

Les paradoxes de l'expertise commune au Québec

Nicolas Aubin and Catherine Piché

Volume 52, Number 1, 2022

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1090690ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1090690ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

In 2016, the reform of the Quebec Code of Civil Procedure invited judges and lawyers to prioritize joint expert reports. The present study offers an overview of the use of joint expert reports five years later. To do so, judges, lawyers and experts were invited to share their opinions and experiences and to propose solutions that would make the civil justice system more accessible. The article explores the advantages and disadvantages of joint expert reports as proposed by the participants and identifies the reasons why joint reports remain the exception rather than the norm despite the legislator's intent in 2016.

Cite this article

Aubin, N. & Piché, C. (2022). Les paradoxes de l'expertise commune au Québec. *Revue générale de droit*, 52(1), 5–54. <https://doi.org/10.7202/1090690ar>

Les paradoxes de l'expertise commune au Québec

NICOLAS AUBIN*

ET

CATHERINE PICHÉ**

RÉSUMÉ

Par sa réforme du Code de procédure civile en 2016, le législateur québécois a invité juges et avocats à privilégier l'expertise commune. La présente étude offre un portrait de celle-ci cinq ans plus tard. Pour ce faire, juges, avocats et experts ont été conviés à partager leurs opinions, à se prononcer sur leurs expériences à l'égard de l'expertise commune et à proposer des pistes de solution qui permettraient de créer un système de justice civile plus accessible. L'article explore les avantages et inconvénients de l'expertise commune que les participants à l'étude ont exposés et soulève les raisons pour lesquelles, malgré l'intention du législateur, l'expertise commune reste encore aujourd'hui un régime d'exception.

MOTS-CLÉS :

Expertise commune, témoin expert, réforme du Code de procédure civile, propositions de réformes, culture juridique, accessibilité à la justice.

ABSTRACT

In 2016, the reform of the Quebec Code of Civil Procedure invited judges and lawyers to prioritize joint expert reports. The present study offers an overview of the use of joint expert

* M^e Nicolas Aubin est candidat à la maîtrise en droit des technologies de l'information à l'Université de Montréal et travaille à titre de chercheur étudiant au Chantier 8 du projet Accès au droit et à la justice (ADAJ). ADAJ est un consortium de recherche réunissant des chercheurs de dix universités, qui s'intéressent aux interactions entre le citoyen et le monde juridique. Le Chantier 8, intitulé « Fonction de l'expertise en matière judiciaire », s'interroge sur l'incidence des expertises sur l'accessibilité à la justice et sur l'efficacité des solutions proposées par le législateur et la magistrature pour améliorer l'accessibilité. Le présent article est la première publication associée aux recherches du Chantier 8.

** M^e Catherine Piché est professeure titulaire et vice-doyenne, recherche et affaires internationales, à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Elle dirige les travaux du Chantier 8 du projet ADAJ 8. Anciennement avocate de litige commercial en cabinet privé, elle enseigne et publie désormais dans les domaines de la procédure et de la preuve civiles, ainsi que dans celui des actions collectives. Elle agit également comme directrice scientifique de l'Institut québécois de réforme du droit et de la justice.

reports five years later. To do so, judges, lawyers and experts were invited to share their opinions and experiences and to propose solutions that would make the civil justice system more accessible. The article explores the advantages and disadvantages of joint expert reports as proposed by the participants and identifies the reasons why joint reports remain the exception rather than the norm despite the legislator's intent in 2016.

KEYWORDS :

Joint expertise, expert witness, reform of the Code of Civil Procedure, reform proposals, legal culture, access to justice.

SOMMAIRE

Introduction.....	7
I. Méthodologie.....	8
II. Portrait nuancé de l'expertise commune.....	11
A. Raisons d'être de l'expertise commune.....	11
B. Avantages de l'expertise commune.....	14
1. Préserver les ressources judiciaires.....	14
2. Encourager l'impartialité et l'indépendance de l'expert.....	15
3. Rééquilibrer les forces en présence.....	19
4. Favoriser la collaboration entre les parties.....	20
5. Faciliter la recherche de la vérité.....	22
C. Inconvénients de l'expertise commune.....	24
1. Accroître substantiellement les dépenses des parties.....	24
2. Priver l'avocat de l'assistance de l'expert.....	25
3. Contribuer à l'insatisfaction des usagers du système de justice civile.....	26
III. Barrières au plein déploiement de l'expertise commune au Québec.....	27
Mise en garde : rareté du phénomène.....	27
A. Facteurs culturels.....	28
1. Refus de céder le contrôle du narratif.....	30
2. Implantation d'un climat de méfiance.....	30
B. Facteurs économiques et déontologiques.....	31
C. Facteurs procéduraux.....	35
1. Problématiques rattachées à la formulation du <i>Code de procédure civile</i>	35
2. Problématiques rattachées à l'introduction tardive de l'expertise commune.....	38
IV. Vers une réforme du régime d'expertise commune au Québec.....	40
A. Mise en place d'incitatifs à utiliser l'expertise commune.....	41
1. Création d'une banque d'experts.....	41
2. Présence des clients en conférence de gestion d'instance.....	44

B.	Découragement de l'expertise concurrente	45
1.	Sanction du refus de recourir à l'expertise commune ...	45
2.	Promotion de la gestion particulière	46
3.	Élimination de la gestion à relais	48
C.	Imposition de l'expertise commune dans certaines circonstances.....	50
	Conclusion	51
	Annexe 1 – Canevas d'entrevue (destiné aux avocats et aux juges).....	53
	Annexe 2 – Canevas d'entrevue (destiné aux experts)	54

INTRODUCTION

L'usage croissant des expertises constitue l'une des principales causes d'inaccessibilité à la justice civile. Tel était, du moins, le constat du ministère de la Justice qui, en 2006, dénonçait dans son *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile de 2002* que « l'expertise en matière civile et commerciale constitue, avec les interrogatoires préalables, et même davantage, la principale source de délai et de coûts élevés des actions en justice »¹. Afin de répondre à cette problématique, le législateur a exhorté juges et avocats à recourir à l'expertise commune par sa réforme du *Code de procédure civile* en 2016 (Code de 2016). Initialement, dans les années précédant la mise en œuvre du nouveau Code de 2016, la communauté juridique a vigoureusement résisté à cet ajout, s'opposant fermement à l'attribution aux juges du pouvoir d'ordonner d'office l'expertise commune².

1. Québec, Ministère de la Justice, *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile*, LQ 2002, Sainte-Foy, Bibliothèque nationale du Québec, 2006 à la p 41 [Rapport de 2006]. Voir aussi Daniel Jutras, « L'expert et la justice civile : savoir et comprendre, mais à quel prix ? » dans Pierre Noreau, dir, *Accès au droit et à la justice*, Montréal, Yvon Blais, 2020 à la p 145, et Emmanuel Préville-Ratelle, *Le paradoxe de l'expertise partisane*, mémoire de maîtrise en droit (LLM), Université McGill, 2012 à la p 10 [non publié].

2. La réforme du *Code de procédure civile* a été précédée d'un projet pilote mis en œuvre en 2009 et 2010 dans le district judiciaire de Laval, où on tentait d'imposer l'usage de l'expertise unique. Désireux de ne pas recourir à l'expertise commune, les avocats délaissèrent le palais de justice de Laval pour tenter des poursuites dans les districts périphériques de Montréal et de Terrebonne. Dans un mémoire déposé lors des consultations sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau *Code de procédure civile*, le Barreau du Québec s'est également opposé au fait d'attribuer aux juges le pouvoir d'ordonner d'office l'expertise commune. Voir Québec, Assemblée nationale, « Consultation générale et auditions publiques sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile » dans *Journal des débats de la Commission des institutions*, 39-2, vol. 42, n° 57 (17 janvier 2012), en ligne : <www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-2/journal-debats/CI-120117.html>, et Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, CI-042M CG – Code de procédure civile (présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, 19 décembre 2011 à la p 26.

Or, malgré cette forte opposition de la part des praticiens, l'imposition de l'expertise commune constitue aujourd'hui une réalité incontournable du litige civil. La présente étude offre un portrait des réalités entourant l'expertise commune dans les litiges civils au Québec en 2021, et de la mise en œuvre, en quelque sorte, des mesures imposées par le Code de 2016. Pour ce faire, nous avons interrogé juges, avocats et experts afin de recenser leurs expériences et leurs impressions à propos de l'expertise commune. Lors des entrevues, les participants ont partagé leurs opinions relativement aux avantages et aux inconvénients de celle-ci. Ils ont également été appelés à se prononcer sur les pistes de solution qu'ils privilégient afin de promouvoir un système de justice civile plus accessible.

Afin de présenter un portrait complet de la situation, notre étude se décline en quatre sections. D'abord, nous y expliquons la méthodologie préconisée. Ensuite, nous abordons brièvement ce qu'est l'expertise commune et précisons les objectifs ayant motivé son adoption. Dans cette même section, notre étude expose les avantages et désavantages de l'expertise commune identifiés par nos participants. Sont ensuite explicitées les raisons pour lesquelles l'expertise commune demeure, encore aujourd'hui, un régime d'exception. Finalement, l'étude présente quelques solutions préconisées par les participants afin de favoriser un usage plus efficace des expertises, le tout dans le but d'assurer une meilleure accessibilité au système de justice. Parmi ces solutions proposées, on retrouve les suivantes : la création d'une banque d'experts, la modification des pratiques relatives à la gestion d'instance, la sanction du refus de recourir à l'expertise commune et l'imposition de l'expertise commune dans certaines circonstances.

I. MÉTHODOLOGIE

La présente étude est de nature empirique et qualitative. Elle s'est concentrée sur les retombées de deux initiatives législatives promues par la réforme de 2016 du *Code de procédure civile*, soit l'expertise commune et la conciliation des expertises.

Dans le cadre de l'étude, nous avons interrogé 11 juges, 15 avocats et 8 experts de janvier à septembre 2021, dont 12 femmes et 22 hommes. Les objectifs de la recherche étaient les suivants :

- 1) identifier et comprendre les facteurs de réussite et d'échec associés au recours à l'expertise commune ;

- 2) vérifier de manière qualitative l'hypothèse posée de l'existence d'une résistance au recours à l'expertise commune au sein du système judiciaire québécois ;
- 3) élaborer des conditions et modalités pour favoriser un recours accru à l'expertise commune et, subsidiairement, à la conciliation des expertises contradictoires, dans les cas où des expertises privées sont réalisées.

Dans le cadre d'entrevues semi-dirigées, les participants ont partagé leurs expériences avec l'expertise commune et la conciliation des expertises. Ils ont été invités à formuler leurs opinions quant à leur effectivité, ainsi qu'à proposer des solutions visant à améliorer l'accessibilité au système de justice civile. Les participants ont offert leurs observations de façon anonyme et individuelle. Un même canevas d'entrevue (voir annexe 1) a été utilisé afin de réaliser chacune des entrevues avec les juges et les avocats. Un second canevas (voir annexe 2) a été utilisé pour les entrevues avec les experts. Ces canevas ont néanmoins été utilisés à titre indicatif seulement afin d'inviter les participants à se prononcer sur divers aspects de l'expertise. Les entrevues ont duré de 20 à 90 minutes chacune.

Les participants interviewés œuvrent principalement en droit civil devant la Cour supérieure du Québec. Ces derniers composent un bassin varié de praticiens exerçant dans différents domaines du droit et différents districts judiciaires. Le droit familial n'a pas été un domaine ciblé par les entrevues³. Notre recherche comporte quatre principales limitations. D'abord, bien que les avocats participants aient normalement été choisis en raison de leur usage d'expertises communes, il est évident à la lumière des entrevues qu'individuellement, ces derniers ne disposaient pas d'expériences très variées à l'égard de l'expertise commune. Ainsi, rares sont les avocats participants ayant déclaré y avoir eu recours plus de deux ou trois fois. Cela s'explique par le fait que le législateur ne préconise l'utilisation de ce moyen que depuis quelques années et par le fait qu'au final, pour les raisons qui seront explicitées ci-après, l'expertise commune demeure rarement utilisée. À ce titre, il convenait de compenser ce déséquilibre en sollicitant un

3. Dans les notes de bas de page, nous référons aux entretiens au moyen d'une nomenclature particulière, laquelle vise à assurer l'anonymat des participants. Chaque participant s'est vu assigner un identifiant composé d'une lettre suivie d'un nombre choisi au hasard à l'aide d'un générateur de nombre pseudo-aléatoire. L'identifiant des juges est la lettre J, celui des avocats, la lettre A et celui des experts, la lettre E.

plus grand nombre d'avocats que de juges et d'experts. De même, il fallait accorder une importance particulière aux expériences, craintes et observations **communes**, que les participants ont exprimées dans leurs témoignages.

Ensuite, il est évident que notre recherche aurait bénéficié de l'apport de témoignages de justiciables et de clients. Comme nous le démontrerons, les perceptions des clients influent fortement sur l'utilisation de l'expertise commune au Québec. À ce titre, nous invitons le lecteur à faire preuve de prudence lorsque le texte se rapporte aux perceptions des clients. En effet, celles-ci ont été énoncées par des experts, avocats ou juges participants, et non par les clients eux-mêmes.

Par ailleurs, notre recherche se fonde sur un échantillonnage limité de participants. Les témoignages recueillis ne représentent pas, bien sûr, l'opinion de l'ensemble des praticiens, experts et juges de la province. Cette problématique est particulièrement marquée quant aux experts participants dont la recherche s'est révélée plus complexe. À partir de la jurisprudence, nous avons repéré des personnes qui avaient œuvré à titre **d'experts communs**. Cependant, nous avons rencontré quelques difficultés à communiquer avec eux puisque les experts ne publient pas toujours leurs coordonnées. Il faut bien ajouter que l'expertise commune permet de faciliter le règlement à l'amiable des dossiers⁴. Dans de telles circonstances, il devenait plus difficile d'identifier des experts en l'absence de jurisprudence les identifiant. Ainsi, nous nous sommes également résolus à identifier les experts en demandant aux avocats participants de nous transmettre le nom et coordonnées de certains d'entre eux.

Enfin, il nous faut souligner que l'échantillonnage n'a pas été fait de façon totalement aléatoire. La participation à l'étude s'est faite sur une base volontaire, ce qui, en soi, peut entraîner un certain triage des participants. De plus, l'identification des experts par références obtenues d'avocats participants a certes contribué à garantir un certain niveau de qualité des experts interrogés. À titre d'exemple, plusieurs participants ont dénoncé la partialité des experts⁵. Cependant, tous les experts interrogés comprenaient bien leur rôle et leurs devoirs à l'égard du tribunal.

