

ENJEUX CONCERNANT LES CONSEILLERS EXPERTS, LES TÉMOINS EXPERTS ET L'AVOCAT QUI RETIENT LEURS SERVICES

Nicholas R. Hughes et Monika A. Sawicka*

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

Les 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

*Les présents travaux ont été préparés par Nicholas R. Hughes et Monika A. Sawicka, et les auteurs souhaitent remercier tout spécialement Ailbish Skinner, stagiaire en droit, de McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l, Vancouver (C.-B.).

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

Retenir les services d'un expert fait partie intégrante de la pratique du litige ou de la prestation de conseils juridiques. La relation entre l'expert et l'avocat est complexe et multidimensionnelle, car ils jouent chacun un rôle différent et ont leurs propres obligations et contraintes au cours d'un dossier de litige.

Une évaluation précoce des besoins en assistance d'un expert et du rôle qu'on veut lui faire tenir est essentielle pour qui veut mieux servir les intérêts de ses clients. Comme à tous les stades d'un litige, les choix relatifs aux experts et les relations que l'on entretient avec eux soulèvent des enjeux d'ordre éthique et professionnel. Ces enjeux tiennent souvent aux exigences en matière de communication de la preuve et de secret professionnel et à la question de savoir si l'expert ou l'avocat a manqué à ses obligations correspondantes. Comme le montre la jurisprudence citée ci-après, s'il veut faire avancer la cause de ses clients, la dernière chose dont un avocat a besoin est que les relations qu'il entretient avec des experts deviennent la pierre d'achoppement d'un procès.

Le présent article vise à aborder certaines de ces questions et à offrir des conseils pratiques sur la manière de les résoudre.

CONSEILLER EXPERT ET TÉMOIN EXPERT : UNE COMPARAISON

Le rôle du conseiller expert

Le rôle de l'expert en tant que « conseiller » consiste à conseiller l'avocat sur des questions d'ordre technique afin de l'aider à monter son dossier. Les experts qui jouent ce rôle examinent les faits, les questions en jeu ainsi que la relation causale, et établissent un lien entre leur analyse et l'argumentation de l'avocat sur le plan des principes de droit. Essentiellement, le conseiller expert fait partie intégrante de l'équipe de litige, en aidant l'avocat à comprendre le dossier et à le faire avancer.

Lorsque les services de l'expert sont retenus uniquement en qualité de conseiller et qu'il s'en tient à ce rôle, toutes les communications entre l'expert et l'avocat ainsi que tous les documents créés, produits ou regroupés par l'avocat ou l'expert aux fins « principalement » de faciliter le bon déroulement du litige sont protégés par le privilège relatif au litige. Par conséquent, il peut être très utile de retenir les services d'un conseiller expert dans le cadre d'une affaire complexe, comme un différend en matière de construction ou une action fondée sur une faute médicale, car l'expert sera en mesure de conseiller l'avocat sur les aspects techniques du dossier sans craindre que les communications et les opinions qu'il fournit soient communiquées à la partie adverse.

Le rôle du témoin expert

La Règle 11-2(1) des *Supreme Court Civil Rules* de la Colombie-Britannique codifie le devoir des témoins experts comme suit : en livrant une opinion au tribunal, un expert a l'obligation d'aider le tribunal et il ne doit pas se faire l'avocat d'une partie.¹ Par comparaison, la Règle 4.1 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario² énonce qu'il incombe au témoin expert de rendre un témoignage d'opinion qui soit équitable, objectif et impartial; de rendre un témoignage d'opinion qui ne porte que sur des questions qui relèvent de son domaine de compétence et de fournir l'aide supplémentaire que le tribunal peut raisonnablement exiger pour décider une question en litige. De même, les tribunaux de l'Alberta ont reconnu qu'un témoin expert devait s'efforcer d'être impartial et indépendant et ne devait se faire l'avocat d'aucune des parties.³ Essentiellement, peu importe le ressort, l'obligation du témoin expert consiste à être objectif et impartial et à aider le tribunal, et non son client ou l'avocat qui retient ses services.

Les conséquences tenant au secret professionnel et à la communication de la preuve entourant le témoin expert sont plus complexes que celles liées au conseiller expert. Une fois l'opinion de l'expert communiquée pour être déposée en preuve devant un tribunal, l'expert renonce au privilège relatif au litige visant ses dossiers. Le privilège est écarté soit par la communication volontaire de l'opinion soit en raison du besoin du tribunal d'évaluer comme il convient la crédibilité et la fiabilité de l'opinion.

