

# LES COMMUNICATIONS ENTRE LES AVOCATS ET LES EXPERTS

Par Marc McAree,\* Robert Woon\*\* et Anand Srivastava\*\*\*

Symposium sur l'environnement au tribunal :  
les questions de preuve dans les poursuites et les procès en matière d'environnement

6 et 7 mars 2015  
Université de Calgary

This project was undertaken with the financial support of:



Ce projet a été réalisé avec l'appui financier de :



THE CANADIAN  
BAR ASSOCIATION  
L'ASSOCIATION DU  
BARREAU CANADIEN

INFLUENCE. LEADERSHIP. PROTECTION.



Canadian Institute of Resources Law  
Institut canadien du droit des ressources



UNIVERSITY OF CALGARY  
FACULTY OF LAW

\*Marc McAree est associé du cabinet Willms & Shier Environmental Lawyers LLP de Toronto. Il détient l'agrément de spécialiste en droit environnemental du Barreau du Haut-Canada.

\*\*Robert Woon est associé du cabinet Willms & Shier Environmental Lawyers LLP. Robert a auparavant effectué son stage auprès de ce cabinet et y a occupé un emploi d'été.

\*\*\*Anand Srivastava a occupé un emploi d'été en 2014 chez Willms & Shier Environmental Lawyers LLP. Anand reviendra au cabinet en 2015 et 2016 pour y effectuer ses stages.

L'Institut canadien du droit des ressources favorise l'accessibilité, la diffusion et l'échange des renseignements publics. Vous êtes autorisé à copier, à diffuser, à afficher, à télécharger et, par ailleurs, à traiter cet ouvrage librement, moyennant les conditions suivantes :

- (1) Vous devez mentionner la source de cet ouvrage;
- (2) Vous ne pouvez modifier cet ouvrage;
- (3) Vous ne pouvez en faire un usage commercial sans le consentement écrit préalable de l'Institut.

Tous droits réservés © 2015

## INTRODUCTION

La jurisprudence canadienne sur la communication acceptable entre les avocats et les experts est imprécise et ne fait pas l'objet d'un examen en appel. Le problème s'est le plus souvent posé lorsqu'un avocat a demandé à la partie adverse de divulguer la teneur de ses communications avec son expert, notamment celles qui entouraient la version préliminaire du rapport d'expert. Le droit en vigueur sur les communications acceptables avec un expert croise celui de la divulgation et des communications privilégiées. Comme on le rapporte ci-dessous, les tribunaux ont eu de la difficulté à trouver un équilibre entre ces intérêts, ce qui a mené à des résultats mitigés.

## JURISPRUDENCE REMONTANT À 1979

En 1979, dans l'affaire *T. Eaton Co. c. Neil J. Buchanan Ltd.*, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, sous la plume du juge Hart, s'est exprimée ainsi :

[TRADUCTION] Il me semble tout à fait logique que si une partie souhaite s'appuyer sur le témoignage de son expert et qu'elle renonce au privilège, alors elle a certainement eu l'intention que cette renonciation s'étende à ses discussions avec l'expert qui forment la base de son rapport. Il va de soi que si un avocat était appelé à témoigner sur une opinion qu'il a donnée à son client, il devrait alors révéler les faits racontés par son client, c.-à-d. les faits sur lesquels repose son opinion. Dans le même ordre d'idées, je crois qu'un expert engagé par un avocat au bénéfice d'une partie doit, en tant que partie intégrante de sa preuve, se soumettre à un contre-examen factuel de ses opinions, et ceci doit être connu de la partie au moment où elle décide de lever le caractère privilégié de cette preuve afin de la présenter au tribunal.<sup>1</sup>

La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse est partiellement revenue sur sa position en 1992 dans son jugement de l'affaire *Crocker c. MacDonald*.<sup>2</sup> Par rapport à l'extrait ci-dessus, le juge Tidman a déclaré ceci :

[TRADUCTION] Je suis d'accord avec la logique derrière l'énoncé, mais à mon avis, la renonciation au secret professionnel entre un avocat et son client ne s'étend pas aux communications entre l'avocat et son expert. Bien qu'il soit nécessaire, comme l'a mentionné le juge Hart, d'exiger que l'expert rapporte ce qu'on lui a dit au sujet des faits du dossier, ce n'est pas du tout la même chose d'exiger que l'avocat dépose la correspondance entre lui et son expert.

