

# LES EXPERTS DANS LES LITIGES ENVIRONNEMENTAUX

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:



Environnement  
Canada Environnement  
Canada

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



Environnement  
Canada Environnement  
Canada



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

Les avocats en droit de l'environnement se trouvent entraînés dans un monde de différends où se croisent la science, l'ingénierie et leur profession. Ces différends mènent à des recours environnementaux. Les avocats en droit environnemental engagent des experts en litige. Ceux-ci aident à déchiffrer, à éclaircir et à renseigner lorsque des questions techniques et juridiques s'entremêlent. Les avocats se fient aux experts pour leurs compétences.

Les avocats en droit de l'environnement dépendent des experts tout au long de l'instance. Les experts apportent des réponses aux questions techniques de tous les jours. Ils expriment des opinions, rédigent des rapports et livrent parfois des témoignages. Les plaideurs en droit de l'environnement savent que, dans une poursuite en dommages, un bon expert est une excellente carte à avoir dans son jeu, d'un côté ou l'autre de la salle de cour.

À l'instar d'autres éléments de preuve, le témoignage et le rapport d'expert doivent faire l'objet d'un examen rigoureux par l'avocat. Le praticien ne peut se contenter d'étudier avec soin la preuve communiquée par la partie adverse : il doit faire de même avec celle de son propre expert. Les avocats en droit environnemental doivent se dépêtrer dans le monde scientifique pour déposer en preuve des études sérieuses, et non pas des études farfelues.

Cet article offre un aperçu de ce dont les avocats en droit de l'environnement doivent tenir compte lorsqu'ils engagent un expert en environnement dans un dossier. Nous nous passerons en revue les exigences des *Règles de Procédure civile* de l'Ontario<sup>1</sup> et du *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada.<sup>2</sup> Nous traiterons de ce que les avocats doivent savoir quand ils cherchent et engagent des experts, et quand ils déposent des documents rédigés par un expert. Nous examinerons ce à quoi les tribunaux canadiens s'attendent de la relation entre un avocat et un expert, en plus de différents scénarios de production d'une preuve d'expert. Finalement, nous ferons le tour du droit en vigueur concernant l'admissibilité d'une preuve d'expert, y compris la manière d'établir et de maintenir la crédibilité d'un expert avant pendant le procès.

---

<sup>1</sup> *Règles de Procédure civile*, RRO 1990, Règl 194 promulgué en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* [Règles].

<sup>2</sup> Barreau du Haut-Canada, *Code de déontologie, Modifications basées sur le Code type de déontologie professionnelle de la Fédération des ordres professionnels de juristes*, Toronto, Barreau du Haut-Canada, octobre 2014 [Code de déontologie].

## AVANT LE PROCÈS

### Le Code de déontologie du Barreau du Haut-Canada

Le *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada prévoit qu'un avocat doit agir avec les compétences nécessaires.<sup>3</sup> Un avocat compétent est évalué en fonction de ses connaissances, de ses habiletés et de ses attributs.<sup>4</sup> Un commentaire à la règle 2.01 décrit comment un avocat compétent doit faire appel à un expert :

L'avocat doit également savoir reconnaître une affaire qui requiert les conseils ou la collaboration de spécialistes dans des disciplines non juridiques, notamment dans le domaine de la comptabilité ou des sciences; il ne doit pas hésiter à en avertir son client et à lui demander les instructions nécessaires.<sup>5</sup>

On a récemment modifié le *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada afin d'y inclure le *Code type de déontologie professionnelle* de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada;<sup>6</sup> sa nouvelle version est entrée en vigueur en octobre 2014. On a modifié la règle relative à la compétence de l'avocat, maintenant la règle 3.1-2 (Commentaire 7), qui traite des experts, afin qu'elle reflète le *Code type de déontologie professionnelle* de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada :

L'avocat doit également reconnaître que, pour avoir les compétences nécessaires à une tâche en particulier, il devra peut-être demander conseil à des experts dans le domaine scientifique, comptable ou un autre domaine non juridique, ou collaborer avec de tels experts. De plus, il ne doit pas hésiter à demander au client la permission de consulter des experts lorsque cela est approprié. [nous soulignons].<sup>7</sup>

### Mandater un expert

Choisir le bon expert est crucial pour un avocat en droit environnemental, et il en est souvent de même pour le dossier. L'expert doit détenir les compétences et l'expérience dans le domaine général et particulier relatif à la question sur laquelle il se prononcera.