La distinction entre les rôles

La distinction à faire entre un conseiller expert et un témoin expert, et les conséquences en matière de privilège et de communication de la preuve à l'égard de chacun d'eux, a été très bien décrite dans l'arrêt *Vancouver Community College v. Phillips, Barratt (Vancouver Community College)*,⁴ une décision de 1987 de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (« CSCB »). L'honorable juge Finch a indiqué ce qui suit au paragraphe 27 :

« [Traduction] Aussi longtemps que l'expert s'en tient au rôle de conseiller confidentiel, il est tout à fait justifié de conserver le privilège relatif au litige à l'égard des documents qui sont en sa possession. Une fois qu'il devient un témoin, cependant, son rôle change du tout au tout. Ses opinions et leur fondement ne relèvent plus du domaine des conseils privés conférés à la partie qui a retenu ses services. Il offre au tribunal son opinion professionnelle pour l'aider dans sa recherche de la vérité. Le témoin n'est plus dans le camp de la partialité. Il témoigne de manière objective afin d'aider le tribunal à comprendre les questions d'ordre scientifique ou technique ou les questions complexes relevant de son domaine d'expertise sur le plan professionnel. Il se présente au tribunal comme une personne sincère, fiable, bien informée et compétente. C'est comme si la partie qui l'appelle à témoigner disait : « Voici M. X, un expert dans un domaine pour lequel le tribunal a

¹ BC Reg 168/2009.

² RRO 1990, Règle 194.

³ *IFP Technologies (Canada) v Encana Midstream and Marketing*, 2014 ABQB 470.

⁴ [1987] BCJ N° 3149.

besoin d'aide. Vous pouvez vous fonder sur son opinion. Elle est sérieuse. Il est prêt à la confirmer. Mon ami peut le contre-interroger comme bon lui semble. Il n'ira nulle part. Le témoin n'a rien à cacher. » [Nos soulignements]

Le double rôle de l'expert

Les praticiens du droit en Colombie-Britannique en règle générale déconseillent à leurs clients de retenir les services d'un expert qui tiendra les deux rôles, celui de conseiller et celui de témoin. La principale raison à ce conseil tient à la Règle 11-6(8)(b) qui prévoit que le privilège s'appliquant au dossier de l'expert tombe avant que l'expert ne témoigne. La Règle 11-6(8)(b) exige la communication en preuve, à la demande d'une partie nommée au dossier, du contenu du dossier de l'expert relatif à la préparation de l'opinion énoncée dans son rapport.

Dans l'arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia (Education) (CSF)*,⁵ la CSCB a expliqué davantage les principes de communication de la preuve énoncés par la Règle 11-6(8)(b) aux paragraphes 41 et 44 :

« [Traduction] En ce qui concerne le mécanisme de la [Règle] 11-6(8), je note que la [Règle] 11-6(8)(a) dresse la liste des documents devant être signifiés immédiatement à une partie qui le demande, notamment les déclarations écrites ou les déclarations de faits sur lesquelles l'expert a fondé son opinion; les dossiers relatant les observations indépendantes faites par l'expert dans le cadre de son rapport; les données compilées par l'expert dans le cadre de son rapport; et les résultats de tous les essais ou tests menés par l'expert ou des inspections qu'il a réalisées. La Règle 11-6(8)(a) exige ainsi déjà la production des observations et de l'analyse sous-tendant l'opinion de l'expert. La Règle 11-6(8)(b) devrait ainsi être lue comme exigeant la production de quelque chose de plus que les documents fondant le rapport de l'expert. »

« L'interprétation que je fais de la [Règle] 11-6(8)(b) constitue ainsi une voie moyenne entre la vaste portée de la communication de la preuve en common law et l'interprétation étroite alléguée par les demandeurs. Selon moi, lorsqu'une demande lui est présentée en vertu de la [Règle] 11-6(8)(b), un expert doit produire le contenu de son dossier touchant aux questions de fond de son opinion ou à sa crédibilité, sauf s'il serait injuste de l'obliger à le communiquer. » [Nos soulignements]