Cette correspondance peut contenir toutes sortes de renseignements dont l'avocat voudrait naturellement préserver la confidentialité, et le secret professionnel entre l'avocat et son client vise justement de tels cas. Il existe bien des façons pour les avocats de déterminer les faits allégués sur lesquels l'opinion d'expert est fondée, et ce, sans demander la correspondance de l'autre avocat dans laquelle il retient les services de l'expert.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> *T Eaton Co c Neil J Buchanan Ltd*, 31 NSR (2d) 135.

<sup>2</sup> *Crocker c MacDonald*, 116 NSR (2d) 181.

<sup>3</sup> *Ibid.*

La jurisprudence contemporaine à l'affaire *Crocker c. MacDonald* et celle qui l'a immédiatement suivie a repris le raisonnement du juge Tidman. Elle n'a pas exigé la divulgation de la correspondance entre l'avocat et son expert. En 2000, à propos d'une requête dans *Mahon c. Standard Assurance Life Co.*,<sup>4</sup> le protonotaire MacLeod de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a résumé la jurisprudence en ces termes :

[TRADUCTION] Dans l'affaire *Calvaruso v. Nantais*,<sup>5</sup> une décision récente de cette cour qu'on m'a soumise, on renvoie à *Bell Canada c. Olympia & York*.<sup>6</sup> Ces jugements stipulent qu'une lettre de directives à un expert constitue un document privilégié. La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, division d'appel (*Crocker c. MacDonald*) et la Cour suprême de la Colombie-Britannique (*Ocean Falls Corp. c. Worthington (Canada) Inc.*), arrivent à la même conclusion.<sup>7</sup>

La Cour supérieure de justice s'est à nouveau penchée sur ces questions en 2002, dans l'affaire *Browne*.<sup>8</sup> Au nom de la cour, le juge Ferguson a déclaré que l'avocat de la partie adverse devrait pouvoir contre-examiner toute communication et toute modification inappropriée éventuelle d'un rapport d'expert. Cette information devrait révéler la valeur probante que le tribunal devrait attribuer au rapport de l'expert, comme en témoigne cet extrait du jugement :

[TRADUCTION] Il existe plusieurs moyens de mettre une opinion à l'épreuve : en comparant la conclusion aux données retenues; en comparant l'opinion aux données disponibles et non retenues; en déterminant si l'avocat a tenté d'influencer l'opinion par la nature de sa demande ou par de l'information non retenue aux fins du rapport; en envisageant que l'avocat a pu demander à ce qu'on modifie l'opinion, notamment en retranchant des passages désavantageux pour son client.

Il est difficile de comprendre comment il est possible de déterminer ce qui a constitué une influence. Serait-ce à l'avocat de décider? Pourquoi cette décision ne devrait-elle pas être soumise à un examen rigoureux? Il est possible que l'expert ne saisisse pas ou ne reconnaisse pas l'influence que l'information reçue a exercée sur son opinion.<sup>9</sup>

De plus, le juge Ferguson a modifié le point de vue de la cour à propos de la divulgation de l'information et des directives de l'avocat à l'expert :

[TRADUCTION] Un avocat expérimenté qui a déjà fait affaire avec des experts sait à quel point il est important de connaître ce que l'avocat a dit à l'expert de faire et de ne pas faire, l'information que l'avocat lui a transmise et la mesure dans laquelle l'avocat lui a demandé de dire, d'inclure et d'omettre des éléments dans son rapport ...

À mon avis, la divulgation de cette information permettrait à l'autre avocat et à la cour de mieux évaluer si l'information et les directives fournies ont entaché l'objectivité et la fiabilité de

---

<sup>4</sup> *Mahon c Standard Assurance Life Co*, [2000] OJ No 2042 (QL) [*Mahon*].

<sup>5</sup> *Calvaruso c Nantais* (1992), 7 CPC (3d) 254 (Div Gén).

<sup>6</sup> *Bell Canada c Olympia & York* (1989), 68 OR (2d) 103 (HCJ).

<sup>7</sup> *Ocean Falls Corp c Worthington (Canada) Inc* (1985), 69 BCLR 124.

<sup>8</sup> *Browne (Litigation Guardian of) c Lavery* (2002), 58 OR (3d) 49 [*Browne*].