#### *Qui peut être un expert?*

Déterminer qui est un expert aux yeux du tribunal est crucial, compte tenu de la différence entre le rôle d'un témoin ordinaire et d'un témoin expert à un procès. Comme les auteurs de *The Law of Evidence in Canada* l'énoncent :

---

<sup>3</sup> *Ibid*, règle 2.01.

<sup>4</sup> *Ibid*.

<sup>5</sup> *Ibid*.

<sup>6</sup> Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, *Code type de déontologie professionnelle*, Ottawa, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, décembre 2012.

<sup>7</sup> *Code de déontologie*, *supra* note 2.

[TRADUCTION] La règle générale prévoit qu'un témoin doit s'abstenir d'exprimer une opinion : il doit se limiter à rapporter les faits dont il a connaissance, qu'il a personnellement observés ou qui relèvent de son expérience. Il revient au juge des faits de tirer des conclusions à partir des faits mis en preuve. Seul le témoin expert compétent peut soumettre au juge des faits des conclusions toutes faites qu'un jury n'est pas en mesure de tirer par lui-même en raison de la nature technique de la question.<sup>8</sup>

Définir qui peut remplir le rôle d'expert pour témoigner à un procès n'est pas une tâche facile. Les *Règles de Procédure civile*<sup>9</sup> et la *Loi sur la preuve*<sup>10</sup> de l'Ontario ne contiennent pas de définition du témoin expert. La *common law* a largement défini un témoin expert compétent comme « un témoin dont on démontre qu'il ou elle a acquis des connaissances spéciales ou particulières grâce à de l'expérience ou des études relatives aux questions visées dans son témoignage ». <sup>11</sup>

De plus, les tribunaux font la distinction entre des experts engagés avant l'instance et ceux engagés uniquement aux fins du procès. Dans l'affaire *Continental c. J.J.'s Hospitality*, la Cour supérieure de l'Ontario a déclaré que la règle 53.03 ne s'appliquait pas aux experts engagés avant l'instance.<sup>12</sup> En l'espèce, l'intimé avait mandaté un consultant dans le cadre de travaux de réparation à un toit. Durant les travaux, le toit s'est mis à couler. Le consultant a procédé à une inspection, puis a recommandé à l'intimé d'engager un autre couvreur pour terminer les travaux de réparation. Le tribunal a conclu que le consultant ne pouvait être considéré comme un témoin expert en vertu de la règle 53.03, car on n'avait pas retenu ses services uniquement afin de livrer un témoignage d'expert.<sup>13</sup> La cour lui a toutefois permis de témoigner sur les faits puis de fournir son opinion au procès.<sup>14</sup>

### *Comment trouver un expert?*

Lorsqu'ils ont besoin d'un expert, la plupart des avocats en droit environnemental se reportent à la courte liste d'experts qu'ils ont développée au cours de leurs années d'exercice. Cela ne veut pas dire, toutefois, que l'expert dont l'avocat a besoin se trouve dans sa liste. Alors, que ce passe-t-il lorsqu'un avocat chevronné ou sans expérience en droit environnemental a besoin d'un expert qui ne se trouve pas dans sa courte liste?

Un moyen efficace de trouver un expert est de s'en faire conseiller un par ses confrères. Il s'agit d'une pratique courante chez les avocats, particulièrement chez les collègues d'un

---

<sup>8</sup> Alan W Bryant, Sidney N Lederman et Michelle K Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 3<sup>e</sup> éd, Markham, LexisNexis Canada, 2009, à la p 771.

<sup>9</sup> *Règles*, *supra* note 1.

<sup>10</sup> *Loi sur la preuve*, LRO, 1990, c E-23, art 12.

<sup>11</sup> *R c Mohan*, [1994] 2 RCS 9, para 31 [*Mohan*].

<sup>12</sup> *Continental c JJ's Hospitality*, 2012 ONSC 1751, au para 40 à 43 [*Continental*].