Dans un arrêt antérieur à l'arrêt *CSF*, l'arrêt *Vancouver Community College*, la CSCB a établi qu'un expert perd le droit au privilège relatif au litige dès qu'il se présente à la barre des témoins. Comme l'a déclaré l'honorable juge Finch au paragraphe 34 :

« [Traduction] Lorsqu'un témoin expert qui n'est pas une partie est appelé à témoigner, ou lorsque son rapport est déposé en preuve, il peut être tenu de remettre à l'avocat qui le contre-interroge tous les documents qu'il a en sa possession qui sont ou pourraient toucher aux questions de fond de sa preuve ou à sa crédibilité, sauf s'il serait injuste ou incohérent d'exiger qu'il les produise. La justice et la cohérence peuvent être évaluées en fonction des circonstances de chaque affaire. Si ces exigences sont remplies, les documents peuvent être communiqués parce que la partie qui présente la preuve du témoin, qu'elle soit orale ou écrite, a l'intention implicite de renoncer à se prévaloir du

⁵ 2014 BCSC 741.

privilège relatif au litige visant le dossier qui empêchait auparavant la communication en preuve des documents. » [Nos soulignements]

Le principe selon lequel l'expert doit produire « tous les documents qu'il a en sa possession » a été réitéré dans des arrêts subséquents, notamment l'arrêt *Delgamuukw v. British Columbia* :⁶

« [Traduction] Ainsi, le droit actuel exige du témoin expert qui est appelé à témoigner à un procès de produire tous les documents qui sont ou ont été en sa possession, dont les projets de rapports (même s'ils sont tirés du dossier du procureur avec des annotations) et d'autres communications qui ont ou pourraient avoir trait aux questions de fond de sa preuve ou à sa crédibilité, sauf s'il serait injuste d'en exiger la production. La renonciation au secret professionnel de l'avocat en ce qui concerne ces questions de fond, etc. lorsque le témoin est appelé à témoigner au procès est une présomption de droit. »

En raison des difficultés inhérentes au fait qu'un expert agit à la fois comme conseiller et témoin, et en particulier celles tenant à la perte du privilège visant le dossier de l'expert, les praticiens du droit en Colombie-Britannique ont, dans certains cas, retenu les services de deux experts – l'un comme conseiller et l'autre comme témoin expert. Lorsque les services d'un seul expert sont retenus, l'avocat devrait s'entretenir avec l'expert de façon à minimiser le risque de communication. Sans vouloir formuler de commentaires sur la probité de cette pratique, certains praticiens du droit conseillent à leurs experts de ne pas consigner leurs avis par écrit à moins d'en avoir été enjoint.⁷

Cela étant dit, selon l'honorable juge Finch, l'expert qualifié peut assurément, avec l'aide de l'avocat, tenir avec succès les deux rôles de conseiller et de témoin :⁸

« [Traduction] Je ne pense pas qu'il y ait, ou qu'il devrait y avoir, des limites aux échanges entre les avocats et leurs conseillers experts avant que ceux-ci ne rendent leur opinion ou avant le procès (...) Je pense, cependant, que lorsque la décision a été prise de produire en preuve l'opinion d'un expert, que ce soit par oral ou par écrit, l'avocat doit envisager la perspective d'un contre-interrogatoire approfondi et décider si les avantages attendus outrepassent les possibles inconvénients. L'expert digne de confiance ne verra aucun inconvénient à communiquer les échanges qu'il a eus avec l'avocat avant le procès. Et l'avocat ne sera pas non plus gêné si les échanges qu'il a eus avec l'expert visaient à l'aider à se forger une opinion objective fondée sur des hypothèses de fait raisonnables. » [Nos soulignements]

⁶ 1988 CanLII 3195 (CSCB), par 11.

⁷ *Expert Evidence in British Columbia Civil Proceedings* (Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2011).

⁸ LSG Finch, « The Court's Perspective » dans *Experts and Experts Reports* (Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1988).

OBLIGATIONS DES EXPERTS ET DE L'AVOCAT

Conséquences lorsqu'un expert manque à ses obligations

Lorsqu'un expert ne se conforme pas aux normes auxquelles on peut s'attendre de lui, le tribunal peut : i) refuser d'admettre en preuve le rapport de l'expert; ou ii) pénaliser la partie ou l'avocat qui a retenu les services de l'expert par la condamnation à des dépens spéciaux. Une décision condamnant l'avocat d'une partie à des dépens spéciaux ne sera prononcée que lorsque le tribunal est d'avis que la conduite de la partie ou de l'avocat est répréhensible. Les arrêts cités ci-après offrent des exemples d'affaires ayant donné de tels résultats.