<sup>9</sup> *Ibid*, para 58 à 59.

l'opinion de l'expert. Je note également que les opinions contraires sont nombreuses à cet égard, p. ex., dans *Mahon c. Standard Life Assurance Co.*<sup>10</sup>

Dans *Flinn c. McFarland*,<sup>11</sup> le juge MacAdam, au nom de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, a déclaré en 2012 que les discussions entre un expert et un avocat au sujet de la version préliminaire d'un rapport sont révélatrices de la force probante d'un rapport d'expert. Cette approche est similaire à celle qu'on a appliquée dans *Browne*, où le juge MacAdam a déclaré :

[TRADUCTION] Il est manifestement pertinent de déterminer à quel point les commentaires de l'avocat ont influencé les conclusions du rapport final de l'expert, et l'avocat des intimés a d'autant plus le droit de les examiner. Ce n'est toutefois pas le cas des versions préliminaires du rapport de l'expert qu'il a modifiées et révisées de son propre chef dans le cadre de son analyse. Ce que les intimés ont droit d'examiner est la possibilité que l'expert ait remis une version préliminaire de son rapport à l'avocat du demandeur et que l'avocat ait pu suggérer de modifier le rapport à l'avantage du demandeur. Ainsi, les intimés sont en droit de vouloir contre-examiner l'opinion de l'expert, et ce sur quoi elle repose, ce qui consiste aussi à savoir jusqu'à quel point les suggestions de l'avocat du demandeur ont pu modifier la teneur du rapport, s'il y a lieu.<sup>12</sup>

Le juge MacAdam est également d'accord avec le jugement *Browne* en ce qui concerne la divulgation :

[TRADUCTION] Il faut divulguer l'ensemble de l'information et de la documentation que reçoit l'expert. Si l'information et la documentation comprennent les discussions avec le client, avec son avocat ou avec un tiers, ces discussions font partie, pourraient faire partie ou auraient peut-être dû faire partie de la base de renseignements sur lesquels l'expert a fondé sa conclusion; elles doivent donc être divulguées.

La seule directive venant d'un tribunal d'appel à ce sujet remonte à un jugement de 2006, *Conceicao Farms Inc. c. Zeneca Corp.*<sup>13</sup> Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a limité la portée du principe de divulgation de l'information et des directives transmises à un expert :

[TRADUCTION] Le degré de divulgation requis comprend non seulement l'opinion de l'expert, mais aussi les faits sur lesquels il fonde son opinion, les directives avec lesquelles il a effectué son analyse, ainsi que ses nom et adresse. Cependant, il n'est pas nécessaire de déterminer en l'espèce jusqu'où s'étend la portée du droit d'obtenir cette information de base (comme notre collègue l'appelle). Nous nous contenterons de dire qu'elle ne s'étend pas aussi loin qu'on semble le sous-entendre dans l'affaire *Browne (Litigation Guardian of) c. Lavery*. Nous avançons simplement que la règle donne droit à l'appelant d'obtenir, à l'étape de la communication préalable, l'information de base sur laquelle l'expert a tiré ses conclusions. Cette règle se précisera au fil du temps, mais en l'espèce, nous n'avons pas à définir exhaustivement l'information à divulguer à cette étape.

---

<sup>10</sup> *Ibid*, para 69 à 70.

<sup>11</sup> *Flinn c McFarland*, 2002 NSSC 272.

<sup>12</sup> *Ibid*, para 9.

<sup>13</sup> *Conceicao Farms Inc c Zeneca Corp*, 83 OR (3d) 792 [*Conceicao*].

L'affaire la plus récente en la matière, *Moore c. Getahun*,<sup>14</sup> a produit le jugement le plus profond et le plus concis. En 2014, la Cour supérieure de justice de l'Ontario, sous la plume de la juge Wilson, s'est exprimée ainsi :

[TRADUCTION] La règle 53.03 vise à préserver l'indépendance et l'intégrité des témoins experts. Le rôle principal de l'expert consiste à aider le tribunal. À la lumière de ce nouveau rôle du témoin expert, je conclus que la pratique antérieure de l'avocat, qui consiste à réviser la version préliminaire de rapports, devrait cesser. Désormais, il n'est plus approprié pour un avocat d'indiquer à son expert en quels termes il devrait rédiger son rapport, puis de le réviser.