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*, para 42.

même cabinet. Les avocats arrivent ainsi à connaître le domaine de compétence de ces experts, leurs habitudes et leur barème tarifaire. Ce procédé ne permettra pas toujours de trouver l'expert idéal, mais il s'agit d'un bon moyen pour mettre l'avocat sur la bonne piste. Parfois, le praticien ne connaîtra même pas le type d'expert dont il ou elle a besoin avant de consulter des confrères du même domaine ou d'un champ similaire.

Les répertoires en ligne offrent un autre moyen utile de trouver des experts. Ils ne sont toutefois pas toujours fiables, alors la prudence est de mise. L'avocat en droit environnemental doit faire preuve de la diligence appropriée afin de choisir le bon expert qui lui fournira l'opinion dont il a besoin. Des répertoires gratuits, comme ExpertLaw<sup>15</sup> et Expert Pages<sup>16</sup> renvoient à des experts des États-Unis en immobilier, en ingénierie et en sciences. Des associations de juristes, comme l'Ontario Trial Lawyers Association, offrent aussi des répertoires à leurs membres. D'autres bases de données juridiques, comme Westlaw Canada et LexisNexis, offrent des répertoires d'experts moyennant un prix. Le *Blue Book* de l'Université de Toronto<sup>17</sup> renferme plus de 1 500 experts universitaires dans un large éventail de domaines. L'Université Ryerson offre un répertoire semblable pour son corps professoral.<sup>18</sup>

L'avocat qui trouve le bon expert, avec les compétences, les habiletés et l'expérience qui conviennent, peut faire changer l'issue d'un procès en sa faveur. Plusieurs procès environnementaux en viennent donc à une bataille entre experts. Ce n'est pas nécessairement l'expert qui a raison qui aidera à obtenir gain de cause, mais plutôt celui qui avance les explications les plus plausibles et qui jette un doute sur les théories de l'autre expert. L'avocat en droit environnemental doit consacrer du temps et des efforts considérables pour chercher, engager et mandater la bonne personne. Celle-ci doit bien s'exprimer, avoir confiance en elle, savoir écrire convenablement, être éloquente et disponible.

### *Comment retenir les services d'un expert?*

Les avocats en droit environnemental ne doivent pas négliger l'importance d'une lettre de mandat claire et directe. Elle définira la relation entre l'avocat et son expert. Les praticiens doivent garder en tête que l'expert devra divulguer le contenu de la lettre de mandat s'il témoigne au procès.<sup>19</sup> Ils doivent fournir suffisamment de renseignements adéquats à l'expert afin de lui permettre de faire son travail, tout en veillant à ne pas le submerger d'information superflue. Au minimum, la lettre de mandat de l'avocat devrait aborder les thèmes ci-dessous.

---

<sup>15</sup> Expert Law, en ligne : <<http://www.expertlaw.com>>.

<sup>16</sup> Expert Pages, en ligne : <<http://www.expertpages.com>>.

<sup>17</sup> Université de Toronto, « Blue Book », en ligne : <<http://www.bluebook.utoronto.ca>>.

<sup>18</sup> Université Ryerson, « Faculty Experts », en ligne : <<http://ryerson.ca/news/media/facultyexperts/index.html>>.

<sup>19</sup> *Règles*, *supra* note 1.

## Le conflit d'intérêts

La lettre de mandat devrait attester que l'expert s'est assuré qu'il n'existait aucun conflit d'intérêts. Elle doit aussi attester que l'expert n'est pas au courant d'un conflit d'intérêts de quelque sorte que ce soit lié au fait d'agir pour ou contre des parties au litige, et qu'il n'existe aucun conflit d'intérêts sur les biens qui en font l'objet.

## Contexte factuel, objet et étendue des travaux

La lettre de mandat doit énumérer les faits saillants de l'affaire. L'avocat devrait aussi y expliquer les raisons pour lesquelles il fait appel à l'expert, et que le mandat consiste uniquement à l'aider aux fins du litige. La lettre doit aussi énoncer que c'est l'avocat ou son cabinet qui désire retenir les services de l'expert, et que celui-ci recevra ses directives de l'avocat. La lettre doit stipuler que l'avocat utilisera les conseils et les opinions de l'expert afin d'apporter des conseils juridiques à son client. Ceci est particulièrement important si l'avocat propose que le travail de l'expert tombe sous la protection du privilège.

