

ANALYSE CRITIQUE DU PROCÉDÉ D'EXPERTISE DANS L'ATTEINTE D'UNE JUSTICE CIVILE FORMULÉE COMME ÉQUITÉ*

Emmanuel Préville-Ratelle**

Le dépôt de l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile a ravivé le mouvement de défense de l'expertise partisane et la résistance institutionnelle à l'encontre de l'expertise commune, unique ou judiciaire. Aucune préoccupation pratique alléguée par les défenseurs de l'expertise partisane n'est réellement insurmontable puisqu'il est possible d'envisager un procédé d'expertise conforme au principe de la contradiction et soutenant une vision plus coopérative du procès. De même, aucun argument avancé selon une formulation de la justice civile comme équité ne peut être raisonnablement soutenu à l'encontre de l'expertise commune ou unique. Bien au contraire, la justice civile formulée comme équité milite davantage pour une pratique de l'expertise unique qui satisfait aux conditions de compétence, d'impartialité, d'indépendance et de publicité. Pour cette raison, la préoccupation véritable des juristes et des justiciables ne devrait pas être la défense de la pratique de l'expertise partisane, mais devrait être de plaider pour un changement de la pratique de l'expertise qui respecte le principe de la contradiction et les conditions de la justice formulée comme équité.

The introduction of the Draft Bill for a new Code of Civil Procedure has revived the movement defending the practice of having expert evidence put forward by the parties to litigation, and provoked resistance to a requirement for expert witnesses testifying under the auspices of the court, whether as members of panels or as single witnesses. Those advocating the control of expert evidence by the parties have not identified insurmountable practical concerns, as it is possible to imagine ways of using experts that are consistent with the adversary system yet support a more co-operative view of the trial. Furthermore, no argument based on a concept of civil justice as fairness can be reasonably advanced against the "single expert" process. On the contrary, civil justice seen as fairness militates in favour of a practice of using experts that meets the standards of competence, impartiality,

* Cet article est une version remaniée d'un chapitre d'une thèse présentée à l'Université McGill dans l'accomplissement partiel des exigences du diplôme de maîtrise en droit (LL M) : Emmanuel Préville-Ratelle, *Le paradoxe de l'expertise partisane*, thèse de maîtrise en droit, Université McGill, Faculté de droit, 2012 [non publiée].

** Emmanuel Préville-Ratelle est avocat et membre du Barreau du Québec.

independence and transparency. For this reason, the real concern of lawyers and litigants should not be to defend the use of partisan experts, but to support changes in the justice system that would respect both the adversarial principle and the concept of civil justice as fairness.

La proposition de l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*¹ d'imposer aux tribunaux le devoir de favoriser, en autant que possible, le recours à une expertise commune du consentement des parties ou unique ordonnée par le tribunal rencontre une résistance importante de la part de plusieurs acteurs du milieu juridique. Avocats, notaires, assureurs en responsabilité civile et professionnels de la santé ne souhaitent pas être limités dans leur capacité à nommer et faire entendre l'expert de leur choix.

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

Ce phénomène dépasse la simple résistance inhérente à tout changement d'une pratique. À cet égard, la lecture des mémoires sur l'avant-projet de loi démontre une opposition soutenue par une formulation implicite de la justice civile. Les arguments juridiques et pratiques en faveur du statu quo (ou à l'encontre d'une expertise plus judiciaire) sont par le fait même mis au service d'une telle formulation de la justice civile.