4. J-1, J-3, J-5, J-6, J-10, J-11, E-1, E-3, A-7 et A-12.

5. Par ex J-2, J-3, J-6, E-3, E-4, A-6 et A-7.

Le présent document ne se prononce que sur les résultats obtenus relativement à l'expertise commune. Ceux se rapportant à la conciliation des expertises seront publiés dans un article subséquent. La forme masculine utilisée dans le présent texte réfère aussi bien aux participants qu'aux participantes⁶.

II. PORTRAIT NUANCÉ DE L'EXPERTISE COMMUNE

A. Raisons d'être de l'expertise commune

Tout d'abord, il convient d'explorer la perception des participants à l'égard de l'expertise commune. Dans ce but, il s'agit, d'une part, d'expliquer ce qu'est l'expertise commune, ainsi que les raisons qui ont motivé le législateur à promouvoir son utilisation, et, d'autre part, d'exposer les avantages et inconvénients de l'expertise commune reconnus par nos participants.

Une preuve d'expert est requise lorsqu'une affaire touche des questions qui « dépassent vraisemblablement l'expérience et les connaissances du juge des faits »⁷. Dans un tel cas, l'avis d'une personne compétente dans la discipline ou la matière concernée devient nécessaire afin d'éclairer le juge dans son appréciation de la preuve⁸. L'expert est donc une personne qui possède des connaissances, une expérience ou un savoir-faire propres à un domaine particulier⁹. L'expert a le devoir d'agir avec « objectivité, impartialité et rigueur »¹⁰. Il est un « auxiliaire de la justice dont la mission première est d'éclairer le tribunal »¹¹. À ce titre, il doit maintenir une indépendance à l'égard des souhaits et des intérêts des parties¹² et présenter une absence de parti pris¹³. En effet, l'opinion de l'expert devrait rester inchangée, « peu importe la partie qui aurait

6. La forme masculine a été privilégiée afin d'alléger la lecture du texte et de favoriser l'anonymat des participants.

7. *R c DD*, 2000 CSC 43 au para 21, [2000] 2 RCS 275. Voir aussi *R c Mohan*, [1994] 2 RCS 9, 1994 CanLII 80 (CSC) [*Mohan*]; *Cozak c R*, 2021 QCCS 2874 au para 66, et Catherine Piché, *Royer – La preuve civile*, 6^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2020 à la p 358.

8. Art 231 Cpc. Pour plus de détails, voir *Mohan*, *supra* note 7, et *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*, 2015 CSC 23, [2015] 2 RCS 182 [*White Burgess*].

9. Préville-Ratelle, *supra* note 1 à la p 4.

10. Art 22 Cpc.

11. Piché, *supra* note 7 à la p 373.

12. *White Burgess*, *supra* note 8 au para 32.

13. Shana Chaffai-Parent, *Repenser la nature juridique de l'expertise dans l'instance civile*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 2018 à la p 115 [non publié].

retenu ses services»¹⁴. Le régime d'expertises **concurrentes** consiste à laisser aux parties le choix de mandater leur propre expert, dans l'espoir avoué qu'il formule une opinion favorable à leur position. Selon ce procédé, l'expert engagé par la partie dépose son opinion au tribunal sous la forme d'un rapport d'expertise. Ce rapport tient lieu de témoignage¹⁵. Plusieurs participants ont toutefois souligné que, dans les faits, l'expert est très fréquemment appelé à témoigner en personne à la demande du juge ou d'une partie¹⁶.

Une expertise est **commune** si plusieurs parties mandatent un même expert pour se prononcer sur des questions qui dépassent l'expérience ou la compétence du juge. Le mandat de l'expert commun est formulé par les parties. Si celles-ci ne parviennent pas à s'entendre sur la formulation du mandat, le tribunal peut être saisi afin d'imposer sa propre formulation¹⁷. L'expert commun est soumis aux mêmes obligations d'impartialité et d'objectivité que l'expert concurrent¹⁸.

L'expertise commune, contrairement à l'expertise concurrente, bénéficie d'un caractère que l'on pourrait qualifier de déterminant. En effet, elle empêche, normalement¹⁹, le dépôt postérieur d'expertises qui contrediraient le rapport de l'expert commun. Or, bien que le *Code de procédure civile* prévoie que les juges ne sont pas liés par le rapport de l'expert²⁰, plusieurs de nos participants, dont deux juges, ont témoigné qu'en l'absence de rapport concurrent, il est très difficile pour les juges d'ignorer le rapport de l'expert commun²¹. En effet, même si une partie parvient à prouver que le rapport d'expertise est vicié par l'incompétence ou la partialité de l'expert, cette même partie sera normalement dans l'incapacité de produire un rapport concurrent. À ce titre, l'expertise commune cristallise, en quelque sorte, certains aspects du litige. Comme nous le démontrerons, c'est principalement

14. *White Burgess*, *supra* note 8 au para 32, et Chaffai-Parent, *supra* note 13 à la p 115.

15. Art 293 Cpc.

16. J-6 et A-14.

17. Art 233 Cpc.

18. Art 22 Cpc. Voir aussi Piché, *supra* note 7 aux pp 537–405.

19. À noter que les articles 158(2) et 241 du *Code de procédure civile* permettent aux parties de demander le rejet du rapport de l'expert commun pour cause « d'irrégularité, d'erreur grave ou de partialité ». Si cette demande est bien fondée, le juge peut permettre aux parties de présenter une nouvelle expertise. Voir par ex *Droit de la famille* — 162424, 2016 QCCS 4722.

20. Art 238 Cpc.

21. J-6, J-9, A-1, A-2, A-14, A-10 et A-12.

cette caractéristique qui fonde à la fois les craintes et les espoirs qui sont exprimés au sujet de l'expertise commune.

Le Rapport de 2006²² et le *Rapport du Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau sur les expertises*²³, publié en 2007, lesquels ont tous deux influencé l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*²⁴, ont rappelé que notre régime d'expertise concurrente participe, entre autres, à trois importants maux de notre système de justice, soit :

- l'accroissement des coûts et des délais en matières civiles et commerciales²⁵;
- le déséquilibre des forces entre les parties²⁶;
- la production d'expertises partiales en faveur de la partie qui mandate l'expert²⁷.

Dans les travaux de l'Assemblée nationale sur le projet de loi pour la réforme du *Code de procédure civile*²⁸ et dans le Rapport du Sous-comité²⁹, l'expertise commune a clairement été perçue comme une solution directe à ces maux. Il convient de se demander si, cinq ans après la réforme du *Code de procédure civile*, l'expertise commune s'est montrée capable d'y remédier ou, au moins, d'aider à les amenuiser.

Aussi, convient-il d'analyser les avantages et inconvénients de l'expertise commune. Parmi les avantages mentionnés, nous retrouvons principalement : (1) sa capacité à faire économiser des ressources judiciaires ; (2) son aptitude à promouvoir des expertises plus impartiales ;

22. *Supra* note 1.

23. Édouard Martin et al, *Rapport du Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau sur les expertises*, Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau, 2007, en ligne : <institutexpert.ca/wp-content/uploads/2017/11/200707-expertises.pdf> [Rapport du Sous-comité].

24. Préville-Ratelle, *supra* note 1 à la p 1, et Québec, Assemblée nationale, « Consultation générale et auditions publiques sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile » dans *Journal des débats de la Commission des institutions*, 39-2, vol. 42, n^o 61 (31 janvier 2012), en ligne : <www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-2/journal-debats/CI-120131.html>.

25. Rapport du Sous-comité, *supra* note 23 à la p 47, et Rapport de 2006, *supra* note 1 aux pp 41, 56 et 76.

26. Rapport du Sous-comité, *supra* note 23 à la p 48, et Rapport de 2006, *supra* note 1 à la p 41.

27. Rapport du Sous-comité, *supra* note 23 aux pp 48–50, et Rapport de 2006, *supra* note 1 à la p 41.

28. Voir par ex Québec, Assemblée nationale, *supra* note 2.

29. *Supra* note 23 aux pp 47–50.

(3) sa capacité à favoriser un plus grand équilibre entre les parties; (4) sa faculté à favoriser une meilleure collaboration entre les parties; et (5) sa faculté à faciliter la recherche de la vérité. Cependant, les participants ont également indiqué que dans certaines circonstances, l'expertise commune pouvait contribuer à: (1) augmenter substantiellement les dépenses des parties; (2) priver les avocats de l'assistance de l'expert; et (3) accroître l'insatisfaction des usagers du système de justice civile.

B. Avantages de l'expertise commune

1. Préserver les ressources judiciaires

Tel que susmentionné, le Rapport de 2006 soutenait que les expertises en matières civile et commerciale ne constituaient rien de moins que « la principale source de délais et de coûts élevés des actions en justice »³⁰. En 2021, nos participants considèrent toujours l'expertise comme « un important frein à l'accès à la justice »³¹. Certains observent une prolifération de l'usage des expertises. De l'avis de quelques juges, des rapports d'expertise sont dorénavant produits dans la grande majorité des causes³². Par exemple, un juge a estimé que des expertises étaient produites dans 90 % des dossiers civils ne relevant pas du droit familial³³. Selon plusieurs témoignages recueillis, l'expertise commune permettrait de s'attaquer efficacement à ce problème.

En effet, nos participants ont généralement affirmé que l'utilisation de l'expertise commune permet de réduire les délais³⁴. Les raisons de ce constat sont manifestes : un seul rapport doit être produit, la confection du rapport peut être réalisée dès le début du litige, contrairement à une contre-expertise qui ne peut être produite qu'après la production de l'expertise du demandeur, et finalement, un seul expert est appelé à témoigner au procès. Certains participants ont également dénoncé les délais causés par l'absence de disponibilités des experts³⁵. Utiliser l'expertise commune permet donc de réduire les délais puisque le tribunal n'a besoin de prendre en considération que les disponibilités d'un seul expert. Qui plus est, comme nous le démontrerons, l'expertise

30. *Supra* note 1 à la p 41.

31. Citation de J-5; voir aussi par ex J-4.

32. J-4 et J-10.

33. J-4.

34. Voir par ex J-2, J-5, J-9, A-7, A-12 et E-6.

35. J-2, J-11, A-6 et E-6.

commune permettrait de favoriser de meilleures relations entre les parties, ce qui, en retour, faciliterait un règlement rapide du litige³⁶. L'expertise commune permet donc d'atteindre des résultats plus rapidement que les expertises concurrentes³⁷. Un avocat a même avancé qu'il réclame parfois l'imposition d'un expert commun dans l'objectif de contrecarrer les tactiques des parties désireuses de « faire durer un dossier »³⁸.

Pour les juges, le gain de temps se traduit généralement par une économie de ressources. À ce titre, plusieurs juges se sont déclarés disposés à imposer l'expertise commune dans les dossiers réunissant plusieurs demandeurs ou défendeurs afin d'assurer un traitement prompt et efficace de ceux-ci³⁹.

La majorité des juges participants et quelques avocats participants sont donc d'avis que l'expertise commune permet de réaliser d'importantes économies de temps et d'argent. En revanche, s'il est possible d'affirmer avec confiance que l'expertise commune permet de préserver les ressources du **système judiciaire**, nous ne pouvons formuler une opinion aussi tranchée quant à sa capacité à faire économiser temps et argent **aux parties**. En fait, comme nous le verrons dans la section subséquente portant sur les inconvénients, plusieurs avocats participants identifient que l'usage de l'expertise commune peut se traduire par une augmentation impressionnante des coûts pour les parties.

2. Encourager l'impartialité et l'indépendance de l'expert

Le Rapport de 2006 constatait que les experts, même s'ils sont crédibles et compétents, « ne sont souvent pas suffisamment neutres ; ils produisent des rapports qui visent d'abord et avant tout à appuyer les intérêts de la partie qui a retenu leurs services, plutôt que d'aider le tribunal à rendre une décision juste et éclairée »⁴⁰. En outre, le juge à la retraite André Wery affirmait dans le Rapport du Sous-comité que « [l]es experts sont perçus au mieux comme souffrant du *tunnel vision syndrome* [syndrome de la vision en tunnel] et au pire comme des *hired guns* [mercenaires] »⁴¹. En 2021, nos participants observent toujours que

36. J-1, J-3, J-5, J-9, E-1, E-3, A-7 et A-12.

37. J-2, J-5, A-7 et A-12.

38. A-7.

39. Par ex J-4 et J-6.

40. *Supra* note 1 à la p 41.

41. Rapport du Sous-comité, *supra* note 23 à la p 48 (notes omises).

les experts remplissent très rarement le rôle qui leur est attribué par le *Code de procédure civile*. Un nombre important de participants dénoncent le fait que les expertises produites devant les tribunaux sont souvent partiales⁴². Des experts interrogés ont déploré l'omniprésence de telles expertises partiales⁴³. Un expert en construction a d'ailleurs affirmé que, dans son domaine, huit expertises sur dix étaient « clairement partisans »⁴⁴.

De multiples raisons expliqueraient ce constat de partialité des experts chez nos participants, dont : (1) le contrôle de l'information parvenant au tribunal et à l'expert ; (2) les pressions des clients et des avocats ; (3) la présence de préjugés inconscients ; (4) l'absence de sanctions efficaces ; et (5) les intérêts économiques des experts.

Par ailleurs, le régime d'expertises concurrentes permet aux avocats de choisir les experts qui partagent un préjugé favorable à la position du client⁴⁵. Également, ce régime permet aux avocats de ne pas déposer un rapport d'expertise qui s'avérerait défavorable à leur client⁴⁶. À ce titre, rien n'empêche les avocats de mandater plusieurs experts jusqu'à ce que l'un d'eux émette une opinion favorable à leur position⁴⁷. Par ailleurs, la formulation du mandat qu'on lui confie et l'asymétrie de l'information fournie par les parties peuvent influencer la décision de l'expert. En effet, ce dernier dispose généralement d'un meilleur accès à l'information de la partie qui le mandate qu'à celle de l'autre partie, ce qui peut influencer sa position et son opinion⁴⁸.

