En outre, l'expertise constitue à la fois un moyen et une manière. En matière judiciaire, elle touche simultanément le droit de la preuve (règles d'admissibilité/recevabilité et d'appréciation) et le droit de la procédure (règles de communication, d'instruction et d'administration de la preuve). La connaissance que l'on cherche à montrer ou à démontrer par l'expertise est un élément de preuve, qui doit être présenté, comme tout indice ou toute évidence, conformément aux règles de procédure. Pour cette raison, il est préférable d'utiliser les termes « procédé expertal » ou « procédé d'expertise » pour marquer la réunion de ces deux domaines du droit. Les vocables « procédure d'expertise » et « preuve par expertise » renverront quant à eux respectivement et strictement aux aspects procéduraux et probants du procédé d'expertise⁵.

³ Frédéric Chauvaud avec la collaboration de Laurence Dumoulin, *Experts et expertise judiciaire : France, XIXe et XXe siècles*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003 à la p 91.

⁴ Laurence Dumoulin, *L'expert dans la justice : De la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Economica, 2007 à la p 40 [Dumoulin, *L'expert dans la justice*].

⁵ Sur les nuances sémantiques entre les mots « procédé », « processus » et « procédure », voir *Banque de dépannage linguistique, sub verbo* « procédé, processus et procédure », en ligne : Office Québécoise de la langue française <<http://www.oqlf.gouv.qc.ca/ressources/bdl.html>>.

En matière de preuve, l'expertise se distingue des moyens de preuve directs puisqu'elle est presque toujours confectionnée *a posteriori* pour soutenir une réclamation ou une défense. Lorsque l'expert donne strictement un avis sans constater de faits, l'expertise constitue une preuve indirecte, car ses conclusions sont tirées ou inférées à partir d'autres moyens de preuve (des écrits, des témoignages, des éléments matériels). Toutefois, l'expertise, comme moyen de preuve, peut être à la fois directe et indirecte parce que les experts sont souvent amenés à constater des faits par eux-mêmes.

Il existe divers procédés d'expertise. La pratique québécoise de l'expertise n'en reconnaît pour l'instant que deux. Le premier est celui du témoin expert partisan, concurrent ou antagoniste. Selon ce procédé, l'expert qui est engagé par une partie vient témoigner au tribunal pour défendre les intérêts de cette dernière. L'expert partisan est un acteur engagé, intéressé, au service de la cause de la partie qui le retient et qui est en compétition, le cas échéant, avec l'expert de la partie adverse. On parle alors d'une expertise partisane plurielle ou multiple. Le second procédé reconnu est l'expertise ordonnée par le tribunal prévue à l'article 414 Cpc. Ce procédé, qui permet au juge après contestation liée de désigner un témoin expert pour mieux servir les fins de la justice, demeure néanmoins une mesure extraordinaire quasi inutilisée. Pour cette raison, nous qualifions génériquement la pratique québécoise actuelle d'expertise comme étant partisane.

L'avant-projet de loi propose l'adoption d'un nouveau procédé d'expertise, appelé l'expertise commune. L'expert commun se veut être la traduction française de *single joint expert*. À l'origine, il s'agit d'un procédé d'expertise anglais prévu aux *Rules of Civil Procedure*. Le procédé expertal prévu à l'avant-projet de loi s'inspire grandement de cette expérience anglaise. À notre avis, l'utilisation du mot commun devrait cependant être évitée pour la raison suivante. L'adjectif « commun » peut avoir deux sens : (1) « qui est le fait de deux ou plusieurs personnes » ou (2) qui est imposé ou « incombe à toutes les personnes »⁶. Une opposition résulte de ces deux définitions; d'un côté

⁶ *Trésor de la langue française informatisé, sub verbo* « commun ».

« commun » invoque un accord ou une coopération, de l'autre une imposition ou un ordre. Pour éviter toute confusion, nous favorisons l'utilisation du terme « expertise commune » pour désigner le recours à un seul expert du consentement des parties et l'emploi des mots « expertise unique » pour indiquer que l'expertise commune est ordonnée par le juge. Pour sa part, l'expression « expertise unique obligatoire » fera référence à un procédé d'expertise qui ne laisse aucun choix aux parties et aucune discrétion au tribunal, les obligeant à toujours procéder avec un seul expert par domaine.

L'expertise unique obligatoire est l'équivalent de l'expertise judiciaire. L'expertise judiciaire fait usuellement référence au procédé français d'expertise prévu au *Nouveau Code de procédure civile*. Génériquement, l'expertise judiciaire réfère au procédé par lequel l'expert est entièrement subordonné au juge. Dans ce cas, l'expert est au service du tribunal et il est mandataire d'aucune partie. De ce fait, un tel procédé semble convenir davantage lorsque le juge a des pouvoirs étendus d'initiation ou d'intervention, c'est-à-dire lorsqu'il peut proposer ou entreprendre par lui-même d'établir les faits, sans attendre l'action des parties.

Il va s'en dire que la véritable résistance n'est pas à l'encontre de l'expertise commune, puisque selon ce procédé les parties consentent à ne nommer qu'un expert, mais bien contre les expertises unique et judiciaire. À plus forte raison, notre critique concerne avant tout la résistance et les arguments contre ces derniers procédés.

Le problème de l'expertise partisane

Sous sa forme actuelle, l'expertise partisane pose problème. La première catégorie de problèmes concerne la qualité de la preuve d'expert. La partialité des experts est souvent manifeste. Le professeur Paciocco utilise le terme « préjugé partisan » ou « antagoniste » pour nommer de façon générique « toutes les pressions inhérentes à un système dans lequel les parties choisissent et appellent

les témoins experts »⁷. Plus précisément, il existe deux sortes de préjugés qui diminuent la qualité de l'avis expertal. D'une part, le « préjugé de sélection » réfère à « l'effet de distorsion qui se produit lorsque l'on permet aux parties de choisir ou de rejeter les experts dépendamment s'ils soutiennent la position désirée »⁸. Dans un procès antagoniste, on attend des praticiens qu'ils n'appellent que les experts qui servent la cause de leurs clients. C'est la stratégie de l'*expert shopping* ou du magasinage d'experts. Certains domaines spécialisés du litige ont d'ailleurs vu apparaître des équipes d'experts qui favorisent invariablement un certain type de justiciables⁹.

Le magasinage d'experts entraîne plusieurs inconvénients. Cette stratégie tend à écarter le témoignage d'avis majoritaires et dominants pour des opinions extrêmes présentées avec zèle. Tel que le souligne le groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, « le tribunal ne prend pas connaissance des opinions les plus compétentes, mais plutôt de celles qui sont favorables aux parties pour le compte desquelles elles sont émises »¹⁰.

Une fois embauché, l'expert a tout intérêt à être un partisan zélé. Même si sa rémunération ne dépend pas du résultat du litige, l'expert partisan peut chercher à construire sa réputation de témoin expert gagnant. Par conséquent, les experts les plus « populaires » sont habituellement habiles dans la production de « mauvaises » preuves convaincantes qui aident les parties qui les emploient¹¹. Le magasinage d'expert est plus problématique que le magasinage de témoin ordinaire parce que « les témoins experts peuvent se cacher derrière un voile impénétrable de connaissance ésotérique qui rend difficile leur contre-interrogatoire. Même lorsque le contre-interrogatoire démolit un expert, le juge

⁷ David M Paciocco, « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009) 34 Queen's LJ 565 à la p 574 [notre traduction].

⁸ *Ibid* à la p 575 [notre traduction].

⁹ *Ibid* à la p 575.

¹⁰ Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, Commission canadienne de l'uniformisation des lois, 1983 à la p 117.

¹¹ Kenton K Yee, « Dueling Experts and Imperfect Verification » (2008) 28 Int'l Rev L & Econ 246 à la p 253.

[...] peut ne pas être en mesure de comprendre suffisamment le discours technique pour entendre l'explosion »¹². Selon Yee, « [i]l est dans l'intérêt des justiciables de sélectionner des experts non pas tant pour leur savoir particulier mais pour leur force de persuasion »¹³. Le manque d'impartialité et la polarisation des débats qui s'opère par le magasinage d'experts constituent une source d'erreurs judiciaires.

D'autre part, le « préjugé d'association » évoque la tendance d'un individu à faire quelque chose d'utile pour ceux qui l'emploient et rémunèrent : « [i]l comprend la litanie des pressions conscientes et inconscientes sur les experts pour travailler dans l'intérêt de ceux avec qui ils sont associés dans un litige »¹⁴. Dans un tel contexte, l'obtention d'une opinion désintéressée est peu probable. Le juge Michel Proulx croit que « la rémunération rend l'expert loyal à la partie qui le paie »¹⁵. Cette idée est réitérée par un groupe de travail fédéral-provincial qui rapporte que « [l]'expert est rémunéré pour ses services et reçoit ses instructions de la partie qui l'a engagé; les préjugés sont inévitables »¹⁶. De l'avis de la Cour Suprême du Canada, ce manque d'indépendance de l'expert peut aussi « contribuer aux erreurs judiciaires »¹⁷.

On assiste donc à une prolifération d'opinions d'expert de valeur douteuse. Toutefois, le problème ne s'arrête pas là, il touche également l'accessibilité à la justice et l'aspect économique du litige. L'expertise partisane cause des délais pour tous les justiciables, « sème davantage la confusion et impose aux parties des coûts inacceptables »¹⁸. Dans un rapport de 2006 sur la dernière réforme de la procédure civile, le premier constat du Ministère de la Justice est « que l'expertise en matière civile et commerciale constitue, avec les interrogatoires préalables, et

¹² *Ibid* à la p 253 [notre traduction].

¹³ *Ibid* à la p 253 [notre traduction].

¹⁴ Paciocco, *supra* note 7 à la p 577 [notre traduction].

¹⁵ Michel Proulx, « Le témoin expert : et si l'éthique pouvait contribuer à la manifestation de la vérité » (2003) 8 RCDP 143 à la p 149.

¹⁶ Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *supra* note 10 à la p 117. En Ontario, voir Coulter A Osborne, *Projet de réforme du système de justice civile : résumé des conclusions et des recommandations*, Toronto, Ministère du Procureur général, 2007 à la p 85.

¹⁷ *R c DD*, 2000 CSC 43, [2000] 2 RCS 275 au para 52, juge Major.

¹⁸ Proulx, *supra* note 15 à la p 148.

même davantage, la principale source de délai et de coûts élevés des actions en justice. Les expertises sont nombreuses, et les rapports d'expert tardent à être produits et portent sur des objets qui sont parfois en bonne partie inutiles pour trancher les véritables questions en litige. »¹⁹ Pour sa part, le Sous-comité magistrature-justice-Barreau rapporte que « [s]'il [y a] 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. »²⁰

Le recours à l'expertise signifie un procès plus long et plus coûteux. En plus de retarder l'issue du procès, la confection du rapport, l'interrogatoire et le contre-interrogatoire de l'expert et sa présence nécessaire le cas échéant lors du témoignage de l'expert adverse peuvent facilement élever la facture du justiciable de plusieurs milliers de dollars. En matière de délai, l'expertise partisane retarde la résolution du litige soit en repoussant la mise en état de l'affaire, soit en allongeant le procès. Les rapports d'expert, particulièrement en contre-preuve, sont rarement produits en temps opportun ce qui oblige la cour à reporter les procès²¹. La prolifération du nombre d'experts entraîne souvent une bataille entre les experts. Le débat expertal est normalement très long et peut complexifier inutilement le procès. En allongeant la durée du procès, l'expertise partisane affecte le système judiciaire dans son ensemble, car ce dernier ne peut offrir qu'une durée totale limitée pour entendre les affaires. Or, plus les procès s'allongent, plus le nombre de litiges qu'il est possible de trancher diminue.

De même, l'expertise partisane est souvent utilisée de façon disproportionnée. Les défenseurs institutionnels, tels que les différents gouvernements, les centres hospitaliers, les assureurs, les établissements

¹⁹ Québec, Ministère de la Justice, *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile*, Sainte-Foy, Ministère de la Justice, 2006 à la p 41 [Qc MJ, *Rapport réforme du Cpc*].

²⁰ Québec, Sous-comité magistrature-justice-Barreau, *Rapport du sous-comité magistrature-justice-Barreau sur les expertises*, Montréal, Barreau du Québec, 2007 à la p 47 [Qc Sous-comité magistrature-Barreau, *Rapport sur les expertises*].

²¹ Osborne, *supra* note 16 à la p 82.

financiers et les grandes entreprises, ont souvent recours à une pluralité d'experts pour donner un avis sur une même question. Lorsque la partie adverse est un particulier ordinaire, cette situation peut provoquer une asymétrie ou un déséquilibre considérable qui accentue les problèmes d'inégalités des moyens et des chances entre justiciables²². L'expertise partisane confère un avantage aux parties qui ont les poches profondes.

²² Qc MJ, *Rapport réforme du Cpc*, *supra* note 19 à la p 41; Qc Sous-comité magistrature-Barreau, *Rapport sur les expertises*, *supra* note 20 à la p 47.

CHAPITRE 1 :

Désacraliser dans l'histoire la pratique de l'expertise partisane

L'histoire de la pratique de l'expertise est pertinente à la question de son appréciation de deux façons. Premièrement, la compréhension des traditions de la procédure et de la preuve, des fondements et des pratiques qui ont conduit à l'expertise partisane actuelle nous permet de nous questionner sur notre compréhension de l'expertise, notamment quant à la place qu'elle occupe et le rôle qu'elle est amenée à jouer dans le litige. Ce questionnement nous sensibilise quant à notre position ou notre perspective et rend ultimement possible « l'imagination de positions alternatives [...] [c]et acte d'imagination permet la distance entre une personne et ses propres valeurs qui rend la réflexion critique possible »²³. L'étude de l'histoire de l'expertise au Québec devrait nous permettre de prendre conscience des préjugés, des « liens dogmatiques »²⁴, des « prémices intellectuelles »²⁵, des « croyances »²⁶, des « sensibilités »²⁷ ou « des systèmes et des édifices de discours »²⁸ sur lesquels les plaidoyers en faveur de l'expertise partisane sont basés. L'enquête historique transforme la question posée. La question de l'appréciation ne vise pas à dire si la pratique actuelle de l'expertise est bonne ou mauvaise, mais vise à considérer le passé et les conditions dans lesquels elle s'est développée. Sommes-nous « à l'aise » avec la pratique de l'expertise partisane et s'inscrit-elle « dans un ensemble plus large d'attentes »²⁹? Nous ne tenterons pas dans ce chapitre de répondre à ces deux questions, qui ont fait l'objet de longues interventions lors de la consultation générale et des auditions publiques sur l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de*

²³ Paul W Kahn, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, University of Chicago Press, 1999 à la p 3 [notre traduction].

²⁴ Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, 2^e éd rev, New York, Continuum, 1995 aux pp 324-41.

²⁵ Nikolas Rose et Mariana Valverde, « Governed by Law » (1998) 7 *Social & Legal Studies* 541.

²⁶ Kahn, *supra* note 23 à la p 3.

²⁷ Déirdre Dwyer, *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 à la p 238 [Dwyer, *Judicial Assessment*].

²⁸ Michel Foucault, « Est-il donc important de penser? Entretien avec Didier Éribon » dans *Dits et écrits*, t 4, n° 296, 1981.

²⁹ Dwyer, *Judicial Assessment*, *supra* note 27 à la p 238 [notre traduction].

procédure civile. À l'opposé, notre approche consiste à considérer la pratique de l'expertise partisane et la façon dont elle est problématisée « comme un tout limité et contingent »³⁰.

Deuxièmement, l'histoire constitue une source de connaissance. Les difficultés que nous rencontrons à l'heure actuelle en matière de pratique de l'expertise ne sont pas nécessairement nouvelles. En effet, l'histoire peut révéler divers exemples de solutions ou de tentatives qui ont répondu à des difficultés similaires³¹.

Ce chapitre prendra donc la forme d'une enquête historique. Nous illustrerons comment l'expertise se pratiquait devant les tribunaux de Nouvelle-France et s'est transformée au fil du temps pour devenir la pratique actuelle structurée sur la bataille des témoins experts au procès. Une juste compréhension de la transition de l'expert-assistant impartial au témoin-expert convoqué par une partie et puis au témoin expert partisan nous permettra ultimement de désacraliser la pratique de l'expertise partisane.

Au Québec, les sources historiques des règles civiles de preuve et de procédure sont qualifiées de « différentes »³², « hybrides »³³ ou « mixtes »³⁴ puisqu'elles sont « issu[es] du rassemblement de notions de common law et de droit civil »³⁵. La pratique de l'expertise, comme rencontre de la procédure et de la preuve, ne déroge pas à cette qualification. En raison de cette « double

³⁰ Jim Tully, « Political Philosophy as a Critical Activity » (2002) 30 *Political Theory* 533 à la p 534 [notre traduction].

³¹ Dwyer, *Judicial Assessment*, *supra* note 27 aux pp 238-29.

³² Gonzalve Doutre, *Les lois de la procédure civile dans la province de Québec*, Montréal, E Senécal, 1869 à la p LVI; Louis Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec : modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953 à la p 1255.

³³ Daniel Jutras, « Culture et droit processuel : le cas du Québec » (2009) 54:2 *RD McGill* 273 à la p 276.

³⁴ *Lac d'Amiante du Québec ltée c 2858-0702 Québec Inc*, 2001 CSC 51, [2001] 2 RCS 743 au para 39; Jean-Claude Royer et Sophie Lavallée, *La preuve civile*, 4^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 à la p 47.

³⁵ Jutras, *supra* note 33 à la p 276.

influence du droit français et anglais »³⁶, il nous apparaît opportun de commencer notre enquête avec la création d'une administration judiciaire et l'implantation du droit processuel français en Nouvelle-France.

1.1. La pratique de l'expertise en Nouvelle-France

À l'époque de la Nouvelle-France, les rapports entre justiciables sont régis par le droit métropolitain français. Au cours de cette période, les ordonnances royales instaurent le régime de la preuve légale et celui de la procédure accusatoire et contradictoire en droit civil³⁷. Les premières règles écrites de procédure relatives à l'expertise peuvent être retrouvées dans l'*Ordonnance civile touchant la réformation de la justice* de 1667³⁸, aussi appelée le *Code Louis*. Assise d'une administration judiciaire naissante, elle « introduit dans la Colonie française une procédure là où il n'y avait encore aucun système »³⁹. L'Ordonnance de 1667 « [sert] de Code sur la plus grande partie des questions de procédure »⁴⁰. Elle est adoptée dans la perspective d'unifier la procédure, d'améliorer l'administration de la justice et de réduire la multiplicité et les délais des procédures⁴¹.

L'Ordonnance de 1667 est sans aucun doute appliquée dans la colonie⁴². La jurisprudence du Conseil supérieur de Québec le démontre textuellement⁴³. Le

³⁶ Royer, *supra* note 34 à la p 47. Voir aussi Jean-Maurice Brisson, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Thémis, 1986 [Brisson, *Formation d'un droit mixte*].

³⁷ *Ibid* à la p 12.

³⁸ *Code Louis : Ordonnance civile, 1667*, t 1, Milan, Giuffrè, 1996 [*Code Louis*].

³⁹ Doutre, *supra* note 28 à la p XVI.

⁴⁰ *Ibid* à la p XVI.

⁴¹ *Ibid* à la p X.

⁴² Brisson, *Formation d'un droit mixte*, *supra* note 36 à la p 39; Royer, *supra* note 34 à la p 31.

⁴³ Joseph François Perrault, *Extraits ou précédents des arrests tirés des registres du Conseil supérieur de Québec et dédiés à Son Honneur Sir Francis Nathaniel Burton, Lieutenant-Gouverneur, et aux autres Honorables Membres de la Cour d'Appel de la Province du Bas-Canada*, Québec, Thomas Cary & Co, 1824.

professeur Edmond Lareau dira même que l'Ordonnance « fut avec la Coutume de Paris la loi fondamentale du Canada jusqu'à la codification »⁴⁴.

Les règles relatives à l'expertise prévues au *Code Louis* sont regroupées sous un même titre et « fix[ent] scrupuleusement la procédure d'expertise en indiquant les délais de comparution, le choix des experts, les moyens de récusation, le contenu et l'étendue de la mission »⁴⁵. Telles que proclamées par le roi Louis XIV, ces règles doivent procurer aux justiciables « des experts de probité et d'expérience »⁴⁶. L'essentiel de ces règles est appliqué par le Conseil supérieur de Québec et les rares modifications effectuées par ce dernier pour adapter le Code à la colonie concernent précisément la taxation de frais et les délais de signification⁴⁷.

À l'époque, la pratique de l'expertise s'articule de la façon suivante. Le recours à des experts est admissible lorsque le juge ne peut pas se déplacer sur les lieux ou n'a pas les compétences ou connaissances « des règles de l'art »⁴⁸ pour décider d'une question de fait en litige⁴⁹. Les parties doivent d'abord obtenir une ordonnance du tribunal au moyen d'une réquisition⁵⁰ et la ou les parties requérantes sont tenues d'en consigner les frais⁵¹. Le tribunal peut aussi ordonner l'expertise de sa propre initiative. Le jugement contenant l'ordonnance doit ensuite faire « mention expresse des faits sur lesquels les rapports doivent être faits » et « du juge qui sera commis pour procéder à la nomination des experts,

⁴⁴ Edmond Lareau, *Histoire du droit canadien : Depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, vol 1, Montréal, A Périard, 1888 à la p 155.

⁴⁵ Chauvaud, *supra* note 3 à la p 9.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'État du roi, concernant le Canada*, vol 1, Québec, PE Desbarats, 1803 à la p 167; Brisson, *Formation d'un droit mixte*, *supra* note 36 à la p 39.

⁴⁸ M Pigeau, *La procédure civile du Château de Paris et toutes les autres juridictions ordinaires du royaume*, t 1, Paris, veuve Desaint, 1779 à la p 297.

⁴⁹ Olivier Leclerc, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005 à la p 27. Sur les visites et les rapports d'experts nécessaires en cas de contestations relatives à des servitudes, voir aussi *Coutume de Paris*, art 184, 185.

⁵⁰ *Code Louis*, *supra* 38, titre 21, art 5.

⁵¹ *Ibid.*

recevoir leur serment et rapport »⁵². Chaque partie peut donc nommer un expert; à défaut le juge-commissaire les nomme d'office « en cas [d'absence ou] de refus par l'une et l'autre des parties »⁵³. Lorsque deux experts sont nommés, si leurs avis divergent de sorte qu'il soit impraticable de rédiger un rapport, le tribunal nomme d'office un tiers expert pour stimuler la confection d'un seul avis⁵⁴. L'exemple suivant illustre la façon dont les ordonnances d'expertise peuvent être formulées : « il est ordonné que par experts, dont les parties conviendront, sinon nommés d'office, il sera procédé à la visite du canal [...] lesquels arbitres constateront [...] s'il est nécessaire de faire la continuation demandée... »⁵⁵.

La faculté des parties de nommer l'expert de leur choix ne fait pas de la pratique de cette époque une expertise partisane ou engagée telle que nous l'envisageons aujourd'hui. Après tout, c'est le juge qui nomme les experts en accord avec les parties; l'expertise est judiciaire. Ensuite, le *Code Louis* ne fixe en aucun cas le nombre requis d'experts. Bien que le mot « expert » soit toujours accordé au pluriel, les juges semblent avoir écarté une interprétation scrupuleuse du texte, tel que le constate le doyen Langelier : « [a]utrefois, le tribunal qui avait ordonné une expertise pouvait ne nommer qu'un expert, ou en nommer deux ou plusieurs »⁵⁶. En plus, les experts ne témoignent pas à l'instance. Par conséquent, les parties ne peuvent pas les interroger et contre-interroger. Cependant, lorsque les juges le leur ordonnent, ils sont exceptionnellement entendus pour clarifier les « expressions obscures »⁵⁷ qui se trouvent dans leur rapport.

⁵² *Ibid*, titre 21, art 8.

⁵³ *Ibid*, titre 21, art 9.

⁵⁴ *Ibid*, titre 21, art 13.

⁵⁵ *Damour c Jehanne* (29 juillet 1748), Québec (Conseil supérieur de Québec) [arrêt confirmatif d'une expertise pour un canal] dans Perrault, *supra* note 43, 57 à la p 57. Des ordonnances similaires sont rendues par les intendants de la colonie. Voir par exemple *Ordonnance du 7 juin 1714*, intendant Michel Begon, et *Ordonnance du 10 juillet 1728*, intendant Claude-Thomas Dupuy, dans Nouvelle-France, *Édits, ordonnances royaux, déclarations, et arrêts du Conseil d'État du roi concernant le Canada : Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada*, vol 3, éd rev, Québec, ER Fréchette, 1856 aux pp 164, 241.

⁵⁶ François Langelier, *De la preuve en matière civile et commerciale*, Québec, Darveau, 1894 à la p 390.

⁵⁷ Pigeau, *supra* note 48 à la p 306.

L'Ordonnance de 1677 est ambiguë par rapport aux positions respectives de l'expert et du juge, qui semblent y être confondues. Cette ambiguïté disparaît au fil du temps avec la jurisprudence qui reconnaît « progressivement l'indépendance des missions de l'expert et du juge tout en conférant au juge une mission privilégiée »⁵⁸. Au tournant du XIX^e siècle, l'expertise judiciaire se distingue de l'arbitrage et de la descente sur les lieux et peut se présenter « comme une médiation entre le fait et le juge », utilisée pour régler un problème ou résoudre une question sans intervention directe du tribunal⁵⁹. Il est aussi établi à cette époque que l'expert ne rend qu'un avis sur des questions de fait alors que le juge exerce la fonction de juger et d'évaluer le mérite du rapport. Le juge n'est pas tenu de suivre les conclusions de l'expert se rapportant aux faits. Autrement dit, l'expert est au service du juge qu'il renseigne⁶⁰ : « [l']expertise remplit une fonction d'assistance à la décision : l'expert fournit au juge des éléments de fait qu'il intègre dans le processus de décision »⁶¹.

Néanmoins, une certaine « proximité » entre la mission de l'expert et la fonction du juge demeure⁶². Les experts agissent presque comme des arbitres dans la résolution de certaines questions de fait. Trois observations appuient cette conclusion. Premièrement, comme pour les juges, l'impartialité est avant tout recherchée puisqu'il est défendu aux experts « de recevoir par eux ou par leurs domestiques aucuns présents des parties, ni de souffrir qu'ils les défrayent ou payent leur dépense directement ou indirectement »⁶³ sous peine d'amende, de récusation et d'annulation du rapport, quoiqu'ils puissent exiger consignation de leurs frais⁶⁴. L'Ordonnance de 1667 applique aux experts les causes de récusation prévues contre les juges. L'expert doit être indépendant et ses fonctions se rapprochent de celles d'un officier public ou d'un notaire⁶⁵. Deuxièmement, les salaires des experts, comme la taxe due aux juges lors d'un procès, sont à la

⁵⁸ Leclerc, *supra* note 49 à la p 51.

⁵⁹ Chauvaud, *supra* note 3 à la p 14.

⁶⁰ Leclerc, *supra* note 49 aux pp 51-53.

⁶¹ *Ibid* à la p 67.

⁶² *Ibid* à la p 55.

⁶³ *Code Louis*, *supra* 38, titre 21, art 15.

⁶⁴ Leclerc, *supra* note 49 à la p 54.

⁶⁵ *Ibid* à la p 55. Pigeau, *supra* note 48 à la p 301.

charge de toutes les parties⁶⁶. Troisièmement, l'expert participe à la préparation du jugement. Une fois le rapport homologué, l'inscription de faux est nécessaire pour en contredire les constatations qui paraissent « dicté[es] par la passion »⁶⁷, sans quoi le rapport possède « une autorité équivalant à l'attribution d'une présomption légale de vérité »⁶⁸ et « affect[e] l'énoncé de la sentence finale »⁶⁹. Le rapport est assimilé aux actes certifiés et authentiques et est crédité d'une valeur accrue.

En Nouvelle-France, on fait notamment appel aux experts pour évaluer la valeur d'un travail accompli ou d'une marchandise⁷⁰. De même, les juges ont recours à des arpenteurs royaux immatriculés en matière de bornage ou à des architectes et d'autres spécialistes de la construction pour faire estimer le prix de construction ou de réparation d'un bâtiment. Aussi, on peut demander à un expert de visiter les lieux pour constater l'imminence du danger lorsqu'un bâtiment est en ruine ou représente un risque pour la sécurité publique⁷¹. Quant à l'impact pécuniaire d'une ordonnance d'expertise, l'historien John Dickinson note que « le recours à des experts augment[e] considérablement les frais de justice et se rév[èle] à l'usage coûteux »⁷².

1.2. La conquête et la résistance passive à l'établissement du droit anglais

Jusqu'à la conquête, le procès civil est organisé selon une procédure accusatoire et contradictoire et dirigé par un juge ayant un rôle d'arbitrage. L'expertise judiciaire peut être demandée par l'une ou l'autre des parties. Avec l'accord des parties, le juge nomme le ou les experts qui agissent comme

⁶⁶ Leclerc, *supra* note 49 à la p 55.

⁶⁷ Pigeau, *supra* note 48 à la p 305.

⁶⁸ Leclerc, *supra* note 49 aux pp 55-56.

⁶⁹ John Alexander Dickinson, *Justice et justiciables : la procédure civile à la Prévôté de Québec, 1667-1759*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1982 à la p 65.

⁷⁰ *Ibid* à la p 62.

⁷¹ *Ibid* à la p 65.

⁷² *Ibid*.

mandataire du tribunal et qui lui font rapport, sans avoir à témoigner à l'audience. Les parties n'ont pas la liberté ou le pouvoir de présenter une contre-expertise.

Près d'un an après la capitulation de la ville de Québec, Montréal capitule à son tour le 8 septembre 1760. Moins de deux mois plus tard, le général Murray ordonne l'établissement de tribunaux militaires pour entendre « [t]outes plaintes ou affaires d'intérêts civils ou criminels »⁷³. Il s'agira en quelque sorte d'un prolongement du régime français. À la suite de la conquête, le général Amherst maintient dans leurs fonctions les capitaines de milice français qui « sont autorisés [à partir du 22 octobre 1760] à juger seuls les causes en matière civile »⁷⁴. L'ordonnance du 13 octobre 1761 du gouverneur donne juridiction à une « formation composée d'au moins cinq et d'au plus sept capitaines de milice » d'entendre en première instance les litiges de plus de vingt livres⁷⁵. La continuation des lois du territoire conquis est conforme à la common law de l'époque. Contrairement aux lois des peuples païens qui sont abrogées lors de leur conquête⁷⁶, les populations chrétiennes conservent leurs systèmes juridiques jusqu'à ce qu'ils soient modifiés par le conquérant⁷⁷.

Le 7 octobre 1763, la *Proclamation royale* abolit le droit français en vigueur et rend applicable le droit anglais dans tous les domaines⁷⁸. Ce n'est pas uniquement le droit substantif tant civil que public qui tombe, mais l'ensemble du système judiciaire en place, de tel sorte que les Canadiens sont régis par « un système étranger, dont ils ne connaiss[ent] pas le premier mot »⁷⁹. Pour des

⁷³ James A Murray, *Ordonnance établissant les courts militaires*, 31 octobre 1760, art 1, reproduit dans Adam Shortt et Arthur G Doughty, dir, *Documents Relating to the Constitutional History of Canada, 1759-1791*, vol 1, 2^e éd rev, Ottawa, J de L Taché, 1918, 42.

⁷⁴ Michel Morin, « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 » (1997) 57:3 R du B 689 à la p 691 [Morin, « Changements de régimes juridiques »].

⁷⁵ *Ibid* à la p 692.

⁷⁶ *Calvin's Case* (1608), 77 ER 377 (KB).

⁷⁷ Voir par exemple *Campbell c Hall* (1774), 98 ER 1045 (KB), LCJ Mansfield. Voir à ce sujet Morin, « Changements de régimes juridiques », *supra* note 74 à la p 692.

⁷⁸ George R, *Proclamation royale*, 7 octobre 1763 (3 Geo III), reproduite dans LRC 1985 ann II, n° 1.

⁷⁹ Jean-Maurice Brisson, « La procédure civile au Québec avant la codification : un droit mixte faute de mieux » dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte : les systèmes juridiques de Common law et de droit civil*, Aix-Marseille, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1989, 93 aux pp 94-95 [Brisson, « Procédure avant la codification »].

raisons d'ordre pratique, l'application du droit anglais n'est pas instantanée. Le libellé de la Proclamation (« autant que faire ce pourra » ou « *as near as may be agreeable to* ») permet l'aménagement d'une « période de transition entre l'abolition pure et simple du droit canadien antérieur et son remplacement par le droit anglais »⁸⁰. Les tribunaux militaires établis au lendemain de la capitulation sont en effet temporairement maintenus jusqu'à l'établissement d'un gouvernement civil le 10 avril 1764 et à l'*Ordonnance établissant des cours civiles* du 17 septembre 1764⁸¹.

La période post-1764 serait apparemment « marquée par l'application forcée du droit privé britannique »⁸². Le gouverneur Murray ordonne en outre la création de la Cour des plaids communs pour « habituer les Canadiens aux lois anglaises » et éviter un éventuel effondrement du système judiciaire⁸³. Néanmoins, certaines thèses appuient « au contraire le maintien des règles du droit civil français dans la pratique » ou « la mise en place d'un système hybride »⁸⁴. Le fait que les juges de la Cour des plaids communs appliquent dans la grande majorité des cas les lois canadiennes supporte ces affirmations⁸⁵. Il serait toutefois téméraire de soutenir que cela favorise le maintien des lois canadiennes, qui sont souvent interprétées de façon fautive par des juges qui n'ont aucune formation juridique dans le domaine⁸⁶.