Si l'avocat, à la lecture de la version définitive du rapport, estime qu'il n'y a pas lieu d'y apporter des précisions ou de souligner certains passages, tous les commentaires de l'avocat, quels qu'ils soient, doivent être consignés par écrit et divulgués à la partie adverse.

Je n'accepte pas la suggestion du tribunal de Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Flinn c. McFarland* (2002) lorsqu'il affirme que les discussions de l'avocat au sujet de la version préliminaire du rapport ne touchent que sa force probante. La pratique qui consiste à réviser la version préliminaire d'un rapport avec l'avocat est inconvenante; elle porte atteinte à la fois à l'objet de la règle 53.03 ainsi qu'à l'impartialité et à la crédibilité de l'expert.<sup>15</sup>

Selon le modèle de communications proposé dans le jugement *Moore*, l'avocat et l'expert ne sont plus censés communiquer après que ce dernier a déposé son rapport. Ce jugement ne précise pas en quoi consiste « l'information de base », au sens du jugement dans *Conceicao Farms*, qu'on doit divulguer au moment d'engager un expert et de lui donner des directives. Peut-être que selon la juge Wilson, seules les communications non substantives entre l'avocat et l'expert sont permises.

D'après ces jugements, le droit ontarien et canadien demeure flou à cet égard. Le jugement dans l'affaire *Conceicao Farms* contient des directives de juridiction d'appel selon lesquelles il faut divulguer aux parties adverses l'information de base relative aux faits sur lesquels l'expert fonde son opinion, les directives de travail qu'il a reçues ainsi que ses coordonnées. D'après le jugement *Moore*, il ne devrait y avoir aucune discussion de quelque sorte que ce soit entre l'avocat et un expert pendant que celui-ci rédige son rapport, période pendant laquelle l'avocat devrait s'abstenir de lui transmettre des commentaires. Ceux-ci devraient par ailleurs se limiter à la procédure et à la logistique. Il reste à voir dans quelle mesure les avocats observeront les principes du jugement *Moore*. Un risque significatif se dégage toutefois du jugement de l'affaire *Moore* : en effet, il est possible que les parties ne puissent pas se munir de rapports d'expert qui viendront en aide au tribunal, pour la simple raison que la plupart des versions préliminaires de rapports d'expert sont très mal rédigées et s'avèrent bien moins utiles qu'elles le pourraient après que l'avocat a posé les questions de l'expert.

---

<sup>14</sup> *Moore c. Getahun*, 2014 ONSC 237 [*Moore*].

<sup>15</sup> *Ibid*, para 50 à 52.

## APPLICATION DE MOORE EN LITIGE ENVIRONNEMENTAL

Le jugement de la Cour supérieure de justice dans l'affaire *Moore* manque de réalisme en dans un contexte de litige environnemental. Dans le cadre d'un procès, les experts rédigent des rapports scientifiques et techniques dans les domaines de l'aménagement du territoire, de la contamination du sol et des eaux souterraines, des options d'assainissement du sol, de la qualité de l'air, des eaux et des résidus ainsi que d'autres questions techniques. Les experts possèdent rarement, voire jamais, de formation en droit. Cela étant dit, les avocats en droit environnemental ont généralement l'habitude de faire participer leurs experts au procès afin de s'assurer que les questions du rapport d'expert soient claires et que le rapport soit utile aux juges.

Un avocat compétent en droit environnemental n'oriente pas l'expert vers la conclusion désirée. Il ne tentera pas non plus de persuader l'expert de modifier son opinion dans l'intérêt du client. La plupart du temps, les recours environnementaux font appel à des données scientifiques objectives que l'avocat ne peut manipuler. Toutefois, la conversation entre l'expert et l'avocat en droit environnemental doit essentiellement avoir pour objectif de mener à des résultats, à des opinions et à des conclusions claires de la part de l'expert, en plus de s'assurer qu'ils sont justifiables au point de vue technique et utiles à la cour.

Dans ses motifs, le juge de la Cour supérieure s'est attardé à un appel téléphonique d'une heure et demie entre l'avocat de l'intimé et un expert. Pendant l'appel, l'avocat de l'intimé a « suggéré » des « corrections » à apporter à la version préliminaire du rapport.<sup>16</sup> La juge Wilson a remis en question l'indépendance et l'impartialité de l'expert.<sup>17</sup> Bien que la cour a estimé que la communication dans *Moore* était inappropriée, il serait injuste et inutile d'étendre son application à l'ensemble des communications entre l'avocat et l'expert.