En pratique, les experts subissent fréquemment des pressions de leurs clients pour modifier leurs conclusions en leur faveur. Ainsi, certains experts participants ont révélé que les pressions subies pour modifier les conclusions de leurs rapports en violation de leur devoir d'impartialité les ont conduits à refuser les mandats de certains organismes⁴⁹. Un autre expert a indiqué que certains bureaux d'avocats tiennent « beaucoup à nous donner un mandat unique [c'est-à-dire un mandat d'expertise concurrente], pensant probablement [...] qu'on serait des

42. Par ex J-2, J-3, J-6, J-7, J-10, E-2, E-3, E-4, E-5, E-6, A-6, A-7 et A-8.

43. E-2, E-3, E-4, E-5 et E-6.

44. E-3.

45. Préville-Ratelle, *supra* note 1 à la p 8.

46. A-6.

47. Préville-Ratelle, *supra* note 1 à la p 8.

48. J-7, J-9, E-5, E-6 et E-7.

49. E-1 et E-6.

mercenaires»⁵⁰. Des juges participants ont également constaté que les experts subissaient des pressions au cours du procès. Par exemple, un juge a confié avoir été témoin de la modification par un expert de ses conclusions, au terme d'une séance de conciliation des expertises, lequel aurait «payé le prix professionnel»⁵¹ d'avoir respecté son devoir d'impartialité, car l'attitude hostile de l'avocat qui l'avait embauché indiquait clairement qu'il ne réclamerait plus ses services⁵².

Appelé à décrire son rôle, un expert interrogé a expliqué que l'objectivité des experts peut être qualifiée d'«objectivité dirigée»⁵³. Alors qu'il affirme ne pas se gêner pour dire à ses clients qu'ils ont tort, il admet que la plupart du temps, «ils ne veulent pas l'entendre»⁵⁴, et qu'ainsi, il lui faut souvent modifier son rapport pour formuler ses conclusions d'une manière plus diplomatique⁵⁵.

Un autre expert interrogé a également souligné la présence de préjugés inconscients et involontaires en faveur de la partie qui le rémunère⁵⁶. Sur ce point, il indique que les experts ont «un certain préjugé positif»⁵⁷ en faveur de celui qui les embauche et les rémunère «grassement»⁵⁸. Selon lui, un bon expert se doit d'être vigilant à cet égard⁵⁹.

Certains experts ont dénoncé l'absence de sanctions efficaces contre les «experts mercenaires»⁶⁰. Selon un expert interrogé, les sanctions appliquées par les juges, soit le fait de rapporter dans un jugement les défauts affligeant le rapport ou le témoignage de l'expert, ne suscitent aucune crainte chez celui-ci et n'auraient pratiquement «aucun impact»⁶¹. De plus, des juges participants ont exprimé des réticences à condamner les experts de cette façon parce qu'agir ainsi pourrait faciliter l'appel de leurs décisions⁶².

50. E-2.

51. J-7.

52. *Ibid.*

53. E-3.

54. *Ibid.*

55. *Ibid.*

56. E-2.

57. *Ibid.*

58. *Ibid.*

59. *Ibid.*

60. E-4 et E-6.

61. E-3.

62. J-7 et J-10.

Finalement, selon les juges et les avocats participants, les experts perçoivent souvent qu'ils risquent davantage d'être sanctionnés pour leur respect des règles que pour leur non-respect. Tel qu'indiqué par un juge participant, « pour plusieurs, c'est difficile de comprendre que si je le paye [l'expert], je ne décide pas comment je veux qu'il décide. C'est un peu... Je n'achèterais pas quelque chose qui n'est pas bon »⁶³. Or, si l'expert présume cette attitude chez le client, alors il pensera naturellement avoir plus de risques d'être sanctionné en remplissant le rôle prévu par le Code puisque s'il ne se conforme pas aux souhaits du client, ce dernier peut le sanctionner. Quelques experts nous ont indiqué que le fait de ne pas se conformer aux souhaits du client pouvait entraîner un refus de paiement des honoraires⁶⁴, des pressions pour modifier leur rapport⁶⁵, ou encore des plaintes à leur ordre professionnel⁶⁶.

Quoiqu'en dise le *Code de procédure civile*, plusieurs participants ne croient pas en l'indépendance et en l'impartialité de la majorité des expertises produites devant les tribunaux⁶⁷. Le problème est si important que des avocats ont dit présumer que les experts leur remettront des rapports partiels, et ce, même s'ils exigent fermement de ceux-ci qu'ils leur fournissent une opinion objective⁶⁸. Comme l'a indiqué l'un d'eux :

Généralement, je vais faire affaire [avec] un expert objectif qui va me donner les faits. Évidemment, l'expert n'est pas nécessairement au même niveau... Il sait très bien qui le paie... Il sait très bien également que l'expert a plus de chances d'être payé si l'expertise est favorable que non, mais j'insiste toujours auprès de mes experts que je veux l'heure juste⁶⁹.

Plusieurs participants interrogés ont confirmé que le mécanisme de l'expertise commune garantit davantage l'impartialité de l'expert que le régime d'expertises concurrentes⁷⁰. Ainsi, un expert a rapporté se sentir « plus objectif »⁷¹ lorsqu'il travaille à titre d'expert commun,

63. J-2.

64. E-2, E-7 et A-9.

65. E-1.

66. E-2.

67. Par ex J-2, J-3, J-6, E-3, E-4, A-6 et A-7.

68. A-7 et A-8.

69. A-7.

70. J-2, J-3, E-2, E-6, A-1, A-8 et A-11.

71. E-2.

puisque le caractère commun de l'expertise limite ses préjugés inconscients en faveur de celui qui l'embauche⁷². Il est également d'avis qu'il est plus simple pour l'expert de se conformer à son rôle parce que les parties ne percevraient plus l'expert comme un mercenaire⁷³.

Les juges, quant à eux, disent accorder plus de crédibilité à un expert s'il est commun. Comme le mentionne l'un des juges participants : « Un expert commun ou un expert de la cour n'a pas de maître »⁷⁴. En effet, les juges ont noté à quelques reprises que le régime d'expertise commune assure une plus grande cohérence entre le rôle de l'expert prévu au Code et le rôle véritablement joué par l'expert, une observation validée par certains témoignages des experts interrogés⁷⁵.

3. Rééquilibrer les forces en présence

Plusieurs juges ont indiqué que le régime d'expertises concurrentes avantage certaines parties, ce qui rejoint généralement les conclusions du Rapport de 2006, selon lesquelles les défendeurs institutionnels tels que les assureurs et les organismes gouvernementaux sont favorisés par le régime d'expertises concurrentes au détriment du particulier⁷⁶. Selon les témoignages recueillis, ce déséquilibre s'observe sur deux plans : la facilité de trouver un expert et celle d'assurer la loyauté de l'expert. Ainsi, un juge interrogé a dénoncé les défis des citoyens à trouver un expert en raison du fait que plusieurs d'entre eux refusent tout simplement de travailler pour les particuliers et n'acceptent que les mandats des assureurs⁷⁷. De plus, contrairement aux assureurs qui détiennent, selon ce même juge, de très volumineuses listes d'experts⁷⁸, le particulier dispose de peu de moyens pour trouver des professionnels qui accepteraient de témoigner devant la cour⁷⁹. Ce dernier est également mal outillé pour évaluer la compétence des professionnels. En effet, plusieurs juges et avocats interrogés nous ont fait part d'expériences d'expertises mal ficelées, voire bâclées⁸⁰. Il a également été indiqué que plusieurs avocats

72. *Ibid.*

73. *Ibid.*

74. J-2.

75. Par ex J-2, J-3, E-1 et E-2.

76. *Supra* note 1 à la p 39.

77. J-5.

78. *Ibid.*

79. *Ibid.*

80. Voir par ex J-2, J-3, A-6, A-7, A-9 et A-14.

réutilisaient les mêmes experts⁸¹, pas nécessairement par mauvaise foi, mais plutôt en raison de la complexité de la recherche d'un expert compétent⁸². Cependant, faire continuellement appel aux services des mêmes experts peut susciter un sentiment de loyauté chez ceux-ci. De même, ce phénomène de réutilisation des services des mêmes experts bénéficie naturellement aux défendeurs institutionnels puisque ces derniers ont plus souvent besoin des services d'un expert que les particuliers. Certains experts interrogés ont d'ailleurs clairement affirmé avoir subi des pressions de la part de défendeurs institutionnels qui leur demandaient d'altérer leurs rapports en leur faveur⁸³. La raison d'être de ce déséquilibre des forces est donc intrinsèquement liée à la problématique de partialité susmentionnée, d'où l'avantage de favoriser la plus grande impartialité possible chez les experts.

Finalement, le rééquilibrage apporté par l'expertise commune reste limité. Bien que l'expertise commune crée généralement un meilleur équilibre des forces en présence, elle ne parvient pas à régler efficacement tous les problèmes qui causent ce déséquilibre. Par exemple, elle ne règle pas les difficultés liées à la recherche des experts. Certains experts interrogés ont même partagé leurs réticences à accepter des mandats d'expertise commune en raison de l'hostilité manifestée à l'égard de l'expert par la partie désavantagée par le rapport⁸⁴. De plus, tel qu'il sera discuté plus loin, les réalités procédurales imposent souvent au demandeur qu'il produise une expertise à l'appui d'une action contre un défendeur institutionnel⁸⁵. Imposer l'expertise commune dans ce contexte l'oblige souvent à payer une seconde expertise.

4. Favoriser la collaboration entre les parties

Les participants à nos entrevues ont également convenu que les expertises communes facilitent généralement le maintien de meilleures relations entre les parties, principalement à cause du caractère déterminant de ce type d'expertise. Ainsi, des participants ont soulevé le fait que les expertises communes destinées à évaluer des sommes ou des montants, telles les expertises en évaluation de dommages ou

81. A-3.

82. Par ex A-3.

83. E-1 et E-6.

84. E-2 et E-5.

85. J-5 et J-11.

d'actifs, favorisaient particulièrement le règlement du litige⁸⁶. En effet, pour régler un litige, les attentes des parties, les montants qu'elles proposent et les intérêts en jeu doivent se rejoindre. Or, l'expertise commune permet de fixer les montants en jeu⁸⁷. Ainsi, le résultat de l'expertise commune en évaluation de dommages permet de fixer un montant à partir duquel les parties peuvent négocier, plutôt que de laisser les deux parties camper sur leurs positions en réclamant des montants distincts potentiellement irréalistes.

En effet, en raison de la problématique de partialité susmentionnée, la confection d'expertises concurrentes peut créer des attentes démesurées chez les parties. À titre d'exemple, un juge interrogé a indiqué avoir déjà été appelé à siéger dans un dossier où un expert avait quintuplé l'évaluation de la valeur d'un immeuble, établissant cette dernière à plus d'un million de dollars⁸⁸. En conséquence, il avait créé des espoirs complètement irréalistes et démesurés chez son client, vouant ainsi à l'échec toute tentative de négociation. L'expert a révisé son évaluation à la baisse lors d'une conciliation des expertises et un règlement a pu être conclu entre les parties⁸⁹. De plus, une avocate interrogée a rapporté que certains de ses clients avaient subi des pressions de la part d'un expert pour gonfler artificiellement les montants de leur réclamation⁹⁰. L'expertise commune permet de se prémunir contre ce type de scénario puisque les experts communs sont plus impartiaux et plus indépendants.

Finalement, un avocat a relevé que l'expertise commune permet de « tuer le débat dans l'œuf, en évitant un combat d'experts qui dure des années »⁹¹. En matières successorales, familiales ou de régimes de protection, où s'affrontent très souvent les membres d'une même famille, l'expertise commune a été considérée comme particulièrement utile, surtout lorsqu'un tiers vulnérable, tel qu'un enfant, peut être touché par ces déchirements⁹².

86. J-2, J-3, J-9, A-11 et A-12.

87. J-2 et A-12.

88. J-3.

89. *Ibid.*

90. A-6.

91. A-7.

92. A-5, A-7 et A-15.

5. Faciliter la recherche de la vérité

En droit civil, l'expert joue un rôle d'éclairage, nous l'avons vu. À ce titre, le tribunal s'attend à ce qu'il puisse l'éduquer quant à la vérité scientifique ou technique. Or, le mandant de l'expert souhaite plutôt que l'expert puisse, par son intervention, convaincre le tribunal de la véracité de sa thèse⁹³. Pour plusieurs juges interrogés, l'expertise commune facilite l'administration de la justice non seulement sur le plan économique, mais également quant à la réalisation de son objectif de recherche de la **vérité**. Alors que les avocats et les experts interrogés se disent confiants que les juges comprennent les explications et les conclusions des témoins experts, les juges se montrent plus sceptiques au regard de leur capacité à remplir ce rôle dans un régime d'expertises concurrentes⁹⁴.

En fait, ce régime d'expertises concurrentes est plutôt paradoxal. La raison d'être du témoin expert est la reconnaissance que le tribunal ne dispose pas des connaissances techniques nécessaires pour trancher le litige. Or, si tel est le cas, comment peut-il déterminer, de manière éclairée, laquelle des expertises applique convenablement ces mêmes connaissances⁹⁵ ? Ces observations rejoignent les craintes manifestées par le juge à la retraite André Wery dans le Rapport du Sous-comité :

Ces questions qui sont débattues par des experts font l'objet d'explications élaborées devant des juges qui n'ont aucune connaissance ou formation dans ces domaines. On demande donc à de purs néophytes de trancher des débats scientifiques de plus en plus complexes ; une mission risquée pour qui-conque recherche la vérité scientifique⁹⁶.

Pire, si toutes les expertises qui lui sont présentées sont biaisées, comment peut-on espérer que le tribunal sera en mesure de déterminer la vérité⁹⁷ ? Ainsi, certains participants ont émis des doutes sur la capacité des juges à résoudre les dilemmes purement techniques

93. Préville-Ratelle, *supra* note 1 à la p 6 ; Chaffai-Parent, *supra* note 13 aux pp 129–130.

94. J-1, J-3, J-9 et E-6.

95. E-6.

96. Rapport du Sous-comité, *supra* note 23 à la p 50.

97. *Ibid* aux pp 50–51.

en présence d'expertises concurrentes, du fait qu'ils ne sont pas nécessairement bien outillés pour évaluer la véracité des aspects techniques de l'expertise⁹⁸. Les juges ont également souvent affirmé que les conclusions d'experts et les rapports d'expertise sont trop complexes et parfois même incompréhensibles⁹⁹. C'est d'ailleurs pour cette raison que, malgré ce que prévoit le Code¹⁰⁰, plusieurs juges préfèrent que l'expert témoigne en personne sur son rapport d'expertise afin qu'il puisse indiquer les points centraux de celui-ci et répondre à certaines de leurs interrogations¹⁰¹. L'expertise commune constitue donc une solution à cette problématique. En effet, un juge a indiqué avoir :

plus l'impression que justice est rendue [avec l'expertise commune] parce que même si j'ai deux expertises contradictoires, puis j'en retiens une et j'écarte l'autre, qui me dit que j'ai vraiment raison ? Est-ce que je fais ça parce que l'expert a été un meilleur témoin que l'autre ? L'autre est peut-être moins capable de s'exprimer et est plus timide, plus réservé [...]. Qui me dit que j'ai vraiment raison¹⁰² ?