Une chose est sûre, cette « politique d'assimilation » provoque une réaction d'opposition chez les Canadiens⁸⁷. Dans les rapports de droit privé, beaucoup de justiciables évitent les tribunaux et soumettent leurs contestations à

⁸⁰ André Morin, « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774 » (1960) 20:2 R du B 53 à la 55.

⁸¹ James A Murray, *Ordonnance établissant des cours civiles*, 17 septembre 1764, reproduite dans Shortt, *supra* note 73, 180.

⁸² David Gilles, « L'arbitrage notarié, instrument idoine de conciliation des traditions juridiques après la conquête britannique? (1760-1784) » (2011) 57:1 RD McGill 135.

⁸³ Jacques L'Heureux, « L'organisation judiciaire au Québec de 1764 à 1774 » (1970) 1:2 RGD 266 à la p 301.

⁸⁴ Gilles, *supra* note 82.

⁸⁵ L'Heureux, *supra* note 83 aux pp 297, 302; Morin, « Changements de régimes juridiques », *supra* note 74 à la p 697.

⁸⁶ L'Heureux, *supra* note 83 à la p 303.

⁸⁷ Brisson, « Procédure avant la codification », *supra* note 79 à la p 95.

l'arbitrage, « essentiellement sous l'égide des prêtres et des notaires »⁸⁸. Un juge canadien préside même une cour seigneuriale extrajudiciaire à Terrebonne. Selon le professeur L'Heureux, il ne faut pas exagérer l'ampleur de ce mouvement d'évitement des tribunaux, qui s'étend principalement au domaine des affaires de famille : « [L]es nombreuses plaintes concernant le coût et la lenteur de la justice, la lenteur même de celle-ci, les nombreux litiges jugés par les tribunaux montrent que les Canadiens avaient recours à ces derniers »⁸⁹.

D'ailleurs, des pétitions pour le rétablissement des lois et des coutumes d'avant la conquête pour les affaires de famille sont périodiquement adressées au roi⁹⁰. Après dix années de résistance passive, la tentative de mise en place d'un système de droit britannique dans la colonie tourne à l'échec, tout comme l'organisation judiciaire qui est complètement anarchique⁹¹. D'une part, l'application intégrale du droit anglais paraît « arbitraire » sans la concrétisation de l'immigration britannique attendue et encouragée. D'autre part, l'opposition politique grandissante dans les treize colonies impose l'adoption de correctifs et exige de la métropole britannique « une attitude de conciliation, si l'on [veut] éviter que le Québec ne s'associe au mouvement d'indépendance qui s'amorc[e] »⁹².

Il est très improbable que cette période ait un impact significatif sur la pratique de l'expertise, qui semble n'avoir été l'objet direct d'aucune ordonnance ou règle. Les preuves historiques relatives à la pratique de l'expertise sont difficilement accessibles ou peut-être même introuvables. Il ne faut toutefois pas écarter la possibilité que des experts agissent aussi bien devant les tribunaux de l'époque qu'à titre d'arbitre pour régler les différends entre Canadiens. Cette

⁸⁸ Gilles, *supra* note 82.

⁸⁹ L'Heureux, *supra* note 83 à la p 304.

⁹⁰ Gilles, *supra* note 82.

⁹¹ L'Heureux, *supra* note 83 à la p 329.

⁹² Brisson, « Procédure avant la codification », *supra* note 79 à la p 94.

conclusion concorde avec la pratique de l'époque, car les rôles de l'arbitre et de l'expert pouvaient souvent être confondus sous l'ancien droit⁹³.

1.3. L'*Acte de Québec* et le rétablissement du droit civil canadien

Afin de répondre aux revendications des Canadiens, le droit français est partiellement réintroduit par l'*Acte de Québec de 1774*⁹⁴. Cet accommodement remet en vigueur le droit civil, commercial et procédural suivi sous le régime français et « [intègre] donc, manifestement l'Ordonnance de 1667 à l'écheveau des sources législatives »⁹⁵. Ce compromis a par contre un caractère temporaire pour les Britanniques⁹⁶. D'une part, l'*Acte de Québec* octroie textuellement au Conseil Législatif le pouvoir de modifier les règles de droit canadien antérieures à la conquête⁹⁷. D'autre part, il abolit le système judiciaire établi depuis 1764⁹⁸.

Le Conseil législatif constitué en vertu de l'article 12 de l'*Acte de Québec* ne tarde pas à changer les règles rétablies de procédure et de preuve. Au cours de la période qui suivra, on assiste à un « processus d'hybridation important » de la procédure civile et des règles de preuve⁹⁹. Des règles de common law sont importées tant au niveau des lois, de la jurisprudence et des règles de pratique.

Sur le plan législatif uniquement, le professeur Brisson estime d'ailleurs à près de 150 le nombre de lois adoptées qui touchent la procédure civile¹⁰⁰. Le Conseil législatif commence à siéger en 1777. Le 25 février 1777, les deux premières ordonnances adoptées par le Conseil touchent respectivement l'établissement des cours civiles et la réforme de la procédure civile¹⁰¹. La

⁹³ Gilles, *supra* note 82.

⁹⁴ *Acte de Québec de 1774* (R-U), 14 Geo III, c 83, art 8, reproduit dans LRC 1895, ann II, n° 2 [*Acte de Québec*].

⁹⁵ Brisson, *Formation d'un droit mixte*, *supra* note 36 à la p 39; Royer, *supra* note 34 à la p 32.

⁹⁶ Brisson, « Procédure avant la codification », *supra* note 79 à la p 96.

⁹⁷ *Acte de Québec*, *supra* note 94, art 8.

⁹⁸ *Ibid*, art 4.

⁹⁹ Brisson, « Procédure avant la codification », *supra* note 79 à la p 97.

¹⁰⁰ *Ibid* à la p 98.

¹⁰¹ *Ordonnance qui établit les Cours Civiles de Judicature en la Province de Québec*, SQ 1777 (17 Geo III), c 1; *Ordonnance qui règle les formes de procéder dans les Cours civiles de Judicatures établies dans la Province de Québec*, SQ 1777 (17 Geo III), c 2.

conséquence de la seconde ordonnance est majeure. Le droit anglais de la preuve s'appliquera dès lors à tout litige commercial¹⁰².

Après 1785, seulement quelques législations locales toucheront l'expertise. Un premier acte de 1785 autorise les juges à déléguer à « tel juge de paix, notaire ou personne qu'[ils] trouver[ont] convenable » l'administration du serment aux experts¹⁰³. Ensuite, une loi impériale de 1825 du Parlement britannique, prélude à l'abolition du régime seigneurial au Québec de 1854, vise à prévoir l'extinction des droits féodaux et seigneuriaux et des redevances foncières et à favoriser la conversion progressive de tout fond en franc-tenant. Ce second acte permet à un censitaire de changer la tenure de sa terre si le seigneur a d'abord obtenu de la Couronne la conversion de la tenure de sa seigneurie (ou fief). De façon plus précise, il est prévu que le censitaire qui demande la conversion en franc-tenant (« *en franc et commun soccage* ») des terres qu'il détient doit payer au seigneur ou au vassal le cas échéant « un prix, une indemnité ou une considération juste et raisonnable [...] le quel, au cas où les parties concernées diffèrent quant à la somme, doit être déterminé et fixé par experts, nommés à cet égard, en vertu de la loi dans ladite province du Bas-Canada, en tenant compte de la valeur desdites terres ainsi détenues... »¹⁰⁴

Par après, les quatre autres actes recensés sont adoptés par l'Assemblée législative du Canada-Uni. Cette inactivité législative n'est pas le fruit du hasard. À partir de 1792, la création du Parlement du Bas-Canada¹⁰⁵ freine le processus législatif « en raison de la composition même des deux chambres du

¹⁰² *Ibid*, art 7. Voir aussi *Ordonnance pour continuer encore une Ordonnance passée le vingt-neuvième jour de Mars, dans la dix-septième année du Règne de Sa Majesté, intitulée, "Ordonnance qui règle les Milices de la Province de Québec, et qui les rend d'une plus grande utilité, pour la conservation et sûreté d'icelle*, SLC 1785 (25 Geo III), c 2, art 10. Ces ordonnances rendent notamment applicable en droit canadien le *Statute of Frauds*, 1677 (R-U), 29 Charles II, c 3.

¹⁰³ *Acte pour autoriser les Juges dans les affaires civiles en cette Province, à subdéléguer le pouvoir d'administrer le serment dans certains cas y mentionnés*, SLC 1808 (48 Geo III), c 22.

¹⁰⁴ *British North America (Seigniorial Rights) Act*, 1825 (R-U), 6 Geo IV, c 59, art 3 (*An Act to provide for the Extinction of Feudal and Seigniorial Rights and Burthens on Lands held Titre de Fief and Titre de Cens, in the Province of Lower Canada; and for the gradual Conversion of those Tenures into the Tenure of Free and Common Soccage; and for other Purposes relating to the said Province*) [notre traduction].

¹⁰⁵ *Loi constitutionnelle de 1791* (R-U), 31 Geo III, c 31, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 3.

parlement »¹⁰⁶. En effet, il y a une résistance de la part des élus francophones de l'Assemblée législative qui s'opposent à l'introduction du droit anglais substantif et procédural. Malgré cette résistance, une tradition britannique est toute même importée. Un acte de 1801 autorise les cours de judicature civile de la province à édicter des règles et des ordres de procédure de nature réglementaire pour les affaires civiles¹⁰⁷, permettant à la fois d'échapper « aux contraintes inhérentes au processus législatif » et « aux délibérations politiques »¹⁰⁸. Selon le professeur Brisson, la création de ces règles aurait « rendu l'application de plusieurs institutions de droit anglais »¹⁰⁹. Les *Orders and Rules of Practice in the Court of King's Bench, for the District of Québec* adoptées en 1809¹¹⁰, dont la longueur égale celle d'un code de procédure, illustrent fort bien l'espace significatif que les règles de pratique prennent à l'époque dans le champ de la procédure.

Les règles de pratique sont très laconiques en ce qui concerne l'expertise. Elles en modulent principalement les détails techniques et ont un caractère formaliste. Par exemple, des formulaires sont prescrits pour les requêtes pour en référer à des experts, pour confirmer ou écarter les rapports¹¹¹ ou pour les brefs de *subpoena* émis par les experts¹¹². De plus, la validité de chaque rapport d'expert doit être décidée sur requête, à moins que le rapport ait été confirmé, homologué ou écarté¹¹³ et la requête en question doit être présentée dans le délai prescrit¹¹⁴. Rien n'est prévu par rapport au rôle des experts, à leur nombre, au processus de nomination ou à l'admissibilité de leur rapport ou témoignage à titre d'élément de

¹⁰⁶ Brisson, « Procédure avant la codification », *supra* note 79 à la p 99.

¹⁰⁷ *Acte pour amender certaines formes de procéder dans les Cours de Jurisdiction Civile en cette Province, et pour faciliter l'administration de la Justice*, SLC 1801 (41 Geo III), c 7, préambule et art 16.

¹⁰⁸ Brisson, « Procédure avant la codification », *supra* note 79 à la p 99. Voir aussi Sylvio Normand, « De la difficulté de rendre une justice rapide et peu coûteuse : une perspective historique (1840-1965) » (1999) 40:1 C de D 13 à la p 18 [Normand, « Difficulté de rendre justice »].

¹⁰⁹ Brisson, « Procédure avant la codification », *supra* note 79 à la p 99.

¹¹⁰ Bas-Canada, *Orders and Rules of Practice in the Court of King's Bench, for the District of Quebec* (1809) [*Rules of Practice KB Qc1809*]. Voir aussi Bas-Canada, *Rules and Orders of Practice in the Court of King's Bench, District of Montreal, 1811*.

¹¹¹ *Rules of Practice KB Qc1809*, *supra* note 110, s 9, r 15.

¹¹² *Ibid*, s 11, r 14.

¹¹³ *Ibid*, s 11, r 12.

¹¹⁴ *Ibid*, s 11, r 13.

preuve. Cela serait vraisemblablement dû à la précision des textes ainsi qu'à leurs destinataires. Les règles de pratique visent principalement les praticiens et servent à ces derniers de recueil contenant des renseignements sur les règles techniques à observer et sur la conduite à suivre devant les tribunaux¹¹⁵.

Au bout du compte, ces règles en disent très peu sur la pratique de l'expertise à cette époque. L'usage groupé des mots « arbitres », « experts » et « other referees » dans presque toutes les règles relatives à l'expertise rappelle du moins la confusion arbitre-expert de l'ancien droit. De plus, comme dans le *Code Louis*, le mot « expert » est presque toujours accordé au pluriel, sans qu'il en soit mentionné le nombre possible ou requis. Les quelques décisions judiciaires rapportées au cours de cette période ne permettent que la formulation d'hypothèses quant à l'interprétation donnée aussi bien aux règles de pratique, qu'aux statuts et à l'Ordonnance de 1667 réintroduite par l'*Acte de Québec*. Les artéfacts et les textes qui soutiennent la thèse du maintien de la pratique pré-conquête sont insuffisants et il y, à l'inverse, une quasi-absence d'indices qui indiqueraient tout changement relatif à la pratique de l'expertise. Cependant, comme nous le verrons plus loin, des faits subséquents appuient la thèse du maintien.

À la suite du rapport de Lord Durham qui déplore l'état de l'administration de la justice civile et pénale du Bas-Canada¹¹⁶, la Province du Canada est marquée par de nombreuses réformes sociales et politiques auxquelles l'administration de la justice n'échappe pas. On assiste alors à un « mouvement de prise en charge par le législateur de la réglementation de la procédure civile »¹¹⁷. Sans devenir désuètes, les règles de pratique sont déclassées par la législation dans la hiérarchie

¹¹⁵ Brisson, *Formation d'un droit mixte*, *supra* note 36 aux pp 59-60.

¹¹⁶ John George Lambton Durham, Charles Buller et Edward Gibbon Wakefield, *Report on the Affairs of British North America*, Toronto, Robert Stanton, 1839 aux pp 51-58

¹¹⁷ Brisson, *Formation d'un droit mixte*, *supra* note 36 à la p 97; Normand, « Difficulté de rendre justice », *supra* note 108 à la p 15.

des sources avec la reprise de l'activité législative et la création de la Cour Supérieure du Québec en 1849¹¹⁸.

Seulement quatre lois portent textuellement sur l'expertise. Une première assujettit la création d'un privilège du constructeur à la confection, par un expert nommé par un juge, d'un procès-verbal établissant l'état du bâtiment quant aux ouvrages à être faits et à l'acceptation desdits ouvrages par un expert nommé de la même manière dans les six mois de la fin des travaux¹¹⁹. Un second acte de 1850 vise à faciliter le serment des experts nommés par les cours de justice¹²⁰. Un troisième est adopté en 1857 et donne au juge le pouvoir de nommer « un ou des » comptables comme experts dans des affaires impliquant des comptes¹²¹. Dans une quatrième loi de 1858, le juge peut ordonner au stade de l'enquête une expertise « en vertu de la loi » soit à la demande des parties si aucune preuve n'a été présentée, soit de sa propre initiative à tout moment au cours de l'enquête¹²². La refonte des statuts du Bas-Canada de 1861 réunit toutes ces dispositions législatives touchant à l'expertise dans l'*Acte concernant la procédure ordinaire dans les Cours Supérieure et de Circuit*¹²³. Ces lois, tout comme les *Règles de pratique de la Cour Supérieure* de 1850¹²⁴, donnent très peu d'indices quant au rôle joué par les experts, mais laissent savoir du moins que l'expertise doit être ordonnée d'office par le tribunal ou à la demande des parties.

¹¹⁸ Brisson, *Formation d'un droit mixte*, supra note 36 à la p 64.

¹¹⁹ *Ordonnance pour prescrire et régler l'enregistrement des Titres aux Terres, Tenements, et Héritages, Biens Réels ou Immobiliers, et des Charges et Hypothèques sur iceux; et pour le changement et l'amélioration, sous certains rapports, de la Loi relativement à l'Aliénation et l'Hypothèque des Biens Réels, et des Droits et intérêts acquis en iceux*, SLC 1841 (4 Vict), c 30, s 31-32.

¹²⁰ *An Act to facilitate the swearing of Experts and Arbitrators appointed by the Courts of Justice in Lower Canada, and of Witnesses and others to be heard before them*, S Prov C 1850 (13 & 14 Vict), c 38.

¹²¹ *An Act to Amend the Judicature Acts of Lower Canada*, S Prov C 1857 (20 Vict), c 44, art 92.

¹²² *An Act further to Amend the Judicature Acts of Lower Canada*, S Prov C 1858 (22 Vict), c 5, art 10.

¹²³ *Acte concernant la procédure ordinaire dans les Cours Supérieure et de Circuit*, LRLC 1860, c 83, s 79-84.

¹²⁴ Province du Canada, *Rules and Orders of Practice of the Superior Court, Lower Canada* (1850), r 58, 61.

La publication des décisions des tribunaux du Bas-Canada devient régulière à partir du début des années 1850 après avoir été longtemps négligée¹²⁵. L'analyse de la jurisprudence confirme une continuité certaine de la pratique l'expertise jusqu'à la codification de 1865. Les experts sont nommés « selon la pratique habituelle de la cour »¹²⁶, « en application de la loi et selon la pratique de la cour »¹²⁷ ou « de la manière habituelle »¹²⁸, ce qui révèle tout de même un certain flou quant aux règles applicables. Malgré l'absence de référence expresse aux dispositions de l'Ordonnance de 1667 en la matière, les décisions judiciaires répertoriées illustrent une pratique calquée sur ou du moins similaire à celle d'avant la conquête. Des auteurs français, tels que Pothier et Jousse, sont parfois cités comme autorité à l'appui de la pratique¹²⁹.

Au cours de cette période, le recours à des experts est admissible lorsque le juge ne peut se déplacer sur les lieux ou n'a pas les connaissances requises pour apprécier certains faits en litige. Le tribunal ordonne d'office ou sur requête de l'une ou l'autre des parties la nomination d'experts et précise les questions nécessitant leurs avis. Chaque partie peut nommer un expert ou elles peuvent convenir de n'en nommer qu'un seul. À défaut d'une telle nomination par les parties, les experts sont nommés par le juge ou le tribunal. Un expert peut être récusé au motif qu'il manque d'impartialité. Si leurs avis divergent de sorte qu'il soit impraticable de rédiger un rapport, les deux experts en nomment un troisième ou, en cas de désaccord quant à la nomination de ce dernier, la tâche revient au juge ou au tribunal. Bien que la confection d'un seul rapport semble être favorisée, deux rapports peuvent être rédigés si les trois experts sont incapables de

¹²⁵ Sylvio Normand, « La transformation de la profession d'avocat au Québec, 1840-1900 » dans Claire Dolan, dir, *Entre justice et justiciables : Les auxiliaires de la justice du Moyen Âge au XX^e siècle*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, 425 à la p 437 [Normand, « Transformation de la profession »].

¹²⁶ *McAuley v Shepherd* (1813), 4 RJRQ 151 à la p 153 (BR) [notre traduction] : « to be hereafter named according to the usual practice of the court ».

¹²⁷ *Kierzkowski v The Grand Trunk Railway Company of Canada* (1859), 6 RJRQ 124 à la p 135 (BR) [Kierzkowski (1859)] [notre traduction] : « doth order that two experts be named in the court below in this cause by the parties, in due course of law, and according to the course and practice of the court ».

¹²⁸ *Stuart v Eaton* (1857), 6 RJRQ 157 à la p 161 (Cour de circuit) [Stuart (1857)] [notre traduction] : « that by experts to be named by the parties in the usual manner ».

¹²⁹ Voir par exemple *McAuley v Shepherd*, *supra* note 126 à la p 153.

s'entendre. Les parties doivent être présentes ou dûment appelées lors des procédés d'expertise. Les experts peuvent recueillir des éléments de preuve, assermenter et entendre les parties et leurs témoins. Les experts ne sont pas interrogés ou contre-interrogés à l'audience. Une fois homologué, le rapport est final et aucun appel n'est permis¹³⁰. Le constat est que l'Ordonnance de 1667 continue d'être appliquée en matière d'expertise.

Tout laisse croire que le droit anglais n'a pas substantiellement imprégné la pratique de l'expertise en matière civile. Les experts jouent un rôle similaire et ont des pouvoirs comparables à ceux de l'expert-assistant impartial. La fonction occupée par les experts semble par contre incertaine en raison de la mixité des sources de droit, que ce soit les emprunts issus du droit anglais, de la législation locale et des usages des acteurs juridiques canadiens du 19^e siècle. La jurisprudence à ce sujet est plutôt rare, mais suggère du moins une transformation potentielle de la pratique de l'expert-assistant.

Dans une affaire de responsabilité civile, le demandeur Brown alléguait que le quai érigé par le défendeur Guky en amont de la rivière Beauport avait réduit le niveau des eaux de la rivière, les empêchant de couler normalement dans le canal naturel qui alimentait le moulin à eau du demandeur. À la suite de la décision de première instance et parallèlement au litige entre Brown et Guky, l'expert nommé par le tribunal à la suggestion du défendeur Guky entreprend un recours solidaire contre les deux parties pour paiement de ses honoraires. En 1860, sans se prononcer sur la fonction de l'expert, la Cour du Banc de la Reine décide que l'expert nommé par une partie ou par le tribunal sur le choix d'une partie n'a de recours pour le paiement de ses frais et honoraires que contre cette

¹³⁰ Voir notamment *Grant v Planté* (1811), 1 RJRQ 140 (BR); *Brodie v Cowan* (1852), 12 RJRQ 64 (CS) (tiers-expert nommé par la Cour); *Dewitt c Burroughs* (1853), 4 RJRQ 289 (BR) (un seul expert); *Stuart* (1857), *supra* note 128; *Kierzkowski* (1859), *supra* 127; *Lambert c Lefrançois* (1860), 9 RJRQ 370 (CS); *Filion c de Beaujeu* (1960), 9 RJRQ 103 (CS); *Doutre c Green* (1961), 9 RJRQ 137 (CS); *Auclair c Low* (1861), 9 RJRQ 181 (CS) (récusation); *Lamarque c Johnson* (1861), 9 RJRQ 358 (CS) (notification aux parties); *Bruneau c Prévost* (1863), 9 RJRQ 135 (BR) (homologation); *Boswell c Lloyd* (1863), 11 RJRQ 155 (BR) (tiers-expert nommé par la Cour); *David c Macdonald* (1863), 9 RJRQ 80 (BR), juge en chef Sir LH Lafontaine; *Knowlton c Clarke* (1864), 13 RJRQ 174 (BR) (pouvoir des experts); *Hall v Brigham* (1865), 18 RJRQ 105 (CS); *Tremblay v Vadeboncœur* (1865), 18 RJRQ 186 (CS).

partie. Les autres parties ne sont pas tenues et obligées solidairement envers un tel expert¹³¹. Pourtant, le Comité judiciaire du Conseil Privé vient affirmer en 1864 lors de l'appel de la décision de la Cour du Banc de la Reine dans l'affaire initiale *Brown c Guky* que les experts « agissent en qualité d'officiers de la Cour »¹³². Dans une opinion très critique à l'égard des parties, du juge de première instance et des experts, Lord Kingsdown attribue la responsabilité d'une grande partie des frais démesurés et du long délai à la décision regrettable du juge d'en référer à des experts, étape « inutile [...] qui n'a donné aucun résultat satisfaisant », et aux « accusations et récriminations » des experts¹³³. De la même manière, un juge de la Cour de circuit maintient en 1865 que les arpenteurs-experts sont des « officiers publics agissant en vertu d'un serment d'office »¹³⁴.

À l'opposé, certaines décisions appuient l'hypothèse que l'expert est un témoin ordinaire convoqué par une partie. En 1865, un juge de la Cour Supérieure déclare que « l'expert n'est rien autre chose qu'un témoin », ou du moins que l'expert est assimilable à un témoin lorsqu'il faut rembourser les frais qui lui sont dus¹³⁵. Dans l'affaire *Colville c Flanagan* de 1864, la Cour du Banc de la Reine revient sur le témoignage en première instance d'un certain Docteur Workman, appelé à donner son avis d'expert médical par la partie qui cherchait à annuler une donation sur le motif d'une incapacité du donateur à consentir¹³⁶. La donation n'est pas annulée puisque l'avis de l'expert en aliénation mentale ne peut réfuter la preuve établie par les témoignages des deux médecins traitants du donateur¹³⁷.

Nous concluons donc qu'une pratique de l'expert-témoin convoqué par une partie apparaît vraisemblablement au tournant de la codification de 1865 et commence à se développer parallèlement à celle de l'expert-assistant ou officier de la cour. L'absence de dispositions expresses reconnaissant le témoin-expert

¹³¹ *Brown c Wallace* (1860), 5 LCJ 60 (CS).

¹³² *Brown v Guky* (1864), 10 RJRQ 1 à la p 20 (PC), LJ Kingsdown [notre traduction].

¹³³ *Ibid* [notre traduction].

¹³⁴ *Brady v Aitchison* (1865), 18 RJRQ 197 à la p 198 (Cour de circuit) [notre traduction].

¹³⁵ *Beauchène c Pacaud* (1865), 14 RJRQ 11 à la p 15 (CS).

¹³⁶ *Colville c Flanagan* (1864), 13 RJRQ 56 (BR).

¹³⁷ *Ibid* à la p 85, juge Badgley.

dans la confection des codes à venir démontrerait par contre le caractère embryonnaire de la pratique.

1.4. L'expertise sous le *Code de procédure civile du Bas-Canada*

En 1857, le législateur confie la tâche à trois commissaires de codifier les lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et procédurales¹³⁸. L'un des objectifs est de réunir dans un code unique, complet et cohérent les nombreuses sources de la procédure civile québécoise, aux origines diverses et au caractère disparate, incluant notamment les ordonnances royales du régime français, la Coutume de Paris, la jurisprudence du Conseil supérieur du Québec, celles des tribunaux établis après la conquête, la législation statutaire locale, les lois de la métropole anglaise, les ordonnances des gouverneurs canadiens, les pratiques et les usages locaux¹³⁹. Il s'agit avant tout d'un exercice de synthèse puisque tout amendement au droit alors en vigueur doit être suggéré dans un rapport distinct et séparé¹⁴⁰. En matière d'expertise, les codificateurs recommandent d'ailleurs dans leur huitième rapport « de changer le mode de nomination et d'exiger que les experts ne soient choisis que du consentement des deux parties et à défaut de concours que les experts soient nommés d'office par le tribunal »¹⁴¹.

D'une part, le *Code civil du Bas Canada* ne contient que quatre articles portant sur l'expertise¹⁴². Étrangement, aucune disposition n'est prévue au chapitre de la preuve (art 1230-1237 CcBC). Les quatre articles en question (art

¹³⁸ *Acte concernant la Codification des lois du Bas Canada, qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, LRLC 1860, c 2, art 1-5 [*Acte sur la codification*].

¹³⁹ Brisson, *Formation d'un droit mixte*, *supra* note 36 aux pp 124-25.

¹⁴⁰ *Acte sur la codification*, *supra* note 138, art 6.

¹⁴¹ Canada, Commissaires pour la codification des lois du Bas Canada qui se rapportent aux matières civiles, *Code de procédure civile du Bas Canada : Huitième rapport des Commissaires chargés de codifier les lois du Bas Canada en matières civiles*, Ottawa, GE Desbarats, 1866. Cet amendement sera d'ailleurs incorporé au Code.

¹⁴² *Acte concernant le Code civil du Bas-Canada*, S Prov C 1865 (29 Vict), c 44 [CcBC]. En matière de servitude de mur mitoyen, un cinquième article (art 519 CcBC) prévoit qu'en cas de refus du voisin, des experts doivent régler les moyens nécessaires pour que tout nouvel ouvrage qui s'appuie ou s'applique sur le mur mitoyen ne soit pas nuisible aux droits de l'autre. L'article 519 CcBC ne concerne pas l'expertise devant le tribunal.

97, 696, 705, 2013 CcBC) portent sur des règles de fond et donnent à l'expertise une fonction substantive. L'expertise est tantôt imposée comme obligation, tantôt comme condition essentielle à l'exercice d'un droit d'action ou est même encore constitutive de droit. Par exemple, lorsqu'une personne est absente depuis cinq ans, le Code impose aux héritiers qui ont la possession provisoire des immeubles de l'absent l'obligation « de procéder [...] à la visite par experts des immeubles, afin d'en constater l'état »¹⁴³. En matière de succession, l'héritier qui souhaite exercer son droit au partage d'un bien immobilier indivis doit recourir à l'expertise pour entreprendre une action en partage¹⁴⁴ et, si un tel partage est possible, pour lotir l'immeuble lorsque les cohéritiers ne peuvent convenir du lotissement¹⁴⁵. Dans le domaine des sûretés, l'expertise est aussi constitutive du privilège du constructeur puisqu'un expert « nommé par un juge de la Cour Supérieure » doit d'abord dresser un premier « procès-verbal constatant l'état des lieux où les travaux doivent être faits » et un expert nommé de la même manière doit ensuite accepter les ouvrages dans les six mois suivants la fin des travaux, « ce qui doit être constaté par un procès-verbal contenant aussi une évaluation des ouvrages faits »¹⁴⁶.

D'autre part, le *Code de procédure civile du Bas Canada* prévoit à la fois des règles de fond et de forme relatives aux experts. Les dispositions sur l'expertise sont regroupées aux sous-sections IV §1 et §4 du chapitre de l'instruction¹⁴⁷. Le Code reprend essentiellement le processus décrit plus haut. Au niveau de la procédure, le Code fixe le nombre d'experts (trois, mais possiblement un si les parties y consentent)¹⁴⁸, le processus de nomination (du consentement

¹⁴³ Art 97, al 1 CcBC.

¹⁴⁴ En vertu de l'article 696 CcBC, les héritiers qui demandent le partage d'un immeuble doivent le faire estimer « par experts choisis par les parties intéressées, ou, à leur refus, nommés d'office » et « [l]e procès-verbal des experts doit présenter les bases de l'estimation; il doit indiquer si l'objet estime peut être commodément partagé, de quelle manière, et fixer, en cas de division, chacune des parts qu'on peut en former et leur valeur. »

¹⁴⁵ Art 705 CcBC.

¹⁴⁶ Art 2013 CcBC.

¹⁴⁷ *Acte concernant le Code de procédure civile du Bas-Canada*, S Prov C 1866 (29 & 30 Vict), c 25, art 321-339, 344-347 [CpcBC].

¹⁴⁸ Art 322 CpcBC.

des parties ou à défaut par le juge)¹⁴⁹, la récusation et le remplacement des experts¹⁵⁰ et les règles relatives au serment des experts¹⁵¹, à leur pouvoir de recevoir des témoignages et de convoquer les parties¹⁵², à la rédaction du ou des rapports¹⁵³, au rejet du rapport pour cause d'irrégularité ou de nullité¹⁵⁴ et à la consignation des frais d'expertise¹⁵⁵. Le Code prévoit aussi quelques règles de preuve, notamment quant à l'admissibilité et la valeur probante de l'expertise. D'abord, l'article 322 CpcBC donne au tribunal le pouvoir d'ordonner, d'office ou sur requête de l'une des parties, « que les faits soient constatés par experts et gens à ce connaissant »¹⁵⁶. Une telle ordonnance est possible, « avant, pendant, ou après l'enquête »¹⁵⁷ et « lorsque quelque fait contesté entre les parties ne peut être vérifié que par la visite de l'objet ou des lieux, ou encore lorsque la preuve faite de part et d'autre est contradictoire, ou lorsque la nature du litige le requiert ». Le jugement qui ordonne l'expertise « doit énoncer clairement et distinctement les choses à vérifier »¹⁵⁸. Ensuite, le rapport des experts, ainsi que tous les témoignages et documents qui y sont annexés font partie de la preuve de la cause¹⁵⁹. Toutefois, la force probante du rapport n'est pas absolue et, en vertu de l'article 339 CpcBC inspiré du *Code de procédure civile* français de 1806¹⁶⁰, « le tribunal n'est pas astreint à suivre l'opinion des experts, ni celle de la majorité d'entre eux ». Pour cette raison, l'entrée en vigueur du *Code de procédure civile du Bas Canada* signale peut-être une atténuation du rôle de l'expert dont l'opinion peut être écartée à la discrétion du juge. Cette hypothèse nous apparaît toutefois invraisemblable puisque l'article 339 CpcBC ne fait d'une certaine façon que rappeler que l'expert est avant tout au service de l'autorité judiciaire. Nous ne

¹⁴⁹ Art 324-326 CpcBC.

¹⁵⁰ Art 327, 329 CpcBC.

¹⁵¹ Art 328, 330-331 CpcBC.

¹⁵² Art 333-335 CpcBC.

¹⁵³ Art 336-338 CpcBC.

¹⁵⁴ Art 345 CpcBC.

¹⁵⁵ Art 344 CpcBC.

¹⁵⁶ Art 322, al 1 CpcBC.

¹⁵⁷ Art 321 CpcBC.

¹⁵⁸ Art 322, al 2 CpcBC.

¹⁵⁹ Art 346 CpcBC.