Qu'entendons-nous par formulation de la justice civile? Il s'agit d'une façon d'énoncer ou de faire connaître avec précision ce qu'est la justice

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

civile. Le terme « formulation » reconnaît le pluralisme de la justice civile, c'est-à-dire qu'il coexiste plusieurs modes de pensée, visions ou conceptions de la justice au sein de la société québécoise. Le dénominateur commun à toute formulation de la justice est que cette dernière a pour sujet, objet ou fin le traitement qui doit être accordé aux personnes². Cependant, la justice est un concept polysémique qui apparaît malheureusement souvent bien vide de sens. Elle est souvent utilisée comme outil du langage ou comme vocable pour affirmer l'appui à une cause ou une autre et, le cas échéant, elle réfère davantage à l'approbation (ou la désapprobation) qu'une personne ou un groupe exprime à l'encontre d'une pratique. Dans de tels cas, quelle que soit la justice évoquée par l'une ou l'autre des parties (si la justice est réellement au cœur du débat), nous sommes manifestement en présence de formulations divergentes de la justice que les tenants ne sont souvent pas prêts à concilier. La polarisation de tout conflit suggère d'ailleurs la présence d'idéologies de justice. La justice devient idéologique lorsqu'elle insiste sur la croyance ou la conviction que ce qui est demandé dépasse la simple expression d'un intérêt en conflit avec un intérêt opposé, mais possède une valeur supérieure et absolue, qui exclut tout compromis³.

La relation entre la justice et le droit est complexe. La finalité du droit comprend en partie la quête de la justice. Le droit et les institutions juridiques permettent de parvenir à la justice⁴. Selon le professeur Macdonald, « il est aussi indéniable que ces institutions – nos tribunaux et nos professions juridiques – sont les garants indispensables d'une plus grande accessibilité à la justice informelle et, au-delà, à la justice tout simplement »⁵. Toutefois, la justice ne peut être restreinte à l'exercice du pouvoir judiciaire ou au respect de ce qui est conforme au droit. La justice ne peut ni être simplement assimilée au droit, ni être complètement distincte du droit comme les doctrines positivistes le suggèrent. Bien que la « juridicisation »⁶ de la justice soit une tendance de tout État de droit, le droit ou le juridique ne demeure qu'une des nombreuses facettes de la justice. À cet égard, la justice peut être à la fois émotionnelle, rationnelle, éthique/morale et légale.

² John R Lucas, *On Justice*, Oxford, New York; Oxford University Press, Clarendon Press, 1980 à la p 196.

³ Alf Ross, *On Law and Justice*, Berkeley (Cal) , University of California Press, 1959 aux pp 274-75.

⁴ Sur la relation entre la justice et le droit, voir notamment Chaïm Perelman, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, plus particulièrement aux pp 91-98, 298.

⁵ Roderick A Macdonald, « Accessibilité pour qui? Selon quelles conceptions de la justice » (1992) 33:2 C de D 457 à la p 484.

⁶ Yves-Marie Morissette, « (Dé)judiciarisation, (dé)juridicisation et accès à la justice » (1991) 51:4 R du B 585 aux pp 589-91 [Morissette, « (Dé)judiciarisation »].

1. *La justice civile formulée comme équité*

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

La justice civile touche aussi bien la démarche (la manière, les moyens, les procédés) que les résultats. À titre d'exemple, les règles de justice naturelle concernent son aspect processuel. D'un point de vue processuel, les arguments à l'encontre de l'expertise judiciaire ou de l'expert unique désigné par le tribunal sous-entendent une formulation de la justice civile comme équité. Selon cette formulation, la justice civile est avant tout un procédé ou une « manière de résoudre les litiges qui consiste à reconnaître impartialement le droit de chacun, sans faire acception de personne »⁷ et sans obéir à d'autres principes que la répartition des redressements et des blâmes selon les droits et obligations prévus par la loi. Seul un procédé public sous la supervision d'une personne compétente, impartiale et indépendante peut garantir une décision ou un traitement juste.

Selon la justice civile formulée comme équité, la résolution judiciaire d'un litige privé nécessite donc la réunion de quatre conditions : la compétence, l'impartialité, l'indépendance et la publicité. La compétence renvoie à la fois au pouvoir juridictionnel (la juridiction) et à la capacité de porter un jugement fondé sur une expérience, une connaissance et une compréhension approfondies des règles de droit. Elle atteste que la justice est rendue conformément à la loi.