La lettre de mandat doit également décrire en détail l'étendue des travaux de l'expert. Dans certaines circonstances, on peut définir la portée du travail de façon large, mais en demeurant toujours dans le champ de compétences de l'expert. Il peut aussi s'avérer nécessaire de préciser dans la lettre de mandat les questions sur lesquelles l'expert ne doit pas émettre d'avis.

## Utilisation et confidentialité

La lettre de mandat doit contenir une clause de confidentialité. Il est important que l'expert mette de côté l'ensemble des renseignements qu'il produit et transmet, et qu'il y appose la mention « Privilégié et confidentiel ». Cette règle s'applique à la fois aux documents papier et électroniques qu'il produit et auxquels il renvoie.

La lettre doit indiquer quand et comment l'expert communiquera avec l'avocat ou le plaideur. Elle doit aussi stipuler que l'expert doit observer les directives qui lui viennent uniquement de l'avocat désigné à cette fin. De plus, la lettre doit énoncer que l'expert doit faire parvenir toutes ses conclusions et ses opinions exclusivement à l'avocat qui lui donne ses directives.

En dernier lieu, la lettre doit identifier la personne responsable de payer les comptes de l'expert. Les avocats en droit environnemental doivent prendre note que l'avocat est présumément responsable des honoraires raisonnables d'un expert lorsque l'avocat lui

demande de préparer de la documentation aux fins du litige.<sup>20</sup> Un avocat peut renverser cette présomption en prévoyant d'autres mesures de paiement dans la lettre de mandat.

### *Combien d'experts chaque avocat peut-il mandater?*

L'avocat doit choisir judicieusement le nombre d'experts qu'il entend faire participer au procès et trier ceux-ci sur le volet. En Ontario, les parties sont limitées à trois témoignages d'expert pendant un procès, sauf autorisation de la cour.<sup>21</sup> Les tribunaux peuvent aussi mandater des experts supplémentaires de leur propre chef.<sup>22</sup>

Le rapport du juge Osborne sur le Projet de réforme du système de justice civile a mené à la réforme de 2010 sur les *Règles de procédure civile* de l'Ontario. Dans son rapport, le juge Osborne note que les tribunaux n'appliquent pas rigoureusement cette règle de trois experts.<sup>23</sup> L'honorable magistrat parle de systèmes judiciaires à l'étranger qui n'emploient qu'un seul expert pour les deux parties (c.-à-d. un expert mixte).<sup>24</sup> Il reconnaît que ce système est peu pratique dans la plupart des cas et qu'il n'aura pas nécessairement pour effet de réduire les coûts, compte tenu de l'utilisation des « experts fantômes ».<sup>25</sup> Bien que le juge Osborne ne recommande pas d'imposer l'utilisation d'experts mixtes en Ontario, il conseille toutefois aux parties de s'entendre dès le début de l'instance pour envisager cette approche. Nous discuterons plus loin des autres options existantes en dehors de l'emploi traditionnel d'experts.

De toute évidence, la méthode des experts contradictoires demeurera la norme tant et aussi longtemps que la législature ne modifiera pas la *Loi sur la preuve*<sup>26</sup> ou les *Règles de procédure civile*<sup>27</sup> en adoptant une autre approche ou en adhérant à des solutions de rechange. D'ici là, les avocats ne doivent pas oublier que les tribunaux de l'Ontario appliquent la limite prescrite de trois experts à un procès.

### *Exigences des Règles de Procédure civile de l'Ontario*

Les règles régissent quand et comment on peut faire appel aux experts dans un litige.

---

<sup>20</sup> *1401337 Ontario Ltd c MacIvor*, 2011 ONSC 948, para 27.

<sup>21</sup> *Loi sur la preuve*, *supra* note 10.

<sup>22</sup> *Règles*, *supra* note 1, règle 52.03(1).

<sup>23</sup> Hon Coulter A Osborne, « Projet de réforme du système de justice civile, Résumé des conclusions et des recommandations » (2007) [*Rapport Osborne*].