¹⁶⁰ Art 323 C proc civ (1806) : « Les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des experts, si leur conviction s'y oppose. »

croyons pas y voir une diminution certaine de l'autorité ou de la valeur probante du rapport d'expertise, et si c'était le cas, cela a peu d'effet immédiat sur la pratique. À notre avis, il s'agit davantage d'un rappel du rôle d'assistant ou d'officier de l'expert. À ce sujet, une décision de la Cour Supérieure confirme que « [l]es tribunaux doivent autant que possible accueillir favorablement les rapports d'experts et ne les rejeter qu'en autant qu'il y a eu des irrégularités et des illégalités de nature à porter préjudice aux parties. »¹⁶¹

La pratique de l'expertise reste donc essentiellement la même avec la codification. Cela n'est pas surprenant, car les codificateurs n'avaient pas la mission de réviser ou de modifier le droit en vigueur. De la même manière, il n'est pas étonnant que rien ne soit spécifiquement prévu par rapport à la possibilité d'interroger les experts à l'audience. Bien que l'article 327 CpcBC *in fine* associe l'expert à un témoin (« [e]t généralement les autres causes d'exclusion applicables aux témoins »), la lecture de l'article 1231 CcBC dont il est fait implicitement référence nous apprend seulement que l'expert doit être pourvu d'intelligence, connaître l'obligation du serment, être vivant et ne doit pas être réputé infâme. Le Code exige donc de l'expert qu'il fasse preuve de discernement, d'indépendance et d'impartialité. Le corollaire de cette règle empêche toute personne d'agir comme expert si elle est liée à une partie par la parenté, l'alliance, l'intimité, l'inimitié, la subordination, un intérêt quelconque, la domesticité ou l'emploi.

1.5. Les origines de l'expertise partisane

À notre avis, le premier facteur à l'origine de l'expert témoin partisan au Québec est les stratégies adoptées par les avocats qui donnent un élan certain au développement de la pratique. À l'époque de la codification, « les procureurs des parties dominant sans partage [le système judiciaire de la province, caractérisé par une orientation libérale] et ne craignent pas de multiplier parfois inutilement les

¹⁶¹ *Connavan v Bryson* (1884), 1 CS 221.

témoignages »¹⁶². La pratique se détériore en raison de « l'afflux massif de nouveaux membres »¹⁶³, « de telle façon que l'Ordre atteint un chiffre considérable, proportionnellement aux affaires qui se transig[ent] dans le pays »¹⁶⁴. L'établissement des facultés de droit au milieu du 19^e siècle et des examens trop faciles permettent « à un grand nombre de jeunes gens sans talent comme sans connaissance de la loi et de la pratique de recevoir leur diplôme. »¹⁶⁵ Dans un contexte de concurrence croissante pour sécuriser des affaires, l'esprit d'émulation est bien loin de caractériser les rapports entre avocats; on assiste plutôt à l'institution de rivalités malsaines et d'une culture professionnelle basée sur l'antagonisme :

À mesure que le nombre augmentait, les affaires diminuaient et la petite part de chacun ne permettait que de végéter. C'est alors que l'intrigue, la supercherie, les moyens bas, déloyaux, parfois malhonnêtes, les sollicitations indues et autres cabales indignes de l'Ordre furent mises en jeu pour accaparer la clientèle. On fit de la profession un vil métier, on brocanta le titre d'avocat pour celui de charlatan¹⁶⁶...

Des exemples tirés de la jurisprudence confirment l'hypothèse selon laquelle l'expert qui témoigne pour une partie émane des praticiens. On en vient à affirmer que « les experts ne sont que des témoins »¹⁶⁷. Certains avocats deviennent éventuellement juges et confirment logiquement la légitimité de leur pratique. Le témoignage d'expert éclot principalement en matière de responsabilité civile (contractuelle¹⁶⁸ et délictuelle¹⁶⁹), particulièrement lorsque le litige est en lien avec des activités commerciales ou industrielles¹⁷⁰, du transport

¹⁶² Normand, « Difficulté de rendre justice », *supra* note 108 à la p 17.

¹⁶³ Normand, « Transformation de la profession », *supra* note 125 à la p 437.

¹⁶⁴ Edmond Lareau, *Histoire de la littérature canadienne*, Montréal, John Lovell, 1874 à la p 385.

¹⁶⁵ *Ibid* à la p 385.

¹⁶⁶ *Ibid* aux pp 385-86.

¹⁶⁷ *Scott v Payette* (1879), 24 LCJ 141 à la p 142 (BR).

¹⁶⁸ See for example *Gentlemen of the Seminary v Jacobs* (1907), 4 ELR 340 (C rév Qc).

¹⁶⁹ *Hickey v City of Montréal* (1896), 12 CS 195 (évaluation par les experts du demandeur des dommages causés par l'inondation de sa propriété); *Crawford c Cité de Montréal* (1900), 19 CS 323 (le demandeur fait faire une évaluation des dommages d'une expropriation illégale par quatre architectes).

¹⁷⁰ *George Matthews Co v Bouchard* (1898), 28 SCR 580; *Upton v Hutchison* (1898), 2 PR 300 (CA); *Asbestos & Asbestic Co v Durand* (1900), 32 SCR 462; *Royal Electric Co v Hévé* (1902), 30

maritime¹⁷¹ ou ferroviaire¹⁷² et encore davantage lorsque des assureurs sont appelés à représenter les parties défenderesses¹⁷³. L'utilisation de témoins-experts s'étend au fur et à mesure aux affaires d'aliénation mentale¹⁷⁴.

Vers la fin du 19^e siècle, les avocats tentent de plus en plus de faire reconnaître à leurs témoins une certaine compétence en leur faisant attribuer le statut d'expert. Cette stratégie peut avoir deux objectifs. Le premier est d'accroître la force probante d'un témoignage dont la crédibilité peut être affectée pour cause d'intérêt. Dans un contexte de révolution industrielle, l'organisation des moyens de production au tour de l'entreprise, l'augmentation du nombre d'activités dangereuses et l'accroissement des relations commerciales et des échanges expliquent en grande partie l'augmentation du nombre de litiges impliquant des entités commerciales¹⁷⁵. Dans les causes où les employés d'une partie ont connaissance des faits en litige, il devient opportun de faire paraître d'éventuels témoins comme des employés compétents et expérimentés et, par conséquent, plus crédibles. Le second objectif est de contredire et d'attaquer la crédibilité de la position adverse en présentant une hypothèse partisane. L'idée ici est surtout de semer la confusion dans l'esprit du juge.

L'usage accru du témoin-expert ne suscite aucune réaction du législateur québécois, qui aurait pu modifier la législation en codifiant cette nouvelle

SCR 285; *Dumphy v Montreal Light, Heat & Power Co* (1905), CR [1907] AC 200 (BR Qc); *Préfontaine v Grenier* (1906), 15 BR 143; *Valois v Marceau* (1907), 4 ELR 176 (BR Qc); *Tanguay c Royal Paper Mills Co* (1907), 31 CS 397, [1907] JQ no 1 (QL) [*Tanguay* (1907)]; *Normandin v National Express Co* (1908), 4 ELR 558 (CS Qc); *Montreal Light, Heat & Power Co v Quebec (AG)* (1907), 16 BR 410 conf par (1908), 41 SCR 116; *Gale v Bureau* (1911), 44 SCR 305.

¹⁷¹ Voir par exemple *Collins Bay Rafting & Forwarding Co v Kaine* (1898), 29 SCR 247.

¹⁷² *Glasgow and London Insurance Co v Canadian Pacific Railway Co* (1888), 34 LCJ 1 (CS); *Tanguay v Grand Trunk Railway Co of Canada* (1900), 20 CS 90; *Montreal Street Railway Co c Gareau* (1901), 10 BR 417; *Quebec & Lake St John Railway v Julien* (1906), 37 SCR 632; *Guardian Fire & Life Assurance Co v Quebec Railway, Light & Power Co* (1906), 37 SCR 676.

¹⁷³ *Ibid*; *Quebec Marine Insurance Co v Commercial Bank of Canada* (1869), 19 RJRQ372 (QB).

¹⁷⁴ *Laramée c Ferron* (1907), 17 BR 215; *Dupré c Papillon*, 40 RP 321, [1936] JQ no 29 (QL) (CS).

¹⁷⁵ Voir notamment Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile : Principes généraux*, vol 1, 7^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007 aux pp 13-19.

pratique. Or, la première réforme de 1897 reprend essentiellement les dispositions du *Code de procédure civile du Bas Canada* sous une nouvelle numérotation¹⁷⁶.

Au début du 20^e siècle, la pratique du témoin-expert convoqué par une partie devient aussi courante que celle de l'expert-assistant ou officier prévue au Code. Bien que les stratégies des avocats semblent fonctionner dans la majorité des cas, il arrive parfois que le tribunal, insatisfait des témoignages d'experts de chaque partie, ordonne d'office une expertise sur certaines questions¹⁷⁷. Par exemple, dans une affaire de 1930, le juge après avoir entendu les médecins experts des parties conclut qu'il est incapable de se prononcer « sans obtenir l'avis d'un ou de trois experts désintéressés »¹⁷⁸.

Dans de rares cas, des juges sceptiques vont même jusqu'à dénoncer la pratique du témoin-expert. Une formation de la Cour du Banc du Roi affirme en 1906 que « les témoignages scientifiques offrent des dangers quant à la foi à leur donner et ne doivent être reçus qu'après un examen sévère pour ce qu'ils valent seulement, en regard des autres éléments de preuve dans la cause »¹⁷⁹. Aux dires du tribunal, les témoignages d'experts ont « conduit à tant d'abus que les légistes ne les voient plus, depuis un long temps, qu'avec défaveur » bien qu'ils soient dans certains cas fort utiles et indispensables¹⁸⁰. Selon le raisonnement de la Cour, les magistrats doivent être suspicieux lorsqu'ils entendent de tels témoignages :

À plus forte raison doit-il prendre avec circonscription le témoignage d'un témoin préparé à l'avance par l'une des parties qui lui a communiqué sa manière de voir, a pu le suivre dans son travail et lui indiquer les écueils à éviter pour atteindre le but désiré. Tout cela se passe en l'absence de la partie adverse qui reste avec la seule ressource de transquestions que peut suggérer

¹⁷⁶ *Loi concernant le Code de procédure civile de la province de Québec*, LQ 1897, c 48, art 391-417 [Cpc (1897)].

¹⁷⁷ Voir par exemple *Montreal Light, Heat & Power Co v Quebec (AG)* (1907), *supra* note 170.

¹⁷⁸ *Painchaud c Millen* (1930), 68 CS 487.

¹⁷⁹ *Deschênes c Langlois* (1906), 15 BR 388 à la p 388.

¹⁸⁰ *Ibid* à la p 391.

un témoignage ainsi préparé et donné en cour sans monition préalable¹⁸¹.

Une décision de 1907 de la Cour Supérieure dénonce la partisanerie des experts-témoins : « [l]a théorie de ces experts, plus spéculative que pratique et réelle, aurait quelque influence en ce litige si ces experts, comme dans la plupart des cas, ne venaient pas en cour pour soutenir trop systématiquement les prétentions de ceux qui ont requis leurs services et qui, pour le maintien de ces prétentions, deviennent plus partisans que les parties elles-mêmes. »¹⁸²

Dans l'affaire *Pratt c Voisard*, le juge en chef Fitzpatrick de la Cour suprême du Canada critique en 1918 la pratique courante du témoin-expert :

Il est bien vrai que la pratique moderne de la preuve d'expert est en train de devenir peu utile aux fins judiciaires, parce que même les hommes de la plus haute moralité et intégrité sont susceptibles d'être partisans de celui qui les a employés, et que la meilleure procédure est celle qui est prévue à l'Ordonnance de 1667 et encore suivie en France. La Cour doit, chaque fois qu'il est nécessaire, nommer à la demande de l'une des parties ou d'office des experts désintéressés qui sont mis à la disposition et payés de manière à garantir leur impartialité comme dans le cas prévu aux articles 392 et suivants du *Code de procédure civile*¹⁸³.

Hors contexte, ce dictum semble freiner ou arrêter le recours aux témoins-experts. Cependant, dans un passage précédant, le juge en chef Fitzpatrick rejette l'idée selon laquelle tous les témoignages d'opinion, « que ce soit un témoignage médical ou celui d'un scientifique, chimiste, ingénieur ou autre », ne sont pas reconnus ou admissibles en vertu de la loi régissant la preuve dans la province de Québec¹⁸⁴. À son avis, il « découlerait nécessairement de l'adoption d'un tel principe » d'inadmissibilité des témoignages d'opinion « des résultats désastreux » qui « doivent être évidents pour tous ceux qui sont concernés par

¹⁸¹ *Ibid* aux pp 391-92.

¹⁸² *Tanguay* (1907), *supra* note 170. Voir aussi *Montreal (City) v John Layton & Co* (1913), 47 SCR 514, 10 DLR 852 aux para 65-66.

¹⁸³ *Pratte v Voisard*, 57 SCR 184, 1918 CarswellQue 21 aux para 11, 16, juge en chef Fitzpatrick [notre traduction].

¹⁸⁴ *Ibid* au para 11 [notre traduction].

l'administration de la justice »¹⁸⁵. Le témoin-expert devient en quelque sorte légitime sur le plan juridique. Sur les faits en litige, le juge en chef ajoute que :

le libellé de l'article 1205 [CcBC] semble suffisamment large pour inclure la preuve d'expert en écriture. Certes, il s'agit simplement d'un témoignage d'opinion, mais s'il est donné par des personnes honnêtes et compétentes, il doit aider la Cour. Puis, dans une affaire de ce genre, il est difficile de voir comment le faux allégué pourrait être dévoilé, sauf par des experts et des témoignages d'opinion adéquats¹⁸⁶.

Une dichotomie paraît clairement établie entre les pratiques de l'expertise judiciaire et de l'expertise partisane. On refuse d'appliquer les dispositions de la première à la seconde. La visite de l'objet ou des lieux est strictement ordonnée aux experts nommés par le tribunal selon la procédure établie aux articles 392 et suivants Cpc (1897). On refuse de rendre de telles ordonnances pour des experts partisans. Dans une affaire de troubles de voisinage de 1898, le juge de première instance ordonne au demandeur de permettre au défendeur « d'entrer dans la maison pour y faire faire des expériences par des personnes compétentes, afin de constater si réellement l'usine causait des dommages à la propriété, et le caractère et l'étendue de ces dommages »¹⁸⁷. En appel, la Cour du Banc de la Reine casse l'ordonnance au motif qu'elle n'est pas conforme à l'article 392 Cpc (1897) qui « pourvoit à la visite des lieux dans certains cas et détermine comment elle se fera »¹⁸⁸. Bien que les expériences soient « jugées utiles [aux] fins du procès »¹⁸⁹, il ne s'agit pas d'un cas d'expertise et *a fortiori* la loi n'autorise pas le tribunal à ordonner une visite des lieux par un expert désigné par une partie. En 1900, un juge de la Cour Supérieure s'appuie sur la décision précédente et refuse de rendre une ordonnance permettant à l'expert du demandeur, un ingénieur civil, de visiter les lieux de l'accident, le magasin du défendeur¹⁹⁰.

¹⁸⁵ *Ibid* [notre traduction].

¹⁸⁶ *Ibid* [notre traduction].

¹⁸⁷ *Gareau v Montreal Street Railway Co* (1898), 8 BR 409, 1 RP 566 à la p 566.

¹⁸⁸ *Ibid* à la p 567.

¹⁸⁹ *Ibid*.

¹⁹⁰ *Dubois c Horsfall* (1900), 18 CS 138.

Comme second facteur, l'interprétation judiciaire donnée aux articles 321 et 322 CpcBC et 391 et 392 Cpc (1897) est à l'origine du témoin-expert partisan. Les juges interprètent ces articles d'une manière de plus en plus stricte. Avant tout, les tribunaux ne doivent pas uniquement limiter le recours à l'expertise prévue au Code aux cas où elle est « nécessaire »¹⁹¹, mais ne peuvent l'ordonner que dans les trois éventualités suivantes : (1) « lorsque quelque fait contesté entre les parties ne peut être vérifié que par la visite de l'objet ou des lieux », (2) « lorsque la preuve faite de part et d'autre est contradictoire » ou (3) « lorsque la nature du litige le requiert »¹⁹². Malgré un libellé qui semble à première vue assez large, les articles 322 CpcBC et 392 Cpc (1987) sont interprétés strictement. Entre autres, dans une action en bornage dans laquelle l'une des parties réclame des dommages pour empiètement, la Cour considère qu'elle ne peut nommer des experts pour « faire à la visite des lieux, examiner les titres de parties, l'état actuel du mur de la demanderesse, entendre les témoins produits, et faire rapport », car il ne s'agit pas d'un cas prévu à l'article 322 du CpcBC¹⁹³. Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine que l'expertise ne s'applique qu'aux cas où l'on cherche à constater un état de choses encore existant et non des faits passés. De plus, on ne peut y avoir recours que si le mode ordinaire d'instruction, soit l'enquête devant le tribunal, ne donne pas un résultat aussi satisfaisant¹⁹⁴.

De même, la jurisprudence confirme que les termes « avant, pendant ou après l'instruction »¹⁹⁵ ne signifient pas en tout temps. En 1939, un juge de la Cour Supérieure affirme qu'en vertu de l'article 391 Cpc (1897), le défendeur ne peut faire nommer des experts avant d'avoir plaidé à la demande de dommages-intérêts pour la privation de jouissance d'une propriété. En 1943, on juge qu'une demande de nomination d'experts faite avant l'instruction est prématurée¹⁹⁶. En 1947, il est d'abord décidé qu'un tribunal ne peut ordonner d'expertise avant la

¹⁹¹ Art 321 CpcBC; art 391 Cpc (1897).

¹⁹² Art 322 CpcBC; art 392 Cpc (1987).

¹⁹³ *Desève c Desève* (1891), 7 CS 157 à la p 158.

¹⁹⁴ *Rankin v Lay* (1874), 5 RL 226 (CS); *Symons v Bougie* (1874), 5 RL 462 (CS). Voir aussi Langelier, *supra* note 56 aux pp 384-87.

¹⁹⁵ Art 321 CpcBC; art 391 Cpc (1987).

¹⁹⁶ *Legget c Gorman Welding Engineering Co* (1943), 47 RP 420 (CS).

production de la défense¹⁹⁷ et ensuite qu'une partie ne peut pas demander, avant l'instruction d'un procès, que les lieux en litige soient visités par experts qui puissent en prendre des plans¹⁹⁸. Cette interprétation stricte est due au fait que l'expertise est qualifiée à l'article 391 Cpc (1987) de mesure d'« instruction extraordinaire » et est d'ailleurs fortement ancrée en 1964, comme le confirme cet extrait d'une décision de la Cour de magistrat : « [l']expertise est un mode d'instruction et une « mesure extraordinaire » qui ne peut être ordonnée que dans les trois éventualités prévues par l'article 392 Cpc et les tribunaux, dans les demandes de cette nature, doivent se montrer extrêmement circonspects »¹⁹⁹.

L'étroite application donnée à l'expertise judiciaire peut être l'une des causes du recours aux témoins-experts. Devant l'incapacité ou l'impossibilité de procéder à une expertise, la convocation d'un témoin-expert semble très judicieuse pour des avocats qui cherchent à démontrer ce qui c'est réellement produit entre les parties. La pratique pourrait donc être le résultat d'une réaction d'adaptation des juristes. Selon cette perspective, le témoin-expert apparaît comme une solution de compromis entre les exigences des parties et les restrictions textuelles de la législation et explique la réticence des juges à condamner un tel procédé. C'est possiblement pour cette raison qu'on autorise les parties à réclamer parmi leurs dommages les honoraires de leurs experts, si cela est nécessaire aux fins du litige et plus particulièrement pour apprécier la nature des dommages²⁰⁰.

Au moment de la seconde réforme de 1965, la nomination d'un expert par le tribunal devient très peu utilisée et constitue scrupuleusement un mode exceptionnel d'instruction. De l'autre côté, le témoin-expert partisan est bien ancré dans la pratique des avocats : « il est loisible [aux parties] de produire directement, devant les tribunaux, un ou plusieurs témoins experts »²⁰¹. Pourtant,

¹⁹⁷ *Dorion c Waterless Kitchen Equipment Ltd*, [1947] RL 192 (CS).

¹⁹⁸ *Lord c Tipoldos*, [1947] RP 319 (CS).

¹⁹⁹ *Household Finance Corporation Ltd c Renaud*, 1964 RP 261 (Cour de magistrat) [*Renaud*].

²⁰⁰ *Scanlan c Cité de Montréal* (1900), 17 CS 363; *Sentenne v Cité de Montréal* (1893), 2 BR 297; *Décarie v Ville de Montréal-Ouest* (1903), 26 CS 16; *Marcotte c. Darveau*, [1956] CS 197.

²⁰¹ *Renaud*, *supra* note 199.

le troisième code québécois sur la procédure civile, qui « reste profondément enraciné dans l'ancien »²⁰², ne prévoit rien de précis en la matière et aménage uniquement le pouvoir du juge d'ordonner, à sa discrétion ou à la demande d'une partie, qu'un tiers expert qu'il désigne examine, constate ou apprécie des faits relatifs au litige²⁰³.

L'expertise partisane est donc régie par des règles jurisprudentielles. Au cours du 20^e siècle, on qualifie le « témoin-expert » comme étant « celui qui est appelé à donner au tribunal le résultat de son expérience dans l'appréciation des faits qui lui sont soumis »²⁰⁴. Néanmoins, en matière de taxation des témoins, une décision à part de la Cour Supérieure limite la qualification d'expert en exigeant la concomitance de trois conditions: « (1) un technicien désigné par le tribunal; (2) pour éclairer le tribunal sur une question exigeant une compétence particulière; (3) dans un procès. »²⁰⁵ Le juge renchérit en affirmant : « [a]utrement dit, devant la loi, le témoin-expert dépend essentiellement d'un jugement du tribunal et sans un tel jugement, un témoin, [quelles que] soi[ent] sa science, ses connaissances, son autorité scientifique ou autre, et sa compétence, ne pourra être taxé contre la partie succombant comme un témoin-expert au sens de l'article 391, 392 et s CPC. »²⁰⁶ Cette définition stricte de l'expert fait figure d'exception dans la jurisprudence. L'année suivante, une décision du même tribunal vient d'ailleurs affirmer le contraire : « [u]n témoin expert n'est pas restrictivement une personne qui témoigne *ex-officio* après avoir été judiciairement nommé expert, mais une personne rendant témoignage en rapport avec une matière ou un sujet sur lequel, à raison d'études ou de recherche, elle possède une connaissance et des qualifications spéciales »²⁰⁷.

²⁰² Louis Marceau, « Le nouveau code de procédure civile: ses principes et son esprit » (1967) 8:4 C de D 365 à la p 366.

²⁰³ *Code de procédure civile*, LQ 1965, c 80, art 414-424 [Cpc (1965)].

²⁰⁴ *St-Jean c Bergeron* (1908), 10 RP 304 (CS); *Gold v Reinblatt*, [1929] SCR 74; *Fournier c Fournier* (1940), 44 RP 173 (CS).

²⁰⁵ *Gosselin c Grégoire*, [1957] RP 212 à la 215 (CS).

²⁰⁶ *Ibid* à la 219.

²⁰⁷ *Lafontaine c Mahoney*, [1958] RP 85 (CS).

En outre, pour déterminer la recevabilité ou l'admissibilité et la valeur probante du témoignage d'expert, les tribunaux québécois appliquent au procédé d'expertise partisane la règle de la pertinence (inspiration de la common law maintenant codifiée à l'article 2857 CcQ) et les dispositions sur la preuve testimoniale²⁰⁸.

1.6. La consécration de l'expertise partisane

L'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec* en 1994 convertit le témoin-expert en « témoin expert » (sans trait d'union) et l'élève (ou du moins la codifie) au rang des moyens de preuve. Le Code établit deux catégories de témoins : le témoin ordinaire et le témoin expert. Le premier alinéa de l'article 2843 CcQ exige que la preuve d'expertise se fasse par témoignage et définit le témoignage de l'expert comme étant « la déclaration [...] par laquelle un expert donne son avis. » Un témoin ordinaire devient habile à donner un avis lorsqu'on fait la preuve de sa qualité d'expert. Le rapport de l'expert devient un véritable accessoire à son témoignage; c'est un simple écrit qui contient une opinion et qui constate parfois certains faits. Avec la troisième réforme du *Code de procédure civile* de 2003, le rapport sert principalement (peut-être bien uniquement) de medium servant à ne pas surprendre la partie adverse.

Le *Code de procédure civile* actuel est assez exhaustif quant aux règles de procédure à suivre en matière expertale. On y retrouve notamment des règles quant à la communication et à la production du rapport d'expertise (art 331.1-331.3, 402.1 Cpc), à l'audition des témoins experts (art 294 et s Cpc), aux dépens (art 477 Cpc) et aux procédures spéciales telles que l'examen médical (art 399-400 Cpc), la rencontre d'experts (art 413.1 Cpc) et l'expertise judiciaire (art 414 Cpc). Cette dernière conserve un caractère exceptionnel²⁰⁹. Le législateur et les tribunaux par leurs règles de pratique ont d'une certaine façon repris en main le procédé d'expertise. Cependant, une grande partie du droit de la preuve par

²⁰⁸ Art 1230 et s CcBC.

²⁰⁹ *FD c JS*, [1989] RDJ 308 à la 310 (CS); *T-M (R-M) c M (B)*, JE 2001-1923 au para 4 (CS).

témoin expert n'est pas codifiée et est encore aujourd'hui essentiellement régie par la jurisprudence, laissant aux juges la discrétion de la modifier.

Malgré de récentes remises en question, la pratique est entièrement intégrée et n'échappe malheureusement pas « à la sacralisation qui entoure l'activité de toutes les intuitions »²¹⁰. À lecture des interventions dans le *Journal des débats de la Commission des institutions*, la capacité de nommer l'expert de son choix semble avoir toujours été, apparaît comme une caractéristique sacrée et immuable et constitue un droit fondamental et certain, soit un principe de justice naturelle. La résistance de la part des acteurs du milieu juridique existe. La position des disciples de l'expertise partisane sur le récent avant-projet de loi suggère que la pratique soit intouchable et que toute modification sera considérée « comme la destruction d'une règle absolue dont l'autorité s'avère d'autant plus certaine que ses origines sont incertaines »²¹¹.

Notre enquête historique démontre que le témoin expert n'est ni « un rituel si ancien que sa raison d'être se perd dans les premiers temps de l'histoire et qui s'exprime tout entièrement dans la procédure »²¹², ni un principe sacré que nous devons défendre. Elle nous indique aussi que la pratique de l'expert témoin partisan n'a pas toujours existé et qu'elle coïncide davantage avec l'ambition des avocats de l'époque qui souhaitaient sécuriser leur clientèle. 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.

L'histoire révèle que le témoin expert partisan ou convoqué par une partie est le « fruit d'une improvisation édifiée en système à la faveur d'un rapport de force favorable ou qu'[il] a tiré profit d'une pratique iconoclaste, tolérée parce qu'elle était utile au rang de règle de pratique ou de règle de preuve »²¹³. D'un

²¹⁰ Pierre Noreau, « La justice est-elle soluble dans la procédure? Repères sociologiques pour une réforme de la justice civile » (1999) 40 C de D 33 à la p 36.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.*

point de vue critique, l'expertise partisane est une institution judiciaire que les juristes québécois ont édifiée et qui peut subséquemment être changée. Le droit de faire entendre l'expert de son choix à des fins partisans n'est pas absolu, mais bien contingent.

CHAPITRE 2 : L'expérience du droit comparé

Le droit comparé nous permet de voir comment des solutions alternatives ont été expérimentées à l'extérieur du champ de la justice civile québécoise. Dans ce chapitre, nous examinons comment l'expertise est pratiquée dans les juridictions étrangères française et anglaise. L'objectif n'est pas d'idéaliser ou de présenter contemplativement les alternatives sélectionnées, mais plutôt d'élargir notre perspective focalisée sur la pratique de l'expertise partisane et d'écarter le postulat selon lequel le recours au témoin expert partisan s'impose par rapport aux autres. Afin de ne pas céder « à la tentation de récupérer superficiellement les pratiques » élaborées en dehors du système juridique québécois et d'en tirer le maximum, nous tenterons de reconnaître « à ces pratiques leur propre cohérence et leur logique interne »²¹⁴.

2.1. Le *single joint expert* anglais et ses origines

La pratique anglaise constitue un incontournable en matière d'expertise. Comme nous l'avons vu plus tôt, le droit anglais n'est pas étranger au droit civil québécois de la preuve et de la procédure. Plusieurs règles québécoises en la matière proviennent directement de la common law. De plus, la culture québécoise des professionnels du droit, tel que l'affirme le doyen Jutras, s'inscrit clairement dans la culture de common law²¹⁵. Ainsi, les sources de juridictions de common law, particulièrement les réformes et rapports anglais sur la justice civile, sont toujours citées et examinées au Québec lorsqu'il est question de réformer la procédure, bien que des textes de droit civil soient aussi envisagés²¹⁶. La référence la plus citée est sans doute le rapport de Lord Woolf de 1996²¹⁷. Les

²¹⁴ *Ibid* à la p 55.

²¹⁵ Jutras, *supra* note 33 à la p 285.

²¹⁶ *Ibid* à la p 287.

²¹⁷ R-U, Lord Chancellor's Department, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales* par Harry Woolf L, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1996 [*Rapport Woolf*].

recommandations proposées dans ce rapport ont d'ailleurs inspiré en grande partie la réforme de la procédure mise en œuvre au Québec en 2003²¹⁸. En matière d'expertise, le *Rapport Woolf* et la réforme subséquente des tribunaux anglais et gallois ont fortement convaincu les membres du Sous-comité magistrature-justice-Barreau, spécialement le juge Wery, quant à l'opportunité de changer la pratique québécoise. Dans son rapport de juillet 2007, le Sous-comité proposait, en autant que possible, le recours à un expert unique du consentement des parties²¹⁹. Plusieurs autres rapports publics québécois ont aussi examiné le *Rapport Woolf* et ses conclusions²²⁰.

La pratique québécoise ne semble donc pas imperméable, impénétrable ou entièrement incommensurable à l'expérience anglaise et peut possiblement en accommoder les innovations. Avant de s'en inspirer, il nous faut répondre aux deux questions suivantes pour comprendre l'expérience anglaise. Quelle est la pratique de l'expertise en Angleterre et au pays de Galles? Comment et dans quelles conditions s'est-elle développée?

2.1.1. Les origines du single joint expert

La pratique anglaise de l'expertise a connu divers procédés d'expertise au cours de son histoire. Au 20^e siècle, elle était partisane et similaire à celle que connaît la juridiction québécoise à l'heure actuelle. Aujourd'hui, la pratique anglaise reconnaît un procédé qui subordonne les experts au juge et qui peut obliger les parties à ne nommer qu'un seul expert. Comment les Britanniques en

²¹⁸ Québec, Ministère de la Justice, Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile : Une nouvelle culture juridique* (Rapport), Québec, Publications du Québec, 2001 [Qc MJ, *Nouvelle culture juridique*]; Jutras, *supra* note 33 à la p 287; Yves-Marie Morissette, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile: état provisoire des questions » (2009) 50:2 C de D 381.

²¹⁹ Qc Sous-comité magistrature-Barreau, *Rapport sur les expertises*, *supra* note 20.

²²⁰ Québec, Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile : document de consultation* (Rapport), Québec, Ministère de la Justice, 2000; Barreau du Québec, *La position du Comité sur la procédure civile concernant l'utilisation des expertises lors de recours civils et commerciaux et La position du Comité sur le droit de la famille concernant l'utilisation des expertises en matière familiale* (Rapport), Montréal, Barreau du Québec, 2005; Qc MJ, *Rapport réforme du Cpc*, *supra* note 19; Barreau du Québec, *Mémoire sur le document intitulé « Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile »*, Montréal, Barreau du Québec, 2008 [Barreau du Québec, *Mémoire*].

sont-ils venus à promouvoir une pratique qui semble a priori si étrangère à celle du témoin expert partisan?

Le *Rapport Woolf* est assez concis sur cette question. La préoccupation centrale de Lord Woolf était « l'accès à la justice et, par conséquent, les réductions des coûts, les délais et la complexité »²²¹. Woolf cherchait avant tout à éliminer ou atténuer les symptômes du problème et non à le traiter à sa source. Dans cette optique, le *single joint expert* devait permettre de réduire les coûts et les délais et de simplifier la présentation d'éléments de preuve ou de connaissances technoscientifiques.

Pour Michalik, les problèmes associés à la procédure civile anglaise et notamment à l'expertise seraient dus au manque de discipline procédurale qui caractérise le système judiciaire anglais²²². Avant le 19^e siècle, la discipline procédurale est très rigoureuse devant les tribunaux anglais. Une approche formaliste oblige les parties à présenter avec exactitude tous les éléments de leur dossier. Une simple erreur ou irrégularité peut être fatale et faire rejeter une réclamation ou une défense. Vers la fin du 19^e siècle, la réforme du système judiciaire qui donne lieu à la fusion des juridictions d'*equity* et de *common law* abolit le formalisme et une approche « libérale » s'impose rapidement dans la pratique. Les cours ne punissent plus les erreurs des parties dans la préparation de leurs dossiers, mais décident sur le mérite de leurs droits et des questions substantielles en litige. La discipline est restreinte aux cas où la conduite d'une partie est frauduleuse ou abusive et on priorise avant tout la justice sur le fond. Les demandes interlocutoires pour remédier aux infractions procédurales et excuser les retards deviennent alors pratique courante et augmentent le coût des litiges. Ce relâchement de la discipline procédurale, qui a dominé la procédure civile anglaise du 20^e siècle, a aussi réduit la force et l'efficacité des règles et des échéanciers qui pouvaient minimiser les retards des parties. De même, les limites

²²¹ *Rapport Woolf*, *supra* note 217, c 13 au para 6 [notre traduction].