De la même manière, dans le Rapport du Sous-comité, le juge à la retraite Wery se montre en faveur de l'expertise commune, en citant l'opinion du juge Davies de la Cour d'appel du Queensland, en Australie. Comme nos participants, ce dernier mettait en question la capacité des juges à résoudre les questions complexes qui [notre traduction] « dépassent la compréhension de la majorité des juges »¹⁰³, surtout si tous les experts employés par les parties sont partiiaux. Le juge Davies percevait lui aussi l'expertise unique comme une solution permettant de s'attaquer aux problèmes liés à la fois à la partialité et à la complexité de certaines preuves d'experts¹⁰⁴.

98. J-1, J-3 et E-6.

99. J-3 et J-6.

100. Art 293 Cpc.

101. J-6, J-11 et A-2.

102. J-3.

103. Rapport du Sous-comité, *supra* note 23 à la p 50, citant GL Davies, *The Reality of Civil Reform: Why We Must Abandon the Essential Elements of Our System*, Paper delivered at the 20th Australian Institute of Judicial Administration Annual Conference, Brisbane, Australia, 13 juillet 2002 à la p 13.

104. *Ibid.*

C. Inconvénients de l'expertise commune

1. *Accroître substantiellement les dépenses des parties*

S'il existe un certain consensus chez les juges interrogés selon lequel l'expertise commune permet de diminuer les coûts liés à la production des expertises et de favoriser un dénouement plus rapide du litige, les avocats se montrent généralement plus réticents à émettre une opinion aussi tranchée¹⁰⁵. Ainsi, environ la moitié des avocats interrogés ont indiqué que l'expertise commune permettrait de résoudre un litige plus rapidement, tout en dépensant moins de ressources¹⁰⁶. L'autre moitié a toutefois soutenu, au contraire, que la présence d'un expert commun encourage les parties à déboursier substantiellement plus de ressources¹⁰⁷.

Néanmoins, les coûts supplémentaires engendrés sont souvent liés à l'embauche de *shadow experts*. Agissant parfois sans la connaissance et l'approbation du tribunal, ces experts fournissent une assistance dans les démarches de l'avocat auprès de l'expert commun et dans l'élaboration de son futur contre-interrogatoire. Il ressort des entrevues que les clients remettent souvent en doute le jugement des experts¹⁰⁸. Plusieurs avocats interrogés ont donc affirmé que leurs clients tendaient à remettre en question l'impartialité des experts communs si les rapports produits ne leur étaient pas favorables¹⁰⁹. En raison des enjeux importants associés au caractère déterminant de l'expertise commune et de ce faible niveau de confiance à l'égard des experts, plusieurs avocats interrogés ont indiqué avoir été mandatés par leurs clients pour recourir aux services de *shadow experts*¹¹⁰. Les avocats interrogés ont mentionné que si une partie s'engage dans cette voie, les coûts liés à sa cause peuvent augmenter de façon astronomique, puisqu'elle doit rémunérer à la fois l'expert commun et ses propres *shadow experts*. De plus, selon des témoignages recueillis, les frais d'un *shadow expert* semblent être beaucoup plus importants que ceux de l'expert commun ou concurrent¹¹¹.

105. A-1, A-2, A-3, A-4, A-5, A-6, A-7, A-8, A-10, A-11, A-12 et A-15.

106. Voir par ex A-1, A-3, A-4, A-7, A-8, A-10 et A-12 (A-3 et A-12 sont d'avis que cela dépend des circonstances).

107. Voir par ex A-2, A-3, A-5, A-6, A-11, A-12 et A-15 (A-3 et A-12 sont d'avis que cela dépend des circonstances).

108. Voir par ex A-7.

109. A-7 et A-11.

110. J-4 et J-6.

111. A-3 et A-15.

2. Priver l'avocat de l'assistance de l'expert

Pour les avocats interrogés, les experts servent à produire une opinion visant à éclairer le tribunal et à guider leurs actions tout au long de la procédure. De fait, les avocats ont besoin d'une assistance quant aux questions qui dépassent leurs propres expériences et connaissances¹¹². Les experts permettent donc à l'avocat d'évaluer la viabilité du recours et de l'assister dans sa préparation du procès afin, notamment, de répertorier les renseignements pertinents au dossier, de déterminer la viabilité de la position de la partie adverse, ou de relever les points faibles de la méthodologie de l'expert de la partie adverse¹¹³. Or, lorsque l'expert est commun, ce dernier ne peut remplir ce rôle de conseiller auprès des avocats. En effet, l'expert commun ne peut conseiller les parties d'une telle façon puisqu'il risque de créer une apparence de partialité. De plus, lorsque l'expert devient commun, la relation entre les parties et l'expert s'altère. Quand l'expert est mandaté par une seule partie, il revient, théoriquement, à celui-ci de l'informer des points forts et faibles de son recours. À ce titre, une partie dispose d'un certain intérêt à se montrer la plus transparente possible à son égard afin qu'il puisse la conseiller adéquatement¹¹⁴. Lorsque l'expert est commun, les parties ont désormais l'objectif non pas de quérir ses conseils, mais de convaincre celui-ci. Ce faisant, les parties ont avantage à contrôler l'information qui parviendra à l'expert afin de façonner leur position de la meilleure manière possible¹¹⁵.

Un participant à nos entrevues a affirmé que l'emploi de *shadow experts* en présence d'experts communs visait, en partie, à récupérer ce rôle d'assistance normalement rempli par l'expert¹¹⁶. La pertinence du *shadow expert* est renforcée par le fait que les parties cherchent à trier l'information parvenant à **l'expert commun**. Pour effectuer efficacement ce triage, les parties embaucheront un individu capable de départager l'information préjudiciable des renseignements plus favorables, le tout afin de communiquer ces derniers à l'expert commun et à la partie adverse¹¹⁷.

112. A-5, A-7 et A-10.

113. *Ibid.*

114. A-8.

115. *Ibid.*

116. A-5.

117. A-1 et A-8.

3. Contribuer à l'insatisfaction des usagers du système de justice civile

Si les juges ont indiqué que l'expertise commune facilitait la recherche de la vérité, les parties perçoivent le régime d'expertises communes comme étant généralement plus **inéquitable** que le régime d'expertises **concurrentes**. En effet, plusieurs avocats ont noté que leurs clients n'avaient pas le sentiment que justice avait été rendue par l'usage de l'expertise commune puisque, selon eux, ce système ne leur permet pas de présenter leur point de vue de manière équitable¹¹⁸. L'une des principales raisons derrière cette attitude semble être le manque de confiance envers l'impartialité, l'indépendance et la compétence des experts, et ce, même si ces derniers sont soumis à un mandat commun. Comme nous l'avons mentionné, l'impression dominante à l'égard des experts est qu'ils agissent comme des mercenaires. Bien que l'expertise commune constitue une réponse à cette problématique, les clients ont évolué avec la perception que les témoins-experts sont partiaux. À ce titre, ils ne feront pas immédiatement confiance à leurs jugements simplement parce qu'ils sont, exceptionnellement, nommés à titre d'expert commun. Ainsi, plusieurs avocats ont rapporté que les clients défavorisés par les conclusions de l'expertise commune ont tendance à conclure, erronément, que l'expert commun est partial en faveur de la partie adverse¹¹⁹.

En fait, il faut bien reconnaître que les experts ne sont pas formés pour comprendre ce que signifie se comporter de façon impartiale. Ainsi, les avocats ont remarqué que certains experts ont affiché des comportements qui peuvent être interprétés comme étant « partiaux » par leurs clients, tels que passer plus de temps avec une partie¹²⁰. Similairement, un avocat a soulevé que, contrairement aux experts, les juges remplissent un rôle pédagogique. Ces derniers écrivent généralement leurs jugements dans le but d'expliquer à la partie perdante pourquoi sa position n'a pas été privilégiée¹²¹. Les experts ne sont pas aussi accoutumés à ce rôle¹²². Pour toutes ces raisons, l'expertise commune, telle qu'elle existe actuellement, ne semble pas être en mesure de satisfaire convenablement le sentiment de justice des parties. Or,

118. Par ex A-11 et A-15.

119. *Ibid.*

120. A-15.

121. *Ibid.*

122. *Ibid.*

comme l'a souligné un avocat, ne pas prendre en considération les sentiments des parties ne fait pas que nuire à la légitimité du système, mais comporte aussi un coût pour le système judiciaire, car cette perception d'injustice motive souvent les justiciables à ne pas lâcher prise et à multiplier les initiatives contre la décision de l'expert commun¹²³.

Somme toute, les participants interrogés nous proposent donc un portrait assez nuancé de l'expertise commune. Quoiqu'elle réussisse généralement à tenir ses promesses, elle présente néanmoins plusieurs inconvénients. Cependant, ces derniers sont davantage liés aux comportements et aux perceptions des parties qu'au mécanisme de l'expertise commune en tant que tel. Généralement, il conviendrait également de préciser que son usage est probablement plus avantageux pour le système judiciaire dans son ensemble que pour les parties en cause. C'est en partie pour cette raison que l'usage de l'expertise commune reste davantage le fruit des pressions des tribunaux que le produit de la volonté des parties. Nous y reviendrons.

III. BARRIÈRES AU PLEIN DÉPLOIEMENT DE L'EXPERTISE COMMUNE AU QUÉBEC

Mise en garde : rareté du phénomène

Il ressort des entrevues que l'expertise commune n'est pas fréquemment utilisée dans l'instance civile. Au contraire, la majorité des juges et des avocats interrogés ont indiqué que le recours à l'expertise commune constitue l'exception plutôt que la règle. Par exemple, un juge a estimé que les expertises communes sont proposées dans moins de 5 % des protocoles d'instance¹²⁴. Son usage est si rare que, pour reprendre les termes d'un juge interrogé, les avocats « ne donnent même pas de motif dans le protocole d'instance au choix de ne pas recourir à l'expertise unique (ou commune) »¹²⁵, le tout contrairement à l'article 148, alinéa 2(4) Cpc. Trois groupes de facteurs expliquent cette réalité, soit : des facteurs culturels (A) ; des facteurs économiques et déontologiques (B) ; et des facteurs procéduraux (C).

123. A-5 et E-2.

124. J-4.

125. J-5.

A. Facteurs culturels

Tous les juges interrogés, sans exception, ont affirmé que la culture ou la mentalité des avocats constitue l'une des principales causes de la résistance à l'expertise commune¹²⁶. Cette opinion est partagée par plusieurs des experts et avocats interrogés¹²⁷. Selon un juge, les avocats conceptualisent toujours le litige comme une « question d'oppositions »¹²⁸. À ce titre, plusieurs participants interrogés déplorent que le changement de culture réclamé par le nouveau Code de 2016 n'ait toujours pas eu lieu¹²⁹. Afin d'illustrer cette résistance, un juge a mentionné qu'il est assez remarquable que, cinq ans après son adoption, le *Code de procédure civile* soit encore décrit comme le « nouveau » Code par plusieurs juristes¹³⁰. Les participants opposent généralement une culture juridique adversative à une culture juridique conciliatrice. Ces deux archétypes culturels divergent dans leur conceptualisation du rôle de l'avocat, des problématiques auxquelles il doit répondre et des principes qu'il chérit.

Pour les adhérents à la culture adversative, le rôle de l'avocat serait avant tout d'assurer la meilleure présentation possible du point de vue de son client¹³¹. Selon un juge, ces avocats « se sentent comme investis d'une mission de faire le mieux pour le client en question »¹³² et sont « extrêmement protecteurs de leurs clients »¹³³. Ces avocats ont été formés à croire que le caractère contradictoire de la procédure et le principe selon lequel les parties sont maîtres de leur preuve constituent des fondements « intouchables », « essentiels », voire « sacrés »¹³⁴. La culture adversative dans laquelle la majorité des avocats ont été instruits constituerait donc encore la culture dominante du système judiciaire¹³⁵.

À cette culture s'oppose une vision plus conciliatrice de l'avocat, dont le rôle serait principalement de trouver une solution aux

126. J-1, J-2, J-3, J-4, J-5, J-6, J-7, J-8, J-9, J-10 et J-11.

127. A-2, A-3, A-15, E-1, E-2 et E-5.

128. J-1.

129. Voir par ex J-1, J-4, J-6, J-8 et A-3.

130. J-10.

131. A-3.

132. J-3.

133. *Ibid.*

134. J-2.

135. Voir par ex J-11.

problèmes de son client¹³⁶. À ce titre, l'avocat se montrerait plus soucieux de diminuer les coûts et la durée du litige¹³⁷, quitte à utiliser des tactiques et des moyens qui pourraient réduire les chances de fournir la *meilleure présentation possible* du point de vue du client. L'avocat conciliateur a été décrit comme celui qui favoriserait davantage les règlements hors cour que son homologue, serait davantage porté à ne pas judiciaireiser le dossier et préoccupé par les problèmes relevant de l'accessibilité à la justice¹³⁸. Selon les participants interrogés, les adhérents à cette culture seraient des avocats d'expérience ayant embrassé les principes du *Code de procédure civile* de 2016, ainsi que de « nouveaux » avocats qui ont bénéficié des changements récents apportés à la formation universitaire et à celle de l'École du Barreau, en prévision de l'adoption du *Code de procédure civile* de 2016¹³⁹.