<sup>24</sup> *Ibid*, para 69 à 73.

<sup>25</sup> *Ibid*, para 72.

<sup>26</sup> *Loi sur la preuve*, *supra* note 10.

<sup>27</sup> *Règles*, *supra* note 1.



## Le devoir de l'expert envers le tribunal

Tous les experts ont un devoir de loyauté à l'égard du tribunal. La règle 4.1.01 stipule que :

(1) Il incombe à tout expert engagé par une partie ou en son nom pour témoigner dans le cadre d'une instance introduite sous le régime des présentes règles :

- a) de rendre un témoignage d'opinion qui soit équitable, objectif et impartial;
- b) de rendre un témoignage d'opinion qui ne porte que sur des questions qui relèvent de son domaine de compétence;
- c) de fournir l'aide supplémentaire que le tribunal peut raisonnablement exiger pour décider une question en litige.

(2) L'obligation prévue au paragraphe (1) l'emporte sur toute obligation de l'expert envers la partie qui l'a engagé ou au nom de laquelle il a été engagé.

## Les experts nommés par les parties

En vertu de la règle 53.03, une partie peut déposer une preuve d'expert, d'abord par écrit, puis par témoignage. La partie doit signifier le rapport de son expert à chaque partie opposée dans les délais prescrits par les règles. En vertu de la règle 53.03(2.1), le rapport d'expert doit contenir :

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.

Au procès, un expert ne peut témoigner sur une question dont il ne traite pas dans son rapport, sauf si le tribunal l'y autorise.

### Les experts nommés par le tribunal

Les règles donnent aussi au tribunal le pouvoir de nommer un expert aux fins de l'instance. En vertu de la règle 50.06, le juge ou le protonotaire qui préside la conférence préparatoire envisagera l'opportunité de nommer un expert à la cour. Si aucun expert n'est nommé à la conférence préparatoire, la cour peut en nommer un à l'étape du procès, en vertu de la règle 52.03. Chacune des parties peut en faire la requête et le juge peut aussi le faire de son propre chef.

Le tribunal donne des directives à chaque expert qu'elle nomme au sujet de la portée du rapport demandé. Le tribunal peut ordonner à l'expert d'effectuer l'inspection d'un bien ou d'examiner l'état de santé mentale ou physique, selon ce qui est nécessaire. Le juge de première instance peut ordonner aux parties du procès d'acquitter les honoraires de l'expert.

Dans son *Résumé des conclusions et des recommandations*, le juge Osborne indique que la règle 52.03 est « rarement invoquée » par les tribunaux.<sup>28</sup>

Le professeur Nicholas Bala a milité pour une utilisation accrue de la règle 52.03 afin de réduire les coûts et pour promouvoir la conclusion de règlements entre les parties.<sup>29</sup> Il croit que les avocats sont en mesure d'éviter les biais manifestes lorsqu'ils engagent un expert et lui transmettent des directives. Toutefois, le paradigme répandu qui consiste à rémunérer un expert pour obtenir son opinion mène à des distorsions qui peuvent nuire à l'objectivité. Bala établit une comparaison entre les experts nommés par la cour et la mesure de renforcement de l'indépendance des vérificateurs et des agences de notation dans le secteur financier.<sup>30</sup>

### Preuve d'expert simultanée

Les règles prévoient que si les parties n'arrivent pas à s'entendre à l'étape de la conférence préparatoire, le tribunal peut ordonner le dépôt d'une preuve simultanée de la part des experts mandatés par les parties.

La règle 50.07(1)(c) stipule que :

(1) Si l'instance n'est pas réglée à la conférence préparatoire au procès, le juge ou le protonotaire chargé de la gestion des causes qui préside peut faire ce qui suit :

---

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Nicholas Bala, « Inside the mind of an expert », *The Lawyers Weekly* (15 février 2013) 10.

<sup>30</sup> *Ibid.*

(c) rendre l'ordonnance qu'il estime nécessaire ou opportune relativement au déroulement de l'instance, y compris toute ordonnance visée au paragraphe 20.05 (1) ou (2).