L'impartialité doit être comprise comme étant une attention, une considération ou un égard égal pour l'autre (« *equal concern* »)⁸. Agir de façon impartiale, c'est prendre également en considération les parties et leurs prétentions. L'impartialité diffère de la neutralité⁹ puisqu'elle « présuppose une partialité existante naturelle à soi-même »¹⁰. Cette propension présupposée à prendre parti pour nous-mêmes soutient le principe selon lequel aucune personne ne peut être juge dans sa propre cause. Le juge doit trancher sans faire appel à un avantage personnel et il ne peut avoir d'intérêt privé dans le résultat de la dispute. Il doit agir en

⁷ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd, *sub verbo* « équité ».

⁸ Jiwei Ci, *The Two Faces of Justice*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2006 à la p 133.

⁹ Au sujet de la différence entre la neutralité et l'impartialité, voir notamment *R c S (RD)*, [1997] 3 RCS 484, juges L'Heureux-Dubé et McLachlin.

¹⁰ Ci, *supra* note 8 à la p 133.

imaginant une séparation ou une distance entre lui et ses croyances, soit être distant, sans toutefois être détaché ou s'abandonner.

L'indépendance réfère à l'autonomie du juge, à l'absence de relation de subordination ou de solidarité. L'indépendance est un moyen qui a pour finalité « d'assurer le caractère désintéressé et impartial de la justice rendue au profit des justiciables »¹¹. Comme l'affirmait le juge en chef Lamer : « [l]'indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l'impartialité judiciaire »¹². L'indépendance garantit des décisions judiciaires libres de toute influence et fondées strictement sur les faits et la loi. Au Québec, le premier alinéa de l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹³ garantit les conditions d'impartialité et d'indépendance à titre de droit judiciaire : « [t]oute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé ».

La publicité exige que la justice civile soit rendue publiquement : « cette précaution responsabilise la magistrature et réduit les risques d'abus de pouvoir »¹⁴. La publicité assure la transparence et l'imputabilité de la justice civile, « la confiance du public dans la probité du système judiciaire et une meilleure connaissance de l'administration de la justice »¹⁵.

Ces quatre conditions, qui assurent la fiabilité du processus et l'initiative des justiciables, reposent sur une définition du jugement et une distinction entre le jugement, la perception et la compréhension. Le jugement constitue l'étape finale d'un processus linéaire amorcé par la perception et suivi de la compréhension. Il unit la perception des faits à la compréhension du droit; le juge qui tranche un litige applique les catégories et les concepts légaux aux données du procès. La perception et la compréhension précèdent le jugement qui les lie. On exige du juge instruisant une affaire qu'il soit, au préalable et au cours d'un procès public, compétent, impartial et indépendant. Dans leur application la plus stricte (ou la plus antagonique), le respect de ces conditions oblige le juge à laisser-faire, à s'abstenir d'intervenir et de donner un avis, à s'engager ou à entreprendre le moins possible quelques démarches, à ne pas rechercher

¹¹ Jean Leclair et Yves-Marie Morissette, « L'indépendance judiciaire et le Cour suprême : reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance » (1998) 36:3 Osgoode Hall LJ 485 à la p 512.

¹² *R c Lippé*, [1991] 2 RCS 114.

¹³ LRQ, c C-12 [*Charte québécoise*].

¹⁴ Morissette, « (Dé)judiciarisation », *supra* note 6 à la p 608.

¹⁵ Québec, Ministère de la Justice, Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile : Une nouvelle culture juridique* (Rapport), Québec, Publications du Québec, 2001.

des éléments de preuve, à regarder les parties procéder comme elles l'entendent et à ne pas compléter ou parfaire leur travail. Le juge rend jugement un peu comme on prend une photo ou comme on enregistre une vidéo. Il observe passivement et impassiblement. Exception faite des décisions interlocutoires touchant les questions de preuve et de procédure, ce n'est que lorsque les parties terminent leur présentation que le juge s'active et décide du mérite ou du bien-fondé de la demande, tel un *deus ex machina*.