Les participants interrogés ont généralement référé aux praticiens comme s'ils appartenaient à l'un ou l'autre de ces deux groupes distincts. Cependant, les entrevues permettent, au contraire, d'identifier des avocats qui ne sont imprégnés ni d'une culture exclusivement adversative ni d'une culture exclusivement conciliatrice. Les avocats interrogés sont généralement tiraillés entre ces deux visions de leur rôle. À titre d'exemple, un avocat participant a reconnu que les problèmes d'accessibilité au système judiciaire étaient, du moins en partie, causés par un certain attachement à la culture adversative¹⁴⁰. Aussi, s'est-il montré très réticent à recourir à l'expertise commune puisque, ce faisant, il sacrifierait sa capacité à « façonner le dossier dans l'intérêt du client »¹⁴¹. En revanche, il s'est prononcé en faveur d'une gestion plus ferme par les tribunaux, quitte à se faire imposer l'expertise commune plus fréquemment¹⁴².

L'impact de cette mentalité adversative quant à l'usage de l'expertise commune ne doit pas être sous-estimée. L'adhésion à cette mentalité implique un désir de contrôler la preuve irréconciliable avec l'usage de

136. J-1.

137. *Ibid.*

138. *Ibid.* Voir également Pierre-Claude Lafond et al, *Régler autrement les différends*, 2^e éd, Markham (ON), LexisNexis Canada, 2018.

139. J-1, J-4, J-6, A-2 et A-7.

140. A-3.

141. *Ibid.*

142. *Ibid.*

l'expertise commune et favorise le maintien d'un climat de méfiance entre les avocats, tout en nuisant à l'usage de l'expertise commune.

1. Refus de céder le contrôle du narratif¹⁴³

Un dilemme intrinsèque réside dans le fait de devoir solliciter une expertise commune et de devoir représenter la position de son client au mieux possible. Le devoir de compétence de l'avocat le force nécessairement à chercher à contrôler l'information qui parviendra au tribunal. Ainsi, assurer la meilleure présentation de la position de son client implique nécessairement de recourir à « son » expert puisque cela permet de « présenter un point de vue qui est plus important, plus fort ou plus élaboré que si l'on passe par la voie de l'expertise commune »¹⁴⁴. À ce titre, pour l'avocat adversatif, l'expert est, avant tout, un instrument qui lui permet de présenter — voire de façonner — le dossier de son client. Comme l'a expliqué un avocat interrogé :

Je veux tout contrôler dans la mesure du possible et je veux que ce soit fait de la meilleure manière possible dans l'intérêt de mon client ou de ma cliente et en donnant cette possibilité à un expert commun, on sacrifie une partie du processus du métier d'avocat ou du travail de l'avocat de façonner le dossier dans l'intérêt du client pour qu'il ou elle puisse gagner¹⁴⁵.

2. Implantation d'un climat de méfiance

Pour des raisons évidentes, la culture adversative susmentionnée constitue un obstacle à l'établissement de relations cordiales entre les parties. À ce titre, les juges interrogés se sont souvent désolés de l'absence de communication entre les avocats, et ce, même avant le dépôt de la demande introductive d'instance¹⁴⁶, ces derniers étant

143. À bien des égards, le travail de l'avocat plaideur est de raconter, au juge ou au jury, une histoire, celle de son client. Afin de s'assurer que son histoire est plus persuasive que celle de la partie adverse, l'avocat contrôle l'information parvenant aux décideurs. Il cherche donc à contrôler le narratif. Pour plus de détails sur ce sujet, voir, J Christopher Rideout, «Storytelling, Narrative Rationality, and Legal Persuasion» (2008) 14 Legal Writing: J Legal Writing Inst 53 et Juliette Vani, *Une histoire de vérités : perspective narrative sur le procès criminel*, Montréal, Thémis, 2018.

144. J-8.

145. A-3.

146. J-4.

parfois même incapables de déposer un protocole d'instance rempli et signé par les deux parties¹⁴⁷.

Des juges ont exprimé des doutes quant à la volonté des avocats d'avoir comme premier réflexe de faire « tout en leur possible pour trouver un terrain d'entente pour éviter un litige judiciairisé »¹⁴⁸. Un juge a également énoncé que les défendeurs se montrent très réfractaires à participer à une expertise commune avant que le demandeur ne produise sa propre expertise pour prouver son droit d'action¹⁴⁹. Ce manque de collaboration entre les avocats empêche les parties de bénéficier d'une expertise commune dès le début du litige. Or, dans plusieurs circonstances, afin que l'expertise commune soit véritablement utile, les parties doivent réaliser l'expertise commune avant que l'une d'elles ne produise sa propre expertise. En effet, agir autrement imposerait au demandeur qu'il débourse une nouvelle fois des frais d'expertise.

L'absence de collaboration entre avocats nuit également à la qualité du processus d'obtention d'une expertise commune. Ainsi, certains avocats interrogés ont souligné que le succès d'une expertise commune dépend souvent des bonnes relations entre les avocats¹⁵⁰. En cas de mauvaises relations, certains avocats ont souligné que l'expertise commune devenait « contre-indiquée » et pouvait même constituer une « nuisance »¹⁵¹. Ainsi, cette absence de collaboration rendrait plus difficile le choix de l'expert, complexifierait la gestion de celui-ci et, surtout, encouragerait les parties à utiliser des *shadow experts*¹⁵².

B. Facteurs économiques et déontologiques

Les avocats et les juges interrogés ont expliqué que la relation même entre le client et son avocat représentait souvent un obstacle à l'usage de l'expertise commune¹⁵³. Selon eux, les clients s'attendent souvent à ce que leurs avocats adoptent des comportements adversatifs. Des participants ont dénoncé, par exemple, le fait que de défendre avec vigueur les intérêts des clients au détriment du maintien

147. J-4, J-5 et J-9.

148. J-11.

149. J-5.

150. A-2 et A-15.

151. A-15. Voir également A-2, A-6 et A-11.

152. A-11 et A-15.

153. A-7, A-11, J-1 et J-11.

des bonnes relations entre les parties constituait un trait si prisé par certains clients qu'il existe des bureaux qui en font leur modèle d'affaires¹⁵⁴. Or, comme il a été dit, cette vision du rôle de l'avocat est irrécyclable avec l'usage de l'expertise commune.

Ensuite, les clients se montrent eux-mêmes très réticents à utiliser l'expertise commune, ayant rarement confiance en l'impartialité des experts et partageant souvent l'impression que ces derniers agissent comme des mercenaires. En conséquence, l'idée de laisser cet « expert » façonner une partie de leur litige ne constitue pas une option qui leur est attrayante. À cet égard, les avocats plus favorables à l'expertise commune indiquent que pour l'utiliser, ils devaient s'engager dans un exercice de persuasion parfois difficile auprès de leurs clients, afin de les convaincre d'y recourir¹⁵⁵.

Par le fait même, pour le client, l'expertise commune représente toujours un pari risqué. Ni l'avocat ni le client ne peuvent être certains des conclusions de l'expert. Ainsi, un avocat a remarqué qu'il ne pouvait pas recommander son usage à ses clients parce que cela serait trop risqué pour eux¹⁵⁶. Pourtant, ce dernier était si favorable à l'expertise commune que lorsque nous l'avons questionné sur les solutions qui devraient être privilégiées, il a simplement proposé de l'imposer en toutes circonstances¹⁵⁷.

Finalement, certains clients sont désavantagés par l'expertise commune. Comme nous l'avons énoncé préalablement, l'expertise commune permet de rééquilibrer les forces entre les parties. Or, « rééquilibrer les forces » suppose nécessairement que certaines parties sont avantagées par le régime d'expertises concurrentes. Ces dernières n'ont pas intérêt à recourir à l'expertise commune. Comme nous l'avons relevé, l'expertise commune permet également de résoudre le litige plus rapidement, avec des ressources moindres. Or, selon quelques participants interrogés, certaines parties ont avantage à faire perdurer le débat¹⁵⁸. D'autres ont indiqué que des clients donnent comme mandat à leur avocat « de tout mettre en œuvre pour faire valoir ses droits »¹⁵⁹ afin d'épuiser l'autre partie. En d'autres termes, il est tout

154. A-9 et A-13.

155. A-2 et A-7.

156. A-1.

157. A-1.

158. J-4.

159. J-10 et J-11.

simplement irréaliste d'espérer que toutes les parties accepteront de recourir à l'expertise commune dans une situation où l'une d'elles est fortement avantagée par le régime d'expertises concurrentes. Dans un tel contexte, non seulement il ne sera pas possible pour l'avocat de convaincre son client d'y recourir, mais le fait même de tenter de le faire risque de nuire à sa relation avec ce dernier. Un juge a même douté de la légitimité de réclamer des avocats qu'ils convainquent leur client en pareilles circonstances¹⁶⁰.

Dans la mesure où l'un des rôles de l'avocat est de défendre les intérêts de son client et que ses propres intérêts économiques sont intrinsèquement liés à la satisfaction des besoins de ce dernier, il n'est pas très étonnant que certains avocats se montrent hostiles à l'expertise commune devant les tribunaux, même si personnellement ils sont d'avis qu'elle devrait être imposée plus fréquemment¹⁶¹.

La conclusion de l'expertise commune présente également des risques pour l'avocat. En effet, plusieurs participants interrogés disent redouter les conséquences accompagnant une expertise commune défavorable à leur client. Un des participants interrogés a noté que « si le résultat ne plaît pas au client, l'avocat en paie le prix »¹⁶². Il a été confirmé par un autre participant qu'en pareilles circonstances, l'avocat devra faire face à « beaucoup de frustrations auprès du client »¹⁶³. Or, cette perte de confiance complexifiera sa tâche dans la poursuite du dossier et l'exposera à des risques de sanctions de la part de son client¹⁶⁴.

Les avocats et juges interrogés ont retenu que les clients disposent de deux leviers pour sanctionner les comportements inappropriés des avocats : l'un économique, et l'autre déontologique. Ainsi, bien que le *Code de déontologie des avocats*¹⁶⁵ édicte que l'avocat doit maintenir une indépendance par rapport à ses clients¹⁶⁶, ce sont ces derniers qui le rémunèrent et assurent sa survie professionnelle. L'avocat possède un intérêt économique à satisfaire le client et, dans ce but, il doit se conformer à certaines de ses attentes et volontés¹⁶⁷. Le retrait

160. J-10.

161. Voir par ex A-1 et A-3.

162. A-7.

163. A-11.

164. *Ibid.*

165. *Code de déontologie des avocats*, RLRQ c B-1, r 3.1.

166. *Ibid.*, préambule et art 13.

167. J-1 et J-11.

du mandat, la crainte d'une mauvaise réputation, le non-paiement et la contestation des honoraires constituent différentes formes de sanctions économiques que le client peut utiliser pour contraindre l'avocat à agir à sa satisfaction.

Les entrevues ont également révélé que des craintes d'ordre déontologique pouvaient pousser les avocats à ne pas recommander l'expertise commune. Certains avocats ont dit redouter d'être visés par une plainte déontologique si l'expertise commune s'avérait préjudiciable au client ou ont observé la présence de cette crainte chez leurs confrères et consœurs¹⁶⁸. Comme nous l'avons énoncé préalablement, plusieurs clients tendent simplement à rejeter l'avis de l'expert commun, percevant ce dernier comme étant partial envers la partie adverse¹⁶⁹. Or, en raison du caractère déterminant de l'expertise commune, le client peut difficilement présenter une contre-expertise. Ainsi, non seulement perçoit-il que ses chances de succès ont diminué substantiellement, mais il estime aussi avoir été privé de la possibilité de présenter convenablement ce qu'il perçoit être la vérité. L'avocat qui a proposé l'expertise commune se trouve donc dans une position précaire, puisque son client peut chercher à le sanctionner pour l'avoir exposé à de tels risques. Ainsi, un participant interrogé a affirmé que « même si l'avocat a une obligation de moyens, le client croit qu'il a une obligation de résultat »¹⁷⁰.

Au final, si les avocats proposent rarement le recours à l'expertise commune à leurs clients, c'est parce que ces derniers se montrent normalement hostiles à l'idée et que la proposer expose les avocats à des risques économiques et déontologiques. Pour reprendre les termes utilisés par un juge interrogé : « ce n'est pas parce que les avocats ne comprennent pas le message qui leur est communiqué ; c'est, entre autres, parce que la situation et leur intérêt personnel ne leur rendent pas la tâche facile »¹⁷¹. Nos entrevues ont donc permis d'établir que proposer et utiliser l'expertise commune constituent souvent un pari risqué pour l'avocat, alors que l'expertise concurrente ne l'expose pas aux mêmes risques économiques et déontologiques.

168. Par ex A-2 et A-7.

169. Par ex A-11.

170. A-7. À noter qu'il est souvent difficile pour un avocat d'évaluer convenablement le risque encouru par la décision de faire appel à une expertise commune. En effet, dans certains litiges, les avocats ne peuvent évaluer les risques en l'absence de l'avis d'un expert.

171. J-11.

C. Facteurs procéduraux

Compte tenu de ce qui précède, il n'est guère surprenant que les expertises communes produites soient généralement le résultat d'impositions ou de « suggestions très musclées » de la part de la magistrature¹⁷². Il a même été affirmé que sans l'intervention des tribunaux, l'expertise commune ne serait tout simplement pas utilisée¹⁷³. Pour reprendre les termes d'un juge interrogé, « puisque les avocats s'entendent pour avoir leurs propres expertises, c'est à la cour de prendre l'initiative »¹⁷⁴. Pourtant, plusieurs juges interrogés ont fait face à de nombreux obstacles dans l'imposition de l'expertise commune. Ceux-ci ont dénoncé, d'une part, la formulation du *Code de procédure civile* de 2016 ainsi que son interprétation par la Cour d'appel du Québec et, d'autre part, certaines réalités qui empêchent souvent l'introduction de l'expertise commune en temps opportun.

1. Problématiques rattachées à la formulation du Code de procédure civile

Les principales dispositions qualifiées de « problématiques » par les juges interrogés sont les articles 17 et 158(2) Cpc¹⁷⁵. Selon l'un d'eux, l'article 17 Cpc constitue le « point d'ancrage des avocats qui ne veulent pas collaborer »¹⁷⁶. En effet, tel qu'indiqué par la Cour d'appel du Québec, l'expertise commune, par sa nature même, touche le principe de contradiction en limitant le contrôle des avocats sur le déroulement du procès et en comportant nécessairement un renoncement partiel, de la part des parties, à présenter une lecture des faits distincte de celle qui est proposée par l'expert commun¹⁷⁷.