Inadmissibilité du rapport

Les exemples abordés ci-après sont fournis par ordre chronologique et non par ordre d'importance. Il convient de faire observer que les décisions prononçant l'exclusion des rapports d'experts sont rares. Cette situation s'explique par le fait qu'en pratique les ordonnances excluant un tel élément de preuve sont généralement prononcées verbalement au cours du procès. Par conséquent, les exemples qui suivent ne sont que des exemples d'experts à propos desquels les tribunaux ont conclu qu'ils ne leur avaient pas fourni une aide impartiale.

Dans *Coulter (Guardian ad Litem of) v. Ball*,⁹ l'opinion d'un expert a été contestée parce qu'elle avait été jugée partielle. Le juge de première instance a conclu que le rapport de l'expert était argumentatif, évasif et certainement pas le genre de rapport auquel on se serait attendu de la part d'un expert s'étant engagé à aider le tribunal. Ainsi, le juge de première instance a conclu que l'expert agissait comme s'il était l'avocat de la défense et par conséquent il n'était pas possible de se fonder sur ses opinions. Cependant le juge n'a pas conclu que la présentation du rapport visait à induire le tribunal en erreur et par conséquent, l'utilisation du rapport de l'expert ne constituait pas une conduite méritant la condamnation à des dépens.

Les deux arrêts suivants illustrent des situations dans lesquelles l'utilisation excessive de caractères gras pour mettre l'accent sur les conclusions était un indice que l'expert appelé à témoigner avait agi comme un avocat.

Dans *Warkentin v. Riggs*,¹⁰ l'expert a utilisé des caractères gras pour surligner des mots et des phrases dans le rapport qui favorisaient la réclamation du plaignant et appuyaient son diagnostic. Les questions qui allaient contre la réclamation du plaignant ou qui ne soutenaient pas son diagnostic avaient été soit omises soit présentées en caractère non gras. Le juge de première instance a conclu que le rapport pouvait être considéré comme un

⁹ [2003] BCJ No 1804.

¹⁰ 2010 BCSC 1706.

élément défendant les intérêts du plaignant et l'a jugé inadmissible. La cour a conclu que le rapport était susceptible de compromettre la fonction de recherche des faits du juge des faits, par conséquent, son caractère préjudiciable prenait le pas sur sa valeur probante.

De même, dans l'arrêt *Turpin v. Manufacturers Life Insurance Company*,¹¹ les plaignants avaient objecté, entre autres, qu'un rapport d'expert ne respectait pas les exigences établies par les *Supreme Court Civil Rules* et que l'expert agissait comme un avocat d'une partie. Les conclusions de la cour à cet égard étaient fondées sur l'utilisation par l'auteur dans son rapport des italiques et des caractères gras. La cour a conclu que le rapport ne respectait pas les exigences (c.-à-d. que le rapport ne dressait pas la liste de chaque document sur lequel l'opinion était fondée) et que l'accent mis sur certains passages ne devait pas être encouragé et a pu trouver sa source dans la lettre de directives de l'avocat. Le rapport a été jugé inadmissible en preuve.

Dans l'arrêt *Maras v. Seemore Entertainment Ltd. (Maras)*,¹² la cour a décidé qu'un rapport d'expert en particulier présentait de nombreuses déficiences de sorte qu'il n'a pas été admis en preuve. Parmi les déficiences relevées, citons les suivantes :

- i) le rapport contenait de nombreuses pages de commentaires sur les divers dossiers et rapports examinés par l'expert ainsi que des résumés de ceux-ci, lesquels n'étaient ni nécessaires ni d'aucune aide pour le jury sauf à démontrer qu'il y avait un motif particulier de procéder de la sorte et qui était relié à l'opinion;
- ii) ce qui constituait des faits, des hypothèses et des opinions n'était pas clairement indiqué;
- iii) le rapport renfermait certains « [Traduction] commentaires éditoriaux », qui auraient dû, à tout le moins, être liés à un fait présumé ou à l'opinion de l'expert, ou aux deux.

Condamnation à des dépens

Les exemples suivants d'affaires dans le cadre desquelles des dépens ont été adjugés lorsque des experts ne respectaient pas leurs obligations sont également énumérés en ordre chronologique et pas nécessairement en ordre d'importance.