La décision de la cour dans cette affaire soulève de nouvelles questions liées au coût, au temps et à la participation de l'expert en contexte de litige environnemental. Faire appel à un expert environnemental est coûteux, sans compter du temps requis pour son analyse et la rédaction de son rapport. Sans les indications adéquates, plusieurs experts produiront un travail qui ne sera pas utile aux fins du litige. Il pourrait manquer plusieurs renseignements importants dans le rapport, sans compter qu'il pourrait aussi se fonder sur de fausses présomptions. Des dépenses supplémentaires seront engagées pour mettre le rapport à jour, si une telle chose est possible.

La Cour supérieure soulève aussi les problèmes potentiels quant à la façon dont l'avocat peut faire appel aux experts dans des discussions sous toutes réserves dans le cadre d'un recours. Si l'avocat ne peut communiquer avec son expert au cours de la rédaction de la

---

<sup>16</sup> *Ibid*, para 47.

<sup>17</sup> *Ibid*, para 50.

version préliminaire du rapport, comment peut-il tenter d'arriver à un règlement en s'appuyant sur des conversations et des rencontres en début d'instance? De même, le fait pour un expert de participer sous toutes réserves à des séances de médiation ou à des activités préparatoires au procès lui enlève-t-il l'impartialité dont il a besoin pour témoigner devant un tribunal?

On ne devrait plus interpréter le jugement de la Cour supérieure de façon large et ainsi écarter ces discussions qui se déroulent sous toutes réserves. Or, les règles prévoient expressément que les experts peuvent prendre part à ces activités.<sup>18</sup> Il est incontesté que les experts peuvent fournir des opinions durant ces rencontres. En pareilles circonstances, l'avocat devra expliquer les questions juridiques à ses experts et, dépendamment du calendrier de l'instance, il est possible que le rapport de l'expert en soit toujours à sa version préliminaire. Ces directives et la participation des experts aux discussions qui se déroulent sous toutes réserves ne doivent pas être assimilées à une violation du paradigme envisagé dans *Moore*. Une application restrictive des principes de *Moore* aurait indûment pour effet de nuire à l'objectif plus large du système de justice qui vise à promouvoir la conclusion de règlements.

Un dernier problème découle de la décision de la Cour supérieure : son application au calendrier lors duquel l'avocat retient les services d'un expert. Dans les litiges environnementaux, les avocats des demandeurs font souvent appel à un expert avant le début de l'instance afin qu'il les aide à évaluer si un recours est possible, et contre qui. Dans les dossiers très techniques, il est carrément impossible ou déconseillé d'entamer un recours sans avoir préalablement engagé un expert. Compte tenu de l'arrêt *Moore*, une question se pose : lorsqu'un avocat engage un expert pour l'aider à évaluer son dossier, cet expert sera-t-il exclu de l'instance en ce sens qu'il ne pourra pas aider l'avocat pendant le litige pour la raison qu'ils ont discuté du dossier avant le début de l'instance?

La jurisprudence antérieure à l'affaire *Moore* ne fait que mentionner au passage la question de la consultation d'experts avant le litige et elle ne soulève aucun problème pratique.<sup>19</sup> L'avocat doit parfois faire appel à un expert avant d'entamer des procédures; or, *Moore* ne devrait avoir aucun effet sur les communications entre l'avocat et l'expert et elle ne devrait pas non plus priver ce dernier de sa capacité à témoigner pour un motif lié à la date du début de son mandat.

### ***MOORE c. GETAHUN EN APPEL***

Le 29 janvier 2015, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu son jugement [2015 ONCA 55] sur le pourvoi de la décision de première instance *Moore c. Getahun* [2014 ONSC 237], rendue le 14 janvier 2014 par la juge Wilson.

---

<sup>18</sup> *Règles de Procédure Civile*, RRO 1990, Règl 194 promulgué en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* [Règles], à la règle 20.05(2)(k).

<sup>19</sup> Se reporter, par exemple, à *Robinson c Ottawa (City)* (2009), 55 MPLR (4th) 283, para 44.