172. J-8.

173. J-11.

174. J-5.

175. L'article 17 Cpc se lit ainsi :

Le tribunal ne peut se prononcer sur une demande ou, s'il agit d'office, prendre une mesure qui touche les droits d'une partie sans que celle-ci ait été entendue ou dûment appelée. Dans toute affaire contentieuse, les tribunaux doivent, même d'office, respecter le principe de la contradiction et veiller à le faire observer jusqu'à jugement et pendant l'exécution. Ils ne peuvent fonder leur décision sur des moyens dont les parties n'ont pas été à même de débattre.

Voir aussi, plus généralement, Piché, *supra* note 7 ; Mathieu Comeau, « L'expert commun et le respect de l'espace du débat judiciaire » dans Sylvette Guillemard, dir, *Le Code de procédure civile : quelles nouveautés ?*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2016 à la p 49.

176. J-4.

177. Voir *Développements Pierrefonds inc c Ville de Montréal*, 2020 QCCA 428 au para 13 [Pierrefonds].

Le positionnement de cet article a également été considéré comme problématique. En effet, il précède l'article 18 Cpc, qui énonce le principe de proportionnalité, ce qui incite les avocats à simplement donner préséance au principe de contradiction afin de justifier leur opposition à l'expertise commune¹⁷⁸. Si le succès de cette justification devant le tribunal n'est pas assuré, elle constitue une munition utile et efficace pour s'opposer à l'imposition de ce type d'expertise, ou pour brandir la menace d'en appeler.

Par ailleurs, l'article 158 Cpc, ainsi que la lecture qu'en a faite la Cour d'appel du Québec dans la décision *Webasto*¹⁷⁹, sont également mentionnés par les juges interrogés comme complexifiant l'imposition de l'expertise commune. Un juge participant explique que les critères d'imposition de l'expertise commune constituent dorénavant une « recette avec des menottes »¹⁸⁰, qui place les juges dans une situation « impossible »¹⁸¹. L'article 158 Cpc énonce les mesures de gestion pouvant être prises par les tribunaux dont une mesure relative à l'expertise commune¹⁸².

La Cour d'appel du Québec énonce dans *Webasto* que l'expertise commune ne saurait être imposée si la question que l'expert est appelé à trancher « constitue un facteur susceptible de se révéler déterminant »¹⁸³ et s'avère être une tâche complexe sur laquelle les opinions d'experts peuvent diverger¹⁸⁴. Ainsi, l'imposition d'une expertise commune requiert au moins :

178. J-4.

179. *Webasto c Transport TFI 6*, 2019 QCCA 342 [*Webasto*].

180. J-11.

181. *Ibid.*

182. L'article 158(2) Cpc se lit ainsi :

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

[...];

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

183. *Webasto*, *supra* note 179 au para 30.

184. *Ibid* au para 24.

- 1) une analyse de l'impact de l'expertise au regard du principe de proportionnalité¹⁸⁵;
- 2) une prise en compte du fait que les parties ont déjà traité avec un expert ou retenu ses services¹⁸⁶;
- 3) une évaluation de la complexité du dossier¹⁸⁷;
- 4) une évaluation de la présence d'écoles de pensée divergentes¹⁸⁸;
- 5) la détermination de l'importance de la question que l'expert commun est appelé à trancher¹⁸⁹;
- 6) l'assurance que l'imposition d'un expert commun n'engendrera pas « l'effet pervers de lui transférer la charge de décider du litige au[x] lieu et place du juge »¹⁹⁰.

Ces considérations sont problématiques. Premièrement, le second critère, soit le fait de prendre en compte les démarches que les parties ont déjà entreprises à l'égard d'experts, permet aux avocats récalcitrants de précipiter ces démarches dans le but unique de se soustraire à l'expertise commune. Tel que mentionné par un avocat interrogé : « Savez-vous ce que nous [les avocats] faisons pour éviter les expertes communes ? On les fait avant et on dit au juge “« On a déjà un expert ” »¹⁹¹.

Deuxièmement, en raison de l'étendue de ces critères, l'imposition de l'expertise commune constitue un processus difficile, laborieux et, surtout, chronophage pour les membres de la magistrature. Comme l'a dénoncé un juge interrogé :

Une mesure de gestion, c'est pour nous simplifier la vie et simplifier la vie de tout le monde, mais quand on est rendu à plaider une demande d'expertise unique, on vient de se rajouter une procédure et la jurisprudence et le juge est obligé d'écrire 10 pages [...]. [C]'est plus facile d'autoriser les expertises

185. *Ibid.*

186. *Ibid* au para 25.

187. *Ibid* aux para 33 et 35.

188. *Ibid* au para 34.

189. *Ibid* aux para 30–31.

190. *Ibid* au para 36.

191. A-15. Il convient de mentionner que dans l'affaire *Pierrefonds*, *supra* note 177, la Cour d'appel a précisé que ce motif n'est pas suffisant, en soi, pour empêcher l'imposition de l'expertise commune.

simples que d'imposer l'expertise unique parce que l'on travaille beaucoup plus à écrire des jugements là-dessus¹⁹².

Ainsi, si l'expertise commune permet, *in fine*, d'économiser les ressources du système de justice civile québécois, ce gain se fait souvent au détriment du juge gestionnaire.

Troisièmement, en rendant plus difficile et complexe l'imposition de l'expertise commune, la décision dans *Webasto* a eu comme conséquence de pousser plusieurs juges à ne plus imposer l'expertise commune parce qu'agir ainsi pouvait se révéler contre-productif¹⁹³. En effet, plusieurs juges disent craindre de faire infirmer leur décision par la Cour d'appel¹⁹⁴. L'imposition serait donc contre-productive en raison des coûts et des délais supplémentaires créés par cet appel¹⁹⁵. Encourager plutôt qu'imposer l'expertise commune limite les possibilités d'appel et les coûts qui y sont reliés¹⁹⁶. Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné, certaines parties n'ont tout simplement pas intérêt à recourir — ni à consentir! — à l'expertise commune en raison des avantages que leur procure le régime d'expertises concurrentes. À ce titre, se priver du mécanisme d'imposition, c'est courir le risque de renoncer à certains avantages procurés par l'expertise commune, dont le rééquilibrage des forces en présence.

2. Problématiques rattachées à l'introduction tardive de l'expertise commune

Certaines réalités procédurales empêchent les parties de bénéficier d'une expertise commune dès le début de l'instance. Dans plusieurs domaines, tels que les vices cachés ou la responsabilité médicale, l'expertise du demandeur précède très souvent l'introduction de l'instance. Sans expertise, le demandeur ne sait pas s'il peut poursuivre, quelle partie il doit poursuivre et quels montants il peut réclamer s'il poursuit¹⁹⁷. Or, il n'est pas toujours possible pour le demandeur de produire une expertise commune avant l'introduction de l'instance, ce qui empêche les parties d'y recourir d'un commun accord. En effet,

192. J-5.

193. J-4, J-8, J-9, J-10, J-11 et A-3.

194. Par ex J-5 et J-9.

195. J-11.

196. J-4 et J-9.

197. J-1, J-5 et J-11.

selon un juge interrogé, il est souvent impossible d'obtenir l'assentiment des parties à l'expertise commune avant l'instruction de l'action, puisque le défendeur exige du demandeur qu'il prouve la validité de son droit d'action comme condition à cette collaboration¹⁹⁸. Or, pour que le demandeur prouve ce droit d'action, il doit produire une expertise. De plus, bien qu'un juge interrogé ait mentionné qu'il était théoriquement possible que le défendeur reconnaisse comme étant commune l'expertise que le demandeur a mandaté, la crise de confiance à l'égard de l'objectivité des experts et la prééminence de la culture adversative rendent impossible toute ouverture de la part du défendeur, puisqu'il considérera cet expert comme étant « inféodé » aux désirs du demandeur¹⁹⁹. En d'autres termes, « c'est l'œuf ou la poule »²⁰⁰.

Dans de telles circonstances, les juges souhaitant imposer l'expertise commune se voient dans l'obligation de le faire au préjudice du demandeur qui a déjà produit son expertise. Malheureusement, dans bien des domaines, la partie demanderesse est celle qui dispose de moyens moindres. Ainsi, l'imposition de l'expertise commune ne permettra donc pas au demandeur de réaliser directement des économies. Aussi, les juges se montrent réticents à imposer l'expertise commune²⁰¹.

L'expertise commune fait donc face à certaines difficultés qui l'empêche d'être introduite au bon moment au sein du processus judiciaire afin que les parties puissent en tirer réellement profit. Pour la produire, il faut instruire l'action, mais pour instruire l'action, il faut produire une expertise. À ce titre, il sera nécessaire de mettre en place un mécanisme permettant de contrecarrer ce phénomène.

Étant donné ce qui précède, il est facile de comprendre pourquoi l'expertise commune est rarement utilisée. Sur les plans économique, déontologique, culturel et procédural, nous nous sommes dotés de mécanismes qui sanctionnent plus qu'ils ne récompensent les comportements que le *Code de procédure civile* prétend pourtant favoriser. La dissonance entre ce que prévoit le Code et ce que l'on observe en pratique n'a donc

198. J-5 et J-9.

199. J-11.

200. J-5.

201. J-5:

Écoutez, je me suis battu, mais il y a des fois que... « Monsieur le juge, je l'ai déjà l'expertise, mon pauvre client qui est tout pauvre... Pensez-vous que l'on va lui en imposer une deuxième ? » Alors on se dit : « en plus c'est le pauvre demandeur contre la grosse compagnie d'assurances qui s'en est payé un... » Est-ce qu'on va lui en imposer une demi-autre expertise ?

rien de particulièrement surprenant. Au contraire, ce qui est remarquable, c'est plutôt que plusieurs acteurs du système persèverent dans l'usage et la promotion de l'expertise commune malgré les risques et désavantages éventuels.

IV. VERS UNE RÉFORME DU RÉGIME D'EXPERTISE COMMUNE AU QUÉBEC

Compte tenu des réalités dont les participants à l'étude nous ont fait part, nous sommes d'avis que la promotion de l'expertise commune demeure malgré tout nécessaire. Le régime d'expertises concurrentes favorise des comportements qui, en pratique, érodent la pertinence même de l'expertise. Si certains des participants interrogés se sont montrés très sévères à l'égard de l'expertise commune, ils n'ont pas été particulièrement plus indulgents à l'égard du régime d'expertises concurrentes. S'il est également vrai que plusieurs avocats interrogés disent préférer travailler avec des experts concurrents, presque tous les participants ont affirmé que les expertises produites devant les tribunaux étaient majoritairement partiales, sauf lorsqu'elles étaient communes²⁰². Selon la Cour suprême du Canada, « [l']objectif ultime d'un procès, criminel ou civil, doit être la recherche et la découverte de la vérité »²⁰³. Le rôle des juges est donc de déterminer la vérité. Or, pour remplir ce rôle, la production d'expertises impartiales capables d'éclairer la magistrature est non seulement désirable, mais nécessaire. Le fait d'énoncer dans le *Code de procédure civile* que les experts ont un devoir d'objectivité et d'impartialité ne suffit pas à remplir cet objectif. De plus, les balises mises en place au sein du régime d'expertises concurrentes pour s'assurer de l'impartialité des experts, telles que de laisser aux juges le soin de dénoncer un expert dans leurs motifs écrits, se révèlent insuffisantes. Les juges sont peu enclins à dénoncer des experts et, surtout, nos experts participants observent que leurs confrères et consœurs ne craignent pas ces dénonciations²⁰⁴.

Promouvoir l'expertise commune ne sera pas tâche facile tant la résistance à son égard est forte. Pour créer un système plus accessible, plus efficace et plus juste, l'expertise commune ne peut être imposée

202. Par ex J-2, J-3, J-6, J-7, J-10, E-2, E-3, E-4, E-6, A-6, A-7 et A-8.

203. *R c Nikolovski*, [1996] 3 RCS 1197 au para 131, 1996 CanLII 158 (CSC); *Pétrolière Impériale c Jacques*, 2014 CSC 66 au para 24, [2014] 3 RCS 287.

204. E-3 et E-4.

inconditionnellement. Il faut chercher à accroître son usage afin que les justiciables puissent s'y habituer et afin de réduire certaines des craintes qui y sont associées.

Trois pistes de solution visant à promouvoir l'expertise commune sont à explorer, selon nous, soit : la mise en place d'incitatifs à utiliser l'expertise commune (A), l'intégration de mécanismes visant à décourager l'expertise concurrente (B) et la facilitation de l'imposition de l'expertise commune par les tribunaux (C).

A. Mise en place d'incitatifs à utiliser l'expertise commune

1. Création d'une banque d'experts

L'idée de créer et de publiciser une banque d'experts reconnus par des organismes indépendants a été énoncée par plusieurs participants²⁰⁵, même si aucun consensus n'existe quant aux caractéristiques que doit avoir cette banque²⁰⁶. Certains ont suggéré qu'elle devrait être créée par les tribunaux²⁰⁷. D'autres ont proposé qu'elle soit créée par un centre d'expertise technico-légal indépendant²⁰⁸ ou par le gouvernement²⁰⁹. D'autres encore ont suggéré qu'elle soit créée par les ordres professionnels²¹⁰ ou au terme d'une collaboration entre le Barreau et la magistrature²¹¹.

L'organisation génératrice de cette banque devra fixer les qualifications et les conditions nécessaires pour qu'un expert y soit inscrit. À titre d'exemple, l'inscription sur la liste pourrait être conditionnelle à ce que l'expert suive des formations lui enseignant ses devoirs à l'égard du tribunal ou lui permettant de mieux saisir son rôle lorsqu'il est appelé à travailler à titre d'expert commun. Elle pourrait également être conditionnelle à un engagement à promouvoir l'expertise commune directement auprès des clients et à se soumettre à une vérification d'antécédents judiciaires et disciplinaires ou de conflits d'intérêts. L'expert pourrait aussi avoir à identifier publiquement les dossiers sur lesquels il a été appelé à travailler. Néanmoins, prohiber le recours aux

205. A-3, A-5, A-6, A-9, A-13, J-2, J-7, E-3 et E-6.

206. A-3, A-5, A-6, A-9, A-13, J-2, J-7, E-3, E-4 et E-6.

207. E-4, A-13 et J-2.

208. E-3.

209. *Ibid.*

210. A-9 et J-2.

211. *Ibid.*

experts qui ne figureraient pas dans la banque n'est pas envisageable. En effet, celle-ci ne peut espérer incorporer toutes les expertises qui pourraient être requises devant les tribunaux.