Dans l'arrêt *Heppner v. Schmand*,¹³ la cour d'appel a approuvé l'adjudication de dépens spéciaux lorsqu'un assureur, en dépit des critiques antérieures des tribunaux à l'égard d'une telle pratique, avait de manière répétée produit en preuve des opinions d'ingénierie similaires pour le compte de ses défendeurs assurés.

Dans l'arrêt *Jayetileke v. Blake*,¹⁴ le plaignant a réclamé des dépens parce que le défendeur avait appelé un témoin expert à témoigner qui avait la réputation de se faire l'avocat de ses

¹¹ 2011 BCSC 1159.

¹² 2014 BCSC 1109.

¹³ (1998) 59 BCLR (3d) 336 (CA).

¹⁴ 2010 BCSC 1478.

clients dans des affaires antérieures, et dont la conduite dans le cadre du procès méritait d'être réprimandée. La cour a accordé des dépens à l'encontre du défendeur parce que son témoin expert, entre autres :

- i) avait déjà vu sa preuve rejetée et son objectivité remise en question par des tribunaux;
- ii) se faisait l'avocat de son client, avait l'habitude d'argumenter, était sur la défensive, faisait preuve de peu de collaboration et avait tendance à tenir des propos décousus qui n'étaient pas pertinents au regard des questions posées en contre-interrogatoire;
- iii) affichait une incapacité alarmante à saisir son rôle d'expert et à comprendre le privilège connexe qui est le sien de fournir une preuve sous forme d'opinion;
- iv) s'est fait demander de quitter la salle d'audience afin que l'avocat puisse discuter des questions à lui poser, mais a été surpris en train d'espionner la salle d'audience et d'écouter la conversation qui s'y tenait;
- v) pour lequel l'avocat de la défense connaissait la tendance de l'expert à faire un usage abusif de son rôle d'expert.

Dans l'arrêt *Bailey v. Barbour*,¹⁵ la cour a adjugé des dépens à l'encontre de l'avocat qui avait appelé à témoigner un témoin expert incompetent et partial. Le contre-interrogatoire du sujet expert avait révélé que sa participation aux procédures dépassait les limites de ce à quoi on doit s'attendre d'un témoin expert. La cour a conclu que l'expert était partial et agissait dans les faits comme un avocat adjoint et un défenseur des intérêts d'une partie et que le témoignage de l'expert ne serait qu'une perte de temps pour la cour. En définitive, la cour a jugé que la citation de l'expert par l'avocat, alors que celui-ci connaissait le manque d'objectivité de l'expert, suffisait à justifier l'attribution de dépens personnels à l'encontre de l'avocat. Dans ses motifs, la cour a souligné les points suivants aux paragraphes 45 et 46 :

« [Traduction] De même, c'est faire fi de tout sens commun et de tout entendement que d'accepter qu'un avocat qui reçoit un courriel de son expert faisant référence au rapport d'un autre expert comme un 'paquet de m ...' et écrivant 'je parie qu'il n'a jamais produit de preuve d'expert en cour avant, et qu'Izaak ne lui a pas dit qu'il ne pouvait pas le protéger du contre-interrogatoire. Il pense qu'il peut éviter cette idiotie', ne saurait pas reconnaître que l'expert était trop personnellement impliqué dans l'affaire pour pouvoir formuler des commentaires objectifs sur la méthodologie et les conclusions de l'autre expert ... la cour ne peut que conclure que [l'avocat] savait ou aurait dû savoir que [l'expert] avait tenu un rôle qui dépassait celui du témoin expert.

... la décision que prend un avocat de présenter à la cour le témoignage d'un expert fait partie de son rôle d'avocat responsable du dossier et son expertise professionnelle devrait l'amener à comprendre que le fait d'appeler un expert partial à la barre des témoins mine l'intégrité du système de justice... [L'avocat] ne peut pas se protéger des dépens lorsqu'il a agi de manière contraire à

¹⁵ 2014 ONSC 3698.

l'administration de la justice. Par conséquent, je ne peux que conclure que c'est [l'avocat] qui est à la source de coûts inutiles. »