²²² Paul Michalik, « Justice in Crisis: England and Wales » dans Adrian AS Zuckerman, dir, *Civil Justice in Crisis : Comparative Perspective of Civil Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 117 aux pp 126-27.

inhérentes à l'approche libérale complexifient le litige. Michalik reconnaît qu'« [i]l existe une tension fondamentale entre, d'une part, la nécessité de veiller à ce que les règles de la cour soient respectées et appliquées, de sorte que le tribunal puisse fonctionner, et, d'autre part, le fait que les tribunaux existent pour trancher les litiges sur leurs mérites, et devraient éviter autant que possible [de sombrer dans] la technicité »²²³. Le libéralisme ne peut supprimer le formalisme et vice-versa. Si la justice sur le fond primait toujours et si les vices de forme étaient toujours excusés, les règles de procédure n'auraient aucune autorité. De la même manière, les règles de fond seraient creuses si toutes les erreurs de procédure étaient sanctionnées et « la justice serait perdue dans la technicité »²²⁴. Face à cette tension entre le formalisme et le libéralisme, le juge doit exercer sa discrétion au cas par cas, ce qui crée inévitablement de l'incertitude. La permission ou le refus du juge peut à son tour faire l'objet d'un appel. Dans une perspective macroscopique, de tels litiges procéduraux peuvent facilement et inutilement « inonder » le système judiciaire civil²²⁵.

L'hypothèse de Michalik est limitée et n'illustre que partiellement la problématique. Les origines du témoin expert partisan sont antérieures à cette approche libérale, bien qu'il s'agisse d'un moyen de preuve distinct « relativement moderne »²²⁶. Selon Dwyer, les termes « *expert* » et « *expert witness* » sont respectivement employés pour la première fois dans la jurisprudence anglaise en 1858 et 1875²²⁷. Néanmoins, les cours civiles anglaises utilisent l'avis de spécialistes en matière civile sous diverses formes depuis au moins le 16^e siècle.

La pratique de l'expertise varie dans l'histoire selon le contexte procédural. La multiplicité des cours et des systèmes judiciaires qui caractérise la

²²³ *Ibid* à la p 127.

²²⁴ *Ibid*.

²²⁵ *Ibid*.

²²⁶ Déirdre Dwyer, « The Role of the Expert under CPR PT 35 » dans Déirdre Dwyer, dir, *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 299 à la p 300 [Dwyer, « Expert under CPR »] [notre traduction].

²²⁷ Déirdre Dwyer, « Expert Evidence in the English Civil Courts, 1550-1800 » (2007) 28:1 J Legal Hist 93 à la p 96 [Dwyer, « Expert Evidence 1550-1800 »].

procédure civile anglaise entre les 16^e et 19^e siècles explique la variation de la pratique de l'expertise entre les tribunaux au fil du temps. Au cours de cette période, trois juridictions coexistent en Angleterre : la common law (Banc du Roi/de la Reine, Cour des plaids communs et Cour de l'Échiquier), l'equity (Cour de la Chancellerie) et le droit civil (Cour Ecclésiastique et Cour de l'Amirauté)²²⁸. Pour cette raison, il n'y a pas de véritable constance dans la pratique de l'expertise en droit anglais avant la fusion de ces juridictions par les *Judicature Acts 1873* et *1875*²²⁹.

Avant le 19^e siècle, les tribunaux anglais peuvent obtenir l'avis de spécialistes de trois façons : le conseiller de la cour convoqué par le juge, le *special jury* (aussi appelé *expert jury*) et le témoin convoqué par une partie.

Le conseiller convoqué par et pour la cour date des 15^e et 16^e siècles. La consultation peut être formelle ou informelle et il existe peu de règles de sélection des conseillers. À titre d'exemple, des linguistes sont notamment consultés pour aider les juges de common law à interpréter des textes écrits en latin²³⁰. De même, les tribunaux approchent des commerçants pour connaître les coutumes et usages commerciaux²³¹. À partir des années 1730, des chirurgiens ou des apothicaires sont appelés à témoigner au sujet de la santé physique ou mentale d'individus. On assiste alors à un changement quant au sujet ou à l'objet des opinions demandées, car les experts sont sollicités pour appliquer leurs connaissances à un individu (décrire sa condition) plutôt que pour simplement décrire une situation ou une chose²³². Pareillement, des conseillers, convoqués par les parties sur instruction du juge, sont utilisés pour la première fois devant la Cour de la Chancellerie à la fin

²²⁸ Dwyer, *Judicial Assessment*, *supra* note 27 à la p 244.

²²⁹ *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (R-U), 36 & 37 Vict, c 66; *Supreme Court of Judicature Act, 1875* (R-U), 38 & 39 Vict, c 77.

²³⁰ Dwyer, « Expert Evidence 1550-1800 », *supra* note 227 à la p 98.

²³¹ *Ibid* aux pp 98-99.

²³² *Foubert v Cresseron*, [1698] Show PC 194, 1 ER 130 (HL), citée dans Dwyer, *Judicial Assessment*, *supra* note 27 à la p 249; Henry Wade Rogers, *The Law of Expert Testimony*, Littleton (Col), Fred B Rothman & Co, 1991 à la p 5; Louis Bloom-Cooper, *Experts in the Civil Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2006 à la p 3; Evan B Lewis, *The Law of Expert Testimony*, Philadelphie, Rees Welsh & Co, 1894 à la p 3.

du 17^e siècle pour interpréter un testament rédigé en français²³³. Les médecins traitants sont aussi entendus devant les cours d'equity pour décrire la condition médicale des personnes dont la santé physique ou mentale est en litige²³⁴.

Il existe au moins deux types de *special juries* ou jurys spéciaux. Le premier est un jury dont les membres ont été choisis en fonction de leur profession ou de leur rang dans la société. Le second est un jury composé de jurés possédant un savoir ou des connaissances particulières²³⁵. Les origines du jury spécial sont indéterminées. Selon Oldam, le terme « *special jury* » apparaît dans les rapports de jurisprudence sans explication ou définition, ce qui suggère que le concept soit largement compris des juristes de l'époque²³⁶. Après tout, la formation d'un jury avec des personnes possédant des compétences particulières ne constitue qu'un « prolongement naturel » du jury médiéval formé par des personnes pouvant le mieux relater les faits²³⁷. Les jurés médiévaux agissaient à la fois à titre de témoins, d'enquêteurs et de décideurs; ils cherchaient eux-mêmes l'information avant et pendant le procès et fondaient leur décision sur leurs connaissances personnelles et sur ce qu'ils avaient appris de leurs pairs. À l'occasion, des jurés possédant des connaissances spécialisées étaient requis pour rendre justice et, dans de tels cas, un bref spécifique était préparé pour former un jury spécial²³⁸. Par exemple, Thayer note qu'un « jury de marchands » est assemblé devant la Cour du Banc du Roi en 1645 et que des jurys de cuisiniers et de poissonniers de Londres jugent au cours de la seconde moitié du 19^e siècle les personnes accusées de vendre de la nourriture périmée²³⁹. De plus, des jurys de matrones sont constitués dans le cadre du bref *de ventre inspiciendo* afin de

²³³ Dwyer, *Judicial Assessment*, *supra* note 27 à la p 248.

²³⁴ Dwyer, « Expert Evidence 1550-1800 », *supra* note 227 à la p 102.

²³⁵ *Ibid* à la p 101.

²³⁶ James C Oldham, « The Origins of the Special Jury » (1983) 50:1 U Chicago L Rev 137 à la p 137.

²³⁷ Tal Golan, *Laws of Men and Laws of Nature : The History of Scientific Expert Testimony in England and America*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2004 à la p 18 [Golan, *Laws of Men*].

²³⁸ *Ibid* à la p 19; Tristram Hodgkinson et Mark James, *Expert Evidence : Law and Practice*, London, Sweet & Maxwell, 2010 au para 1-009.

²³⁹ James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston, Little, Brown, 1898 à la p 94.

vérifier toute grossesse soupçonnée d'être simulée par une veuve dans le but de produire un faux héritier²⁴⁰. Cependant, un jury de matrones n'a qu'un rôle d'enquête et les conclusions qu'il tire ne servent qu'à conseiller le juge²⁴¹.

Avant le 18^e siècle, les experts agissent généralement comme membres du jury ou conseillers de la cour. Leur fonction est amorcée et contrôlée par le tribunal, garantissant leur impartialité²⁴². Le premier cas rapporté où un spécialiste témoigne pour une partie est l'affaire *Alsop v Bowtreel* de 1619. Dans cette cause, des médecins qui témoignaient pour les parties avaient donné leur opinion sur la durée d'une grossesse, même s'ils avaient, semble-t-il, été principalement convoqués à titre de témoins de faits. Après cette décision, aucune affaire où des témoins experts sont convoqués par les parties n'est signalée jusqu'au milieu du 18^e siècle²⁴³.

L'affaire *Folkes v Chadd* constitue la décision de référence sur l'admissibilité de l'opinion d'un témoin expert convoqué par une partie et constitue à première vue le tournant de la pratique de l'expertise partisane ou concurrente en common law. Au cours de cette saga judiciaire, les parties convoquent plusieurs « hommes de science » pour témoigner devant le jury sur la cause de la ruine d'un port sur la côte du comté de Norfolk en Angleterre. Lors du premier procès, le juge de première instance rejette le témoignage d'un des experts, un éminent philosophe newtonien, sur la base d'une objection selon laquelle les explications philosophiques de ce dernier étaient une « affaire d'opinion, sur laquelle le verdict du jury ne peut être fondé »²⁴⁴. En appel de cette décision, Lord Mansfield, alors juge en chef du Banc du Roi, conclut que le rejet de ce témoignage constitue une erreur et ordonne un nouveau procès au motif que la théorie du philosophe « était une très bonne preuve »²⁴⁵.

²⁴⁰ Dwyer, « Expert Evidence 1550-1800 », *supra* note 227 à la p 101.

²⁴¹ Golan, *Laws of Men*, *supra* note 237 à la p 19.

²⁴² *Ibid* à la p 6.

²⁴³ Dwyer, « Expert Evidence 1550-1800 », *supra* note 227 aux pp 98, 100.

²⁴⁴ *Folkes v Chadd* (1782) 3 Doug 157 à la 157, 99 ER 589 à la 589 (BR) [notre traduction].

²⁴⁵ *Ibid* à la 590 [notre traduction].

Les hypothèses varient quant à l'importance ou l'impact de la décision sur le droit de la preuve. En 1898, Thayer affirme que la décision permet à l'expert de témoigner, comme les autres témoins, directement au jury²⁴⁶. Similairement, Landsman pense qu'il s'agit d'une approbation par la Cour du principe de l'antagonisme et des instruments de confrontation, comprenant la bataille d'experts et les questions hypothétiques²⁴⁷. Wigmore croit plutôt que l'affaire a permis l'admission comme preuve indirecte d'opinions d'experts qui « ne connaissent personnellement rien des circonstances du litige »²⁴⁸. Ses trois premières hypothèses doivent être rejetées, car on a déjà recours au témoin expert partisan depuis plus d'un siècle et demi. Lord Mansfield est d'ailleurs assez familier avec l'utilisation de témoin expert partisan étant donné qu'il a auparavant résolu des litiges impliquant de tels témoins²⁴⁹.

Pour sa part, Golan suggère que Lord Mansfield n'aurait pas envisagé de différences substantielles entre le recours aux experts des parties et celui aux experts convoqués par le tribunal et a négligé pour cette raison les problèmes de l'expertise partisane²⁵⁰. Dans un texte subséquent, Golan suppose une certaine complaisance judiciaire à l'égard des hommes de sciences. À son avis, les juges anglais du 18^e siècle ont confiance aux scientifiques de l'époque et attendent de ces hommes liés par l'honneur des opinions impartiales sur les questions qui dépassent les connaissances des jurés. Le statut de gentleman (le « *gentlemanly code of honor* » avait depuis longtemps été adopté), l'indépendance économique, la liberté d'action et la discipline morale qui caractérisent les hommes de sciences garantiraient la crédibilité de leurs témoignages aux yeux des juges²⁵¹.

²⁴⁶ James Bradley Thayer, *Select Cases on Evidence at the Common Law*, 2^e éd, Charles W Fever, Cambridge (Mass), 1900 à la p 673.

²⁴⁷ Stephan Landsman, « Of Witches, Madmen, and Products Liability: an Historical Survey of the Use of Expert Testimony » (1995) 13 Behav Sci & L 131 à la p 141.

²⁴⁸ Dwyer, « Expert Evidence 1550-1800 », *supra* note 227 à la p 111, citant John Henry Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2^e éd, Boston (Mass), 1923 au para 4:105.

²⁴⁹ Golan, *Laws of Men*, *supra* note 237 aux pp 41-42.

²⁵⁰ Tal Golan, « The History of Scientific Expert Testimony in the English Courtroom » (1999) 12:1 Science in Context 7 à la p 14.

²⁵¹ Golan, *Laws of Men*, *supra* note 237 aux pp 50-51.

Dwyer rejette cette dernière hypothèse au motif qu'elle est fondée sur la supposition non vérifiée que « l'un des plus grands juristes anglais du 18^e siècle » manquait de « prévoyance »²⁵². À son avis, *Folkes v Chadd* constitue plutôt la première affaire civile dans laquelle un témoin ayant des compétences particulières est convoqué par une partie pour donner un avis au jury sur une question qui dépasse la description d'une situation ou d'une condition médicale. Effectivement, cela change des observations empiriques et des descriptions sur les coutumes et usages commerciaux, les normes de construction de navire ou de trains, le sens des mots latins ou français, le droit étranger, la nature d'une blessure et les traits qui caractérisent les sorcières²⁵³. *Folkes v Chadd* écarterait donc la distinction traditionnelle selon laquelle les témoins relatent ce qu'ils voient et entendent, alors que les membres du jury rendent leur verdict en formant des opinions sur ces témoignages²⁵⁴. Après tout, l'opinion de l'expert sur la causalité ressemble beaucoup à l'opinion d'un jury sur la causalité. Il s'agirait d'une transformation du rôle du jury qui n'a plus à former d'opinions. C'est l'expert qui forme l'opinion à la place du jury dont la tâche est réduite à un choix binaire : adopter ou écarter l'opinion de l'expert.

À la fin du 19^e siècle, les experts de la cour sont utilisés de façon épisodique. On assiste aussi au déclin des jurys spéciaux, notamment en raison de l'hostilité des professionnels du droit à l'égard du jury civil, de la critique ou du scepticisme quant à l'amateurisme judiciaire et de l'abandon du jury civil devant les *county courts*²⁵⁵. Le témoin expert convoqué par une partie qui peut donner son avis sur des questions hypothétiques devient la principale pratique d'expertise. Loin d'être fortuite, cette transition est le résultat de plusieurs changements qui s'opèrent aux 18^e et 19^e siècles dans le domaine de la justice civile. C'est dans ce contexte que la fonction des experts change pour devenir celle de partisan ou de mandataire des parties.

²⁵² Dwyer, « Expert Evidence 1550-1800 », *supra* note 227 à la p 111 [notre traduction].

²⁵³ Golan, *Laws of Men*, *supra* note 237 à la p 38.

²⁵⁴ Dwyer, *Judicial Assessment*, *supra* note 27 à la p 252.

²⁵⁵ Conor Hanly, « The Decline of Civil Jury Trial in Nineteenth Century England » (2005) 26:3 J Legal Hist 253.

Selon Landsman, la naissance du système basé sur la confrontation, la rivalité et l'antagonisme constitue la principale cause de la pratique du témoin expert partisan. Historiquement, l'organisation du procès en Angleterre n'est pas conforme à la prémisse du système adversatif ou antagoniste selon laquelle l'information sur laquelle un décideur détaché et passif peut fonder une solution raisonnable au litige doit provenir de l'affrontement ou du choc des preuves²⁵⁶. Certes, le système était accusatoire avant le 18^e siècle, dans le sens que le demandeur s'adresse au tribunal, défère le défendeur en justice et lui impute une faute, une erreur ou un acte répréhensible pour lequel la loi reconnaît un redressement. Le procès antagonique ou *adversarial* commence à se développer au début de l'industrialisation anglaise. L'antagonisme judiciaire inaugure un procès dominé par les avocats et basé sur une sécurité juridique et sur un ensemble de droits procéduraux octroyés aux parties, tels que la présomption d'innocence, le droit au silence, le droit de se faire entendre, le droit de contre-interroger et le droit à une défense pleine et entière. Les tribunaux adoptent graduellement une « position neutre » par rapport au litige, ce qui encourage les justiciables à convoquer leurs propres experts comme témoins devant le jury²⁵⁷. À la fin du 18^e siècle, une culture juridique libérale et individualiste fondée sur le principe de l'antagonisme est en pleine expansion. Les avocats prennent le contrôle de la production et de la présentation de la preuve devant les tribunaux²⁵⁸.

D'autres facteurs semblent causer ou favoriser le développement de l'expertise partisane. L'un d'eux est la rémunération des professionnels du droit. Avant 1864, il est interdit aux *solicitors* de conclure une entente avec leurs clients pour le paiement de leurs honoraires selon leur valeur marchande. Les *solicitors* ne peuvent réclamer que les frais fixés par les tribunaux selon un usage

²⁵⁶ Stephan Landsman, « The Decline of the Adversary System : How the Rethoric of Swift and Certain Justice Has Affected Adjudication in American Courts » (1980) 29 Buff L Rev 487 à la p 500. Voir aussi Stephan Landsman, « The Decline of the Adversary System and the Changing Role of the Advocate in that System » (1981) 18:2 San Diego L Rev 251; Stephan Landsman, « The Rise of the Contentious Spirit : Adversary Procedure in Eighteenth Century England » (1990) 75 Cornell L Rev 496.

²⁵⁷ Golan, *Laws of Men*, *supra* note 237 à la p 6.

²⁵⁸ *Ibid* à la p 44.

immémorial. Leur rémunération n'est pas établie en fonction de leur compétence, mais dépend du nombre d'actes qu'ils accomplissent au tribunal pendant le litige²⁵⁹. Loin de promouvoir l'efficacité, le système encourage les *solicitors* à accomplir autant d'actes procéduraux que possible et à convoquer davantage de témoins, incluant les témoins experts. Au début 19^e siècle, le mécontentement populaire s'intensifie à l'égard d'une justice civile qui est la plupart du temps très inefficace et pas particulièrement abordable. Une « *cheap law* » est demandée²⁶⁰. Un mouvement de réforme gagne du terrain et devient à partir des années 1820 un enjeu politique majeur²⁶¹. La simplification de la procédure civile et du droit immobilier devient inévitable au milieu du 19^e siècle. La réforme a comme impact de couper une grande partie des frais auxquels les *solicitors* sont habitués. Ces derniers ne sont d'ailleurs compensés par aucune augmentation substantielle des frais qui demeurent exigibles²⁶². Cette perte de revenus aurait malgré tout pu être compensée par l'augmentation du volume de travail des praticiens avec des formes de procédure plus simples. Toutefois, l'établissement des *county courts*, qui prive les *barristers* d'anciennes sources de revenus²⁶³, et une chute significative du nombre de litiges (bien que le travail juridique augmente dans les domaines non litigieux) diminuent encore plus la marge de profit des professionnels du droit. Par exemple, la popularité croissante des services bancaires, en particulier chez les commerçants, constitue l'une des causes principales de la réduction du nombre de poursuites judiciaires, mais change en même temps l'activité des *solicitors* en donnant davantage de travail dans les domaines non contentieux. Le secteur du litige devient donc de moins en moins profitable²⁶⁴. Il n'est pas surprenant de voir la pratique du témoin expert partisan se concrétiser dans un contexte où les praticiens plaideurs tentent de sécuriser leurs revenus. Alors que l'objectif est d'assurer une justice plus abordable, la

²⁵⁹ Michael Birks, *Gentlemen of the Law*, London, Stevens, 1960 aux pp 209, 224-25.

²⁶⁰ *Ibid* aux pp 210-11.

²⁶¹ *Ibid* à la p 206.

²⁶² *Ibid* à la p 223.

²⁶³ À ce sujet, voir Raymond Cocks, *Foundations of the Modern Bar*, London, Sweet & Maxwell, 1983 aux pp 86-87.

²⁶⁴ Birks, *supra* note 259 aux pp 214, 229.

réforme semble ironiquement donner l'élan à la consécration d'une pratique dont l'effet est d'accroître les délais et d'augmenter les coûts.

De l'avis Dwyer, deux circonstances exogènes au système judiciaire auraient aussi causé l'émergence du témoin expert partisan. Selon lui, les changements qui s'opèrent dans la pratique l'expertise sont « le reflet de la dépendance croissante de la société aux spécialistes, particulièrement au 18^e siècle. Deux éléments de ce changement social sont pertinents ici : l'essor de l'activité des spécialistes et des professionnels et la croyance selon laquelle certaines questions ne peuvent être correctement tranchées que par ces spécialistes »²⁶⁵. De tels spécialistes sont essentiels à la division du travail et aux innovations techniques et scientifiques de la révolution industrielle. Le témoin expert partisan est en quelque sorte le fruit de la société anglaise commerciale et industrielle du 18^e et 19^e siècle, dont l'idéologie est positiviste et rationaliste.

En résumé, la pratique anglaise du témoin expert partisan se consacre dans une culture juridique libérale et individualiste et dans un contexte de scepticisme à l'égard des décisions des jurys, de prise contrôle par les professionnels du droit de la preuve et de la procédure devant les tribunaux, d'organisation du procès en fonction du principe de l'antagonisme, de réduction du nombre de litiges, de diminution de la profitabilité des services juridiques litigieux et de spécialisation des tâches dans une société commerciale et industrielle. Ces circonstances évoquent en partie l'époque où la pratique québécoise de l'expertise s'est transformée pour devenir partisane.

2.1.2. La partie 35 CPR, la directive de pratique et le protocole supplémentaire

En Angleterre et au pays de Galles, les règles relatives au procédé d'expertise se retrouvent à la partie 35 des *Civil Procedure Rules*²⁶⁶, entrées en vigueur en avril 1999. Les *Civil Procedure Rules* sont le résultat d'un long

²⁶⁵ Dwyer, *Judicial Assessment*, *supra* note 27 à la p 253.

²⁶⁶ CPR ou *Civil Procedure Rules* 1998, SI 1998/3132.

processus de réforme de la procédure civile anglaise, dont l'une des étapes notables est le mandat confié en 1994 à Lord Woolf.

À l'époque, le *Civil Procedure Rule Committee*, qui a la tâche de rédiger ces nouvelles règles, considère et reprend la totalité des recommandations prévues au *Rapport Woolf*²⁶⁷. En matière d'expertise, deux recommandations semblent particulièrement innovatrices par rapport à la pratique québécoise. On soutient dans un premier temps que « le recours à une preuve d'expert devrait être sous le contrôle complet de la cour » et recommande dans un second temps « un recours plus étendu à des experts 'uniques' ou 'neutres' qui seraient sélectionnés et instruits conjointement par les parties ou, si les parties ne peuvent s'entendre sur un seul expert, nommés par le tribunal »²⁶⁸. Selon Jacob et Dwyers, ses deux innovations n'en seraient pas réellement en droit anglais et « peuvent tout être trouvées, du moins sous une forme embryonnaire, dans la pratique de la *High Court* et des *County Courts* et dans les dernières *Rules of the Supreme Court* et *County Court Rules* »²⁶⁹. Les nouvelles règles auraient néanmoins « donné un nouvel élan aux changements qui avaient déjà lieu »²⁷⁰ et auraient « produit une amélioration [de la norme du témoignage de l'expert] par un changement dans la culture »²⁷¹. Le rapport s'inscrit dans une certaine continuité réformiste.

Comment s'articule l'expertise prévue à la partie 35 CPR? La règle 35.1 CPR impose d'abord l'obligation aux parties de limiter la preuve d'expert à ce qui est raisonnablement nécessaire pour résoudre le litige. Le *simple joint expert* (l'expert unique commun) est défini comme « l'expert chargé de préparer un rapport pour le tribunal au nom de toutes les parties (y compris le demandeur) à la procédure »²⁷². L'expert unique ou les experts pluriels le cas échéant ont le devoir

²⁶⁷ *Civil Procedure Act 1997* (R-U), c 12, art 2.

²⁶⁸ *Rapport Woolf*, *supra* note 217, c 13 au para 3 [notre traduction]. Voir aussi les recommandations 156 à 173, *ibid.*

²⁶⁹ Dwyer, « Expert under CPR », *supra* note 226 aux pp 299-300 [notre traduction].

²⁷⁰ Robin Jacob, « Experts and Woolf: Have Things Got Better? » dans Dwyer, dir, *The CPR Ten Years On*, *supra* note 226, 293 à la p 294 [notre traduction].

²⁷¹ *Ibid* à la p 297 [notre traduction].

²⁷² CPR 35.2(2), modifiée par le *Civil Procedure (Amendment) Rules 2009*, SI 2009/2092, r 5(b) [CPR amendement 2009] [notre traduction].

primordial (« *overriding duty* ») d'aider le tribunal sur les questions relevant de leurs compétences, quelle que soit la personne qui donne les instructions ou les paie²⁷³. En vertu de la règle 35.4 CPR, le tribunal a le pouvoir de limiter la preuve d'expert. Dans tous les cas, les parties doivent obtenir la permission du tribunal pour appeler un expert ou pour présenter en preuve un rapport d'expert. Une telle permission doit être strictement accordée pour un expert et un champ d'expertise identifiés. La règle veut que la preuve d'expert soit donnée dans un rapport écrit; le témoignage de l'expert constitue l'exception et nécessite l'autorisation du tribunal²⁷⁴. Sauf si la cour l'autorise ou si les parties y consentent, l'expert ne peut pas être interrogé ou contre-interrogé. Par contre, il est permis aux parties, une fois seulement, de soumettre des questions écrites à l'expert et les réponses de ce dernier à ces questions font partie de son rapport²⁷⁵.

Lorsque plus d'une partie souhaite soumettre une preuve d'expert sur une question particulière, la règle 35.7 donne au tribunal le pouvoir d'ordonner que la preuve soit donnée par un expert unique commun aux parties. Si les parties sont incapables de s'entendre quant à la nomination de l'expert unique, le tribunal peut le choisir à sa discrétion ou à partir d'une liste préparée par les parties. Le tribunal ainsi que chaque partie peuvent donner des consignes à l'expert unique²⁷⁶. À l'opposé, l'expert n'a droit de demander des directives qu'au tribunal²⁷⁷. Les parties sont, sauf indication contraire du tribunal, conjointement responsables du paiement des honoraires de l'expert unique et de ses frais²⁷⁸. Lorsque l'expertise est plurielle et que les opinions des experts divergent, le tribunal peut leur ordonner de se rencontrer pour parvenir à un accord sur les questions qui leur sont soumises et pour rédiger un rapport conjoint. Un tel accord ne lie toutefois pas les parties à moins qu'elles conviennent expressément d'y être liées²⁷⁹.

²⁷³ CPR 35.3, modifiée par *CPR Amendement 2009*, *supra* note 272, r 5(c)-(d); R-U, Civil Justice Council, *Part 35 Practice Direction*, 1.1, constituant l'annexe du CPR 35 [CPR PD 35].

²⁷⁴ CPR 35.5, modifiée par *CPR Amendement 2009*, *supra* note 272, r 5(i).

²⁷⁵ CPR 35.6, modifiée par *CPR Amendement 2009*, *supra* note 272, r 5(j).

²⁷⁶ CPR 35.8(1), (3).

²⁷⁷ CPR 35.14, modifié par *CPR Amendement 2009*, *supra* note 272, r 5(s).

²⁷⁸ CPR 35.8(5), modifié par *CPR Amendement 2009*, *supra* note 272, r 5(o).

²⁷⁹ CPR 35.12.

La Directive de pratique vient compléter et préciser les règles de procédure.²⁸⁰ Par exemple, le paragraphe 3.2 de la Directive fixe le contenu du rapport de l'expert. Explicitement, l'expert doit (1) préciser ses compétences, (2) citer les références et indiquer le matériel qui a servi à la confection du rapport, (3) exposer toutes les instructions et tous les faits pertinents sur lesquels les opinions sont fondées, (4) indiquer les faits dont il a une connaissance personnelle, (5) identifier la personne qui a effectué tout examen, mesure, essai et expérimentation utilisés pour le rapport, signaler s'il a ou non supervisé la tâche et donner les compétences de cette personne, (6) résumer toutes les opinions et donner les raisons à l'appui de sa propre opinion lorsqu'il existe un débat entre diverses écoles de pensée, (7) résumer ses conclusions, (8) indiquer les réserves s'il n'est pas en mesure de donner une opinion sans réserve et (9) contenir une déclaration qu'il comprend ses devoirs envers le tribunal, qu'il les a remplis et qu'il connaît la règle 35 et la Directive de pratique. Il existe d'ailleurs un formulaire modèle du rapport d'expert préparé par l'*Academy of Experts* et approuvé par le *Civil Justice Council*.

Le paragraphe 7 de la Directive énumère aussi les circonstances dont il faut tenir compte en matière d'ordonnance d'en référer à un expert ou, advenant une telle ordonnance, de permission d'expertise plurielle. Le juge doit notamment tenir compte du principe de la proportionnalité, de la somme en litige, de l'importance du litige pour les parties, de la complexité des questions, de la possibilité de résoudre rapidement et efficacement le différent, du domaine de l'expertise, de l'existence d'un éventail d'opinions, du fait qu'une partie a déjà référé un expert sur la question et de la revendication d'un privilège rendant la nomination d'un *single joint expert* inappropriée.

À cela s'ajoute un protocole supplémentaire adopté en juin 2005 constituant l'annexe de la Directive²⁸¹. Selon le *Civil Justice Council*, ce protocole aurait codifié la « meilleure » pratique alors suivie par la grande majorité des

²⁸⁰ CPR 35.10; CPR PD 35.

²⁸¹ CPR PD 35, annexe (*Protocol for the Instruction of Experts to give Evidence in Civil Claims*).

experts et des juristes et sert d'outil aux tribunaux, aux avocats et aux experts « pour aider les quelques experts et avocats qui n'ont suivi ni la lettre ni l'esprit de la partie 35 CPR et de sa Directive de pratique »²⁸². Le Protocole réitère de façon plus détaillée les devoirs de l'expert, soit le devoir primordial d'aider le tribunal, le devoir d'indépendance, le devoir d'exercer une compétence et diligence raisonnable et le devoir d'honnêteté et de candeur. Des indications y sont notamment données pour guider le juge et les avocats aux étapes de la permission de procéder à une expertise, de la nomination de l'expert et des instructions, mais aussi pour guider la conduite de l'expert et pour aider à la rédaction du rapport.

2.1.3. L'impact du nouveau procédé d'expertise

L'établissement du procédé d'expertise post-Woolf facilite le recours à l'expertise devant les tribunaux. L'analyse contenue au rapport *Further Findings* du *Lord Chancellor's Department* démontre une augmentation du pourcentage de litiges judiciaires impliquant des experts depuis l'introduction des CPR. 20% des affaires des *County Courts* utilisent des experts entre 1994 et 1997, alors que les experts sont présents dans 33% des cas entre septembre 2000 et septembre 2001²⁸³. Dwyer estime que cette donnée démontre qu'il n'y a jamais eu d'utilisation excessive des experts et que le *Rapport Woolf* est fondé sur une fausse prémisse. À notre avis, il s'agit d'une lecture exagérée du rapport de Lord Woolf qui ne précise pas expressément le sens des mots « *excessive or inappropriate use of experts* »²⁸⁴. Malgré cela, le rapport sous-entend que l'excès dénoncé n'est pas le nombre de dossiers où des experts sont utilisés, mais plutôt le nombre d'experts œuvrant dans le même domaine et convoqués par une partie pour répondre aux mêmes questions. Nous nous rallions davantage à la seconde

²⁸² R-U, Civil Justice Council, *Annual Report 2008-09*, Londres, aucune maison d'édition, 2009 à la p 25, en ligne : <<http://www.judiciary.gov.uk/>>.

²⁸³ R-U, Lord Chancellor's Department, *Further Findings : An early evaluation of the Civil Justice Reforms : A Report*, Lord Chancellor's Department, 2002 aux para 4.21-4.29 [R-U LCD, *Further Findings*].

²⁸⁴ R-U, Lord Chancellor's Department, *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales* par Harry Woolf L, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1995, c 23 aux para 1, 17.

interprétation de Dwyer selon laquelle la mise en application des *Civil Procedure Rules* est peut-être l'une des causes ou du moins coïncide avec la fin de la pratique de l'expertise partisane et intéressée²⁸⁵.