Cette proposition peut répondre à plusieurs problématiques susmentionnées, surtout si la banque est créée par un organisme capable d'inspirer la confiance, ou encore par un tribunal ou un ordre professionnel²¹². De fait, les avocats entretiennent plusieurs craintes à l'égard de la compétence des experts, lesquelles entraînent des réticences à les utiliser à titre d'expert commun²¹³. La banque peut contribuer à dissiper certains doutes à cet égard, puisqu'elle permet aux experts de rendre public le fait qu'ils répondent à certains critères d'impartialité et de qualité²¹⁴. Pour la même raison, l'avocat de la partie adverse pourrait se montrer plus disposé à accepter la proposition d'utiliser l'expertise commune. La présence du nom de l'expert commun dans la banque pourrait d'ailleurs faciliter la défense d'un avocat visé par des plaintes déontologiques. Ainsi, cette proposition vise à bâtir une plus grande confiance entre les avocats, les clients et les experts. Elle contribue également à modifier les perceptions des clients à l'égard de ces derniers. En effet, le fait que la banque soit publiée par une entité impartiale et indépendante, comme un tribunal, projette l'idée que l'expert répond à ces exigences d'impartialité et d'indépendance. Au surplus, avocats et clients pourraient se montrer plus réticents à inciter les experts à modifier leurs rapports dans de telles circonstances. Bref, cette proposition répond directement aux craintes et aux appréhensions de plusieurs acteurs juridiques et permet de bâtir la confiance nécessaire pour modifier leurs pratiques.

Fait intéressant, la crainte d'être retiré de la banque peut également être mobilisée afin de s'assurer que l'expert soit loyal au tribunal d'abord, et aux parties ensuite. Retirer un expert de la liste représente une petite sanction visant à motiver ceux-ci à faire preuve d'une plus grande objectivité.

La visibilité procurée par la banque pourra permettre aux experts d'avoir accès à une clientèle plus diversifiée, dissipant d'autant la tentation de satisfaire inconditionnellement les désirs du client dans l'espoir d'être réembauchés. De plus, la banque permettra aux avocats

212. E-4, A-9, A-13 et J-2.

213. Par ex A-7.

214. Par ex A-13.

et aux justiciables non représentés d'identifier les professionnels qui peuvent témoigner devant le tribunal et qui sont compétents pour remplir le rôle d'expert²¹⁵. En outre, un avocat interrogé a émis l'opinion que les avocats auront probablement moins tendance à réutiliser les mêmes experts en présence d'une telle banque d'experts²¹⁶. Il est également possible de s'inspirer des banques d'experts qui existent dans les juridictions française et britannique. En Grande-Bretagne, des répertoires d'experts sont publiés par des organismes à but non lucratif comme l'Expert Witness Institute²¹⁷. Les experts inscrits dans le répertoire de cet institut doivent répondre à certaines normes de qualité. En effet, on y affirme que :

[notre traduction] Les experts figurant dans le répertoire apparaissant dans les catégories «*fellow*» ou «individus» ont fait l'objet d'une vérification complète. Nous avons vérifié leurs références professionnelles et nous nous sommes assurés que les rapports qu'ils ont rédigés sont d'excellente qualité et conformes à la réglementation en vigueur²¹⁸.

En France, il existe non seulement une liste nationale des experts, mais également des listes pour les cours d'appel²¹⁹. L'inscription d'un expert sur ces listes est conditionnelle, entre autres, au fait de «n'avoir pas été l'auteur de faits ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation»²²⁰, de «n'exercer aucune activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise»²²¹, et d'avoir exercé sa profession «pendant un temps suffisant»²²². Ces experts doivent également se soumettre à un processus disciplinaire et peuvent être radiés de ces listes²²³. Il faut noter cependant que le traitement des expertises dans le système

215. A-3 et J-5

216. A-3.

217. Expert Witness Institute – Find an Expert, «About», en ligne : <www.ewi.org.uk/Find-an-Expert>.

218. *Ibid.*

219. Décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires, art 1 [Décret n° 2004-1463], et Cour de cassation, «Experts agréés par les cours d'appel», (2021), en ligne : <www.courdecassation.fr/trouver-un-expert-agree/experts-agrees-par-les-cours-dappel>.

220. Décret n° 2004-1463, *supra* note 219, art 2.

221. *Ibid.* Voir aussi Renaud Bouvet, «L'indépendance de l'expert» (2015) 28:1 R Jur Ouest 61.

222. Décret n° 2004-1463, *supra* note 219, art 1.

223. *Ibid.*, art 30.

français se distingue du nôtre à maints égards. Les listes susmentionnées désignent des *experts judiciaires*, lesquels sont désignés par un juge et non choisis par les parties²²⁴. Ces dernières peuvent toutefois embaucher leur propre expert. Il n'est pas interdit pour un professionnel figurant dans l'une de ces listes de travailler pour une partie²²⁵. Cependant, en pratique, les juges tendent à valoriser davantage les *expertises judiciaires* que les expertises privées²²⁶, qui sont « habituellement difficiles à faire valoir, car les magistrats préjugent de la partialité de l'expert privé, rémunéré par celui qui l'a sollicité »²²⁷.

Il est difficile de prévoir quels seraient les coûts d'une telle banque d'experts. En outre, l'établissement d'une banque qui se contente de publier les noms des experts ayant exprimé un désir de témoigner devant une cour, sans vérification de leurs antécédents ou de leurs compétences, risque d'être moins cher que la création d'une banque qui garantit que ses membres répondent à certains critères de compétence, d'indépendance et d'impartialité.

2. Présence des clients en conférence de gestion d'instance

Certains de nos participants ont suggéré d'imposer ou de favoriser la présence des clients dans les conférences de gestion²²⁸. Ainsi, le juge pourra s'adresser directement aux clients afin de promouvoir l'usage de l'expertise commune. En effet, tel que souligné ci-haut, les clients se méfient de l'expertise commune. Or, si cette dernière était proposée directement par la magistrature, les clients pourraient être plus enclins à l'utiliser en raison du respect accordé aux juges et à leur impartialité²²⁹. Si cette proposition pouvait paraître irréaliste jusqu'à tout récemment en raison des coûts et des difficultés logistiques qui y sont associés, l'épidémie de la COVID-19 a permis de normaliser l'usage de vidéoconférences dans le système judiciaire.

224. Cédric Chapelle, *L'expertise civile à l'épreuve des droits fondamentaux*, thèse de doctorat, Université Côte d'Azur, 2018 aux pp 6–8 et 11 [non publiée].

225. *Ibid* aux pp 10–11.

226. *Ibid* à la p 220.

227. Hélène Romano et Annie Soussy, « Chapitre 6: Les expertises » dans Hélène Romano, dir, *Accompagner en justice l'enfant victime de maltraitance ou d'accident*, Paris, Dunod, 2017 à la p 140.

228. A-3 et J-9.

229. *Ibid*.

B. Découragement de l'expertise concurrente

L'un des principaux problèmes affligeant l'expertise commune est le fait que refuser d'y recourir engendre rarement des conséquences négatives pour les parties. Or, tel qu'identifié, l'expertise commune opère dans un système où certaines parties sont avantagées par le régime d'expertises concurrentes. Le refus de l'expertise commune étant le plus souvent sans conséquence, il est peu étonnant de voir qu'on refuse la plupart du temps d'y participer. De plus, nos entrevues montrent clairement que si l'expertise commune est généralement bénéfique pour le système judiciaire, la situation est plus nuancée pour les parties qui perçoivent souvent que l'expertise commune n'est pas nécessairement bénéfique à leur cause ou représente une option trop risquée. Conséquemment, l'expertise commune découle principalement de l'intervention des juges. Or, imposer l'expertise commune est un exercice complexe pour la magistrature.

1. Sanction du refus de recourir à l'expertise commune

Il faut donc se doter de mécanismes qui pourraient sanctionner tout refus de participer à l'expertise commune, et ce, dès la connaissance d'une problématique qui requiert une expertise. Un juge interrogé a donc proposé le mécanisme suivant²³⁰. En présence d'un vice de construction, par exemple, un demandeur potentiel pourrait inviter le défendeur potentiel à recourir à une expertise commune. Si cette expertise commune conclut à l'absence de vice, le demandeur potentiel devra rembourser la part qui a été payée par le défendeur potentiel pour réaliser l'expertise commune. En présence d'un vice, toutefois, l'expertise commune sera la seule expertise qui pourra être produite devant le tribunal. En revanche, si le défendeur potentiel refuse de participer à l'expertise, il devra renoncer à toute production ultérieure d'expertises uniques et ne pourra récupérer ses propres frais d'expertise, même s'il obtient gain de cause devant les tribunaux²³¹. Cette proposition a l'avantage de répondre à la fois aux difficultés qui empêchent les parties de produire une expertise commune en temps opportun et de prévoir des conséquences au refus de participer à l'expertise commune.

230. J-5.

231. *Ibid.*

Cependant, nous proposons d'adopter une position plus simple, quoique plus radicale. Nous sommes d'avis que tout refus d'une proposition sérieuse de participer à une expertise commune devrait automatiquement être pris en compte lors du calcul des dépens du dossier²³². Ainsi, une partie refusant de participer à l'expertise commune ne pourra pas se faire rembourser ses propres frais d'expertise, même si elle gagne sa cause.

Il conviendra toutefois de bien définir ce que signifie une « proposition sérieuse de participer à l'expertise commune ». D'une part, ce mécanisme devra être en mesure de sanctionner les parties ayant refusé de participer, même si ce refus intervient avant la judiciarisation du conflit. D'autre part, il faudra également fixer des balises afin de veiller à ce que certaines parties ne puissent en abuser. À titre d'exemple, une partie ne devrait pas profiter du mécanisme si elle offre d'y participer, mais seulement à la condition qu'un expert en particulier soit choisi à titre d'expert commun. De la même manière, un demandeur qui refuse de participer au processus parce qu'il a déjà produit son expertise avant la judiciarisation du dossier ne devrait pas automatiquement être sanctionné pour ce refus.

Cette proposition a également comme avantages d'imposer des conséquences au refus d'utiliser l'expertise commune et de faciliter l'introduction de l'expertise commune en temps opportun. Elle n'a d'effet draconien ni sur le processus contradictoire ni sur le principe en vertu duquel les parties sont maîtres de leur preuve. La mesure s'inscrit simplement dans l'esprit du premier alinéa de l'article 341 Cpc, qui permet au juge d'ordonner « à la partie qui a eu gain de cause de payer les frais de justice engagés par une autre partie s'il estime qu'elle n'a pas respecté adéquatement le principe de proportionnalité »²³³.

2. Promotion de la gestion particulière

Les entrevues ont montré que ce sont les juges qui ont le plus intérêt à assurer le respect du principe de proportionnalité et qui sont les mieux positionnés pour ce faire. Souvent tiraillés entre les différentes conceptions de leur rôle, les avocats sont parfois trop réceptifs aux attentes de leurs clients pour appliquer efficacement ce principe. À cet égard, certains juges et avocats ont proposé que la solution aux maux

232. A-5.

233. Art 341 Cpc.

du système judiciaire puisse passer par une gestion plus active et plus serrée des dossiers par les tribunaux²³⁴. L'un des objectifs de cette proposition est de permettre aux juges d'imposer plus rapidement et plus facilement l'expertise commune.

Un participant interrogé a donc proposé de prévoir la rédaction d'un « avis d'intention de poursuivre »²³⁵ afin que les tribunaux puissent intervenir plus rapidement dans un dossier. Selon cette proposition, un demandeur potentiel enverrait un avis à la partie adverse et au tribunal, avant l'introduction de la demande introductive d'instance, déclenchant ainsi automatiquement une rencontre avec un juge. Ce dernier serait appelé à trier les dossiers afin d'envoyer en gestion particulière les dossiers plus complexes et de favoriser des pratiques plus conciliatrices, comme l'usage de l'expertise commune, dans les autres dossiers. Ainsi, les tribunaux pourraient imposer le respect du principe de proportionnalité avant même que les parties ne déboursent des montants élevés et qu'une partie n'engage un expert. Un autre avantage de cette proposition est qu'elle peut être testée comme projet pilote, quoiqu'elle comporte deux désavantages majeurs : elle exige une allocation plus importante de ressources judiciaires et présume que les parties connaîtront l'outil avant d'embaucher l'expert. En effet, certains participants ont indiqué que, parfois, l'expert est engagé avant même qu'un avocat ne soit saisi du dossier²³⁶.

D'autres encore souhaitent que les causes soient gérées plus fréquemment par les tribunaux afin que l'on puisse veiller au respect du principe de la proportionnalité²³⁷. Plusieurs participants interrogés ont critiqué cette proposition²³⁸. Par exemple, certains ont noté que les ressources du système de justice ne permettraient probablement pas d'imposer plus de gestion²³⁹. D'autres encore ont mentionné que trop de gestion pouvait, au contraire, ralentir l'instance et entraîner plus de frais pour les parties²⁴⁰. Finalement, des juges ont remarqué que lorsque le tribunal est appelé à faire de la gestion, les avocats ne se

234. J-5, J-8, J-9, A-3, A-9 et A-14.

235. J-11.

236. A-7 et A-10.

237. A-3, A-12 et J-8.

238. J-1, J-2, J-4, J-11, A-7 et A-10.

239. J-1, J-2, J-4, J-11 et A-7.

240. J-1, J-2 et A-10.

préoccupent parfois plus d'administrer le dossier et ne communiquent plus entre eux, aggravant ainsi les problèmes.

À bien des égards, cette proposition rejoint celles que Lord Woolf a formulées dans son rapport de 1996, lequel a servi de fondement à la réforme de la procédure civile au Royaume-Uni en 1998-1999²⁴¹. Le rapport proposait que la magistrature fasse une plus grande gestion des dossiers, ce qui permettrait d'accroître l'accessibilité et l'efficacité du processus judiciaire²⁴², en plus de le rendre plus équitable, car elle limiterait les possibilités d'instrumentaliser les délais et les dépenses judiciaires qui permettent aux parties plus fortunées d'épuiser leurs adversaires²⁴³. Or, si la réforme Woolf est généralement perçue comme ayant permis de créer un système de justice plus juste et plus abordable²⁴⁴, la question de savoir si l'augmentation de la gestion particulière s'est avérée bénéfique est plus controversée. D'une part, la gestion particulière exigerait des parties qu'elles déboursent des montants supplémentaires²⁴⁵. En même temps, elle faciliterait les règlements à l'amiable et assurerait un meilleur partage de l'information entre les parties²⁴⁶. Or, il est difficile de savoir si la gestion particulière a permis un usage plus fréquent de l'expertise commune au Royaume-Uni, puisque même à la suite des réformes Woolf, ce type d'expertise reste surtout limité aux petites créances²⁴⁷.