Dans l'arrêt *Seaspan ULC v. Director, Environmental Management Act*,¹⁶ l'Environmental Appeal Board (le « conseil ») de la Colombie-Britannique a adjugé des dépens à l'encontre d'un appelant, malgré sa politique de n'accorder des dépens que dans des « [traduction] circonstances exceptionnelles ». Les circonstances exceptionnelles qui justifient l'adjudication de dépens supposent une conduite répréhensible de la part de la partie. Après avoir entendu les arguments sur la question des dépens, le conseil a ordonné à l'appelant de payer à l'intimé et à des tiers leurs dépens. Ce faisant, le conseil a critiqué de nombreux aspects de l'opinion de l'expert et au sujet des relations entre l'expert et l'avocat. Les préoccupations du conseil étaient notamment les suivantes :

- i) l'expert a changé sa conclusion par rapport à un ancien projet de son opinion qui déclarait que la contamination « aurait pu » découler d'une source particulière pour se dire d'avis, dans le projet définitif, qu'il « était plus que probable » que la contamination provenait de cette source;
- ii) la question initiale posée à l'expert avait été de savoir si la contamination « aurait pu provenir » d'une source particulière, alors que la question posée pour le rapport définitif avait été changée pour celle de savoir ce qui avait été la « cause de la contamination » (sans analyse supplémentaire correspondante menée par l'expert);
- iii) sur les directives de l'avocat, l'expert n'a pas abordé dans son rapport les éléments de preuve importants qui venaient contredire son opinion;
- iv) l'expert, en interrogatoire principal, avait changé d'avis sur un aspect important de son opinion écrite sans expliquer au groupe qu'il l'avait fait et encore moins sans dire pourquoi.

Le conseil a conclu que l'opinion de l'expert était trompeuse, qu'il avait ignoré des données pertinentes (y compris ignorer des données sur les directives de l'avocat), et que les opinions étaient telles que son rapport était « fondamentalement faux et irrévocablement vicié ». En adjugeant des dépens, le conseil a également indiqué que le client de l'expert était aussi responsable d'avoir soutenu une position qui était « peu avisée », « absurde » et « qui n'aurait jamais dû être soutenue ».

Le rôle de l'avocat comme aide à l'expert dans la préparation du rapport

Pratique générale

Pour aider un expert à préparer son rapport, l'avocat devrait :¹⁷

- i) veiller à ce que la lettre de mandat de l'expert ne fasse aucune allusion à l'opinion souhaitée;

¹⁶ Décision N° 2010-EMA-005(c) et 2010-EMA-006(c).

¹⁷ Nevin Fishman, *Preparation of the Expert Report – How Much Input from Counsel?* (Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2009).

- ii) veiller à ce que l'expert reçoive une série de faits objectifs;
- iii) limiter ses communications avec l'expert pendant que ce dernier examine les faits et formule le fond de son opinion;
- iv) discuter des avis de l'expert verbalement avant qu'il ou elle ne remette quoi que ce soit pas écrit;
- v) limiter le nombre d'ébauches qui lui sont remises;
- vi) limiter au minimum les corrections à apporter au rapport de l'expert.

Malgré ces conseils de prudence, les tribunaux ont reconnu à l'avocat une certaine marge de manœuvre, comme nous allons le voir dans les arrêts cités ci-après.

Jurisprudence

Dans l'arrêt *Vancouver Community College v. Phillips, Barratt*,¹⁸ les dossiers de travail de l'expert produits en preuve ont montré que l'expert avait modifié son opinion plusieurs fois à la suggestion de l'avocat. La cour a conclu en définitive que les révisions dépassaient la simple clarification et l'opinion a été rejetée. Le juge Finch a déclaré ce qui suit aux paragraphes 33 et 34 :

« [Traduction] Loin de moi l'idée de condamner la pratique de révision ou de réécriture par un expert des rapports qu'il prépare en vue de les produire en preuve, ou préparés uniquement pour conseiller l'avocat ou les plaideurs. Je ne souhaite pas non plus condamner la pratique d'un avocat consistant à consulter ses experts avant le procès pendant que les 'rapports' sont en cours de préparation. Il est, toutefois, de la plus haute importance dans les deux phases de réécriture et de consultation mentionnées que l'indépendance, l'objectivité et l'intégrité de l'expert ne soient pas compromises. Je n'ai aucun doute que dans de nombreux cas, ces objectifs sont atteints et que tant les avocats que les experts respectent les limites essentielles tenant à la mesure dans laquelle un avocat peut discuter de manière opportune du produit du travail de l'expert alors qu'il évolue vers sa forme définitive.