Les CPR font en théorie du *single joint expert* la règle générale, mais la discrétion du juge de permettre la nomination de plus d'un expert pour le même champ d'expertise peut la rendre inefficace. La question suivante se pose. L'exception de l'expertise plurielle est-elle la règle malgré l'encadrement de la Directive de pratique et du Protocole sur la nomination des experts? Les rapports du *Lord Chancellor's Department* de 2001 et 2002 suggèrent une telle possibilité et indiquent que l'expert unique a été utilisé dans 46% des affaires impliquant une preuve d'expertise au cours de la période 2000-2001²⁸⁶. À cette époque, à peine deux années s'étaient écoulées depuis l'adoption des CPR; il est donc envisageable que ce taux d'utilisation soit plus élevé aujourd'hui. Malheureusement, il s'agit de la seule statistique publique à ce sujet depuis la réforme. Aucun rapport d'évaluation de la réforme ne comprend une analyse quantitative sur l'utilisation du *single joint expert*. En l'absence de telles données, il est difficile d'apprécier l'intégration de la pratique de l'expert unique au service du juge et une enquête plus approfondie, qui dépasse le cadre de cette thèse, serait nécessaire pour déterminer si le *single joint expert* est l'otage de la volonté des parties de nommer l'expert de leur choix et d'une certaine résistance ou hésitation judiciaire. Néanmoins, le recours à l'expert unique semble plus propice à certains types d'affaires. Comme le constate Lord Justice Jackson dans son rapport intermédiaire de 2009, l'expert unique est principalement nommé dans la procédure rapide (« *fast track* ») et est habituellement utilisé dans la procédure ordinaire (« *multi track* »)²⁸⁷ si la question soumise à l'expertise est relativement peu controversée ou ne constitue pas un enjeu important²⁸⁸.

²⁸⁵ Dwyer, « Expert under CPR », *supra* note 226 à la p 309.

²⁸⁶ R-U, Lord Chancellor's Department, *Emerging Findings : An early evaluation of the Civil Justice Reforms : A Report*, Lord Chancellor's Department, 2001 au para 4.20; R-U LCD, *Further Findings*, *supra* note 283 au para 4.26.

²⁸⁷ Toute affaire qui ne peut être renvoyée aux petites créances (*small claims*) ou aux procédures rapides (*fast track*). Les réclamations « *multi track* » sont des demandes en justice pour lesquelles

À première vue, les *Civil Procedure Rules* ne semblent toucher que l'aspect procédural de l'expertise. Cependant, une certaine conception du droit de la preuve d'expert peut y être décelée. En effet, les règles reconnaissent que les experts peuvent être uniquement convoqués pour donner leur avis²⁸⁹. Dans de tels cas, ils ne présentent pas ou ne préparent pas d'éléments de preuve, mais ne font que partager leurs connaissances par rapport à des faits établis. Les règles reconnaissent en quelque sorte deux types d'expertise : l'expertise démonstrative et celle qui est informative. C'est l'expert démonstrateur par rapport à l'expert-conseil. D'un côté, l'expertise est démonstrative lorsqu'on demande à l'expert de convaincre et d'établir la vérité ou la réalité d'un fait ou d'un acte. D'un autre côté, l'expertise est informative lorsque la tâche de l'expert est strictement d'instruire ou d'informer le juge. Une telle expertise ne sert qu'à compléter les connaissances du juge et ne constitue pas un véritable moyen de preuve, mais plutôt une source ou une autorité à laquelle le juge peut se référer.

Que l'expertise soit unique ou plurielle, démonstrative ou informative, la pratique anglaise confirme l'abandon de l'expertise partisane. Plusieurs caractéristiques appuient cette affirmation. La recherche de la compétence, de l'indépendance et de l'impartialité de l'expert, la publicité du procédé, le fait que l'expert n'est le mandataire d'aucune partie au litige, le devoir primordial d'aider le tribunal, la restriction relative au témoignage et la priorité mise sur la confection du rapport démontrent que l'expert est avant tout au service du juge. Tout indique que le régime des CPR limite le magasinage d'expert ou l'*expert shopping*.

L'abandon de l'expertise partisane n'est pas que textuel, mais est bien réel. Les résultats de diverses études le confirment. Une étude de 2002 qui évalue l'impact de la réforme sur le comportement des *solicitors* souligne que :

les demandeurs réclament plus de 15 000 £ et qui nécessitent un long procès et des quantités considérables d'éléments de preuve; CPR 26.6(6).

²⁸⁸ R-U, Ministry of Justice. *Review of Civil Litigation Costs : Preliminary Report*, vol 2 par Rupert Jackson LJ, Norwich, Her Majesty's Stationery Office, 2009 à la p 410.

²⁸⁹ CPR PD 35, annexe (*Protocol for the Instruction of Experts to give Evidence in Civil Claims*) aux para 5.1-5.3.

Les répondants dans les trois domaines du litige [préjudice corporel, faute médicale, ruine du bâtiment] se réjouissaient du fait que les experts sont maintenant moins partisans et reçoivent leurs instructions d'une manière plus neutre. Ils estimaient que différents experts sont maintenant utilisés : ceux traditionnellement connus pour avoir un préjugé pour les demandeurs ou les défendeurs ne recevaient plus d'instructions – et de nombreux *solicitors* étaient manifestement soulagés de leur avoir dit au revoir²⁹⁰.

Au cours de la même année, le *Lord Chancellor's Department* conclut que « [l]'utilisation des *single joint experts* semble avoir bien fonctionné. Il est probable que leur utilisation a contribué à une culture moins partisane et a permis d'obtenir plus rapidement des règlements. »²⁹¹ La méthode anglaise supprime ou réduit le préjugé des experts lié à la partisanerie et garantit un procédé plus transparent en obligeant les avocats à communiquer toute instruction donnée à l'expert.

2.2. L'expertise judiciaire française

Comme nous l'avons vu plus tôt, le droit civil français constitue, tout comme la common law anglaise, l'une des sources historiques du droit civil québécois de la preuve et de la procédure. Calqué sur papier sur le droit de la métropole française à ses débuts, le droit québécois s'est peu à peu émancipé depuis la conquête de 1759 et affirme aujourd'hui toute sa mixité et son pluralisme. De son côté, le droit français s'est aussi transformé depuis la conquête, accentuant le risque de divergence entre les pratiques québécoise et française. La question est donc de savoir si les deux pratiques d'expertise se sont à ce point transformées qu'elles sont devenues complètement étrangères et incommensurables.

Pour répondre à cette question, il nous faut parler d'une sorte de confusion qui entoure la justice civile française. Plusieurs juristes canadiens croient à tort

²⁹⁰ R-U, The Law Society and Civil Justice Council, *More Civil Justice? The impact of the Woolf reforms on pre-action behaviour*, (Research Study n° 43) par Tamara Goriely, Richard Moorhead et Pamela Abrams, Londres, The Law Society, 2002 à la p 29 [notre traduction].

²⁹¹ R-U LCD, *Further Findings*, *supra* note 283 au para 4.21 [notre traduction].

que la justice civile française n'adhère pas aux principes de l'accusation et de la contradiction. Lord Woolf manque également de nuance dans son rapport final²⁹². Lors de la présentation du projet de recherche qui préluait cette thèse, cette croyance avait servi de prémisse à une critique selon laquelle la pratique de l'expertise française peut être inapplicable en droit québécois. Pourtant, la justice civile française adhère historiquement aux principes de l'accusation et de la contradiction. Sous l'Ordonnance de 1667 et subséquemment sous le *Code de procédure civile* de 1806, les parties au procès ont le contrôle de la preuve et de la procédure.

Deux raisons peuvent expliquer cette confusion. Premièrement, il est fort possible que la justice civile française soit assimilée à son pendant pénal, dans lequel les rôles d'accusateur et d'inquisiteur sont confiés au juge. Deuxièmement, cette erreur peut être expliquée par le rôle actif du juge à l'étape de l'instruction et de certains emprunts en matière civile à la méthode inquisitoriale. Par exemple, au procès, le juge peut à la demande d'une partie ou d'office ordonner la production d'un élément de preuve²⁹³. De la même façon, il peut ordonner toute mesure d'instruction légalement admissible, à condition que le fait pour lequel la mesure est ordonnée soit allégué par une partie, que cette dernière ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver et que la mesure ne vise pas à suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve²⁹⁴. Le juge peut également faire des vérifications personnelles, convoquer et entendre des témoins et ordonner le recours à un technicien. Il décide aussi l'ordre dans lequel les témoins sont attendus, les interroge lui-même et pose par la suite les questions soumises par les parties²⁹⁵.

L'interventionnisme judiciaire est encadré puisque le juge doit se conformer au principe de la contradiction, expressément prévu aux articles 14 à 17 du NP proc civ. Ces articles édictent notamment le droit d'être entendu (le

²⁹² *Rapport Wolf*, *supra* note 217, c 13 au para 9.

²⁹³ Art 11 NC proc civ.

²⁹⁴ Art 3, 10, 143, 146 NC proc civ.

²⁹⁵ Art 214, 218 NC proc civ.

principe de l'*audi alteram partem*), le droit à une défense pleine et entière et l'obligation du juge et des parties de respecter la contradiction des débats. Les parties conservent ainsi une liberté et des prérogatives procédurales; le procès leur appartient. Malgré les importants pouvoirs d'initiative et d'investigation du juge, les procédés de preuve sont essentiellement accusatoires et contradictoires. Le juge ne peut ni juger au-delà de ce qui est demandé (*non ultra petita*), ni fonder sa décision sur des explications, des éléments de preuve ou des faits dont il a personnellement connaissance sans les soumettre au débat des parties²⁹⁶. Bien que le juge soit investi de pouvoirs d'intervention étendus, les parties introduisent les demandes en justice, décident de l'objet du litige, accomplissent les actes de procédure, formulent leurs prétentions, allèguent et prouvent les faits nécessaires au succès de leurs prétentions et sont libres de mettre fin à l'instance²⁹⁷.

Le *Nouveau Code de procédure civile* est essentiellement le fruit d'un travail de compromis, « s'efforçant à atténuer les principes extrêmement libéraux de la tradition française »²⁹⁸. L'équilibre établi entre les prérogatives du juge et des parties n'a pourtant pas implanté un procès non contradictoire comme certains le craignaient après l'adoption du nouveau Code²⁹⁹. Ce dernier est conçu selon une vision plus coopérative du procès civil, en contradiction avec celle du Code de 1806 axée sur un procès davantage dominé par des parties indépendantes³⁰⁰. Cette première vision rejette l'idée selon laquelle l'impartialité et l'indépendance nécessitent un juge passif qui ne peut intervenir. Le juge est investi de la responsabilité de promouvoir l'intérêt public dans la résolution du litige et doit rechercher la solution la plus équitable possible. La justice devient un « service public »³⁰¹, mais comme le juge est au service des parties, et non l'inverse, la justice civile n'adhère pas strictement au principe de l'inquisition.

²⁹⁶ Art 5, 7 NC Proc civ.

²⁹⁷ Art 1, 2, 4, 6, 9 NC proc civ.

²⁹⁸ Loïc Cadiet, « Civil Justice Reform : Access, Cost, and Delay. The French Perspective » dans Adrian AS Zuckerman, *Civil Justice in Crisis : Comparative Perspective of Civil Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 291 à la 316 [notre traduction].

²⁹⁹ *Ibid* à la 316.

³⁰⁰ *Ibid* à la 315.

³⁰¹ *Ibid* à la 316.

Comme nous l'avons vu au premier chapitre, la pratique de l'expert-assistant en Nouvelle-France, qui tranche presque comme un arbitre les questions de fait qui lui sont posées, a changé et a été remplacée au fil du temps par celle du témoin expert partisan. Parallèlement, la pratique française a subi plusieurs transformations, avec la Révolution française, l'adoption du *Code de procédure civile* de 1806, les diverses réformes judiciaires, le mouvement de professionnalisation et le processus de spécialisation qui se réalisent aux 19^e et 20^e siècles, et est aujourd'hui centrée autour du procédé d'expertise judiciaire.

2.2.1. *L'expertise comme mesure technique*

Qu'est-ce que l'expertise judiciaire française? Sur le plan terminologique, l'« expert judiciaire » ou l'« expertise judiciaire » provient de la doctrine et de la jurisprudence. Le *Nouveau Code de procédure civile* n'emploie pas ces termes, mais utilise de façon générique les mots « technicien » et « expert » comme synonymes du mot « spécialiste » dans son sens usuel (à l'opposé du droit québécois³⁰², il n'existe pas de titres de spécialistes conférés par la loi en droit français). Les notions de technicité et de spécialité sont utilisées de façon interchangeable dans la littérature³⁰³. Sans indiquer une dichotomie entre la science et la technique, le choix du mot « technicien » semble illustrer une préférence pour des questions pratiques plutôt qu'hypothétiques. Du point de vue de l'épistémologie, l'utilisation du terme « technoscientifique » aurait pu être préférée.

Le recours à un technicien est ordonné d'office ou à la demande des parties. Dépendamment de la complexité des questions technoscientifiques, le juge dispose de trois mesures « techniques » : la constatation³⁰⁴, la consultation³⁰⁵ et l'expertise³⁰⁶. Le point commun de ces trois mesures est de faire intervenir une

³⁰² *Code des professions*, LRQ, c C-26, art 53.

³⁰³ Voir par exemple Dumoulin, *L'expert dans la justice*, *supra* note 4 aux pp 39-44.

³⁰⁴ Art 249-255 NC proc civ.

³⁰⁵ Art 256-262 NC proc civ.

³⁰⁶ Art 263-281 NC proc civ.

personne extérieure pour sa maîtrise d'une spécialité technique, scientifique ou relationnelle et non pour une compétence du droit³⁰⁷.

Le constateur a pour mission d'observer l'existence ou l'authenticité d'un fait et ne doit « porter aucun avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter »³⁰⁸. Il consigne ses observations dans un constat ou les présente oralement au tribunal qui dresse un procès-verbal³⁰⁹. La consultation constitue pour sa part un « intermédiaire entre les constatations au caractère élémentaire »³¹⁰ et l'expertise qui requiert « des investigations complexes »³¹¹. La consultation, qui est généralement présentée oralement (le juge peut exiger qu'elle soit écrite)³¹², est plus simple, plus rapide et moins onéreuse que l'expertise et constitue une sorte de « mini-expertise »³¹³. La mission du technicien constateur ou consultant est réduite à une stricte factualité.

L'expertise est ordonnée en dernier recours « dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge »³¹⁴. La complexité des questions à résoudre sert de critère au juge qui décide de l'opportunité de l'expertise³¹⁵. Dans le cadre de l'expertise, la mission du technicien dépasse le cadre factuel : « l'expert fournit un appoint normatif à l'élaboration de la décision de justice. L'expert intervient par la formulation d'un avis qui contribue à l'opération de qualification juridique. En ce sens, dans la mesure où cet avis est repris à son compte par le juge, l'intervention de l'expert contribue à la formation de la décision de justice elle-même. »³¹⁶

³⁰⁷ Dumoulin, *L'expert dans la justice*, *supra* note 4 à la p 17.

³⁰⁸ Art 249, al 2 NC proc civ.

³⁰⁹ Art 251, 253 NC prov civ.

³¹⁰ Jacques Boulez, *Expertise judiciaires : Désignation et missions de l'expert – Procédure selon la juridiction*, 14^e éd, Paris, Delmas, 2006 à la p 33.

³¹¹ Art 256 NC proc civ.

³¹² Art 257 NC prov civ.

³¹³ Boulez, *supra* note 310 à la p 34.

³¹⁴ Art 263 NC proc civ.

³¹⁵ Dumoulin, *L'expert dans la justice*, *supra* note 4 à la p 43.

³¹⁶ Leclerc, *supra* note 49 à la p 190.

Une seule personne est désignée à titre d'expert « à moins que le juge n'estime nécessaire d'en nommer plusieurs »³¹⁷. Le juge énonce la mission de l'expert, fixe le délai dans lequel l'expert devra donner son avis et indique dans quelle proportion chacune des parties devra consigner la provision pour la rémunération de l'expert³¹⁸. L'expert donne généralement son avis dans un rapport. Si l'expertise est plurielle, il n'est rédigé qu'un seul rapport et, en cas de divergence, chaque expert indique son opinion³¹⁹. L'expert a l'obligation de faire respecter le principe de la contradiction. À défaut, les parties peuvent invoquer la nullité de l'expertise, notamment si l'expert n'informe pas les parties de la date de ses investigations, s'il tient des réunions sans convoquer préalablement les parties³²⁰, s'il ne mentionne pas dans son rapport toutes les démarches entreprises pour inviter les parties à participer aux réunions d'expertise, s'il n'invite pas les parties à lui remettre les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission³²¹, si lesdites pièces n'ont pas fait l'objet d'une communication entre les parties, s'il entend des tiers à l'insu d'une ou des parties, s'il ne prend pas en considération les observations ou réclamations des parties ou s'il ne fait pas mention dans son rapport de la suite qu'il leur aura donnée³²². Selon Dumoulin, « [l']expertise apparaît alors avant tout comme mesure d'instruction facultative qui peut être utile au magistrat, mais dont la gestion est laissée aux parties »³²³.

Les articles 232 à 248 NC proc civ établissent les règles communes aux trois mesures exécutées par un technicien. Le juge choisit librement le technicien et impartit les délais. Aux termes de l'article 232 NC proc civ, il « peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer ». Selon Boulez, cette liberté de choisir « se révèle en réalité assez théorique » pour deux raisons principales³²⁴. D'une part, le domaine de la question circonscrit le choix du technicien, en

³¹⁷ Art 264 NC proc civ.

³¹⁸ Art 265, 269 NC proc civ.

³¹⁹ Art 282 NC proc civ.

³²⁰ Art 160 NC proc civ.

³²¹ Art 243 NC proc civ.

³²² Art 276 NC proc civ; Frédérique Ferrand, « Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen » (2000) 52:2 RIDC 345 aux pp 349-50.

³²³ Dumoulin, *L'expert dans la justice*, *supra* note 4 à la p 29.

³²⁴ Boulez, *supra* note 310 à la p 27.

particulier lorsque les opérations techniques sont des activités que seuls les membres d'une profession d'exercice exclusif peuvent accomplir. Par exemple, une question d'ordre médicale nécessitera un médecin. D'autre part, les listes d'experts des cours d'appel et de la Cour de cassation « conduisent naturellement les juges à choisir de préférence des experts parmi ceux qui figurent sur ces listes »³²⁵. De plus, l'une ou l'autre des parties peut faire échec au choix du juge en demandant la récusation de la personne choisie.

À cela s'ajoutent d'autres restrictions : les techniciens ne peuvent être des personnes faisant l'objet d'incapacité ou de condamnation, des magistrats, des huissiers (sauf pour des constatations) et des avocats³²⁶. De plus, en vertu de l'article 234 NC proc civ, « [l]e technicien peut être récusé pour les mêmes causes que les juges ». Cette disposition renvoie à l'article 341 NC proc civ qui renvoie à son tour à l'article L111-6 du *Code de l'organisation judiciaire*. Il y est prévu que les juges (et donc les experts) peuvent être récusés en raison d'intérêts personnels ou patrimoniaux, de liens de parenté, de subordination ou d'amitié, de litiges pendants, d'une connaissance précédente de l'affaire ou d'inimitié notoire.

Le technicien a également le devoir d'« accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité »³²⁷. Le technicien procède à sa mission sous le contrôle du juge qui a ordonné la mesure³²⁸. Il ne peut donner d'opinions strictement juridiques³²⁹. Les constatations ou les conclusions du technicien ne lient pas le juge³³⁰. Dans tous les cas, il ne s'agit que d'un avis soumis à sa liberté d'appréciation. En cas de manque de conscience, d'objectivité ou d'impartialité, non seulement le rapport ne sera pas homologué, mais l'expert est susceptible d'engager sa responsabilité civile et s'expose à des sanctions disciplinaires s'il est inscrit sur la liste d'experts d'une cour d'appel ou de la Cour de cassation³³¹. Les sanctions disciplinaires peuvent prendre la forme d'un simple avertissement,

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ *Ibid* à la p 44.

³²⁷ Art 237 du NC proc civ.

³²⁸ Art 155, al 1 NC proc civ.

³²⁹ Art 238, al 3 NC proc civ.

³³⁰ Art 246 NC proc civ.

³³¹ Boulez, *supra* note 310 à la p 29.

d'une radiation temporaire ou permanente et, lorsqu'il y a urgence, d'une suspension provisoire³³².

Les listes d'experts des cours d'appel ou de la Cour de cassation sont dressées conformément à une nomenclature qui se divise en huit branches, plus de 50 rubriques et environ 375 spécialités³³³. Les conditions et les modalités d'inscription et de réinscription sont établies par décret, exigeant notamment que les experts inscrits soient indépendants, qualifiés et de bonnes mœurs et qu'ils n'aient pas subi de sanctions disciplinaires ou de faillites³³⁴. En 2009, on recensait 15 725 experts judiciaires inscrits aux listes³³⁵.

La pratique française de l'expertise n'est pas circonscrite à l'expertise judiciaire. Cette dernière coexiste avec trois autres expertises non prévues au *Nouveau Code de procédure civile*, soit l'expertise amiable, l'expertise officieuse et l'expert-arbitre. L'expertise amiable a lieu en prévision d'un litige éventuel à la suite d'un accord entre les parties. Puisqu'il s'agit d'une mesure d'instruction ou d'information, les conclusions de l'expert amiable ne constituent qu'un avis, autrement sa mission serait celle d'un arbitre³³⁶.

L'expertise officieuse est demandée par une partie et effectuée par l'expert de son choix. Elle peut avoir lieu avant le litige, lors d'un procès en cours ou en dehors du litige et est souvent recourue à la demande de compagnies d'assurances³³⁷ qui souhaitent établir les responsabilités et évaluer les préjudices consécutifs à un sinistre³³⁸. Le but de l'expertise officieuse peut être d'assister

³³² Décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires, art 24-32 [Décret n°2004-1463].

³³³ Tony Moussa, dir, *Droit de l'expertise*, Paris, Dalloz, 2008 à la p 7.

³³⁴ Décret n°2004-1463, *supra* note 332, art 2-5.

³³⁵ France, Ministère de la Justice, *Annuaire statistique de la Justice - Edition 2008*, Paris, Documentation française, 2009 à la p 313.

³³⁶ Boulez, *supra* note 310 aux pp 36-38.

³³⁷ L'assureur a l'obligation de recourir à une telle expertise dans les cas de catastrophes technologiques (*Code des assurances*, art R128-4) ou de sinistres dans le domaine minier (*Code des assurances*, art R421-75).

³³⁸ Boulez, *supra* note 310 à la p 38; Vincent Vigneau, « Cas particuliers d'interventions des sachants » dans Moussa, *supra* note 333, 58 aux pp 58-59.

techniquement une partie³³⁹ ou de préparer une contre-expertise. L'expert officieux peut d'ailleurs participer à toute réunion convoquée par un expert judiciaire et transmettre un rapport à ce dernier. Ce rapport officieux peut être joint au rapport judiciaire à titre d'observation écrite d'une partie³⁴⁰ ou peut être « versé aux débats, comme toute autre pièce »³⁴¹. Les conclusions du rapport d'expertise officieuse ne lient pas le juge, qui peut néanmoins les suivre à titre d'élément de preuve dès lors que le rapport est soumis à la libre discussion³⁴². De leur côté, les experts-arbitres sont investis par les parties d'un pouvoir juridictionnel et ont pour mission de rendre un jugement qui aura autorité de la chose jugée entre les parties³⁴³.

2.2.2. Le statut de l'expert judiciaire

Quel est le statut de l'expert judiciaire? Au sens générique, l'expert est placé sous le contrôle du juge. Il est « l'assistant »³⁴⁴ ou « le second »³⁴⁵ de ce dernier. Du point de vue institutionnel, la législation et la réglementation françaises n'identifient pas le statut juridique de l'expert : « [l]es experts judiciaires ne sont ni une catégorie sociale, ni un corps professionnel, ni une composante du personnel judiciaire »³⁴⁶. Sous le *Code de procédure civile* de 1806, l'expert est assimilé à un témoin; l'article 310 prévoit que « les experts pourront être récusés par les motifs pour lesquels les témoins peuvent être reprochés ». Cependant, le statut de l'expert comme témoin ne colle pas, d'abord car les motifs de récusation de l'expert sont les mêmes que ceux du juge aujourd'hui, ensuite car « l'un et l'autre ne participent pas au procès ni pour les mêmes raisons ni selon les mêmes modalités »³⁴⁷. À cet égard, l'expert ne relate habituellement pas les faits tels qu'il les a observés, mais les explique à l'aide de ses connaissances. L'expert

³³⁹ Art 161 NC proc civ.

³⁴⁰ Art 276, al 1 NC proc civ.

³⁴¹ Boulez, *supra* note 310 à la p 42.

³⁴² *Ibid* à la p 42; Vigneau, *supra* note 338 à la p 59.

³⁴³ Boulez, *supra* note 310 à la p 42.

³⁴⁴ Leclerc, *supra* note 49 à la p 67.

³⁴⁵ Dumoulin, *L'expert dans la justice*, *supra* note 4 à la p 44.

³⁴⁶ Chauvaud, *supra* note 3 à la p 13.

³⁴⁷ Dumoulin, *L'expert dans la justice*, *supra* note 4 à la p 44.

est investi d'une mission fixée par le juge, alors que le témoin atteste solennellement la vérité d'un fait³⁴⁸.

De la même manière, l'expert n'est pas un mandataire du juge, car il n'a aucun pouvoir de représentation. Les avis d'un expert n'engagent que lui et non le juge. L'expert n'est pas un auxiliaire de justice, car sa fonction n'est pas permanente. Comme il doit toujours rester indépendant, il ne peut être ni l'auxiliaire du juge, ni l'auxiliaire des parties. Certains auteurs qui s'inspirent du droit administratif français assimilent l'expert à un collaborateur du service public. Toutefois, si un tel statut juridique était conféré à l'expert, une faute de ce dernier engagerait la responsabilité de l'État³⁴⁹. L'expert est plutôt un « collaborateur occasionnel de la justice »³⁵⁰, un « prestataire de service placé à la disposition du juge » ou « une sorte de sous-traitant »³⁵¹. La prestation ou la collaboration de l'expert s'arrête à l'énoncé de sa mission. Le *Nouveau Code de procédure civile* instaure une relation « de maître d'ouvrage à maître d'œuvre » dans laquelle le juge ordonne et questionne, alors que l'expert obéit et répond³⁵². Dans ce rôle, l'expert remplit à la fois une fonction d'assistance pour le juge et contribue à l'élaboration du jugement³⁵³.

2.2.3. L'impact de l'expertise judiciaire sur le procès

Quel est l'impact de l'expertise judiciaire sur le procès et la résolution du litige? Dans un premier rapport de 2004, le président du Tribunal de grande instance de Paris, Jean-Claude Magendie, qualifie le recours à l'expertise judiciaire de « source d'encombrement des juridictions » et d'« enlisement »³⁵⁴. Selon le rapport, « l'expertise apparaît en effet comme l'élément susceptible de

³⁴⁸ *Ibid* aux pp 44-45.

³⁴⁹ Dumoulin, *L'expert dans la justice*, *supra* note 4 aux pp 46-47.

³⁵⁰ Boulez, *supra* note 310 à la p 35.

³⁵¹ Dumoulin, *L'expert dans la justice*, *supra* note 4 aux pp 47-48.

³⁵² *Ibid* à la p 48.

³⁵³ Leclerc, *supra* note 49 aux pp 189-91.

³⁵⁴ Jean-Claude Magendie, président, *Célérité et qualité de la justice : la gestion du temps dans le procès – rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Paris, Documentation française, 2004 à la p 20 [*Rapport Magendie I*].

retarder le plus l'issue du litige »³⁵⁵. Il est aussi dit qu'« en matière d'expertise, les délais sont, dans la pratique, très longs et ceux qui ont été fixés par le juge sont peu respectés »³⁵⁶. En première instance, les affaires qui nécessitent une expertise « subissent un allongement de plus du double de la durée moyenne d'un procès. Dans les litiges de droit de la construction, une affaire peut durer jusqu'à six fois plus longtemps qu'une procédure sans expertise. »³⁵⁷ Selon le second rapport Magendie de 2008, une expertise ordonnée par une Cour d'appel « entraîne inévitablement un allongement d'au moins une année de la durée de la procédure »³⁵⁸.

Pourtant, au cours des années 1990 et 2000, l'adoption de plusieurs dispositions favorise une meilleure qualité des travaux des experts et minimise l'organisation de contre-expertise et la désignation d'un autre expert. Ces mesures comprennent notamment l'apprentissage de l'expertise judiciaire par l'instauration d'une période probatoire, la désignation d'un juge spécialement chargé de contrôler l'exécution des mesures d'instruction accomplies par un technicien et la minoration de la rémunération de l'expert insuffisamment diligent³⁵⁹. De l'avis de la mission Magendie, cela ne suffirait pas, malgré l'absence de statistiques nationales à ce sujet, « à régler les problèmes de délais et à accélérer le cours des procédures dans lesquelles le recours aux hommes de l'art apparaît nécessaire »³⁶⁰. Comme solutions à ces problèmes, le premier rapport Magendie fait les huit suggestions suivantes :

[1] Donner à l'expert la possibilité de recueillir l'accord des parties lorsqu'elles se concilient en cours d'expertise.

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ *Ibid* à la p 97.

³⁵⁷ *Ibid* à la p 98, citant Séverine Arnault, « La durée des affaires civiles dans les tribunaux de grande instance en 2001 » dans *Infostat justice*, Bulletin d'information statistique du ministère de la justice, n° 71, 2003 aux pp 2-3.

³⁵⁸ Jean-Claude Magendie, président, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel: rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Paris, Documentation française, 2008.

³⁵⁹ *Rapport Magendie I*, *supra* note 354 à la p 99.

³⁶⁰ *Rapport Magendie I*, *supra* note 354 à la p 100. À Paris, 80 % des rapports d'expertise n'étaient pas transmis dans les délais impartis; *ibid.*

- [2] Privilégier effectivement la mesure de consultation par rapport à l'expertise à chaque fois que cette mesure apparaît suffisante.
- [3] Fixer un délai maximum de transmission au technicien de la décision le désignant.
- [4] Fixer une date limite pour la réception par l'expert des dires ultimes.
- [5] Exiger l'établissement systématique par l'expert d'un pré-rapport dans toutes les affaires.
- [6] Prévoir la possibilité pour les parties les plus intéressées à la solution du litige de se substituer à la partie défaillante pour s'acquitter du règlement de la provision complémentaire due à l'expert.
- [7] Limiter à six mois, sauf dérogation, la durée de la mesure d'expertise.
- [8] Prévoir la constitution au sein de chaque juridiction d'un fichier destiné à aider les magistrats dans le choix de l'expert à désigner³⁶¹.

Malheureusement, le législateur français n'a toujours pas intégré l'ensemble de ces suggestions au Code. À l'exception de la mise en œuvre de la quatrième suggestion et de la possibilité pour l'expert de se faire assister dans sa mission par la personne de son choix³⁶², aucune disposition n'a été adoptée pour rendre le recours à l'expertise plus efficace. Nous pouvons donc croire que l'expertise retarde encore à ce jour l'issue du procès.

2.3. Rapprochement entre les pratiques anglaise et française : la justice civile comme service public

Il existe une certaine ressemblance ou du moins « une tendance commune »³⁶³ entre les pratiques anglaise et française de l'expertise. Les deux constituent des mesures facultatives, sont sous le contrôle du juge qui décide de l'opportunité de l'expertise, reconnaissent différentes intensités ou divers types de procédés technoscientifiques (les expertises démonstrative ou informative par

³⁶¹ *Rapport Magendie I*, *supra* note 354 à la p. 203.

³⁶² Art 276, al 2 et 278-1 NC proc civ, respectivement modifié et ajouté par *Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom*, art 38-39.

³⁶³ Ferrand, « Principe contradictoire », *supra* note 322 à la 369.

opposition à la constatation, la consultation ou l'expertise) et procèdent selon le principe de la contradiction et l'obligation de convoquer, d'entendre et de répondre aux parties. Les recommandations du rapport Magendie, d'une part, et la Directive de pratique et le Protocole d'expertise, d'autre part, démontrent une tendance en faveur d'un procédé d'expertise structuré. Bien qu'un écart demeure, les experts, français et anglais, sont directement mis au service de juges possédant des pouvoirs d'intervention accrus.

Alors que les procédés actuels d'expertise anglais et français sont affranchis du magasinage et des batailles d'experts, certains problèmes semblent persister, notamment en matière de délais. L'expérience étrangère suggère cependant que l'efficacité du procédé d'expertise puisse être améliorée par l'établissement de directives et de protocoles, par l'exigence d'un pré-rapport, par une autorité accrue du rapport d'expertise et des décisions y référant, par la confection de listes d'experts, par l'instauration d'une période probatoire au cours de laquelle le technoscientifique apprend son rôle d'expert, par la minoration de la rémunération des experts insuffisamment diligents ou en imposant des contraintes quant à la durée de l'expertise et aux échéances pour formuler les dires.

Le rejet de l'expertise partisane et la transformation de la pratique réalisée dans les juridictions française et anglaise 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.

CHAPITRE 3 :

Analyse critique de l'expertise dans l'atteinte d'une justice civile formulée comme équité

La proposition de l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* d'imposer aux tribunaux le devoir de favoriser, en autant que possible, le recours à une expertise commune du consentement des parties ou unique ordonnée par le tribunal rencontre une résistance importante de la part de plusieurs acteurs du milieu juridique. Avocats, notaires, assureurs en responsabilité civile et professionnels de la santé ne souhaitent pas être limités dans leur capacité à nommer et faire entendre l'expert de leur choix.