3. Élimination de la gestion à relais

Quelques avocats ont recensé les maux causés par la gestion à relais dans le système judiciaire. Ainsi, il n'est pas rare que plusieurs juges

241. Les propositions du rapport Woolf ont été mises en œuvre en 1999 par les *Civil Procedure Rules* de 1998. Voir Rupert M Jackson et Great Britain Ministry of Justice, Royal Courts of Justice, *Review of Civil Litigation Costs: Preliminary Report*, vol 10, Londres, 2009 à la p 1.

242. Evan Bell, « Judicial Case Management » (2009) 2 Irish Judicial Studies Institute J 76 aux pp 77–78, citant Lord Harry Woolf, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, Londres, HMSO, 1996, c 1 au para 4.

243. *Ibid.*

244. Jackson et Great Britain Ministry of Justice Royal Courts of Justice, *supra* note 241 à la p 1 ; Anthony Clarke, « The Role of the Expert After Woolf » (2008) 14:3 Clinical Risk 85–92.

245. Jackson et Great Britain Ministry of Justice Royal Courts of Justice, *supra* note 241 aux pp 1–2.

246. *Ibid.*

247. Robin Jacob, « Experts and Woolf: Have Things Got Better ? » dans Déirdre Dwyer, dir, *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, Oxford, Oxford University Press, 2009 aux pp 296–297.

soient appelés à gérer un même dossier. Des avocats ont mentionné les coûts en temps et en argent associés au fait de devoir réexpliquer la cause dès qu'un nouveau juge se présente pour gérer un dossier²⁴⁸. Des juges ont plutôt souligné qu'avant de pouvoir bien gérer, il faut « plonger dans le dossier, puis s'approprier le dossier »²⁴⁹. Ce processus est difficile à réaliser dans la situation actuelle, qui exige du juge qu'il prenne rapidement connaissance du dossier. À ce titre, l'élimination de la gestion à relais permettrait au juge d'avoir un « portrait plus global »²⁵⁰ afin de déceler plus aisément à quel moment il doit imposer l'expertise commune²⁵¹. De plus, il a été relevé que la gestion particulière réalisée par un seul juge favorisait les règlements²⁵².

En revanche, les participants ne sont pas unanimes quant à la question de savoir si le juge de gestion doit également être assigné comme juge au procès. Bien sûr, occuper les deux fonctions pourrait se révéler plus économique en temps et en ressources, car au moment du procès, le juge aurait déjà pris connaissance de certains éléments du litige. De plus, un juge interrogé a remarqué que cette formule faciliterait une gestion plus active et efficace, puisque lors de la gestion, le juge saurait quels sont les besoins du juge au procès²⁵³. Cependant, une telle assignation est plus complexe à mettre en place et il a été proposé qu'elle pourrait diminuer l'acceptabilité des décisions de justice par les usagers du système²⁵⁴.

L'élimination de la « gestion par relais », bien que privilégiée par un bon nombre de participants²⁵⁵, a été considérée comme étant peu réaliste en raison du manque de ressources²⁵⁶. Cependant, l'usage croissant de vidéoconférences présente de nouvelles possibilités en matière de gestion²⁵⁷.

248. Voir, par ex A-7 et A-14.

249. J-5.

250. J-8.

251. *Ibid.*

252. A-7.

253. J-8.

254. J-7.

255. J-3, J-5, J-8, A-3 et A-7.

256. J-1, J-2, J-4, J-10 et J-11.

257. J-7.

C. Imposition de l'expertise commune dans certaines circonstances

Il a également été suggéré d'imposer l'expertise commune dans certaines circonstances précises²⁵⁸. Nous proposons de limiter cette possibilité à deux types d'expertise, soit : (1) les expertises portant sur des montants, comme des évaluations d'actifs ou de dommages, et (2) les expertises entre codéfendeurs. De plus, nous proposons d'imposer un seuil monétaire au-delà duquel les parties pourront utiliser des expertises concurrentes, un peu à la manière des limites prévues par le *Code de procédure civile* relativement aux interrogatoires préalables²⁵⁹.

Certains avocats ont affirmé être plus à l'aise de laisser les questions d'évaluation de montants à l'expertise commune puisque, selon eux, les juges peuvent plus aisément se distancier des conclusions d'une expertise qui porte uniquement sur des montants²⁶⁰. Pour reprendre les termes d'un avocat interrogé, ces expertises sont généralement « un peu moins techniques [...] ». [S]i les juges veulent arbitrer, ils vont arbitrer²⁶¹. En fait, ces expertises ne touchent généralement pas l'issue du dossier, en ce qu'elles ne déterminent pas la responsabilité des parties et ne se prononcent pas nécessairement sur les faits relatifs au litige. Ensuite, plusieurs participants interrogés ont noté que les experts effectuant ces évaluations, qui sont très souvent des firmes comptables, bénéficient de bonnes réputations et inspirent davantage confiance aux avocats que les experts d'autres domaines d'expertise²⁶². Finalement, plusieurs ont souligné que favoriser l'expertise commune sur les dommages facilite le règlement à l'amiable des litiges²⁶³.

Les expertises communes entre codéfendeurs, quant à elles, sont privilégiées surtout parce qu'elles permettent de faciliter la gestion du procès²⁶⁴. Le fait qu'un litige réunisse plusieurs codéfendeurs n'implique pas que le juge au procès ait besoin de recevoir plusieurs expertises distinctes pour la même situation, surtout si plusieurs d'entre elles ne font que réitérer les mêmes conclusions. L'imposition de l'expertise commune en pareilles circonstances permet, entre autres, d'économiser

258. A-4 et J-5. Voir également A-1, qui a proposé de l'imposer en toutes circonstances.

259. Voir par ex art 229 Cpc.

260. A-10, A-11 et A-15.

261. A-15.

262. A-11, A-13 et J-10.

263. A-7, J-1, J-3, J-5, A-12, E-1, E-3 et A-10.

264. J-6 et A-15.

des ressources puisque le tribunal n'a pas à analyser plusieurs expertises²⁶⁵. Cependant, certaines exceptions doivent être prévues, notamment parce que les codéfendeurs ne partagent pas toujours les mêmes intérêts. Ainsi, il pourra se révéler nécessaire de permettre une contre-expertise sur les aspects qui concernent les codéfendeurs disposant d'intérêts divergents et qu'on ne souhaite pas contester²⁶⁶.

L'imposition de ces mesures ne fait pas l'unanimité chez les participants interrogés. Certains ont soulevé que de limiter l'usage de l'expertise commune à ces seules circonstances constituerait une mesure trop timide²⁶⁷, alors que d'autres ont avancé que l'imposition serait trop intrusive²⁶⁸. Cette mesure réclame également plusieurs adaptations. D'une part, il sera nécessaire de modifier le protocole d'instance afin que les avocats y séparent les expertises portant sur la responsabilité de celles évaluant les dommages²⁶⁹. D'autre part, il pourrait se révéler nécessaire de modifier le *Code de procédure civile* afin d'incorporer ces nouvelles règles et de clarifier les exceptions dont les parties pourront bénéficier. Le principal désavantage de cette proposition est qu'elle pourrait se traduire par un usage accru des *shadow experts*²⁷⁰. Toutefois, les parties pourraient être découragées d'avoir recours à l'expertise commune parce que l'incidence de celle-ci sur les chances de succès du litige est minimale. L'imposition d'un seuil monétaire au-delà duquel les parties pourront utiliser des expertises concurrentes vise justement à s'assurer que les parties ne soient pas incitées à utiliser ces *shadow experts*.

CONCLUSION

En somme, les participants à notre étude ont peint un portrait assez critique du régime d'expertise dans l'instance civile et des réformes proposées par le législateur pour y remédier. Rares sont ceux qui ont soutenu que les experts dans le régime d'expertises concurrentes respectent adéquatement leurs devoirs d'indépendance, d'impartialité et d'objectivité²⁷¹. Plusieurs se sont montrés hésitants quant au régime

265. A-15.

266. A-15.

267. J-5.

268. A-5, A-12 et A-15.

269. J-4.

270. A-12.

271. A-5, par exemple, a soutenu qu'il n'avait pas rencontré d'experts clairement partisans. La plupart des participants ont affirmé l'inverse. Voir par ex J-2, J-3, J-6, J-7, J-10, E-2, E-3, E-6, A-6,

d'expertise commune, alors que celui-ci pourrait contribuer à garantir un système plus rapide, moins coûteux et, surtout, plus objectif.

Nous sommes d'avis que la résistance à l'expertise commune découle de la présence de mécanismes systémiques, ainsi que de problèmes de perception des acteurs. Ainsi, si l'expertise commune n'est pas souvent utilisée, c'est surtout parce que nous nous sommes dotés d'un système qui désavantage ceux qui désirent y recourir. De plus, à bien des égards, le législateur a choisi l'expertise commune comme une solution aux maux du système sans avoir pris suffisamment en considération comment ces mêmes maux pourraient avoir une incidence sur l'implémentation de l'expertise commune. Si les acteurs rejettent l'usage de l'expertise commune, c'est en grande partie parce que la fonction d'expert, en soi, souffre d'un manque de légitimité. Nous ne pouvons raisonnablement nous attendre des justiciables qu'ils fassent confiance, du jour au lendemain, aux jugements de ceux qui sont très souvent dénoncés pour leur manque d'objectivité.

Il convient également de rappeler que plusieurs difficultés susmentionnées, telles l'incapacité des juges à « exercer un véritable contrôle sur la preuve »²⁷² et la culture adversative, ont été dénoncées bien avant la réforme de 2016. Celles-ci avaient, en effet, été directement relevées par le juge Morissette comme deux des principales causes de l'échec de la réforme du *Code de procédure civile* de 2002²⁷³. Pour que les expertises produites soient plus objectives, il faudra non seulement favoriser officiellement les comportements soucieux du respect du principe de proportionnalité²⁷⁴, mais surtout mettre en place des mécanismes qui les favoriseront. Les réformes proposées par nos participants constituent des méthodes, pour la plupart assez modestes, permettant de contribuer à un changement des mentalités et à un contrôle accru des tribunaux sur la preuve. D'autres mesures efficaces existent, telle la conciliation des expertises, laquelle fera l'objet d'un prochain article. Dans l'intervalle, il nous faut espérer voir s'opérer le changement structurel fondamental espéré depuis la dernière réforme majeure du *Code de procédure civile* en 2016

A-7 et A-8, qui ont tous clairement signalé un nombre important d'expertises partiales dans le processus judiciaire.

272. Yves-Marie Morissette, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions » (2009) 50:2 C de D 381 à la p 412.

273. *Ibid* aux pp 412–413.

274. Voir aussi Piché, *supra* note 7 à la p 385.

Projet Accès au Droit et à la Justice**Chantier 8 – Fonction de l'expertise en matière judiciaire**

ANNEXE 1 – CANEVAS D'ENTREVUE (DESTINÉ AUX AVOCATS ET AUX JUGES)

A. Identification des participants

- Quelles fonctions exercez-vous ? Depuis quand ?
- Dans quel(s) domaine(s) du droit pratiquez-vous principalement ?

B. Questions générales sur l'expertise

- De manière générale, comment expliqueriez-vous le rôle de l'expert dans l'instance civile aujourd'hui ?
- Quel est votre point de vue à propos de l'expertise commune ?
- Selon votre perception, est-ce que l'expertise commune est prioritaire en vertu du nouveau *Code de procédure civile* ?
- Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code, est-ce que vous avez changé vos pratiques relativement à l'utilisation des services d'experts communs ?
- De manière générale, selon votre perception, est-ce que l'expertise commune est souvent utilisée ? Sinon, pourquoi ?
- Avez-vous été dans une situation où l'expertise commune a été proposée ou ordonnée dans un dossier ?
 - Dans quel contexte ?
 - Qui a proposé l'utilisation de l'expertise commune ?
 - Procéduralement parlant, qu'est-ce qui s'est passé ?
- Quel est votre point de vue à propos de la conciliation des expertises (240 Cpc) ?
- Selon vous, quelle est la place du client par rapport à l'utilisation des services d'experts ?
- Avez-vous des idées de solutions pour simplifier ou faciliter le travail des experts dans le système de justice ?
- Auriez-vous un élément à aborder ou un commentaire à ajouter que vous n'avez pas eu l'occasion de formuler durant l'entrevue ?

Projet Accès au Droit et à la Justice**Chantier 8 – Fonction de l'expertise en matière judiciaire****ANNEXE 2 – CANEVAS D'ENTREVUE
(DESTINÉ AUX EXPERTS)****A. Identification des participants**

- Quelles fonctions exercez-vous ? Depuis quand ?
- Êtes-vous membre d'un ordre professionnel ? Si oui, lequel ? Sinon, êtes-vous membre d'une autre association relativement à votre occupation ?
- Agissez-vous souvent comme expert ? Depuis quand ?
- Avez-vous suivi une formation particulière pour agir comme expert ?

B. Questions générales sur l'expertise

- De manière générale, comment expliqueriez-vous le rôle de l'expert dans l'instance civile aujourd'hui ?
- Comment voyez-vous votre rôle ?
- Combien de fois avez-vous été appelé à agir comme témoin expert devant la Cour ?
- Au cours des dernières années, avez-vous entendu parler d'une réforme de la procédure civile, de nouvelles règles qui auraient un impact sur votre manière d'agir ou de travailler comme expert ?
- La conception de votre rôle depuis vos débuts en tant qu'expert a-t-elle évolué dans le temps ?
- Quels sont les plus grands défis ou difficultés auxquels vous avez fait face en tant qu'expert ?
- Avez-vous déjà agi comme expert commun ?
- Si oui, décrivez-nous votre expérience et donnez-nous votre opinion quant à celle-ci ? Sinon, à première vue, quelle est votre opinion quant à cette nouvelle manière de procéder ?
- Les ordres professionnels ont-ils un rôle ?
- Avez-vous participé à une conciliation des expertises ?
- Avez-vous des idées de solutions pour simplifier ou faciliter le travail des experts dans le système de justice ?