Malheureusement, dans la présente affaire, les limites n'ont pas été respectées. Je ne peux pas m'empêcher de dire que dans l'ensemble l'avocat a beaucoup trop participé, et de manière inappropriée, à la préparation des rapports de [M. A]. [M. A] a sciemment permis cette participation de l'avocat et a sérieusement compromis l'objectivité de ses opinions. L'avocat a suggéré de nombreux ajouts et suppressions à son rapport et [M. A] les a acceptés. Ces suggestions allaient au-delà des déclarations sur des hypothèses factuelles, leur fondement sur le plan de la preuve, la définition des questions en jeu ou d'autres sujets sur lesquels l'avocat aurait pu offrir des conseils ou des commentaires judicieux. Les suggestions ont plutôt porté sur le fond des opinions de [M. A] et sur la manière dont il les a exprimées. Les modifications suggérées allaient en sens unique. »

¹⁸ [1988] BCJ No 710.

Dans l'arrêt *William et al. v. British Columbia et al.*,¹⁹ la cour a statué ce qui suit en ce qui concerne le dossier de l'expert et l'intervention de l'avocat dans celui-ci :

« [Traduction] L'échange de correspondance entre l'avocat et [l'expert] contenait des propos malheureux qui confortaient la thèse selon laquelle l'avocat dictait l'opinion qu'il voulait obtenir et [l'expert] obéissait aux injonctions de l'avocat. La révision qu'a faite l'avocat du rapport soutenait la même thèse. Les avocats devraient s'efforcer, en tout temps, de ne pas se placer dans une situation où leur conduite devient le point central des préoccupations du tribunal. »

Dans l'arrêt *Medimmune Ltd. v. Novartis Pharmaceuticals, UK Ltd. & Anor*,²⁰ la *England et Wales High Court* a relevé que les témoins experts peuvent avoir besoin d'un « [traduction] haut niveau de directive par les avocats » et « [traduction] d'une aide considérable des avocats qui ont rédigé leur rapport » dans des domaines hautement techniques comme le droit des brevets. Toutefois, la cour a mis en garde les avocats que ceux-ci doivent toujours garder à l'esprit que l'expert doit demeurer avant tout objectif. »

Dans l'arrêt *Maras*, la cour a ordonné à l'avocat du plaignant d'examiner les rapports déficients de l'expert dans la perspective d'en raccourcir la longueur de façon appréciable et de les rendre accessibles au jury. La cour a aussi statué que l'avocat peut aider l'expert à fournir un rapport qui respecte les critères d'admissibilité et a cité le juge McColl dans l'arrêt *Surrey Credit Union v. Willson* :²¹

« [Traduction] On ne saurait critiquer un avocat qui aide un témoin expert à se préparer à témoigner. Lorsque l'aide tient davantage à la forme qu'au fond de l'opinion elle-même, on ne saurait formuler d'objection. Il serait assez inhabituel dans une affaire aussi complexe que l'avocat ne consacre pas un certain temps à préparer les témoins avant qu'ils ne soient appelés à témoigner. Il n'est pas moins critiquable de s'engager dans le même processus lorsque le témoin que l'on cite à témoigner est un expert. Certes, si le processus avait été suivi en l'instance, on aurait pu éviter la majeure partie des critiques. »

Dans *Moore v. Getahun*,²² la préparation du rapport d'expert était en cause dans le cadre d'une action fondée sur une faute médicale. Le juge de première instance a jugé qu'il n'était pas acceptable que l'avocat aide un témoin expert à préparer son rapport. En contre-interrogatoire en première instance, l'expert avait admis qu'il avait transmis un projet d'un de ses rapports à l'avocat de l'appelant aux fins d'examen. L'expert a témoigné qu'il avait produit son rapport définitif à la suite d'une conférence téléphonique d'une heure et demie avec l'avocat. Le juge de première instance a exprimé sa préoccupation au sujet de l'appel téléphonique et a demandé à l'expert d'organiser son dossier en ordre chronologique et de fournir à la cour les projets de rapport. Le juge a également demandé à l'avocat de l'appelant de remettre à la cour toutes les lettres d'instruction et les comptes-rendus des conférences téléphoniques. Par la suite, les projets de rapport de l'expert ont été examinés

¹⁹ 2005 BCSC 131.