En vertu de la règle 20.05(2)(k), le tribunal peut ordonner :

k) la rencontre, sous toutes réserves, des experts engagés par les parties ou en leur nom relativement à l'action pour déterminer les questions en litige sur lesquelles ils s'entendent et celles sur lesquelles ils ne s'entendent pas, pour tenter de clarifier et régler toute question en litige qui fait l'objet d'un désaccord et pour rédiger une déclaration commune exposant les sujets d'entente et de désaccord ainsi que les motifs de ceux-ci, s'il estime que les économies de temps ou d'argent ou les autres avantages qui peuvent en découler sont proportionnels aux sommes en jeu ou à l'importance des questions en litige dans la cause et que, selon le cas :

(i) il y a des perspectives raisonnables d'en arriver à un accord sur une partie ou l'ensemble des questions en litige,

(ii) le fondement des opinions d'experts contraires est inconnu et qu'une clarification des questions faisant l'objet d'un désaccord aiderait les parties ou le tribunal[.]

Comme nous en discuterons plus loin, les tribunaux se prévalent rarement des règles 50.07(1)(c) et 20.05(2)(k).

### **Documents d'expert**

Après la mise en œuvre de la lettre de mandat et la transmission des directives, les experts environnementaux produisent généralement un volume considérable de documentation, comme des communications entre plusieurs intervenants. Celle-ci peut contenir des plans de travail, des notes de terrain, de la correspondance, des photographies, des tableaux, des notes de rencontres ainsi que des versions préliminaires et finales de rapports. La question est de savoir lesquels de ces éléments les parties peuvent produire dans un litige, et dans quelle mesure le privilège peut s'appliquer sur le travail de l'expert pendant l'instance.

#### *Divulgence des documents pertinents*

Les obligations des parties aux litiges civils environnementaux sont assez larges. La règle 30.02(1) des *Règles de Procédure civile* de l'Ontario stipule :

Un document pertinent à l'égard d'une question en litige dans une action et qui se trouve ou s'est trouvé en la possession d'une personne, sous son contrôle ou sous sa garde est divulgué conformément aux règles 30.03 à 30.10, que l'on invoque ou non un privilège à l'égard de ce document.<sup>31</sup>

Il existe aussi des règles particulières touchant les experts qu'une partie entend faire témoigner. En vertu de la règle 53.03(1), les parties doivent produire un rapport pour

---

<sup>31</sup> *Règles*, supra note 1, règle 30.02(1).

chaque expert qu'elle appellera à la barre des témoins.<sup>32</sup> Elles doivent signifier ce rapport au moins 90 jours avant la conférence préparatoire,<sup>33</sup> et en remettre un exemplaire aux autres parties à l'instance. La règle 53.03(2.1) indique les renseignements que doit contenir chaque rapport d'expert, comme les hypothèses de faits, les recherches et les documents sur lesquels l'expert s'est appuyé.<sup>34</sup> En vertu de cette même règle, le rapport doit également contenir une déclaration de l'expert sur son devoir envers le tribunal. L'expert doit annexer à son rapport les directives de la partie qui a retenu ses services.

Généralement, les parties ne produiront pas de rapport d'expert aux étapes préliminaires d'un litige. En conséquence, la règle 31.06(3) revêt une importance particulière pour les avocats en droit de l'environnement. La règle autorise une partie à divulguer les opinions, les conclusions et les résultats d'experts sur lesquels elle s'appuiera pendant le procès.<sup>35</sup> Elle est souvent utile à l'avocat qui désire obtenir un aperçu du point de vue de l'expert de la partie adverse. Cette tentative se heurte souvent à de la résistance.

### *Revendication du privilège*

La règle 30.02(2) prévoit que l'avocat peut invoquer le privilège à l'égard de certains documents afin d'éviter d'avoir à les divulguer.<sup>36</sup> En général, les avocats en droit environnemental cherchent à protéger le secret d'un document d'expert, c'est-à-dire éviter de le produire en invoquant le privilège.