Néanmoins, l'intensité de cette résistance institutionnelle varie en fonction de l'importance de la modification par rapport à la pratique actuelle de l'expertise partisane. L'expertise commune à laquelle les parties consentent semble être acceptée ou principalement tolérée en raison de son caractère subsidiaire. À l'opposé, la résistance est marquée dans le cas de l'expert unique imposé par le juge et le serait sans doute davantage à l'encontre d'une expertise strictement judiciaire. Depuis le début du processus actuel de réforme de la procédure civile, plusieurs demandent ou exigent que l'expert unique obligatoire ne s'applique qu'aux litiges qui ne concernent pas le préjudice corporel ou ne touchent pas les domaines de la construction, de l'assurance ou de la responsabilité médicale, environnementale ou professionnelle. Or, une telle exigence revient à circonscrire l'expertise unique obligatoire à son utilisation la plus restreinte, car c'est justement dans ces catégories de différends pour lesquels on demande un traitement dissemblable que les experts sont les plus utilisés et sont possiblement les plus partisans.

Ce phénomène dépasse la simple résistance inhérente à tout changement d'une pratique. À cet égard, la lecture des mémoires sur l'avant-projet de loi démontre une opposition soutenue par une formulation implicite de la justice civile. Les arguments juridiques et pratiques en faveur du statu quo (ou à

l'encontre d'une expertise plus judiciaire) sont par le fait même mis au service d'une telle formulation de la justice civile.

Qu'entendons-nous par formulation de la justice civile? Il s'agit d'une façon d'énoncer ou de faire connaître avec précision ce qu'est la justice civile. Le terme « formulation » reconnaît le pluralisme de la justice civile, c'est-à-dire qu'il coexiste plusieurs modes de pensée, visions ou conceptions de la justice au sein de la société québécoise. Le dénominateur commun à toute formulation de la justice est que cette dernière a pour sujet, objet ou fin le traitement qui doit être accordé aux personnes³⁶⁴. Cependant, la justice est un concept polysémique qui apparaît malheureusement souvent bien vide de sens. Elle est souvent utilisée comme outil du langage ou comme vocable pour affirmer l'appui à une cause ou une autre et, le cas échéant, elle réfère davantage à l'approbation (ou la désapprobation) qu'une personne ou un groupe exprime à l'encontre d'une pratique. Dans de tels cas, quelle que soit la justice évoquée par l'une ou l'autre des parties (si la justice est réellement au cœur du débat), nous sommes manifestement en présence de formulations divergentes de la justice que les tenants ne sont souvent pas prêts à concilier. La polarisation de tout conflit suggère d'ailleurs la présence d'idéologies de justice. La justice devient idéologique lorsqu'elle insiste sur la croyance ou la conviction que ce qui est demandé dépasse la simple expression d'un intérêt en conflit avec un intérêt opposé, mais possède une valeur supérieure et absolue, qui exclut tout compromis³⁶⁵.

La relation entre la justice et le droit est complexe. La finalité du droit comprend en partie la quête de la justice. Le droit et les institutions juridiques permettent de parvenir à la justice³⁶⁶. Selon le professeur Macdonald, « il est aussi indéniable que ces institutions – nos tribunaux et nos professions juridiques – sont les garants indispensables d'une plus grande accessibilité à la justice informelle

³⁶⁴ John R Lucas, *On Justice*, Oxford, New York; Oxford University Press, Clarendon Press, 1980 à la p 196.

³⁶⁵ Alf Ross, *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959 aux pp 274-75.

³⁶⁶ Sur la relation entre la justice et le droit, voir notamment Chaïm Perelman, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, plus particulièrement aux pp 91-98, 298.

et, au-delà, à la justice tout simplement »³⁶⁷. Toutefois, la justice ne peut être restreinte à l'exercice du pouvoir judiciaire ou au respect de ce qui est conforme au droit. La justice ne peut ni être simplement assimilée au droit, ni être complètement distincte du droit comme les doctrines positivistes le suggèrent. Bien que la « juridicisation »³⁶⁸ de la justice soit une tendance de tout État de droit, le droit ou le juridique ne demeure qu'une des nombreuses facettes de la justice. À cet égard, la justice peut être à la fois émotionnelle, rationnelle, éthique/morale et légale.

3.1. La justice civile formulée comme équité

La justice est civile lorsqu'elle concerne les personnes et leurs rapports mutuels. Plus précisément, la justice civile se rapporte à l'activité répréhensible ou à la vulnérabilité d'une personne dans la mesure où elle relève du droit privé.

La justice civile touche aussi bien la démarche (la manière, les moyens, les procédés) que les résultats. À titre d'exemple, les règles de justice naturelle concernent son aspect processuel. D'un point de vue processuel, les arguments à l'encontre de l'expertise judiciaire ou de l'expert unique désigné par le tribunal sous-entendent une formulation de la justice civile comme équité. Selon cette formulation, la justice civile est avant tout un procédé ou une « manière de résoudre les litiges qui consiste à reconnaître impartialement le droit de chacun, sans faire acception de personne »³⁶⁹ et sans obéir à d'autres principes que la répartition des redressements et des blâmes selon les droits et obligations prévus par la loi. Seul un procédé public sous la supervision d'une personne compétente, impartiale et indépendante peut garantir une décision ou un traitement juste.

Selon la justice civile formulée comme équité, la résolution judiciaire d'un litige privé nécessite donc la réunion de quatre conditions : la compétence,

³⁶⁷ Roderick A Macdonald, « Accessibilité pour qui? Selon quelles conceptions de la justice » (1992) 33:2 C de D 457 à la p 484.

³⁶⁸ Yves-Marie Morissette, « (Dé)judiciarisation, (dè)juridicisation et accès à la justice » (1991) 51:4 R du B 585 aux pp 589-91 [Morissette, « (Dé)judiciarisation »].

³⁶⁹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd, *sub verbo* « équité ».

l'impartialité, l'indépendance et la publicité. La compétence renvoie à la fois au pouvoir juridictionnel (la juridiction) et à la capacité de porter un jugement fondé sur une expérience, une connaissance et une compréhension approfondies des règles de droit. Elle atteste que la justice est rendue conformément à la loi.

L'impartialité doit être comprise comme étant une attention, une considération ou un égard égal pour l'autre (« *equal concern* »)³⁷⁰. Agir de façon impartiale, c'est prendre également en considération les parties et leurs prétentions. L'impartialité diffère de la neutralité³⁷¹ puisqu'elle « présuppose une partialité existante naturelle à soi-même »³⁷². Cette propension présupposée à prendre parti pour nous-mêmes soutient le principe selon lequel aucune personne ne peut être juge dans sa propre cause. Le juge doit trancher sans faire appel à un avantage personnel et il ne peut avoir d'intérêt privé dans le résultat de la dispute. Il doit agir en imaginant une séparation ou une distance entre lui et ses croyances, soit être distant, sans toutefois être détaché ou s'abandonner.

L'indépendance réfère à l'autonomie du juge, à l'absence de relation de subordination ou de solidarité. L'indépendance est un moyen qui a pour finalité « d'assurer le caractère désintéressé et impartial de la justice rendue au profit des justiciables »³⁷³. Comme l'affirmait le juge en chef Lamer : « [l']indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l'impartialité judiciaire »³⁷⁴. L'indépendance garantit des décisions judiciaires libres de toute influence et fondées strictement sur les faits et la loi. Au Québec, le premier alinéa de l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁷⁵ garantit les conditions d'impartialité et d'indépendance à titre de droit judiciaire : « [t]oute

³⁷⁰ Jiwei Ci, *The Two Faces of Justice*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2006 à la p 133.

³⁷¹ Au sujet de la différence entre la neutralité et l'impartialité, voir notamment *R c S (RD)*, [1997] 3 RCS 484, juges L'Heureux-Dubé et McLachlin.

³⁷² Ci, *supra* note 370 à la p 133.

³⁷³ Jean Leclair et Yves-Marie Morissette, « L'indépendance judiciaire et le Cour suprême : reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance » (1998) 36:3 Osgoode Hall LJ 485 à la p 512.

³⁷⁴ *R c Lippé*, [1991] 2 RCS 114.

³⁷⁵ LRQ, c C-12 [*Charte québécoise*].

personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé ».

La publicité exige que la justice civile soit rendue publiquement : « cette précaution responsabilise la magistrature et réduit les risques d'abus de pouvoir »³⁷⁶. La publicité assure la transparence et l'imputabilité de la justice civile, « la confiance du public dans la probité du système judiciaire et une meilleure connaissance de l'administration de la justice »³⁷⁷.

Ces quatre conditions, qui assurent la fiabilité du processus et l'initiative des justiciables, reposent sur une définition du jugement et une distinction entre le jugement, la perception et la compréhension. Le jugement constitue l'étape finale d'un processus linéaire amorcé par la perception et suivi de la compréhension. Il unit la perception des faits à la compréhension du droit; le juge qui tranche un litige applique les catégories et les concepts légaux aux données du procès. La perception et la compréhension précèdent le jugement qui les lie. On exige du juge instruisant une affaire qu'il soit au préalable et au cours d'un procès public compétent, impartial et indépendant. Dans leur application la plus stricte (ou la plus antagonique), le respect de ces conditions oblige le juge à laisser-faire, à s'abstenir d'intervenir et de donner un avis, à s'engager ou à entreprendre le moins possible quelques démarches, à ne pas rechercher des éléments de preuve, à regarder les parties procéder comme elles l'entendent et à ne pas compléter ou parfaire leur travail. Le juge rend jugement un peu comme on prend une photo ou comme on enregistre une vidéo. Il observe passivement et impassiblement. Exception faite des décisions interlocutoires touchant les questions de preuve et de procédure, ce n'est que lorsque les parties terminent leur présentation que le juge s'active et décide du mérite ou du bien-fondé de la demande, tel un *deus ex machina*.

Les rôles du juge et des parties sont fondés sur les principes de l'accusation et de la contradiction. Ces deux principes, qui servent de fondements

³⁷⁶ Morissette, « (Dé)judiciarisation », *supra* note 368 à la p 608.

³⁷⁷ Qc MJ, *Nouvelle culture juridique*, *supra* 218 à la p 42.

à notre système actuel, assurent l'impartialité et l'égalité de traitement dans le processus de résolution judiciaire. Vogler énumère trois éléments procéduraux essentiels à cet égard. Premièrement, il doit être prohibé au juge d'utiliser son pouvoir pour appliquer des pressions psychologiques ou physiques pouvant altérer le témoignage libre d'une personne. Deuxièmement, le juge ne doit pas pouvoir utiliser les ressources de l'État au bénéfice d'une partie, ce qui créerait un procès inéquitable. Troisièmement, le justiciable doit avoir un rôle actif dans le déroulement du litige judiciaire et ne doit pas être un simple spectateur³⁷⁸.

L'accusation et la contradiction sont souvent employées comme synonymes. Toutefois, les termes ne sont pas interchangeables comme plusieurs le laissent croire. Le principe de l'accusation est rarement défini dans la littérature juridique québécoise. L'accusation réfère à l'action de déférer une personne en justice en lui imputant un acte, une omission, un défaut répréhensible, une faute ou une erreur. Elle se présente à la fois comme le commencement de la procédure judiciaire et comme l'action de dénoncer. Un ensemble de droits et libertés découle du principe de l'accusation. Le rôle d'accusateur n'est pas réservé au pouvoir judiciaire ou à l'État, mais il est permis à quiconque qui est directement ou suffisamment intéressé et qui le croit opportun d'être accusateur. Le *modus operandi* de l'accusation débute par l'initiative des parties de porter elles-mêmes un différend devant l'autorité judiciaire. Non seulement la partie est autonome d'entreprendre un recours en justice, mais elle est aussi autonome d'alléguer les accusations qu'elle désire. Comme action de dénoncer, l'accusation consacre aussi la publicité des débats judiciaires qui oblige l'accusateur à se faire connaître publiquement et nettement. Le droit de connaître son accusateur constitue une sorte de corollaire au droit de présenter une demande en justice.

Le principe de contradiction se présente comme un article de foi ou un intouchable aux yeux des juristes québécois. Parce que notre procédure civile est contradictoire, elle est considérée comme supérieure à la procédure inquisitoire que certains croient être utilisée ailleurs. Or, le principe de la contradiction est

³⁷⁸ Richard Vogler, *A World View of Criminal Justice*, Aldershot, Ashgate, 2005 à la p 130.

généralement mal défini et articulé. Le terme « contradiction », que plusieurs semblent confondre avec la lutte, le duel, l'adversité ou l'antagonisme, signifie l'« action de s'opposer à ce que quelqu'un affirme »³⁷⁹. Une personne qui contredit, confronte ou oppose ne cherche pas nécessaire à faire triompher ses intérêts ou sa cause ou à imposer à sa volonté.

En matière judiciaire, le principe de la contradiction renvoie à la dialectique. Dans son sens classique, la dialectique est une forme de raisonnement basé sur le dialogue et la comparaison d'arguments et de contre-arguments appuyant des thèses et des antithèses. La dialectique a comme résultats la réfutation ou l'acceptation d'une thèse ou la construction d'une synthèse (c'est-à-dire une combinaison des éléments de la thèse et de l'antithèse). La fiabilité du jugement est à la base du principe de la contradiction. Il est toujours possible que le juge aussi compétent soit-il ait tort, de sorte que nous ne pouvons pas lui faire absolument confiance. La contradiction, comme présentation d'opinions diverses, se présente comme un moyen d'éliminer le risque systématique à tout jugement. La dialectique contradictoire vise à obtenir un consensus ou une intersubjectivité vérifiable. L'objectif ultime de la dialectique est donc la vraisemblance; elle n'a rien à voir avec la découverte de la vérité. La vérité ou l'exactitude n'en est qu'un objectif superficiel et est révélée le cas échéant qu'accessoirement.

Dans cette optique, le principe de la contradiction suppose la relativité de toute connaissance. Puisque toute connaissance est relative ou qu'aucune vérité n'est indépendante, il est nécessaire de procéder à un débat pour la faire apparaître. Le principe soutient « une conception classique du procès, où la vérité n'est pas transcendante et où elle n'apparaît jamais aussi bien que dans la confrontation de versions opposées »³⁸⁰.

La dialectique peut toutefois être utilisée à des fins détournées, visant davantage la persuasion que le consensus, notamment lorsqu'une personne cherche à défendre une opinion partisane ou s'obstine dans l'erreur. Dans de tels

³⁷⁹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd, *sub verbo* « contradiction ».

³⁸⁰ Jutras, *supra* note 33 à la p 287.

cas, la dialectique devient éristique. Schopenhauer définit le terme « dialectique éristique » comme étant l'art d'avoir raison pour avoir raison ou le procédé par lequel une personne manifeste une confiance en ses opinions :

La dialectique éristique est l'art de la controverse, celle que l'on utilise pour avoir raison, que l'on ait raison ou tort – *per fas et nefas*. On peut objectivement avoir raison, et pourtant aux yeux des passants, et parfois pour soi-même, avoir tort. Par exemple, je peux présenter une preuve d'une affirmation et mon adversaire peut réfuter la preuve et donner l'impression de réfuter une affirmation pour laquelle il peut néanmoins exister d'autres preuves. Dans ce cas, les rôles sont inversés : l'adversaire a raison bien qu'il aurait en vérité objectivement tort³⁸¹.

Schopenhauer impute la dialectique éristique à la faiblesse ou la bassesse de la nature humaine. Selon lui, « chez la plupart des hommes, la vanité innée s'accompagne par la loquacité et la mauvaise foi innée »³⁸². Sans nous prononcer sur l'essence de l'être, le détournement de la dialectique à des fins éristiques peut être en partie le produit d'une culture professionnelle québécoise centrée sur la partisanerie, la rivalité et la compétition. Le jugement est vu comme un résultat gagnant-perdant, très souvent perdant-perdant, et non comme un résultat gagnant-gagnant. Après tout, il n'y a pas si longtemps, on concevait le procès comme une virile épreuve de force entre deux belligérants représentés par leurs procureurs respectifs. Bien que le déroulement du procès a beaucoup changé depuis, cette vision belliqueuse persiste encore dans bien des stratégies procédurales et des méthodes d'interrogatoire et de plaidoirie. En matière de litige, le succès de l'avocat n'est-il pas encore à ce jour tributaire de ses victoires à la cour?

La pratique et l'histoire démontrent que les parties, par l'intermédiaire de leurs avocats, n'échappent pas à cette tendance ou culture de la dialectique éristique. Or, l'affirmation selon laquelle le processus de résolution d'un litige judiciaire est uniquement fondé sur les principes de la contradiction et de l'accusation n'est pas conforme à la réalité. Ces deux principes sont insuffisants

³⁸¹ Arthur Schopenhauer, *The Art Of Controversy*, traduit par T Bailey Saunders, London, Swan Sonnenschein & Co, 1896 à la partie II [notre traduction].

³⁸² *Ibid* [notre traduction].

pour expliquer plusieurs des pratiques judiciaires québécoises. À cela s'ajoute un troisième principe : l'antagonisme.

3.2. L'antagonisme

Qu'est que ce principe de l'antagonisme? La langue anglaise donne une piste pour répondre à cette question. La doctrine québécoise et française joint souvent les mots « accusation » et « contradiction » pour traduire le mot anglais « *adversariality* ». Pourtant, *adversariality* ne signifie ni accusation, ni contradiction, mais antagonisme. De la même façon, les mots « *adversarial* » ou « *adversary* » ne signifient pas contradictoire ou accusatoire, mais adversaire ou ce qui est relatif à un adversaire ou une procédure antagonique ou antagoniste. L'antagonisme se distingue de l'accusation et de la contradiction. Il est possible de faire connaître publiquement ou d'accuser quelqu'un sans chercher à lutter contre lui ou à engager les hostilités. De la même manière, une contradiction n'est pas nécessairement antagonique. Comme le souligne Jolowicz, la traduction française fréquente du terme *adversarial procedure*, « [procédure] fondé[e] sur le principe de la contradiction », est inexacte, puisqu'il existe une différence majeure entre le principe de la contradiction et le *adversary principle*³⁸³. L'idée qui distingue l'antagonisme de la contradiction est que :

le juge doit découvrir les faits en tenant compte exclusivement des éléments de preuve que les parties lui soumettent : les parties sont des adversaires, pas seulement dans le sens qu'elles sont opposées l'une à l'autre, mais dans le sens que le rôle du juge est simplement de prononcer qui, dans son jugement, est le gagnant à la fin d'un duel scientifiicolégal disputé entre les parties avec les armes de leur choix. De son côté, le principe de contradiction n'empêche pas par lui seul le juge d'introduire des éléments supplémentaires dans la discussion. Il ordonne au juge de n'utiliser dans sa décision aucun élément de droit ou de fait, présenté par les parties ou par lui-

³⁸³ John Anthony Jolowicz, *On Civil Procedure*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2000 à la p 176.

même, sauf si toutes les parties ont eu l'occasion d'en discuter devant lui³⁸⁴.

L'indistinction entre l'antagonisme et la contradiction amène plusieurs juristes à croire que la procédure antagoniste, qualifiée à tort de contradictoire, constitue le seul moyen de garantir l'impartialité du processus et de protéger le droit des parties de connaître et de débattre de tous les éléments pris en compte dans la décision du juge. L'assimilation des deux principes empêche de voir ou d'imaginer toute modification du principe de l'antagonisme sans violer celui de la contradiction³⁸⁵.

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.

Trois suppositions sont à la base du principe de l'antagonisme. La première veut que les parties judiciaireisent un conflit en raison d'un sentiment d'inimitié. Selon cette perspective, le litige civil n'a généralement lieu que si les parties impliquées ne sont pas en mesure de parvenir à un règlement à l'amiable. L'absence de règlement à l'amiable signifie que la relation n'en est pas une d'amitié mais d'hostilité. Le tribunal constitue donc un terrain hostile aux yeux de parties qui cherchent à se surpasser, luttent, rivalisent ou disputent le mérite de leurs prétentions. Une telle description n'est d'ailleurs pas étrangère à l'attitude hostile persistante (certains diront même anachronique) de plusieurs praticiens.

La seconde supposition 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

³⁸⁴ *Ibid* à la p 177 [notre traduction].

³⁸⁵ *Ibid* aux pp 177-78.

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.

La troisième supposition, qualifiée d'ailleurs de « mythe »³⁸⁶, stipule que la résolution judiciaire d'un litige privé ne concerne que les parties au litige. Or, c'est rarement le cas pour quatre raisons. Premièrement, la supposition fait abstraction de l'autorité de la jurisprudence et de la publicité des débats judiciaires. Tout litige judiciaire peut avoir une importance éventuelle dans le développement du droit et toute décision judiciaire peut avoir un objectif informatif, éducatif ou encore dissuasif³⁸⁷.

Deuxièmement, les parties à un litige sont rarement les seules à en subir les conséquences. Lorsqu'elles sont des personnes physiques, les parties ont toute sorte de relations et d'obligations d'ordre familial, matrimonial, commercial, salarial, etc. Un litige peut avoir un effet boule de neige et affecter tour à tour les relations d'un justiciable, avec toute la peine et les inconvénients qui peuvent en découler. De plus, dès qu'un litige implique une ou des personnes morales (privées ou publiques) comme parties, le litige cesse d'être un duel exclusif entre deux personnes. Derrière la fiction qu'est la personnalité juridique distincte des personnes morales, on retrouve les intérêts de tous ceux qui sont touchés par la situation dans laquelle la personne morale se trouve, qu'ils soient actionnaires ou parties prenantes (employés, clients, fournisseurs, créanciers...)³⁸⁸.

Troisièmement, les tribunaux civils ne sont pas uniquement financés par les justiciables, mais aussi en grande partie par les autres contribuables. Dans ce contexte, il est interdit aux parties de multiplier les procédures inutiles ou dilatoires ou de surcharger l'instruction d'éléments de preuve non pertinents. En

³⁸⁶ *Ibid* à la p 181.

³⁸⁷ *Ibid* à la p 179.

³⁸⁸ *Ibid*.

outre, il serait presque répugnant qu'un juge ait à se prononcer sur des faits connus pour être faux ou inventés. Les juges sont à juste titre mécontents lorsqu'on leur demande de se prononcer sur des allégations fausses ou fallacieuses et n'hésitent pas à aller au-delà de ce qui est allégué³⁸⁹.

Quatrièmement, cette supposition fait abstraction de toute attente que le public puisse avoir du pouvoir judiciaire. Par ses décisions, le juge répond à l'attente du public qu'il doive trouver une solution juridique raisonnable à tout litige qui lui est soumis. On exige du juge qu'il fasse de son mieux pour prononcer la bonne solution chaque fois qu'elle est incertaine. Interdire au juge de soulever les questions et d'entreprendre les démarches qui lui semblent nécessaires pour apprécier les prétentions et indices qui lui sont présentés revient à l'empêcher d'essayer de parvenir à cette bonne solution ou à une solution raisonnable³⁹⁰.

D'une manière générale, l'antagonisme est décrit comme l'opposé ou l'inverse de l'inquisition ou de la procédure inquisitoire. Qu'est-ce qu'une procédure inquisitoire ou une méthode inquisitoriale? Pour Versluis, l'inquisition est une construction juridique historique où la même personne joue les rôles de juge et de poursuivant-accusateur et où il peut arriver qu'elle opère dans le secret. Historiquement, le mot inquisitoire évoque des visions de l'Inquisition, la juridiction instituée par l'Église catholique au début du 13^e siècle pour lutter contre ceux dont la pensée divergeait des doctrines de l'Église – les hérétiques. À cette époque, les hérétiques sont représentés comme orgueilleux, trompeusement pieux, secrets et obstinés dans la défense de leur hérésie. Comme les forces démoniques inspirent ces caractéristiques, l'Église et l'État sont justifiés de sévir les hérétiques. L'Inquisition représente une union et une collaboration particulière du pouvoir religieux de l'Église et du pouvoir laïque de l'État. Les inquisiteurs n'exécutent pas eux-mêmes les hérétiques, mais les confient aux mains de l'État.

³⁸⁹ *Ibid* aux pp 179-80.

³⁹⁰ *Ibid* à la p 180.

La procédure inquisitoire ou la méthode inquisitoriale évoque une idéocratie ou un État totalitaire et toute la crainte qu'un tel régime peut générer³⁹¹.

Dans un livre portant sur la justice criminelle, Vogler énumère quatre caractéristiques de la méthode inquisitoriale moderne. La première est son caractère autoritaire. L'inquisition comme procédé est « basée sur un système dans lequel l'autorité est hiérarchisée et le pouvoir est délégué vers le bas à une chaîne de fonctionnaires subordonnés à une autorité centrale »³⁹². La seconde particularité est qu'il s'agit d'un processus bureaucratique continu. Aucune étape de la procédure n'est privilégiée puisque le procès prend la forme d'« un examen scientificolégal continu administré par différents niveaux de fonctionnaires »³⁹³. La troisième caractéristique est « l'utilisation contre les défenseurs de divers moyens de pression intolérables en vue d'obtenir sa coopération »³⁹⁴. Quatrièmement, « l'idéologie et la dynamique première de la méthode inquisitoriale ne sont pas la loi, mais la déduction rationnelle et l'enquête scientificolégale »³⁹⁵.

En matière civile, la méthode inquisitoriale reprend seulement les deux premières caractéristiques identifiées par Vogler, soit l'autorité hiérarchisée et le processus continu. Le juge n'a pas de pouvoir de judiciaireiser le litige. Une procédure civile inquisitoire est donc généralement accusatoire. L'inquisition civile constitue principalement une méthode d'investigation. Le juge joue un rôle important et actif dans la recherche de la preuve. Il n'est pas limité par les allégations ou les prétentions des parties, peut utiliser tous les moyens légaux mis à sa disposition pour déceler une preuve et en apprécier la valeur probante, dirige lui-même l'instruction et pose les questions aux témoins. La méthode inquisitoriale peut ou non respecter le principe de la contradiction. Tout dépend des droits procéduraux donnés aux parties. Une procédure peut être inquisitoire et

³⁹¹ Arthur Versluis, *The New Inquisitions : Heretic-Hunting and the Intellectual Origins of Modern Totalitarianism*, Oxford, Oxford University Press, 2006 aux pp 6-7.

³⁹² Vogler, *supra* note 378 à la p 19 [notre traduction].

³⁹³ *Ibid* [notre traduction].

³⁹⁴ *Ibid* [notre traduction].

³⁹⁵ *Ibid* à la p 21 [notre traduction].

reconnaître aux parties le droit d'être entendu et le droit à une défense pleine et entière. La prérogative du juge peut être contrebalancée par une obligation de soumettre au débat des parties toute explication, tout élément de preuve ou tout fait dont il a connaissance en raison d'investigations personnelles. Dépendamment du niveau d'intervention attendu du juge, on parlera d'inquisition contradictoire ou d'une contradiction inquisitoire.

Il n'existe pas de juridiction civile exclusivement inquisitoire puisque l'inquisiteur n'a pas d'objet d'enquête sans accusation d'un justiciable ou sans présentation d'une demande en justice. En effet, en matière privée, l'enquête de l'inquisiteur débute toujours par l'accusation d'un justiciable à l'encontre d'un autre. De la même manière, il n'existe pas de procédure purement antagonique. La dualité juridique n'est pas mesurable; la comparaison juridique qui s'opère par la dialectique ne peut utiliser de proportion ou d'échelle de référence. Le juge n'a pas à agir comme un automate dont la seule fonction est de savoir qui à gagner la partie. Bien au contraire, les justiciables attendent et exigent du juge qu'il utilise les connaissances et l'expérience qu'on lui reconnaît. Cela implique qu'il doive s'auto-informer, mais aussi s'informer auprès des autres en posant des questions aux témoins ou aux avocats³⁹⁶. Selon Jolowicz, l'étude comparative du droit révèle que certaines juridictions de common law sont principalement antagonistes alors que d'autres juridictions civilistes sont plus inquisitoires, mais que ces différentes procédures civiles sont le résultat de combinaisons variées d'éléments inquisitoriaux et antagonistes, peu importe la tradition à laquelle ils se rattachent³⁹⁷.

La procédure civile québécoise n'est donc pas strictement antagonique. La résolution judiciaire d'un litige civile emprunte généralement un mixte de méthodes antagonistes et inquisitoriales. Les conférences de règlement à l'amiable, les séances de médiation et les négociations en vue de trouver un règlement acceptable aux yeux des parties permettent de résoudre de nombreux

³⁹⁶ Jolowicz, *supra* note 383 à la p 175.

³⁹⁷ *Ibid* aux pp 175-76.

litiges judiciaires sans qu'ils soient tranchés par un juge et démontrent l'importance de la coopération dans l'accomplissement d'une justice civile.

Le principe de l'antagonisme n'est pas codifié et n'est prévu à aucune charte, aucune loi ou aucun règlement. Le principe n'est pas absolu, mais contingent. Au Québec, sa genèse remonte à la fin du 19^e siècle dans un contexte de rivalité malsaine entre avocats. Il ne s'agit même pas d'une garantie procédurale associée au processus judiciaire, mais de la manifestation d'un caractère culturel³⁹⁸. Aujourd'hui profondément ancré dans une culture professionnelle québécoise, le principe est rarement discerné de la contradiction et de l'accusation. Cette confusion amène plusieurs juristes à avancer des arguments sur la base d'une violation de la contradiction ou de la peur que notre procédure soit moins contradictoire, alors que ce qui est réellement visé c'est le cadre antagoniste du litige judiciaire. Il est possible de donner davantage de pouvoirs au juge au détriment des parties sans enfreindre la contradiction et la condition d'impartialité essentielle à la justice formulée comme équité et, le cas échéant, un tel changement ne devrait jamais être inhibé.

3.3. Critique des arguments à l'encontre de l'expertise unique

Au début de notre analyse, nous avons affirmé que les arguments à l'encontre de l'expertise judiciaire ou de l'expert unique désigné par le tribunal sous-entendent une formulation de la justice civile comme équité. Nous avons d'abord formulé la justice civile comme équité sans faire mention desdits arguments. Quels sont-ils?

L'argument le plus courant contre l'expert désigné par le tribunal est qu'un tel procédé transgresse les conditions d'impartialité et d'indépendance essentielles à la justice formulée comme équité. Aux dires des défenseurs de l'expertise partisane, la transgression s'opérerait de deux façons.

³⁹⁸ À ce sujet, voir Jutras, *supra* note 33.

Selon la première transgression, il y aurait un danger que l'expert unique usurpe le rôle du juge, violant ainsi le droit des parties à un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé. C'est la crainte que l'expertise unique constitue un arbitrage liant le juge et que ce dernier n'ait pas d'autre choix que de faire siennes les conclusions de l'expert. Il s'agit de l'argument quant à la « normativité » et à l'« appréciation axiologique » de l'expertise, selon lequel il peut y avoir un risque de délégation du pouvoir à l'expert et que le jugement de ce dernier substitue celui du juge³⁹⁹.

L'expertise a un caractère normatif lorsqu'elle participe à la qualification de la norme juridique ou de la règle de droit. Leclerc identifie trois sources de normativité de l'expertise. Une première source « nominaliste » ou « nominale » découle de toute mission de l'expert qui touche à des notions de droit, c'est-à-dire lorsqu'on demande à l'expert de se prononcer sur un fait ou une situation qui est l'objet d'une définition juridique. Tel est le cas quand l'expert se prononce sur l'existence d'une faute professionnelle, d'un lien de causalité, d'un vice caché ou d'une incapacité de travail ou donne son avis sur l'état mental d'une personne ou sur l'intérêt de l'enfant. L'expert participe à la qualification juridique dès qu'il répond à des questions mixtes qui ne concernent pas uniquement les faits, mais aussi le droit; il donne son avis dans les termes du droit⁴⁰⁰.

La seconde source, qualifiée d'« objectiviste », découle de « l'objet sur lequel porte l'expertise »⁴⁰¹. L'expertise unique peut devenir normative dans les domaines où il existe une incertitude. En d'autres termes, c'est le problème des différentes écoles de pensée. En présence de débats technoscientifiques, l'expert unique, s'il rend un avis tranché, prive le juge de son pouvoir de balancer les versions ou propositions. Pour cette raison, l'expertise unique a le potentiel de dissimuler au juge la présence de thèses opposées ou de divergences relatives à des aspects décisifs du litige. Dans une telle éventualité, le juge n'aurait à sa

³⁹⁹ Leclerc, *supra* note 49 à la p 159.

⁴⁰⁰ *Ibid* aux pp 171-73.

⁴⁰¹ *Ibid* à la p 171.

disposition qu'une seule et unique opinion pour répondre à des questions sur lesquelles il n'a souvent aucune connaissance.

Une troisième source « décisionniste » résulte du processus juridictionnel. Le droit et la science sont étroitement liés puisqu'ils sont habituellement (exception peut-être en matière de propriété intellectuelle) pensés sur le mode de la dichotomie. Cette dichotomie ou cette délimitation des domaines technoscientifique et juridique se produit au cours du procès. Par son avis, l'expert participe aux définitions temporaires et mutuellement exclusives de la science et du droit : « [c]e n'est qu'au terme du *processus de décision* que la représentation juridique de la science émerge et se stabilise, ne serait-ce que provisoirement. L'expertise contribue ainsi à l'émergence d'une représentation juridique de la science. »⁴⁰².

Au niveau normatif, le risque que l'expert prenne la place du juge dans la construction du jugement peut être atténué en subordonnant l'expert au juge. L'avis de l'expert doit avant tout n'engager que lui et non le juge. La mission ou le devoir primordial de l'expert doit être d'aider le tribunal et non de rendre jugement à la place de ce dernier. L'expert doit être placé sous le contrôle du juge, qu'il assiste ou seconde. Le juge doit pouvoir demander toute expertise additionnelle lorsqu'il n'est pas convaincu par les conclusions de l'expert. L'expert doit être mandataire d'aucune partie au litige. Idéalement, il faudrait exiger des juges qu'ils aient une formation technoscientifique minimale.