## **Contexte**

M. Moore, alors âgé de 21 ans, s'est cassé le bras en effectuant des manoeuvres sur sa motocyclette. Il s'est rendu à l'hôpital afin de recevoir des soins médicaux. L'urgentologue a tenté de replacer l'os avant d'appliquer un plâtre circonférentiel complet au bras de M. Moore. Le lendemain, M. Moore éprouvait de vives douleurs et s'est rendu à un autre hôpital, où le médecin a posé un diagnostic de syndrome des loges. On a procédé à une chirurgie afin d'empêcher que la blessure ne s'aggrave. M. Moore a intenté un recours pour faute professionnelle contre le D<sup>r</sup> Getahun, le médecin de la première salle d'urgence.

## **La décision de première instance**

L'affaire s'est rendue jusqu'au tribunal. Dans ses motifs, la juge Wilson a mentionné qu'un des experts en médecine et l'avocat se sont entretenus du rapport d'expert. En fait, l'avocat et l'expert ont discuté pendant une heure et demie au téléphone de la version préliminaire du rapport. La juge Wilson a déclaré qu'il était inapproprié pour un avocat de passer en revue la version préliminaire de rapports d'expert. Elle a écrit :

Je conclus que la pratique antérieure de l'avocat, qui consiste à réviser la version préliminaire de rapports, devrait cesser. Désormais, il n'est plus approprié pour un avocat d'indiquer à son expert en quels termes il devrait rédiger son rapport, puis de le réviser. [paragr. 50 à 52].

## **L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario**

La Cour d'appel de l'Ontario résume ainsi son opinion au sujet des conclusions de la juge Wilson :

[TRADUCTION] Il semble évident que le juge du procès a estimé que les règles déontologiques et les normes d'exercice actuelles de la profession juridique étaient insuffisantes pour résoudre le problème du « mercenaire ». Sa solution consistait à régir rigoureusement les discussions entre les témoins experts et les avocats, à exiger qu'on les documente, qu'on les divulgue et qu'on les produise. [paragr. 45]

Le juge Sharpe, au nom de la Cour d'appel, a indiqué son désaccord avec la juge du procès, en mentionnant trois façons où le droit et l'exercice professionnel permettent de préserver l'objectivité des experts.

[TRADUCTION] En premier lieu, les normes professionnelles et déontologiques de la profession juridique interdisent aux avocats de se livrer à des pratiques susceptibles d'entacher l'indépendance et l'objectivité de témoins experts. [paragr. 59]

Deuxièmement, les normes déontologiques d'autres ordres professionnels imposent un devoir d'indépendance et d'impartialité à leurs membres entourant leurs rapports et leurs témoignages à titre d'expert. [paragr. 60]

Troisièmement, le processus contradictoire comprend des outils efficaces –et le contre-interrogatoire en est un très bon exemple, pour gérer des dossiers où il semble plausible qu'un avocat ait influencé un témoin expert. [paragr. 61]

Dans ses commentaires, le juge Sharpe était également en désaccord avec l'*obiter dictum* de la juge Wilson relatif aux communications entre les témoins experts et l'avocat :

[TRADUCTION] La consultation et la collaboration entre l'avocat et les témoins experts est essentielle pour s'assurer que l'expert comprend ses obligations prévues à la règle 4.1.01 et dans le Formulaire 53 sur la reconnaissance des devoirs de l'expert. En passant en revue la version préliminaire d'un rapport, l'avocat s'assure que ce rapport (i) respecte les *Règles de Procédure Civile* et les règles de preuve, (ii) traite uniquement des questions pertinentes et (iii) qu'il est rédigé d'une manière et dans un style compréhensibles et à la portée de tous. L'avocat doit s'assurer que le témoin expert comprend certaines notions, comme la différence entre le fardeau de la preuve et la certitude scientifique, l'obligation de préciser les faits et les hypothèses derrière l'opinion de l'expert, la nécessité de limiter le rapport aux questions tombant dans son champ de compétences et son devoir de réserve face au rôle du tribunal, qui est le seul à pouvoir trancher ultimement les questions en litige. [paragr. 63]

L'avocat joue un rôle crucial de médiateur en expliquant des questions juridiques au témoin expert, puis en attirant l'attention du tribunal sur des éléments de preuve complexes. Il est difficile de voir comment l'avocat pourrait remplir ce rôle sans communiquer avec l'expert alors que ce dernier s'affaire à le rédiger. [paragr. 64]

Le fait de laisser le témoin expert livré à lui-même et d'exiger que tous les changements soient consignés par écrit allongerait les délais et augmenterait les coûts d'un système qui éprouve déjà des difficultés à assurer la justice efficacement et en temps opportun. [paragr. 65]

La Cour d'appel a ensuite poursuivi son analyse en déterminant (1) s'il existe une obligation de produire les communications entre un avocat et ses témoins experts ou (2) si de telles communications sont couvertes par le privilège relatif au litige.