[TRADUCTION] « Le privilège du litige vient du fait que le plaideur a besoin d'une protection pour faciliter l'enquête et l'aider à préparer le dossier du procès.<sup>37</sup> On appelle cette protection la "zone de confidentialité". Elle favorise une meilleure préparation du procès pour les avocats en droit environnemental par le recours aux experts. »

Dans l'affaire *General Accident Assurance Co. c. Chrusz*, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré :

[TRADUCTION] La « zone de confidentialité » est une description attrayante, mais elle ne circonscrit pas la portée de la protection ni la notion de l'intrusion légitime à l'étape de la communication de la preuve pour assurer un procès qui couvre tous les éléments pertinents. La tendance moderne favorise une divulgation complète et il n'existe aucune raison apparente de freiner cette tendance dans la mesure où l'avocat continue à jouir d'une souplesse suffisante pour servir adéquatement son client qui est partie à un litige. En effet, le privilège relatif au litige est un domaine de confidentialité après que l'avocat a répondu aux demandes liées à la communication

---

<sup>32</sup> *Ibid*, règle 53.03(1).

<sup>33</sup> *Ibid*, règle 53.03(1).

<sup>34</sup> *Ibid*, règle 53.03(2.1).

<sup>35</sup> *Ibid*, règle 31.06(3).

<sup>36</sup> *Ibid*, règle 30.02(2).

<sup>37</sup> *General Accident Assurance Co c Chrusz* (1999), 45 OR (3d) 321 (CA de l'Ontario), para 23 [*Chrusz*], citant RJ Sharpe, « Claiming Privilege in the Discovery Process » dans *Law in Transition: Evidence*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, Toronto, De Boo, 1984, à la p 163.

de la preuve. Il existe une tension entre eux, car en élargissant l'application de la communication de la preuve, les exigences raisonnables de l'avocat relatives aux litiges doivent être reconnues.

Nos règles modernes ont certainement tronqué ce qui aurait auparavant été à l'abri de la divulgation.<sup>38</sup>

La Cour d'appel, dans *Chrusz*, a adopté le « critère de l'objectif principal ». Ce test permet la revendication du privilège à l'égard de documents créés aux fins de l'objectif principal du litige, qu'il soit réel ou envisagé.<sup>39</sup> En appliquant le test, la cour a conclu que le privilège relatif au litige ne protégeait pas les documents recueillis ou reproduits lorsque ce privilège n'en faisait pas de même pour les documents originaux.<sup>40</sup> La question visait aussi les communications et les rapports intervenus entre l'avocat de l'assureur et le tiers expert en estimation de réclamation de l'assureur. Le tribunal a limité l'étendue du privilège aux seules communications intervenues alors que l'assureur envisageait la possibilité d'un recours contre l'intimé.

Quelques années plus tard, la Cour suprême du Canada a confirmé le test de l'objectif principal dans l'affaire *Blank c. Canada*.<sup>41</sup> La cour a déclaré :

le critère de l'objet important me semble conforme à l'idée que le privilège relatif au litige devrait être considéré comme une exception limitée au principe de la communication complète et non comme un concept parallèle à égalité avec le secret professionnel de l'avocat interprété largement. Le critère de l'objet principal est plus compatible avec la tendance contemporaine qui favorise une divulgation accrue.<sup>42</sup>

La cour a déterminé que le privilège relatif au litige prend fin lorsque le litige qui lui a donné lieu est terminé.<sup>43</sup> La cour a noté que le privilège relatif au litige peut conserver son effet lorsque le litige qui lui a donné lieu a pris fin, mais qu'un litige connexe demeure en instance ou peut être raisonnablement appréhendé.<sup>44</sup> Cette définition élargie du litige comprend les procédures distinctes qui opposent les mêmes parties, ou des parties liées, et qui découlent de la même cause d'action ou source juridique, ou d'une cause d'action connexe. Les procédures qui soulèvent des questions communes avec l'action initiale et qui partagent son objet fondamental seraient également visées.<sup>45</sup>

Dans l'affaire *Browne (Litigation Guardian Of) c. Lavery*, la Cour supérieure de l'Ontario a noté que le privilège relatif au litige visant un rapport tombe lorsque la partie adverse en

---

<sup>38</sup> *Ibid*, para 25 à 26.

<sup>39</sup> *Ibid*, para 33.

<sup>40</sup> *Ibid*, para 38.