L'expertise a un caractère axiologique ou moral lorsqu'elle prescrit une évaluation ou un choix de valeur. Leclerc utilise le terme « préqualification » pour désigner « l'idée que l'expert construit, sous les traits d'un fait brut, une figure composée de contraintes qui contiennent une part de jugement évaluatif »⁴⁰³. L'expert comme observateur du monde a une perspective qui lui est propre; il a des valeurs, des préjugés, des prémices intellectuelles et des croyances. Pour cette raison, son avis est donné en fonction de structures de discours précises.

⁴⁰² *Ibid* à la p 175.

⁴⁰³ *Ibid* à la p 177.

Cependant, l'avis de l'expert ne reflète qu'en partie ses valeurs personnelles, puisque des contraintes juridiques, technoscientifiques et sociales s'exercent simultanément. L'avis est à la fois encadré par des règles juridiques, appuyé sur un savoir disciplinaire ou une normalité technoscientifique et formé en prenant compte de considérations sociales. L'expertise combine donc « une pluralité d'ordres de discours »⁴⁰⁴. Le caractère axiologique se manifeste davantage lorsque l'expertise touche à un domaine nouveau ou incertain⁴⁰⁵.

Ultimement, l'argument revient à dire que l'expertise unique, contrairement à l'expertise partisane, ne peut pas garantir en raison de son caractère axiologique la neutralité ou l'objectivité des conclusions technoscientifiques retenues par le juge. Le mécanisme est le suivant : la dialectique qui s'opère par la bataille d'experts permettrait au juge de séparer le préjugé de l'objectivité et ainsi de construire une information exempte de tout biais. Il s'agirait d'une opération de diversification du risque systématique à tout procédé expertal.

Cet argument doit être écarté pour la raison suivante : la dialectique ne vise pas à obtenir un résultat neutre ou objectif, mais plutôt une intersubjectivité vérifiable. L'objectivité est impossible, car toute personne appartient déjà à une tradition ou à un contexte. L'expert, à titre d'observateur ou de contemplateur, « fait lui-même partie du sens [ou de la vision] qu'il appréhende »⁴⁰⁶. Pour cette raison, l'exigence scientifique d'objectivité selon laquelle l'expert doit garder une distance est impossible. L'expert est le fruit de son biologique, de son histoire, de sa culture et de son environnement; il ne peut sentir et percevoir le monde avec d'autres sens que les siens. L'expert ne peut pas « se détache[r] de tous les liens dogmatiques »⁴⁰⁷.

À l'opposé, l'impartialité et l'indépendance sont possibles et doivent être recherchées, puisqu'elles sont après tout des conditions essentielles à la justice

⁴⁰⁴ *Ibid* à la p 181.

⁴⁰⁵ *Ibid* aux pp 177-181.

⁴⁰⁶ Hans-Georg Gadamer, *supra* note 24 à la p 340 [notre traduction].

⁴⁰⁷ *Ibid* à la p 325 [notre traduction].

civile formulée comme équité. Comment l'information retenue de la confrontation entre deux experts partisans et partiaux (ou de l'amalgame de deux avis donnés de façon intéressée) peut-elle être plus neutre ou objective que celle communiquée par un expert unique désintéressé, impartial et indépendant? Cette question rhétorique illustre à notre avis le non-sens de l'argument reposant sur la subjectivité de l'avis de l'expert unique. Si l'impartialité et l'indépendance exigent que le juge traite les différentes perspectives avec égards égaux, il ne fait aucun sens d'exiger davantage de l'expert unique, c'est-à-dire qu'il doit être complètement indifférent, apathique, détaché et sans opinion.

Le véritable risque de l'expertise unique n'est pas que l'avis obtenu ne soit pas neutre ou objectif, mais que l'expert n'ait aucun esprit critique par rapport à sa perspective. Pour Foucault, « [u]ne critique ne consiste pas à dire que les choses ne sont pas bien comme elles sont. Elle consiste à voir sur quels types d'évidences, de familiarités, de modes de pensée acquis et non réfléchis reposent les pratiques que l'on accepte. »⁴⁰⁸ Lorsqu'il est seul et davantage lorsqu'il ne peut être contredit, il n'est pas garanti que l'expert soit sensibilisé quant à sa position ou sa perspective ou qu'il se questionne sur la réalisation de son jugement et sur son processus de perception et de compréhension des faits. En l'absence d'une telle prise de conscience, la création ou l'imagination d'une distance nécessaire à la réflexion critique est improbable et le savoir communiqué peut ne pas être juste.

D'entrée de jeu, l'existence de préjugés n'altère pas assurément la justesse d'un savoir ou d'une connaissance, il n'y a pas toujours un lien entre les deux. Néanmoins, lorsque c'est le cas, il est possible de pallier ce risque d'absence d'autocritique de l'expert unique. La solution passe par le respect du principe de la contradiction. Les expériences française et anglaise démontrent d'ailleurs qu'il est à la fois possible d'imposer l'expert unique et de respecter le principe de la contradiction en instaurant des garanties procédurales similaires à celles associées au processus judiciaire. Pour une partie, cela revient à conférer un droit d'être

⁴⁰⁸ Foucault, *supra* note 28 à la 456.

convoqué préalablement à toutes les réunions organisées par l'expert, un droit de superviser les opérations expertales et un droit de fournir toute explication et de formuler toute question ou consigne jugée utile. En corollaire, les parties auraient l'obligation de communiquer les unes aux autres les consignes, les questions ou les documents donnés à l'expert. De la même manière, une obligation générale de faire respecter la contradiction peut être imposée à l'expert unique. Ce dernier serait spécifiquement obligé d'inviter les parties à lui remettre les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, de mentionner dans son rapport toutes les démarches entreprises pour inviter les parties à participer aux réunions d'expertise, de ne pas entendre de tiers à l'insu de l'une ou l'autre des parties, de prendre en considération toutes les observations ou réclamations des parties et de mentionner dans son rapport de la suite qu'il leur aura donnée, d'identifier les faits dont il a une connaissance personnelle, de résumer toutes les opinions, de donner les raisons à l'appui de sa propre opinion lorsqu'il existe un débat d'opinions entre diverses écoles de pensée et d'indiquer ses réserves lorsqu'il n'est pas en mesure de donner une opinion sans réserve.

Ces mesures contradictoires forceraient l'expert à expliquer son raisonnement, à prendre conscience de ses préjugés ou à « faire apparaître son ignorance et [à] indiquer quelle est l'étendue de ses connaissances et des éléments sur lesquels il peut se prononcer sans outrepasser les limites stabilisées de sa discipline. »⁴⁰⁹

La seconde transgression aux conditions d'impartialité et d'indépendance essentielles à la justice formulée comme équité, alléguée par les opposants de l'expertise unique, est qu'un tel procédé heurte le principe fondamental de la contradiction. Un rapport de 2005 du Ministère de la Justice du Québec sur la dernière réforme de la procédure civile soutient à ce sujet que : « [l]e recours imposé à un expert unique n'a pas été retenu parce [qu'on] a estimé que cette mesure cadrerait mal avec notre système contradictoire et notre façon habituelle de

⁴⁰⁹ Leclerc, *supra* note 49 à la p 175.

procéder »⁴¹⁰. Plus précisément, cette seconde transgression reposerait sur la violation de trois droits procéduraux : (1) le droit d’être entendu (2) le droit à une défense pleine et entière et (3) la liberté procédurale des parties.

La première violation touche la maxime de l’*audi alteram partem*, que nous désignons de façon générique comme le droit d’être entendu. La maxime, la règle ou le principe de l’*audi alteram partem*, qui signifie « entendre l’autre côté », réfère à un ensemble de droits comprenant notamment le « droit d’être entendu », le « droit de se faire entendre », le « droit d’être avisé ou informé », le « droit de répliquer » et le « droit de présenter une défense »⁴¹¹. En droit québécois et canadien, la maxime est élevée au rang des principes de justice naturelle ou fondamentale, reflète la contradiction et la structure dialectique du raisonnement juridique et garantit aux partis la possibilité de faire valoir intégralement leur point de vue. Elle confère en outre à toute partie à un litige le droit de présenter des éléments de preuve sur tous les points importants, incluant le droit de faire entendre des témoins. Au Québec, l’*audi alteram partem* est en partie codifié à l’article 23 de la *Charte québécoise* (droit à l’audition) et à l’article 5 Cpc qui prévoit : « [i]l ne peut être prononcé sur une demande en justice sans que la partie contre laquelle elle est formée n’ait été entendue ou dûment appelée. »

Selon les défenseurs de l’expertise partisane, l’*audi alteram partem* attribuerait aux parties « le droit *absolu* [de] pouvoir engager un expert et le faire entendre au soutien de [leur] position »⁴¹². Avec égard, rien ne justifie une telle affirmation. Notre enquête historique sur la pratique de l’expertise au Québec démontre de façon non équivoque que le droit de faire entendre un expert de son choix à des fins partisans n’a rien d’absolu, mais est contingent. Comme nous l’avons démontré, les experts commencent à se faire entendre comme témoin à partir de la seconde moitié du 19^e siècle. À la fin du 19^e siècle, la pratique de

⁴¹⁰ Qc MJ, *Rapport réforme du Cpc*, *supra* note 19 à la p 42.

⁴¹¹ *Juridictionnaire électronique*, *sub verbo* « audi alteram partem ».

⁴¹² Qc Sous-comité magistrature-Barreau, *Rapport sur les expertises*, *supra* note 20 à la p 65; Barreau du Québec, *Mémoire*, *supra* 220 à la p 24 [notre emphase].

l'expertise partisane est aussi courante que celle de l'expertise judiciaire désintéressée. Dans un contexte de rivalité entre avocats et de résolution antagonique des litiges, l'apparition du caractère partisan de l'expertise semble être la suite logique de l'assimilation de l'expert à un témoin.

À ce jour, le droit de faire entendre le témoin expert de son choix n'est pas sans restriction ou indépendant de toute condition. En vertu du droit actuel, la preuve par témoin expert admet plusieurs limitations dans son emploi. Toute expertise est soumise à des conditions d'admissibilité et de recevabilité. En plus de devoir franchir le seuil de la pertinence imposé à la présentation de tout élément de preuve, le droit de faire entendre son expert partisan est conditionnel à la compétence de ce dernier. Tout compte fait, non seulement l'avis de l'expert doit être pertinent, mais ce dernier doit être compétent.

La seconde violation concerne le droit à une défense pleine et entière. Ce droit fait partie d'un ensemble de droits découlant de la maxime de l'*audi alteram partem*. La substance de cet argument est expliquée dans l'opinion juridique donnée par le professeur Henri Brun à la section québécoise de l'Association du Barreau canadien. Comme le souligne le professeur Brun, le droit à une défense pleine et entière est « traditionnellement conçu et perçu comme un concept de droit criminel et pénal »⁴¹³. L'article 35 de la *Charte québécoise*, qui garantit que « tout accusé a droit à une défense pleine et entière et a le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins », reconnaît strictement un tel droit en matière de justice pénale, de sorte qu'il ne vise pas les litiges civils⁴¹⁴. Malgré cela, Brun est d'avis qu'il existe « un droit constitutionnel entre les parties à un procès civil de faire entendre pleinement et entièrement leurs points à l'aide d'experts »⁴¹⁵ sur la base de l'article 23 de la *Charte québécoise* (droit à une audition et droit à un

⁴¹³ Québec, Assemblée nationale, Commission des institutions, « Mémoire relatif à l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile » par Association du Barreau Canadien, Division du Québec, (16 décembre 2011), ann A à la p 76 [ABC, « Mémoire »].

⁴¹⁴ *Crane Canada Inc c Sécurité nationale, cie d'assurance*, [2005] RJQ 56 (CA), autorisation de pourvoi à la CSC refusée 30794 (25 août 2005).

⁴¹⁵ ABC, « Mémoire », *supra* note 413, ann A à la p 76.

tribunal indépendant)⁴¹⁶. Avec égard, nous sommes d'avis que si un tel droit constitutionnel existe, l'expertise unique obligatoire n'y porterait pas atteinte pour les raisons exposées précédemment.

Le problème du professeur Brun est qu'il argumente selon une vision antagoniste du litige civil. Selon cette perspective, le rôle de l'expert 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 appliquée à une situation précise de faits, mais c'est une opinion intéressée et exprimée dans le but de gagner un procès.

À l'opposé, un esprit sensibilisé à la perspective antagoniste peut imaginer une expertise unique obligatoire conforme au droit à une défense pleine et entière. Une pratique ou un procédé d'expertise, articulé en respect du principe de la contradiction, permettrait aux parties de faire entendre leurs points. On ne parlerait plus de droit de faire entendre son point à l'aide d'expert, mais de droit de recourir à l'expertise pour faire vérifier l'hypothèse avancée par une partie ou pour déterminer un point en litige. Somme toute, l'argument du professeur Brun souffre de la confusion entre les principes de la contradiction et de l'antagonisme.

La troisième violation touche la liberté procédurale que plusieurs juristes qualifient de droit des parties (ou des avocats qui les représentent) d'être maître de

⁴¹⁶ N.B. L'opinion du professeur Brun ne portait pas sur l'avant-projet de loi, mais sur le projet-pilote d'expert unique mis en place le 12 janvier 2009 dans le district judiciaire de Laval à la suite d'une entente entre le Barreau du Québec, le Barreau de Laval, la Cour supérieure du Québec et la Cour du Québec. Pour cette raison, son argument quant à la violation de l'article 24 de la *Charte québécoise* (droit à la procédure prescrite) ne peut trouver application dans le cadre d'une loi sur un nouveau code de procédure.

leur dossier. Contrairement à cette prétention courante, le droit québécois ne reconnaît pas la maîtrise du dossier comme un droit, mais une liberté. En effet, l'article 4.1 Cpc, qui prévoit que « [l]es parties à une instance sont maîtres de leur dossier », ne confère pas un droit à la maîtrise de la procédure et de la preuve. « Être maître » signifie « être indépendant, avoir la faculté d'agir à sa guise, de disposer librement de soi »⁴¹⁷. La maîtrise du dossier ne se présente pas comme un droit, un pouvoir, un privilège ou une prérogative, mais plutôt comme une absence de contrainte dans la conduite du dossier, une liberté quant aux procédures et aux éléments de preuve à soumettre au tribunal. En édictant que les parties « sont maîtres de leur dossier », le Code consacre plutôt la liberté procédurale et l'autonomie des parties d'exprimer des perspectives légitimes différentes.

Une telle liberté ou autonomie procédurale n'est cependant pas absolue. Deux limites sont au surplus expressément prévues l'article 4.1 Cpc : (1) les règles de procédure et les délais et (2) les exigences de la bonne foi. La première limite reconnaît que la liberté procédurale s'exerce devant les tribunaux et au bénéfice des justiciables. Elle empêche tout exercice de la liberté qui provoquerait l'anarchie procédurale et judiciaire. La seconde limite indique que l'autonomie procédurale d'une partie naît toujours de l'autonomie de l'autre partie. Dans ce contexte, il est nécessaire pour les parties de se conduire sans détour, avec franchise, rigueur et exactitude de manière à serrer la vérité et la justesse au plus près. Lorsqu'une partie autonome exerce sa liberté procédurale « en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable »⁴¹⁸, le tribunal peut d'ailleurs intervenir pour limiter cette liberté et sanctionner la conduite de la partie. Au sens strict, il n'y a pas de pleine autonomie des parties, mais une certaine hétéronomie, car elles sont soumises aux lois ou aux règles établies par le législateur et les tribunaux.

⁴¹⁷ *Trésor de la langue française informatisé, sub verbo* « maître ».

⁴¹⁸ Art 4.1, al 1 Cpc.

L'expertise unique obligatoire comme règle de procédure se présente comme une limite à la liberté procédurale des parties et cette limite appartiendrait à l'une des deux catégories reconnues par le *Code de procédure civile* actuel. Le véritable impact n'est pas la violation d'un droit à la maîtrise du dossier, mais une restriction de la liberté procédurale, ce qui n'est pas nécessairement injuste. Il faut éviter de confondre justice et liberté. D'une part, la justice énonce quel traitement doit être donné aux personnes : je suis juste si je considère les autres. D'autre part, la liberté permet à une personne de prendre une décision pour elle-même : je suis libre si je peux décider indépendamment des autres⁴¹⁹. Selon le philosophe John Lucas, il existe une opposition significative entre la justice et la liberté :

Cela signifie que nous ne pouvons pas les garantir toutes les deux. Si nous avons la liberté, les hommes peuvent user de leur liberté injustement. Dans une société libre, bien que les hommes puissent exercer leur liberté en tenant dûment compte des autres, nous ne pouvons être sûrs qu'ils seront justes, et donc si nous voulons nous assurer que notre société en est une entièrement juste, nous devons restreindre la liberté de sorte qu'aucune décision injuste ne puisse tenir⁴²⁰.

La justice et la liberté sont deux finalités, parfois incompatibles, de notre droit. Si la justice est la principale finalité du droit, il est acceptable de promulguer des lois qui produisent de réelles non-libertés. À l'opposé, assigner un but primordial de liberté au droit revient à accepter des injustices concrètes. De l'avis de Lucas, l'incompatibilité entre ces deux finalités du droit explique pourquoi « [n]ous devons constamment faire des choix difficiles et compromettre la justice dans l'intérêt de la liberté, ou la liberté pour l'amour de la justice »⁴²¹.

Dire que l'expertise unique obligatoire entrave la liberté revient à promouvoir un processus judiciaire plus libertaire. Une supposition implicite soutient cette affirmation, c'est-à-dire que les justiciables sont égaux dans leurs rapports de force (ou tous également vulnérables) ou qu'une asymétrie à cet égard n'aurait aucun effet sur le résultat du processus judiciaire. Les disciples de la

⁴¹⁹ Lucas, *supra* note 364 à la p 196.

⁴²⁰ *Ibid* [notre traduction].

⁴²¹ *Ibid* à la p 198 [notre traduction].

pratique de l'expertise partisane font abstraction de toute asymétrie économique et informationnelle entre les parties à un litige civil et oublient l'importance des rapports de forces dans les relations judiciaires. Pourtant, combien de litiges judiciaires sont réglés à l'amiable et ne vont pas en appel pour des raisons économiques? Combien de recours sont prescrits en raison du manque d'information détenue par les justiciables? Combien de poursuites échouent faute d'experts compétents pour venir témoigner contre l'équipe d'experts de la partie adverse (bien souvent ceux des fonds d'assurance)? L'expérience écarte rapidement la supposition selon laquelle les êtres sont également vulnérables. Pour rendre justice, le droit doit donc concilier le choc entre des autonomies ayant différents pouvoirs. La justice ainsi recherchée envisage une interaction humaine ou un « ordre social [marqué] simultanément par des relations de pouvoirs et des relations de justice »⁴²².

De ce point de vue, l'expertise unique obligatoire promeut un processus judiciaire plus juste et moins libertaire. Dans les litiges où il existe un rapport de force asymétrique entre les parties, la mesure vise à protéger le principe de la contradiction en assurant ou garantissant une dialectique plus équilibrée et moins éristique. La défense de la pratique de l'expertise partisane au nom de la justice exprime un paradoxe. Le raisonnement et les arguments avancés par les défenseurs de l'expertise partisane semblent apparemment sans faille. Toutefois, une fois décortiqués et critiqués, ils aboutissent à une absurdité ou à un résultat contraire à la logique. On tente de protéger la pratique actuelle pour défendre la justice, pourtant ce qu'on cherche à prévenir procurerait davantage de justice et ce qui est réellement protégé est la liberté. Au cœur du débat réside donc une sorte d'antinomie entre la recherche de la justice et la sauvegarde de la liberté.

⁴²² Jeremy Webber, « Relations of Force and Relations of Justice: The Emergence of Normative Community Between Colonists and Aboriginal Peoples » (1995) 33 Osgoode Hall LJ 623 à la p 629 [notre traduction].

3.4. Les préoccupations pratiques relatives à l'expertise prévue à l'avant-projet de loi

Bien que nous ayons repoussé tous les arguments qui sous-entendent une formulation de la justice civile comme équité, trois arguments d'ordre pratique ou technique demeurent à l'encontre de l'expertise prévue à l'avant-projet de loi. Le premier soutient que l'expertise unique obligatoire encouragerait les expertises officieuses ou le recours à des *shadow experts*, que l'on retrouve en France et en Angleterre.

Il existe deux types d'expertise officieuse. Premièrement, dans un contexte d'expertise commune ou unique, on peut avoir recours à des experts officieux dans le but de produire un rapport qui sera ultimement communiqué à l'expert de la cour. Cet expert-rapporteur est officieux dans le sens qu'il n'intervient pas conformément au procédé d'expertise commune ou unique. Deuxièmement, des experts officieux peuvent agir strictement à titre de conseillers dans la préparation des dossiers; ils assistent typiquement les avocats sur l'aspect technoscientifique du litige.

Selon le premier argument pratique, dès qu'une partie aurait recours à un expert-rapporteur officieux, la partie adverse serait obligée d'engager à son tour des experts appuyant sa position pour contrebalancer ou neutraliser l'opinion des experts adverses. À vrai dire, nul n'a besoin de contrebalancer l'opinion d'un expert-rapporteur officieux. Ce souci ou cet automatisme traduit davantage une insécurité de la part des avocats ou un désir de gagner à tout prix qu'une réelle préoccupation de justice. Affirmer que l'opinion de l'expert-rapporteur officieux à besoin d'être contrebalancée par un autre expert revient à oublier les conditions de la justice civile formulée comme équité. Puisqu'il ne garantit pas les conditions de compétence, d'impartialité, d'indépendance et de publicité (car les directives et les communications avec un tel expert sont protégées par le privilège relatif au litige en l'absence de renonciation de la partie qui le mandate), l'avis d'un expert-rapporteur officieux sera toujours moins crédible, moins probant que celui de l'expert unique obligatoire. L'usage et la force persuasive de l'expertise-

rapporteuse sont restreints aux cas où l'avis de l'expert unique apparaît déraisonnable ou à côté de la vérité.

Affirmer sèchement que nul n'utilisera des experts-rapporteurs officiels à la lecture du passage précédent relève de l'utopie. Si rien d'autre n'est prévu, il ne fait aucun doute que les habitués de l'expertise partisane (par scepticisme, habitude, peur de l'incertitude, manque de confiance ou désir de gagner) feront appel à des experts-rapporteurs pour présenter un second avis. Quoi qu'il en soit, la solution au problème des experts officiels, rapporteur et conseiller, devra être innovatrice, car ces derniers persistent dans bien des juridictions, incluant la France, l'Angleterre, l'Allemagne⁴²³, le Portugal et l'Autriche⁴²⁴.

Malgré l'absence de solutions éprouvées, des solutions sont certainement envisageables pour minimiser la mise en preuve de rapports experts officiels à titre 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 officielle est versée au débat. Les conclusions expertales officielles 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 incorrectes ou contient des contradictions ou encore si l'expert officiel dispose de moyens technoscientifiques apparaissant nettement supérieurs à ceux de l'expert de la cour. Le rejet systématique des rapports officiels sur cette base dissuaderait un bon nombre de praticiens d'embaucher des experts officiels 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. Des frais de cour nettement plus élevés ou des délais d'attente supplémentaires pour l'enquête et audition pourraient être envisagés comme dernières mesures

⁴²³ Peter L Murry et Rolf Stürner, *German Civil Justice*, Durham (NC), Carolina Academic Press, 2004 aux pp 281, 289-90.

⁴²⁴ EuroExpert, "Civil Justice Procedures and Experts in the European Union" dans *Symposium 2005 Lisbon*, 2005 aux pp 42-43, en ligne : EuroExpert.org <<http://cms.euroexpert.org/cms/upload/pdf/downloads/TagungsskriptLissabon.pdf>>.

dans les cas où les parties tiennent absolument à présenter les rapports de leurs experts officiels.

Dans les cas où les services de l'expert officiel sont utilisés pour conseiller l'avocat par rapport à un aspect technoscientifique du litige, les solutions sont difficiles à imaginer. D'une part, parce que la nécessité ou le besoin de se faire conseiller par expert varie selon l'avocat, ses connaissances technoscientifiques, son expérience professionnelle, sa tolérance à l'ambiguïté et à l'inconnu ou son autodidactisme. D'autre part, parce que plusieurs champs du savoir (par exemple le savoir médical) sont difficilement compréhensibles aux non-initiés de sorte qu'il faut avoir recours à des experts-conseils avant d'entreprendre une action en justice. Après tout, les experts-conseils officiels persistent dans toutes les juridictions et aucune solution n'a été mise en œuvre à ce jour pour régler le problème. Si la seule chose qui doit rester de l'expertise partisane est l'expert-conseil officiel, alors ainsi soit-il. De toute façon, l'élimination de ce dernier ne nous semble pas être un objectif réaliste. À notre avis, il s'agit d'un moindre mal qu'il faudra assumer et accepter, car nous croyons que le procédé d'expertise commune, même avec l'utilisation d'experts-conseils officiels, reste tout de même moins coûteux aux justiciables que le procédé d'expertise partisane pour les raisons suivantes.

Dans une pratique centrée sur l'expertise commune ou unique, l'expert-conseil qui assisterait un demandeur⁴²⁵ pourrait intervenir à trois étapes du litige judiciaire : à la préparation de la requête introductive d'instance, à la rédaction de la réponse et aux opérations de l'expert de la cour. Pour les deux premières étapes mentionnées, sa tâche serait de donner un avis, de préférence écrit, et de répondre aux questions de l'avocat de la partie demanderesse relatives à cet avis. Cet avis peut d'ailleurs servir d'outil pour d'éventuelles négociations avec les défendeurs. La tâche à ces deux étapes est comparable à celle d'un témoin expert partisan et pour cette raison il n'y aurait pas d'économies à ce niveau. Concernant la

⁴²⁵ Notre analyse s'applique *mutatis mutandis* à l'expert-conseil officiel qui assiste le défendeur. Dans un tel cas, l'expert-conseil participerait au processus de résolution du litige lors de la rédaction de la défense et des opérations expertales.

troisième étape, le travail de l'expert-conseil serait minimal, car l'avis donné aux étapes précédentes peut servir à formuler les questions, les directives et les observations communiquées à l'expert commun ou unique. Son principal rôle serait donc d'expliquer à l'avocat qu'il conseille les difficultés et les complexités du rapport de l'expert de la cour. Encore une fois, cela ressemble beaucoup à ce que les témoins experts partisans accomplissent en matière de contre-expertise : l'impact pécuniaire serait encore une fois nul.

D'un point de vue comptable, les véritables économies proviennent du fait qu'aucun expert-conseil officieux n'a à écrire de rapport exhaustif, à témoigner à l'instance ou à assister à l'enquête et audition. À cet égard, les économies sont substantielles. Évidemment, une dépense additionnelle, généralement la moitié des honoraires de l'expert de la cour, devra être payée par la partie, mais le coût de l'expertise commune ou unique combiné à celui de l'expert-conseil officieux demeurera inférieur à celui d'un témoin expert partisan. En effet, l'expert commun ne réclame que les honoraires pour la confection de son rapport. Or, ce sont le témoignage et la vacation de l'expert à la cour qui coûtent ordinairement plus cher que la rédaction d'un rapport, même exhaustif. Même si la rédaction d'un rapport exhaustif coûtait deux fois plus cher que le témoignage et la vacation d'un expert partisan, le procédé d'expertise commune ou unique rentrerait dans ces frais (*break-even*) justement parce que les frais sont à la charge des deux parties. Or, nous croyons qu'un procédé structuré avec des directives de pratique, des protocoles de rédaction et des modèles de rapport d'expert ne dépassera jamais ce point d'équilibre (*break-even point*), de sorte que la combinaison de l'expert commun et de l'expert-conseil officieux sera toujours moins coûteuse que le témoin expert partisan qui intervient activement lors de l'enquête et audition.

De toute évidence, les détracteurs de l'expertise commune ou unique surestiment fort probablement le problème de l'expertise officieuse. À ce jour, il n'existe aucune preuve que les *shadow experts* augmentent significativement les dépenses et les frais payés par les justiciables dans la résolution des litiges judiciaires. Notre recherche démontre plutôt l'absence de commentaires relatifs à

l'impact pécuniaire des *shadow experts* dans la pratique anglaise. Or, s'il y avait véritablement un problème, nous devrions nous attendre à ce que la doctrine en fasse grandement état; ce n'est pas le cas⁴²⁶.

Le second argument est que le tribunal n'aurait pas l'expérience et les contacts pour trouver et désigner un expert. À notre avis, cette difficulté est surmontable. Pour ce faire, la magistrature devrait créer une base de données provinciale qui identifierait les experts disponibles et recueillerait les commentaires des juges relatifs au travail de ces premiers. Idéalement, la confection de listes d'experts similaires aux listes françaises, l'instauration d'une période probatoire au cours de laquelle les technoscientifiques apprendraient leur rôle d'expert et l'établissement d'une procédure disciplinaire seraient nécessaires pour garantir la compétence des experts.

Le troisième argument maintient que le témoignage de l'expert serait meilleur que la stricte écriture d'un rapport pour deux raisons. D'un côté, l'interrogatoire et le contre-interrogatoire constitueraient le seul moyen de tester la crédibilité de l'expert. La préoccupation de crédibilité des experts apparaît primordiale lorsque l'on pense l'expertise comme partisanerie. Cependant, cette préoccupation s'atténue dans le cas de l'expertise unique qui remplit les conditions essentielles à la justice formulée comme équité, puisque l'avis de l'expert est plus susceptible d'être cru ou d'être digne de confiance. De l'autre côté, l'écriture exhaustive de l'avis s'avérerait être une tâche excessive. Le véritable problème est donc que dans la pratique actuelle, les rapports d'expert ne sont généralement pas suffisamment détaillés et motivés et qu'il n'existe pas de standard ou de règle de l'art concernant leur rédaction. Carrément, le rapport d'expert sert strictement à respecter les exigences procédurales de communication entre les parties établies aux articles 331.1 et 402.1 Cpc. Il sert principalement et possiblement uniquement de moyen de transmission de l'information servant à ne pas surprendre la partie adverse. Or, il est possible de simplifier le processus de rédaction des rapports sans générer de coût excessif pour le tribunal ou les

⁴²⁶ L'auteur reconnaît la paternité de ce raisonnement au professeur Frédéric Bachand.

justiciables. Trois mesures peuvent être prises pour faciliter la confection du rapport : une directive qui en fixe le contenu, un protocole pour aider à la rédaction et un formulaire modèle du rapport d'expertise.

* * *

Aucune préoccupation pratique contre l'expertise unique ou judiciaire n'est insurmontable et aucun argument n'est raisonnablement soutenu par une formulation de la justice civile comme équité. On retrouve à l'origine de ces arguments la confusion entre les principes de l'antagonisme et de la contradiction, qui explique un pan de la résistance institutionnelle à l'encontre de l'expertise unique obligatoire. Lorsqu'il est distingué de la contradiction, l'antagonisme n'est ni essentiel ni nécessaire à la justice civile formulée comme équité. De plus, le principe de la contradiction est indépendant de celui de l'antagonisme. Cette même distinction permet aussi de différencier les méthodes strictement inquisitoriales (le juge inquisiteur) des méthodes interventionnistes ou de gestion de l'instance (*managerial judge*) et de soutenir une vision plus coopérative (ou moins antagoniste et libertaire) du processus de résolution judiciaire des litiges civils. L'expertise unique obligatoire peut en fonction de cette vision respecter la contradiction en prévoyant des garanties procédurales similaires à celles associées au processus judiciaire.

Par conséquent, la préoccupation principale des juristes et des justiciables ne devrait pas être la défense de la pratique de l'expertise partisane, mais plutôt de militer pour une pratique de l'expertise qui respecte les conditions de compétence, d'impartialité, d'indépendance et de publicité essentielles à la justice civile formulée comme équité et qui procède dans le respect du principe de la contradiction. Autrement, une expertise unique obligatoire sans de telles garanties nous exposerait au risque « d'obtenir une véritable justice de second ordre »⁴²⁷.

⁴²⁷ Macdonald, *supra* note 367 à la p 473.

CONCLUSION

Une fois la pratique actuelle de l'expertise partisane étudiée, la résistance à l'encontre de l'expertise commune, unique ou judiciaire s'avère antinomique et paradoxale. D'abord, l'histoire révèle une résistance culturelle (ou une tradition professionnelle québécoise fondée sur l'antagonisme) défendant une pratique apparue à la fin du 19^e siècle. Dans cette perspective, l'expertise unique ou judiciaire constitue à la fois une attaque au processus antagoniste qui sert depuis plus d'un siècle les avocats-procureurs et une diminution de leur liberté professionnelle devant les tribunaux.

Ensuite, les expériences étrangères de la France et de l'Angleterre démontrent qu'aucune préoccupation pratique alléguée n'est réellement insurmontable et permettent d'envisager un procédé d'expertise conforme au principe de la contradiction et soutenant une vision plus coopérative du procès.

De plus, aucun argument avancé selon une formulation de la justice civile comme équité ne peut être raisonnablement soutenu. À l'opposé, la justice civile formulée comme équité supporte davantage une pratique de l'expertise unique qui satisfait aux conditions de compétence, d'impartialité, d'indépendance et de publicité.