Les rôles du juge et des parties sont fondés sur les principes de l'accusation et de la contradiction. Ces deux principes, qui servent de fondements à notre système actuel, assurent l'impartialité et l'égalité de traitement dans le processus de résolution judiciaire. Vogler énumère trois éléments procéduraux essentiels à cet égard. Premièrement, il doit être prohibé au juge d'utiliser son pouvoir pour appliquer des pressions psychologiques ou physiques pouvant altérer le témoignage libre d'une personne. Deuxièmement, le juge ne doit pas pouvoir utiliser les ressources de l'État au bénéfice d'une partie, ce qui créerait un procès inéquitable. Troisièmement, le justiciable doit avoir un rôle actif dans le déroulement du litige judiciaire et ne doit pas être un simple spectateur¹⁶.

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

¹⁶ Richard Vogler, *A World View of Criminal Justice*, Aldershot (R-U), Ashgate, 2005 à la p 130.

Le principe de contradiction se présente comme un article de foi ou un intouchable aux yeux des juristes québécois. Parce que notre procédure civile est contradictoire, elle est considérée comme supérieure à la procédure inquisitoire que certains croient être utilisée ailleurs. Or, le principe de la contradiction est généralement mal défini et articulé. Le terme « contradiction », que plusieurs semblent confondre avec la lutte, le duel, l'adversité ou l'antagonisme, signifie l'« action de s'opposer à ce que quelqu'un affirme »¹⁷. Une personne qui contredit, confronte ou oppose ne cherche pas nécessairement à faire triompher ses intérêts ou sa cause ou à imposer à sa volonté.

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

Dans cette optique, le principe de la contradiction suppose la relativité de toute connaissance. Puisque toute connaissance est relative ou qu'aucune vérité n'est indépendante, il est nécessaire de procéder à un débat pour la faire apparaître. Le principe soutient « une conception classique du procès, où la vérité n'est pas transcendante et où elle n'apparaît jamais aussi bien que dans la confrontation de versions opposées »¹⁸.

La dialectique peut toutefois être utilisée à des fins détournées, visant davantage la persuasion que le consensus, notamment lorsqu'une personne cherche à défendre une opinion partisane ou s'obstine dans l'erreur. Dans de tels cas, la dialectique devient éristique. Schopenhauer définit le terme « dialectique éristique » comme étant l'art d'avoir raison pour avoir raison

¹⁷ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd, *sub verbo* « contradiction ».

¹⁸ Daniel Jutras, « Culture et droit processuel : le cas du Québec » (2009) 54:2 RD McGill 273 à la p 287.

ou le procédé par lequel une personne manifeste une confiance en ses opinions :

La dialectique éristique est l'art de la controverse, celle que l'on utilise pour avoir raison, que l'on ait raison ou tort – *per fas et nefas*. On peut objectivement avoir raison, et pourtant aux yeux des passants, et parfois pour soi-même, avoir tort. Par exemple, je peux présenter une preuve d'une affirmation et mon adversaire peut réfuter la preuve et donner l'impression de réfuter une affirmation pour laquelle il peut néanmoins exister d'autres preuves. Dans ce cas, les rôles sont inversés : l'adversaire a raison bien qu'il aurait en vérité objectivement tort¹⁹.

Schopenhauer impute la dialectique éristique à la faiblesse ou la bassesse de la nature humaine. Selon lui, « chez la plupart des hommes, la vanité innée s'accompagne par la loquacité et la mauvaise foi innée »²⁰. Sans nous prononcer sur l'essence de l'être, le détournement de la dialectique à des fins éristiques peut être en partie le produit d'une culture professionnelle québécoise centrée sur la partisanerie, la rivalité et la compétition. Le jugement est vu comme un résultat gagnant-perdant, très souvent perdant-perdant, et non comme un résultat gagnant-gagnant. Après tout, il n'y a pas si longtemps, on concevait le procès comme une virile épreuve de force entre deux belligérants représentés par leurs procureurs respectifs. Bien que le déroulement du procès ait beaucoup changé depuis, cette vision belliqueuse persiste encore dans bien des stratégies procédurales et des méthodes d'interrogatoire et de plaidoirie. En matière de litige, le succès de l'avocat n'est-il pas encore à ce jour tributaire de ses victoires à la cour?