<sup>41</sup> *Blank c Canada (Ministère de la Justice)*, 2006 CSC 39, para 60 [*Blank*].

<sup>42</sup> *Ibid*, para 60.

<sup>43</sup> *Ibid*, para 36.

<sup>44</sup> *Ibid*, para 38.

<sup>45</sup> *Ibid*, para 39.

reçoit un exemplaire.<sup>46</sup> Plus tard, dans l'affaire *Lecocq Logging Inc. c. Hood Logging Equipment Canada Inc.*, la cour a déclaré qu'une renonciation portant sur le rapport de l'expert a eu pour effet de lever tout privilège qui aurait autrement compris les notes de l'expert.<sup>47</sup>

Dans l'affaire *Bazinet c. Davies Harley Davidson*, la Cour supérieure de l'Ontario a affirmé qu'une renonciation au privilège portant sur le rapport d'un expert comprenait une renonciation relative à tout autre rapport sur lequel l'expert s'était appuyé aux fins de la rédaction de son propre rapport.<sup>48</sup> En l'espèce, le demandeur avait fourni un rapport d'expert à un deuxième expert. Selon la cour, lorsqu'un demandeur s'est fié au second expert et qu'il a produit le rapport de celui-ci, c'était comme s'il renonçait au privilège à l'égard du rapport du premier expert.<sup>49</sup> De ce fait, la partie adverse a obtenu le droit à la divulgation des résultats, des opinions et des conclusions du deuxième expert en vertu de la règle 31.06(3).

### *Politiques de destruction de documents*

Au Canada, les tribunaux ne se sont pas encore penchés précisément sur la situation où un expert se fie à des politiques de destruction de documents pour justifier la suppression ou le déchetage de documents de son dossier.

La destruction de documents d'un dossier peut donner lieu à des questions d'ordre éthique. Premièrement, la destruction de documents suscite souvent davantage de questions que de réponses quant aux motifs ou aux desseins qui y sont rattachés. Deuxièmement, on peut déduire ou croire que ce geste sert un objectif illégitime ou qu'il vise à dissimuler quelque chose. Troisièmement, la destruction de documents peut sembler douteuse en l'absence de politique d'entreprise à cette fin. L'absence d'une telle politique peut donner lieu à un manque de cohérence et à une approche laxiste quant au moment où l'expert croit approprié de détruire des documents. Quatrièmement, une politique efficace demeure sujette à des lacunes dans son application d'un dossier et d'un expert à l'autre, même si l'on parle de la même organisation. Toutes ces situations peuvent donner des munitions à la partie adverse pour contreinterroger l'expert au procès.

Probablement que la meilleure approche consiste à ne pas détruire de documents ou encore à appliquer de manière uniforme une politique bien élaborée de destruction à l'échelle de l'organisation et d'un dossier à l'autre. Des mesures moins efficaces peuvent mener à des attaques sur la crédibilité de l'expert.

---

<sup>46</sup> *Browne (Litigation Guardian of) c. Lavery* (2002), 58 OR (3d) 49 [Browne].

<sup>47</sup> *Lecocq Logging Inc c Hood Logging Equipment Canada Inc*, 14 CPC (6th) 287 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) au para 17.

<sup>48</sup> *Bazinet c. Davies Harley Davidson* (2007), 158 ACWS (3d) 561 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) au para 32 à 34.

<sup>49</sup> *Ibid*, para 26.

Quoi qu'il en soit, les avocats en droit environnemental et leurs clients ne peuvent pas nécessairement se prémunir contre la divulgation de l'information contenue dans des documents supprimés ou déchiquetés. Dans l'affaire *Bookman*, le tribunal a ordonné la production d'une note décrivant les directives de l'avocat si les lettres de directives n'existaient pas.<sup>50</sup> De plus, la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Conceicao Farms Inc. c. Zeneca Corp.*, a affirmé que la règle 31.06(3) ne requiert que la production de l'information, et non celle du document en question.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> *Bookman c Loeb*, [2009] OJ No 2741, 2009 CarswellOnt 3796, au para 37.

<sup>51</sup> *Conceicao Farms Inc c Zeneca Corp*, 83 OR (3d) 792 [*Conceicao*].