L'un des objectifs principaux du nouveau *Code de procédure civile* institué par l'avant-projet de loi est d'assurer « l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre »⁴²⁸. L'abandon du principe de l'antagonisme au profit de la coopération correspond d'ailleurs à une vision plus pragmatique du processus judiciaire selon laquelle les justiciables ne sont pas nécessairement égaux, les litiges civils ne sont pas strictement privés et il est possible d'être en désaccord avec quelqu'un sans lui être hostile. Cette vision marque un choix de valeur ou une décision morale entre deux finalités parfois

⁴²⁸ APL du nouveau Cpc, *supra* note 1, notes explicatives.

incompatibles du droit : la justice et la liberté. La décision est en faveur d'un processus judiciaire plus juste, mais moins libertaire.

Quatre préoccupations demeurent par rapport au procédé d'expertise prévu à l'avant-projet de loi. La première concerne l'efficacité de la réforme et l'utilisation de l'expertise commune que les parties doivent accepter ou que le tribunal doit ordonner si le principe de la proportionnalité l'exige. L'application actuelle du principe de la proportionnalité et la résistance professionnelle suggèrent une utilisation limitée de l'expertise commune dans l'avenir et une continuité de la pratique de l'expertise partisane. Comme le souligne le doyen Jutras, « encore très peu de jugements font une application musclée du principe de la proportionnalité. Si les excès commis de mauvaise foi sont souvent punis, les parties peuvent néanmoins déterminer par elles-mêmes la vigueur avec laquelle elles entendent faire valoir leurs droits. »⁴²⁹ Le doute quant à l'efficacité de la réforme est réel. Il ne serait pas surprenant, en cas d'asymétrie relative au pouvoir économique des parties, de voir les justiciables aux poches profondes demander systématiquement une expertise plurielle favorable à leur position. Lorsque le principe de proportionnalité n'imposerait pas une expertise commune, un justiciable pourrait toujours opter pour l'expertise plurielle ce qui lui permettrait de négocier sur position et d'avoir à l'usure son adversaire économiquement désavantagé. Le cas échéant, l'expertise commune constituerait un compromis bancal protégeant l'antagonisme du processus judiciaire.

La seconde préoccupation touche le respect des conditions essentielles à la justice civile formulée comme équité et du principe de la contradiction. Le procédé d'expertise prévu à l'avant-projet de loi ne semble pas renfermer de garanties suffisantes à cet égard. Aucune obligation de faire respecter le principe de la contradiction n'est imposée à l'expert. Il n'est pas obligé d'entendre ou de répondre aux parties. Il est seulement tenu d'avertir les parties de la date et du lieu où il commence ses opérations⁴³⁰ et « d'informer [sur demande] le tribunal ou les

⁴²⁹ Jutras, *supra* note 33 à la p 288.

⁴³⁰ *APL du nouveau Cpc*, *supra* note 1, art 231.

parties de ses compétences professionnelles, du déroulement de ses travaux et des instructions qu'il a reçues d'une partie »⁴³¹. Rien n'est prévu par rapport à la récusation de l'expert. De même, s'il était interprété strictement, l'article 231 de l'avant-projet de loi permettrait à l'expert de recueillir des témoignages, d'assigner et d'assermenter des témoins en l'absence des parties. De plus, rien n'oblige les parties à respecter la contradiction. Une partie n'a pas à communiquer à la partie opposée les instructions, les pièces, les observations ou les réclamations qu'elle soumet à l'expert, bien qu'elle soit tenue de divulguer au tribunal les instructions données⁴³².

La troisième préoccupation appartient au corpus législatif. Les changements envisagés par le législateur à la pratique de l'expertise sont strictement circonscrits au *Code de procédure civile* et touchent presque uniquement l'aspect procédural du procédé d'expertise. Il serait sans doute préférable de prévoir parallèlement à la réforme du *Code de procédure civile* des amendements au *Code civil du Québec*. L'ajout d'un nouveau chapitre au titre « Des moyens de preuve » (par exemple, « De l'avis d'un expert ») ou d'un chapitre additionnel suivant celui « De la connaissance d'office » (qui pourrait s'intituler « De la connaissance expertale » ou « Du savoir expertal » et qui prendrait la numérotation 2810.1 et suivants CcQ) donnerait davantage de cohérence à notre régime de preuve. Après tous, les expertises commune et unique, comme moyens de preuve, cadrent mal dans la catégorie « du témoignage » en l'absence de déposition faite à l'instance. Une telle ré-conceptualisation ou restructuration du droit de la preuve reconnaîtrait l'expertise comme un moyen de preuve distinctif, confectionné *a posteriori* et pouvant être aussi bien direct qu'indirect.

La quatrième préoccupation concerne le manque et parfois l'absence de formation technoscientifique des avocats et des juges. Il s'agit probablement du problème le plus difficile à résoudre puisqu'aucune solution immédiate n'est

⁴³¹ *Ibid*, art 230, al 1.

⁴³² *Ibid*, art 226, al 3.

possible. Une solution à long terme doit donc être envisagée. Nous pensons notamment à un resserrement des prérequis et des conditions d'admissibilité des facultés de droit par l'exigence d'une formation technoscientifique minimale. À l'heure actuelle, aucune formation technoscientifique n'est exigée des juristes en devenir et très peu d'étudiants en droit sont initiés à la pensée et aux méthodes technoscientifiques⁴³³.

Somme toute, il est possible de dissiper les trois premières préoccupations en emportant les modifications nécessaires à l'avant-projet de loi. Malgré la démonstration qui a été faite, cette thèse à elle seule ne parviendra probablement pas à vaincre la résistance du milieu. Après tout, beaucoup d'avocats éprouvent une affection latente ou discrète à l'égard du cadre antagoniste. Vraisemblablement, certains affirmeront qu'il n'est pas nécessaire de rejeter l'antagonisme du processus judiciaire, car l'autodiscipline professionnelle suffit à atténuer tous les effets éristiques. À notre avis, croire que la bonne foi, le franc-jeu ou le fair-play anglais est à même de régler les problèmes d'accès à la justice, de délais judiciaires et d'excès ou de zèle procédural revient à pratiquer la politique de l'autruche. Dans un contexte où une « culture libérale et individualiste du droit processuel s'oppose aux transformations du contentieux et des institutions de justice qui caractérisent les dernières réformes »⁴³⁴, rien ne garantit que les juristes adoptent une telle attitude dans l'avenir. Nous devons changer notre façon de procéder et de penser le litige. À défaut, l'abandon ou la corruption de la transformation entreprise par le dépôt de l'avant-projet de loi freinerait assurément l'institution de l'idée ou de la formulation selon laquelle la justice civile constitue un service public.

⁴³³ Sur question de la formation technoscientifique des juristes, voir particulièrement Guy Rocher, « La problématique des rapports entre le droit et les sciences » dans Pierre Patenaude, dir, *L'interaction entre le droit et les sciences expérimentales : la preuve d'expertise*, Sherbrooke, Revue de Droit de l'Université Sherbrooke, 2001, 1; Suzanne Philips-Nootens, « Synthèse en forme de préambule » dans Patenaude, *ibid*, 113 aux pp 118-19.

⁴³⁴ Jutras, *supra* note 33 à la p 293.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Canada : Lois

Acte concernant la Codification des lois du Bas Canada, qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure, LRLC 1860, c 2, art 1-5, 6.

Acte concernant la procédure ordinaire dans les Cours Supérieure et de Circuit, LRLC 1860, c 83, s 79-84.

Acte concernant le Code civil du Bas-Canada, S Prov C 1865 (29 Vict), c 44, art 97, 519, 696, 705, 1205, 1230-1237, 2013.

Acte concernant le Code de procédure civile du Bas-Canada, S Prov C 1866 (29 & 30 Vict), c 25, art 321-339, 344-347.

Acte pour amender certaines formes de procéder dans les Cours de Jurisdiction Civile en cette Province, et pour faciliter l'administration de la Justice, SLC 1801 (41 Geo III), c 7, préambule, art 16.

Acte pour autoriser les Juges dans les affaires civiles en cette Province, à subdéléguer le pouvoir d'administrer le serment dans certains cas y mentionnés, SLC 1808 (48 Geo III), c 22.

An Act further to Amend the Judicature Acts of Lower Canada, S Prov C 1858 (22 Vict), c 5, art 10.

An Act to Amend the Judicature Acts of Lower Canada, S Prov C 1857 (20 Vict), c 44, art 92.

An Act to facilitate the swearing of Experts and Arbitrators appointed by the Courts of Justice in Lower Canada, and of Witnesses and others to be heard before them, S Prov C 1850 (13 & 14 Vict), c 38.

CcQ, art 2843, 2857.

Charte des droits et libertés de la personne, LRQ, c C-12, art 23, 24, 35.

Code de procédure civile, LQ 1965, c 80, art 414-424.

Code des professions, LRQ, c C-26, art 53.

Code Louis : Ordonnance civile, 1667, t 1, Milan, Giuffrè, 1996, titre 21, art 5, 8, 9, 13, 15.

Coutume de Paris, art 184, 185.

Cpc, art 4.1, 5, 294, 331.1-331.3, 399-400, 402.1, 413.1, 414, 477.

Loi concernant le Code de procédure civile de la province de Québec, LQ 1897, c 48, art 391-417.

Canada : Lois constitutionnelles

Acte de Québec de 1774 (R-U), 14 Geo III, c 83, art 4, 8, 12 reproduit dans LRC 1895, ann II, n° 2.

British North America (Seignorial Rights) Act, 1825 (R-U), 6 Geo IV, c 59, art 3.

Loi constitutionnelle de 1791 (R-U), 31 Geo III, c 31, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 3.

Canada : Avant-projet de loi

APL, 2^e sess, 39^e parl, *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 2011, notes explicatives, art 155, 226, 230, 231.

Canada : Règlements, ordonnances, proclamations et règles de pratique

Bas-Canada, *Orders and Rules of Practice in the Court of King's Bench, for the District of Quebec* (1809), s 9, r 15; s 11, r 12-14.

Bas-Canada, *Rules and Orders of Practice in the Court of King's Bench, District of Montreal*, 1811.

Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'État du roi, concernant le Canada, vol 1, Québec, PE Desbarats, 1803.

George R. *Proclamation royale*, 7 octobre 1763 (3 Geo III), reproduite dans LRC 1985 ann II, n° 1.

Murray, James A. *Ordonnance établissant des cours civiles*, 17 septembre 1764, reproduite dans Adam Shortt et Arthur G Doughty, dir, *Documents Relating to the Constitutional History of Canada, 1759-1791*, vol 1, 2^e éd rev, Ottawa, J de L Taché, 1918, 180.

Murray, James A. *Ordonnance établissant les courts militaires*, 31 octobre 1760, art 1, reproduit dans Adam Shortt et Arthur G Doughty, dir, *Documents Relating to the Constitutional History of Canada, 1759-1791*, vol 1, 2^e éd rev, Ottawa, J de L Taché, 1918, 42.

Ordonnance pour prescrire et régler l'enregistrement des Titres aux Terres, Tènements, et Héritages, Biens Réels ou Immobiliers, et des Charges et Hypothèques sur iceux; et pour le changement et l'amélioration, sous certains rapports, de la Loi relativement à l'Aliénation et l'Hypothèque des Biens Réels, et des Droits et intérêts acquis en iceux, SLC 1841 (4 Vict), c 30, s 31-32.

Ordonnance qui établit les Cours Civiles de Judicature en la Province de Québec, SQ 1777 (17 Geo III), c 1.

Ordonnance qui règle les formes de procéder dans les Cours civiles de Judicatures établies dans la Province de Québec, SQ 1777 SQ 1777 (17 Geo III), c 2, art 7.

Ordonnance pour continuer encore une Ordonnance passée le vingt-neuvième jour de Mars, dans la dix-septième année du Règne de Sa Majesté, intitulée, "Ordonnance qui règle les Milices de la Province de Québec, et qui les rend d'une plus grande utilité, pour la conservation et sûreté d'icelle, SLC 1785 (25 Geo III), c 2, art 10.

Province du Canada, Rules and Orders of Practice of the Superior Court, Lower Canada (1850), r 58, 61.

Royaume-Uni : Lois

Civil Procedure Act 1997 (R-U), c 12, art 2.

Statute of Frauds, 1677 (R-U), 29 Charles II, c 3.

Supreme Court of Judicature Act, 1873 (R-U), 36 & 37 Vict, c 66.

Supreme Court of Judicature Act, 1875 (R-U), 38 & 39 Vict, c 77.

Royaume-Uni : Règlements

Civil Procedure (Amendment) Rules 2009, SI 2009/2092, r 5.

CPR 26.6, 35.2, 35.3, 35.5, 35.6, 35.8, 35.10, 35.12, 35.14.

R-U, Civil Justice Council, *Part 35 Practice Direction* et annexe (*Protocol for the Instruction of Experts to give Evidence in Civil Claims*), constituant l'annexe du CPR 35.

France : Codes

C proc civ (1806), art 310, 323.

Code des assurances, art R128-4, R421-75.

Code de l'organisation judiciaire, art L111-6.

NC proc civ, art 1-7, 9, 10, 11, 14-17, 143, 146, 155, 160, 161, 214, 218, 232-282, 328, 341.

France : Décrets

Décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires, art 2-5, 24-32.

Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, art 38-39.

JURISPRUDENCE

Canada

Asbestos & Asbestic Co v Durand (1900), 32 SCR 462.

Auclair c Low (1861), 9 RJRQ 181 (CS).

Beauchène c Pacaud (1865), 14 RJRQ 11 (CS).

Boswell c Lloyd (1863), 11 RJRQ 155 (BR).

Brady v Aitchison (1865), 18 RJRQ 197 (Cour de circuit).

Brodie v Cowan (1852), 12 RJRQ 64 (CS).

Brown c Wallace (1860), 5 LCJ 60 (CS).

Brown v Gugsy (1864), 10 RJRQ 1 (PC).

Bruneau c Prévost (1863), 9 RJRQ 135 (BR).

Collins Bay Rafting & Forwarding Co v Kaine (1898), 29 SCR 247.

Colville c Flanagan (1864), 13 RJRQ 56 (BR).

Connavan v Bryson (1884), 1 CS 221.

Crane Canada Inc c Sécurité nationale, cie d'assurance, [2005] RJQ 56 (CA),
autorisation de pourvoi à la CSC refusée 30794 (25 août 2005).

Crawford c Cité de Montréal (1900), 19 CS 323.

David c Macdonald (1863), 9 RJRQ 80 (BR).

Décarie v Ville de Montréal-Ouest (1903), 26 CS 16.

Deschênes c Langlois (1906), 15 BR 388.

Desève c Desève (1891), 7 CS 157.

Dewitt c Burroughs (1853), 4 RJRQ 289 (BR).

Dorion c Waterless Kitchen Equipment Ltd, [1947] RL 192 (CS).

Doutre c Green (1961), 9 RJRQ 137 (CS).

Dubois c Horsfall (1900), 18 CS 138.

Dumphy v Montreal Light, Heat & Power Co (1905), CR [1907] AC 200 (BR
Qc).

Dupré c Papillon, 40 RP 321, [1936] JQ no 29 (QL) (CS).

FD c JS, [1989] RDJ 308 (CS).

Filion c de Beaujeu (1960), 9 RJRQ 103 (CS).

Fournier c Fournier (1940), 44 RP 173 (CS).

Gale v Bureau (1911), 44 SCR 305.

Gareau v Montreal Street Railway Co (1898), 8 BR 409, 1 RP 566.

Gentlemen of the Seminary v Jacobs (1907), 4 ELR 340 (C rév Qc).

George Matthews Co v Bouchard (1898), 28 SCR 580.

Glasgow and London Insurance Co v Canadian Pacific Railway Co (1888), 34
LCJ 1 (CS).

Gold v Reinblatt, [1929] SCR 74.

Gosselin c Grégoire, [1957] RP 212 (CS).

Grant v Planté (1811), 1 RJRQ 140 (BR).

Guardian Fire & Life Assurance Co v Quebec Railway, Light & Power Co (1906), 37 SCR 676.

Hall v Brigham (1865), 18 RJRQ 105 (CS).

Hickey v City of Montréal (1896), 12 CS 195.

Household Finance Corporation Ltd c Renaud, 1964 RP 261 (Cour de magistrat).

Kierzkowski v The Grand Trunk Railway Company of Canada (1859), 6 RJRQ 124 (BR).

Knowlton c Clarke (1864), 13 RJRQ 174 (BR).

Lac d'Amiante du Québec ltée c 2858-0702 Québec Inc, 2001 CSC 51, [2001] 2 RCS 743.

Lafontaine c Mahoney, [1958] RP 85 (CS).

Lamarche c Johnson (1861), 9 RJRQ 358 (CS).

Lambert c Lefrançois (1860), 9 RJRQ 370 (CS).

Laramée c Ferron (1907), 17 BR 215.

Legget c Gorman Welding Engineering Co (1943), 47 RP 420 (CS).

Lord c Tipoldos, [1947] RP 319 (CS).

Marcotte c. Darveau, [1956] CS 197.

McAuley v Shepherd (1813), 4 RJRQ 151 (BR).

Montreal (City) v John Layton & Co (1913), 47 SCR 514, 10 DLR 852.

Montreal Light, Heat & Power Co v Quebec (AG) (1907), 16 BR 410 conf par (1908), 41 SCR 116.

Montreal Street Railway Co c Gareau (1901), 10 BR 417.

Normandin v National Express Co (1908), 4 ELR 558 (CS Qc).

Painchaud c Millen (1930), 68 CS 487.

Pratte v Voisard, 57 SCR 184, 1918 CarswellQue 21.

Préfontaine v Grenier (1906), 15 BR 143.

Quebec & Lake St John Railway v Julien (1906), 37 SCR 632.

Quebec Marine Insurance Co v Commercial Bank of Canada (1869), 19 RJRQ372 (QB).

R c DD, 2000 CSC 43, [2000] 2 RCS 275.

R c Lippé, [1991] 2 RCS 114.

R c S (RD), [1997] 3 RCS 484.

Rankin v Lay (1874), 5 RL 226 (CS).

Royal Electric Co v Hévé (1902), 30 SCR 285.

Scanlan c Cité de Montréal (1900), 17 CS 363.

Scott v Payette (1879), 24 LCJ 141 (BR).

Sentenne v Cité de Montréal (1893), 2 BR 297.

St-Jean c Bergeron (1908), 10 RP 304 (CS).

Stuart v Eaton (1857), 6 RJRQ 157 (Cour de circuit).

Symons v Bougie (1874), 5 RL 462 (CS).

Tanguay c Royal Paper Mills Co (1907), 31 CS 397, [1907] JQ no 1 (QL).

Tanguay v Grand Trunk Railway Co of Canada (1900), 20 CS 90.

T-M (R-M) c M (B), JE 2001-1923 (CS).

Tremblay v Vadeboncœur (1865), 18 RJRQ 186 (CS).

Upton v Hutchison (1898), 2 PR 300 (CA).

Valois v Marceau (1907), 4 ELR 176 (BR Qc).

Royaume-Uni

Calvin's Case (1608), 77 ER 377 (KB).

Campbell c Hall (1774), 98 ER 1045 (KB).

Folkes v Chadd (1782) 3 Doug 157, 99 ER 589 (BR).

Foubert v Cresseron, [1698] Show PC 194, 1 ER 130 (HL).

Nouvelle-France

Damour c Jehanne (29 juillet 1748), Québec (Conseil supérieur de Québec) [arrest confirmatif d'une expertise pour un canal] dans Joseph François Perrault, *Extraits ou précédents des arrêts tirés des registres du Conseil supérieur de Québec et dédiés à Son Honneur Sir Francis Nathaniel Burton, Lieutenant-Gouverneur, et aux autres Honorables Membres de la Cour d'Appel de la Province du Bas-Canada*, Québec, Thomas Cary & Co, 1824, 57.

Ordonnance du 10 juillet 1728, intendant Claude-Thomas Dupuy, dans Nouvelle-France, *Édits, ordonnances royaux, déclarations, et arrêts du Conseil d'État du roi concernant le Canada : Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada*, vol 3, éd rev, Québec, ER Fréchette, 1856, 241.

Ordonnance du 7 juin 1714, intendant Michel Begon, dans Nouvelle-France, *Édits, ordonnances royaux, déclarations, et arrêts du Conseil d'État du roi concernant le Canada : Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada*, vol 3, éd rev, Québec, ER Fréchette, 1856, 164.

DOCTRINE : MONOGRAPHIES

Baudouin, Jean-Louis et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile : Principes généraux*, vol 1, 7^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007.

Baudouin, Louis. *Le droit civil de la province de Québec : modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953.

Birks, Michael. *Gentlemen of the Law*, London, Stevens, 1960.

Bloom-Cooper, Louis. *Experts in the Civil Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Boulez, Jacques. *Expertise judiciaires : Désignation et missions de l'expert – Procédure selon la juridiction*, 14^e éd, Paris, Delmas, 2006.

Brisson, Jean-Maurice. *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Thémis, 1986.

Chauvaud, Frédéric avec la collaboration de Laurence Dumoulin. *Experts et expertise judiciaire : France, XIX^e et XX^e siècles*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003.

Ci, Jiwei. *The Two Faces of Justice*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2006.

- Cocks, Raymond. *Foundations of the Modern Bar*, London, Sweet & Maxwell, 1983.
- Dickinson, John Alexander. *Justice et justiciables : la procédure civile à la Prévôté de Québec, 1667-1759*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1982.
- Doutre, Gonzalve. *Les lois de la procédure civile dans la province de Québec*, Montréal, E Senécal, 1869.
- Dumoulin, Laurence. *L'expert dans la justice : De la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Economica, 2007.
- Durham, George Lambton, Charles Buller et Edward Gibbon Wakefield. *Report on the Affairs of British North America*, Toronto, Robert Stanton, 1839.
- Dwyer, Déirdre. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Gadamer, Hans-Georg. *Truth and Method*, 2^e éd rev, New York, Continuum, 1995.
- Golan, Tal. *Laws of Men and Laws of Nature : The History of Scientific Expert Testimony in England and America*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2004.
- Hodgkinson, Tristram et Mark James. *Expert Evidence : Law and Practice*, London, Sweet & Maxwell, 2010.
- Jolowicz, John Anthony. *On Civil Procedure*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2000.
- Kahn, Paul W. *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, University of Chicago Press, 1999.
- Langelier, François. *De la preuve en matière civile et commerciale*, Québec, Darveau, 1894.
- Lareau, Edmond. *Histoire de la littérature canadienne*, Montréal, John Lovell, 1874.
- Lareau, Edmond. *Histoire du droit canadien : Depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, vol 1, Montréal, A Périard, 1888.
- Leclerc, Olivier. *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005.
- Lewis, Evan B. *The Law of Expert Testimony*, Philadelphie, Rees Welsh & Co, 1894.

- Lucas, John R. *On Justice*, Oxford, New York; Oxford University Press, Clarendon Press, 1980.
- Moussa, Tony, dir. *Droit de l'expertise*, Paris, Dalloz, 2008.
- Murry, Peter L et Rolf Stürner. *German Civil Justice*, Durham (NC), Carolina Academic Press, 2004.
- Perelman, Chaïm. *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990.
- Pigeau, M. *La procédure civile du Château de Paris et toutes les autres juridictions ordinaires du royaume*, t 1, Paris, veuve Desaint, 1779.
- Rogers, Henry Wade. *The Law of Expert Testimony*, Littleton (Col), Fred B Rothman & Co, 1991.
- Ross, Alf. *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959.
- Royer, Jean-Claude et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.
- Schopenhauer, Arthur. *The Art Of Controversy*, traduit par T Bailey Saunders, London, Swan Sonnenschein & Co, 1896.
- Thayer, James Bradley. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston, Little, Brown, 1898.
- Thayer, James Bradley. *Select Cases on Evidence at the Common Law*, 2^e éd, Charles W Fever, Cambridge (Mass), 1900.
- Versluis, Arthur. *The New Inquisitions : Heretic-Hunting and the Intellectual Origins of Modern Totalitarianism*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Vogler, Richard. *A World View of Criminal Justice*, Aldershot, Ashgate, 2005.

DOCTRINE : ARTICLES

- Brisson, Jean-Maurice. « La procédure civile au Québec avant la codification : un droit mixte faute de mieux » dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte : les systèmes juridiques de Common law et de droit civil*, Aix-Marseille, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1989, 93.
- Cadiet, Loïc. « Civil Justice Reform : Access, Cost, and Delay. The French Perspective » dans Adrian AS Zuckerman, *Civil Justice in Crisis :*

- Comparative Perspective of Civil Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 291.
- Dwyer, Déirdre. « Expert Evidence in the English Civil Courts, 1550-1800 » (2007) 28:1 J Legal Hist 93.
- Dwyer, Déirdre. « The Role of the Expert under CPR PT 35 » dans Déirdre Dwyer, dir, *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 299.
- EuroExpert. “Civil Justice Procedures and Experts in the European Union” dans *Symposium 2005 Lisbon*, 2005, en ligne : EuroExpert.org <<http://cms.euroexpert.org/cms/upload/pdf/downloads/TagungsskriptLissabon.pdf>>.
- Ferrand, Frédérique. « Le principe contradictoire et l’expertise en droit comparé européen » (2000) 52:2 RIDC 345.
- Foucault, Michel. « So Is It Important to Think? » dans James D Faubion, dir, *Essential Works of Foucault 1954-1984 : Power*, vol 3, traduit par Robert Hurley et al, New York, New Press, 2000, 454.
- Gilles, David. « L’arbitrage notarié, instrument idoine de conciliation des traditions juridiques après la conquête britannique? (1760-1784) » (2011) 57:1 RD McGill 135.
- Golan, Tal. « The History of Scientific Expert Testimony in the English Courtroom » (1999) 12:1 Science in Context 7.
- Hanly, Conor. « The Decline of Civil Jury Trial in Nineteenth Century England » (2005) 26:3 J Legal Hist 253.
- Jacob, Robin. « Experts and Woolf : Have Things Got Better? » dans Déirdre Dwyer, dir, *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 293.
- Jutras, Daniel. « Culture et droit processuel : le cas du Québec » (2009) 54:2 RD McGill 273.
- L’Heureux, Jacques. « L’organisation judiciaire au Québec de 1764 à 1774 » (1970) 1:2 RGD 266.
- Landsman, Stephan. « Of Witches, Madmen, and Products Liability: an Historical Survey of the Use of Expert Testimony » (1995) 13 Behav Sci & L 131.
- Landsman, Stephan. « The Decline of the Adversary System and the Changing Role of the Advocate in that System » (1981) 18:2 San Diego L Rev 251.

- Landsman, Stephan. « The Decline of the Adversary System : How the Rethoric of Swift and Certain Justice Has Affected Adjudication in American Courts » (1980) 29 Buff L Rev 487.
- Landsman, Stephan. « The Rise of the Contentious Spirit : Adversary Procedure in Eighteenth Century England » (1990) 75 Cornell L Rev 496.
- Leclair, Jean et Yves-Marie Morissette. « L'indépendance judiciaire et le Cour suprême : reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance » (1998) 36:3 Osgoode Hall LJ 485.
- Macdonald, Roderick A. « Accessibilité pour qui? Selon quelles conceptions de la justice » (1992) 33:2 C de D 457.
- Marceau, Louis. « Le nouveau code de procédure civile: ses principes et son esprit » (1967) 8:4 C de D 365.
- Michalik, Paul. « Justice in Crisis: England and Wales » dans Adrian AS Zuckerman, dir, *Civil Justice in Crisis : Comparative Perspective of Civil Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 117.
- Morin, André. « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774 » (1960) 20:2 R du B 53.
- Morin, Michel. « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 » (1997) 57:3 R du B 689.
- Morissette, Yves-Marie. « (Dé)judiciarisation, (dé)juridicisation et accès à la justice » (1991) 51:4 R du B 585.
- Morissette, Yves-Marie. « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile: état provisoire des questions » (2009) 50:2 C de D 381.
- Noreau, Pierre. « La justice est-elle soluble dans la procédure? Repères sociologiques pour une réforme de la justice civile » (1999) 40 C de D 33.
- Normand, Sylvio. « De la difficulté de rendre une justice rapide et peu coûteuse : une perspective historique (1840-1965) » (1999) 40:1 C de D 13.
- Normand, Sylvio. « La transformation de la profession d'avocat au Québec, 1840-1900 » dans Claire Dolan, dir, *Entre justice et justiciables : Les auxiliaires de la justice du Moyen Âge au XX^e siècle*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, 425.
- Oldham, James C. « The Origins of the Special Jury » (1983) 50:1 U Chicago L Rev 137.

- Paciocco, David M. « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009) 34 Queen's LJ 565.
- Philips-Nootens, Suzanne. « Synthèse en forme de préambule » dans Pierre Patenaude, dir, *L'interaction entre le droit et les sciences expérimentales : la preuve d'expertise*, Sherbrooke, Revue de Droit de l'Université Sherbrooke, 2001, 113.
- Proulx, Michel. « Le témoin expert : et si l'éthique pouvait contribuer à la manifestation de la vérité » (2003) 8 RCDP 143.
- Rocher, Guy. « La problématique des rapports entre le droit et les sciences » dans Pierre Patenaude, dir, *L'interaction entre le droit et les sciences expérimentales : la preuve d'expertise*, Sherbrooke, Revue de Droit de l'Université Sherbrooke, 2001, 1.
- Rose, Nikolas et Mariana Valverde. « Governed by Law » (1998) 7 Social & Legal Studies 541.
- Tully, Jim. « Political Philosophy as a Critical Activity » (2002) 30 Political Theory 533.
- Vigneau, Vincent. « Cas particuliers d'interventions des sachants » dans Tony Moussa, dir, *Droit de l'expertise*, Paris, Dalloz, 2008, 58.
- Webber, Jeremy. « Relations of Force and Relations of Justice: The Emergence of Normative Community Between Colonists and Aboriginal Peoples » (1995) 33 Osgoode Hall LJ 623.
- Yee, Kenton K. « Dueling Experts and Imperfect Verification » (2008) 28 Int'l Rev L & Econ 246.

DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX

Canada

- Barreau du Québec. *La position du Comité sur la procédure civile concernant l'utilisation des expertises lors de recours civils et commerciaux et La position du Comité sur le droit de la famille concernant l'utilisation des expertises en matière familiale* (Rapport), Montréal, Barreau du Québec, 2005.
- Barreau du Québec. *Mémoire sur le document intitulé « Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile »*, Montréal, Barreau du Québec, 2008.

Canada, Commissaires pour la codification des lois du Bas Canada qui se rapportent aux matières civiles. *Code de procédure civile du Bas Canada : Huitième rapport des Commissaires chargés de codifier les lois du Bas Canada en matières civiles*, Ottawa, GE Desbarats, 1866.

Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, Commission canadienne de l'uniformisation des lois, 1983.

Osborne, Coulter A. *Projet de réforme du système de justice civile : résumé des conclusions et des recommandations*, Toronto, Ministère du Procureur général, 2007.

Québec, Assemblée nationale, Commission des institutions. « Mémoire relatif à l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile » par Association du Barreau Canadien, Division du Québec, (16 décembre 2011).

Québec, Comité de révision de la procédure civile. *La révision de la procédure civile : document de consultation* (Rapport), Québec, Ministère de la Justice, 2000.

Québec, Ministère de la Justice, Comité de révision de la procédure civile. *La révision de la procédure civile : Une nouvelle culture juridique* (Rapport), Québec, Publications du Québec, 2001.

Québec, Ministère de la Justice. *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile*, Sainte-Foy, Ministère de la Justice, 2006.

Québec, Sous-comité magistrature-justice-Barreau. *Rapport du sous-comité magistrature-justice-Barreau sur les expertises*, Montréal, Barreau du Québec, 2007.

Royaume-Uni

R-U, Civil Justice Council. *Annual Report 2008-09*, Londres, aucune maison d'édition, 2009, en ligne : <<http://www.judiciary.gov.uk/>>.

R-U, Lord Chancellor's Department. *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales* par Harry Woolf L, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1996.

R-U, Lord Chancellor's Department. *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales* par Harry Woolf L, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1995.

R-U, Lord Chancellor's Department. *Emerging Findings : An early evaluation of the Civil Justice Reforms : A Report*, Lord Chancellor's Department, 2001.

R-U, Lord Chancellor's Department. *Further Findings : An early evaluation of the Civil Justice Reforms : A Report*, Lord Chancellor's Department, 2002.

R-U, Ministry of Justice. *Review of Civil Litigation Costs : Preliminary Report*, vol 2 par Rupert Jackson LJ, Norwich, Her Majesty's Stationery Office, 2009.

R-U, The Law Society and Civil Justice Council, *More Civil Justice? The impact of the Woolf reforms on pre-action behaviour*, (Research Study n° 43) par Tamara Goriely, Richard Moorhead et Pamela Abrams, Londres, The Law Society, 2002.

France

France, Ministère de la Justice. *Annuaire statistique de la Justice - Edition 2008*, Paris, Documentation française, 2009.

Magendie, Jean-Claude, président. *Célérité et qualité de la justice : la gestion du temps dans le procès – rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Paris, Documentation française, 2004.

Magendie, Jean-Claude, président. *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel: rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Paris, Documentation française, 2008.

Dictionnaires

Banque de dépannage linguistique, *sub verbo* « procédé, processus et procédure », en ligne : Office Québécoise de la langue française <<http://www.oqlf.gouv.qc.ca/ressources/bdl.html>>.

Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd, *sub verbo* « contradiction », « équité ».

Juridictionnaire électronique, *sub verbo* « audi alteram partem ».

Trésor de la langue française informatisé, *sub verbo* « commun », « maître ».