²⁰ [2011] EWHC 1669 (Pat) au par 110.

²¹ 1990 CanLII 1983 (CSCB).

²² 2015 ONCA 55.

en détail et les annotations et les modifications apportées à la suite des discussions avec l'avocat de l'appelant des projets de rapport ont été examinées avec soin. En définitive, la juge de première instance a rejeté la preuve d'expert, car elle a conclu que les discussions avec l'avocat avaient donné lieu à des changements importants et que l'obligation d'impartialité de l'expert n'avait pas été respectée.

En appel, la question était celle de savoir si la juge de première instance avait erré dans le traitement qu'elle avait fait de la preuve d'opinion d'un expert en critiquant le fait que l'avocat de l'appelant avait discuté avec le témoin du contenu de son projet de rapport. La Cour d'appel de l'Ontario a convenu que la consultation entre l'avocat et les témoins experts dans le cadre du processus de préparation des rapports, sous certaines limites, est nécessaire pour assurer la présentation efficace et ordonnée d'une preuve d'expert et la résolution des réclamations en temps opportun, de manière abordable et juste. De plus, la cour a conclu que les modifications apportées au projet de rapport de l'expert pouvaient être décrites comme relativement mineures, de nature éditoriale et stylistique visant à améliorer la compréhension des rapports. La cour a statué qu'il n'y avait aucune preuve d'un changement important sur le fond ou quoi que ce soit d'autre pour indiquer que soit l'avocat soit l'expert avait fait quoi que ce soit d'inconvenant ou que le rapport de l'expert faisait état d'autre chose que son opinion authentique et impartiale.

Enfin, la Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'un juge de première instance avait erré en jugeant inacceptable pour un avocat d'examiner et de discuter des projets de rapports d'experts. Dans ses motifs, la Cour d'appel de l'Ontario a souligné le fait qu'examiner un projet de rapport permet à l'avocat de vérifier que le rapport : i) respecte les règles de procédure civile et les règles de preuve; ii) aborde les questions en litige et y est limité; et iii) est rédigé d'une manière et selon un style accessible et compréhensible.

LA LETTRE DE MANDAT

Pratique générale

Lorsqu'il s'agit de traiter avec des experts, on ne saurait trop insister sur l'importance de la lettre de mandat. Cette lettre régit les relations entre l'expert, l'avocat et la partie qui en retient les services. Par conséquent, ses modalités doivent être soigneusement examinées et adaptées au cas particulier, l'expert disponible et le rôle précis que l'expert est censé jouer. À tout le moins, la lettre de mandat rédigée pour un témoin expert devrait prévoir clairement ce qui suit :

- i) la question ou les enjeux que l'expert est censé aborder;
- ii) les obligations des experts vis-à-vis du tribunal;
- iii) les faits et hypothèses sur lesquels l'expert est censé se fonder;
- iv) les documents sur lesquels l'expert peut se fonder lorsqu'il rédige son opinion;

Outre ce qui précède, l'avocat devrait s'entretenir avec l'expert, peut-être en dehors de la lettre de mandat, des questions suivantes :

- i) les attentes en matière de confidentialité et de relations avec les personnes ayant des intérêts opposés;
- ii) les principes régissant l'admissibilité d'un rapport d'expert en vertu des règles de procédure civile et les limites posées par la loi au témoignage d'un expert;
- iii) la conservation et la communication du dossier de l'expert, y compris les notes, les travaux en version papier, les projets et la correspondance;
- iv) l'accord sur les honoraires, lequel ne doit pas comprendre un « incitatif » ou une convention pour dépenses imprévues.

Lorsque l'expert joue un double rôle

La lettre de mandat peut être légèrement plus complexe si les services d'un expert sont retenus à la fois comme conseiller expert et témoin expert. Dans ce cas, la lettre devrait clairement indiquer que le mandat vise deux genres de services séparés, soit que l'expert doit fournir : 1) des conseils et des services de témoin-expert; et 2) une opinion. Certains praticiens demandent à leurs experts de tenir deux dossiers séparés pour les deux rôles que doit jouer l'expert. La jurisprudence n'indique pas clairement si ce faisant, une partie peut empêcher la communication des dossiers de l'expert qui tient le rôle de conseiller une fois que l'expert est appelé à jouer le rôle de témoin expert.