La cour a repris le principe de base du jugement de l'affaire *Blank c. Canada (Ministère de la Justice)*, 2006 C.S.C. 39, selon lequel [TRADUCTION] « le privilège relatif au litige protège les communications avec un tiers lorsqu'elles visent principalement la préparation du procès » [paragr. 68]. Dans l'arrêt *Blank*, le tribunal appelle ce principe la « zone de confidentialité ».

Le juge Sharpe a écrit :

[TRADUCTION] À mon avis, les objectifs de la justice ne permettent pas que le privilège relatif au litige serve à protéger un comportement inconvenant. Comme je l'ai déjà mentionné, tous s'entendent, dans le cadre de cet appel, pour dire qu'un avocat ne doit pas faire obstacle aux devoirs d'indépendance et d'objectivité de l'expert. Lorsqu'une partie peut démontrer au tribunal qu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'un avocat a communiqué avec un témoin expert de façon à nuire à son devoir d'indépendance et d'objectivité, elle peut demander les versions préliminaires et les notes des discussions entre l'avocat et l'expert, et le tribunal peut ordonner à l'avocat de divulguer ces discussions. [paragr. 77]

En l'absence de faits qui donnent des motifs raisonnables de soupçonner que l'avocat a indûment influencé l'expert, une partie ne peut demander la divulgation des versions préliminaires de rapports et des notes de leurs discussions. [paragr. 78]

La Cour d'appel a rappelé que le rapport d'expert utilisé au procès et d'autres renseignements prévus à la règle 53.03(2.1) doivent être divulgués dans le cadre du litige. Dans l'affaire *Conceicao Farms Inc. v. Zeneca Corp.* (2006), 83 O.R. (3d) 792 (C.A.), on appelle ces renseignements « l'information de base » aux fins de l'opinion de l'expert.

La règle 53.03(2.1) de l'Ontario stipule :

(2.1) Le rapport produit pour l'application du paragraphe (1) ou (2) contient les renseignements suivants :

1. Les nom, adresse et domaine de compétence de l'expert.
2. Les qualités de l'expert ainsi que son expérience de travail et sa formation dans son domaine de compétence.
3. Les directives données à l'expert en ce qui concerne l'instance.
4. La nature de l'opinion sollicitée et chaque question dans l'instance sur laquelle porte l'opinion.
5. L'opinion de l'expert sur chaque question et, si une gamme d'opinions est donnée, un résumé de la gamme et les motifs de l'opinion de l'expert comprise dans cette gamme.
6. Les motifs à l'appui de l'opinion de l'expert, notamment :
  - i. une description des hypothèses factuelles sur lesquelles l'opinion est fondée,
  - ii. une description de la recherche effectuée par l'expert qui l'a amené à formuler son opinion,
  - iii. la liste des documents, s'il y a lieu, sur lesquels l'expert s'est appuyé pour formuler son opinion.
7. Une attestation de l'obligation de l'expert (formule 53) signée par l'expert. Règl. de l'Ont. 438/08, art 48.

## **CONCLUSION**

Le 29 janvier 2015, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que l'avocat et ses experts peuvent discuter du procès d'une façon qui ne nuit pas à l'impartialité de l'expert et en observant les normes de conduite prescrites par leur ordre professionnel respectif. Afin de ne pas multiplier les retards et les coûts, ces communications n'ont pas à toujours se dérouler par écrit.

L'avocat doit s'assurer que l'expert : (1) comprend la teneur de son devoir envers le tribunal; (2) se conforme aux règles en vigueur en matière de procédure et de preuve; (3) produit une opinion pertinente aux questions en litige et (4) rédige un rapport compréhensible et utile pour le tribunal.

Les communications entre un avocat et l'expert bénéficieront de la protection du privilège relatif au litige, à moins qu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner que l'avocat a communiqué avec l'expert d'une façon qui a probablement nui au devoir d'indépendance et d'objectivité de ce dernier. La divulgation ne vise que « l'information de base » sur laquelle se fonde l'opinion ainsi que le rapport d'expert utilisé pendant le procès.