La pratique et l'histoire démontrent que les parties, par l'intermédiaire de leurs avocats, n'échappent pas à cette tendance ou culture de la dialectique éristique. Or, l'affirmation selon laquelle le processus de résolution d'un litige judiciaire est uniquement fondé sur les principes de la contradiction et de l'accusation n'est pas conforme à la réalité. Ces deux principes sont insuffisants pour expliquer plusieurs des pratiques judiciaires québécoises. À cela s'ajoute un troisième principe : l'antagonisme.

A) *L'antagonisme*

Qu'est que ce principe de l'antagonisme? La langue anglaise donne une piste pour répondre à cette question. La doctrine québécoise et française joint souvent les mots « accusation » et « contradiction » pour traduire le

¹⁹ Arthur Schopenhauer, *The Art Of Controversy*, traduit par T Bailey Saunders, London (R-U) Swan Sonnenschein & Co, 1896 à la partie II [notre traduction].

²⁰ *Ibid* [notre traduction].

mot anglais « *adversariality* ». Pourtant, *adversariality* ne signifie ni accusation, ni contradiction, mais antagonisme. De la même façon, les mots « *adversarial* » ou « *adversary* » ne signifient pas contradictoire ou accusatoire, mais adversaire ou ce qui est relatif à un adversaire ou une procédure antagonique ou antagoniste. L'antagonisme se distingue de l'accusation et de la contradiction. Il est possible de faire connaître publiquement ou d'accuser quelqu'un sans chercher à lutter contre lui ou à engager les hostilités. De la même manière, une contradiction n'est pas nécessairement antagonique. Comme le souligne Jolowicz, la traduction française fréquente du terme *adversarial procedure*, « [procédure] fondé[e] sur le principe de la contradiction », est inexacte, puisqu'il existe une différence majeure entre le principe de la contradiction et le *adversary principle*²¹. L'idée qui distingue l'antagonisme de la contradiction est que :

Le juge doit découvrir les faits en tenant compte exclusivement des éléments de preuve que les parties lui soumettent : les parties sont des adversaires, pas seulement dans le sens qu'elles sont opposées l'une à l'autre, mais dans le sens que le rôle du juge est simplement de prononcer qui, dans son jugement, est le gagnant à la fin d'un duel scientificolégal disputé entre les parties avec les armes de leur choix. De son côté, le principe de contradiction n'empêche pas par lui seul le juge d'introduire des éléments supplémentaires dans la discussion. Il ordonne au juge de n'utiliser dans sa décision aucun élément de droit ou de fait, présenté par les parties ou par lui-même, sauf si toutes les parties ont eu l'occasion d'en discuter devant lui²².

L'indistinction entre l'antagonisme et la contradiction amène plusieurs juristes à croire que la procédure antagoniste, qualifiée à tort de contradictoire, constitue le seul moyen de garantir l'impartialité du processus et de protéger le droit des parties de connaître et de débattre de tous les éléments pris en compte dans la décision du juge. L'assimilation des deux principes empêche de voir ou d'imaginer toute modification du principe de l'antagonisme sans violer celui de la contradiction²³.

L'antagonisme n'est pas un principe en soi, mais un sous-principe ou une méthode contradictoire. L'antagonisme circonscrit le principe de la contradiction. En fait, il limite la contradiction à un choix binaire et empêche le juge de soumettre aux parties une proposition ou une perspective différente de celle qu'elles défendent. L'antagonisme pousse l'autonomie des parties à son paroxysme et campe strictement le rôle du juge dans celui d'observateur-arbitre.

²¹ John Anthony Jolowicz, *On Civil Procedure*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2000 à la p 176.

²² *Ibid* à la p 177 [notre traduction].

²³ *Ibid* aux pp 177-78.

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

La seconde supposition est fondée sur la prémisse que le meilleur moyen d'établir la vérité est de permettre à des adversaires de faire de leur mieux pour prouver leurs versions concurrentes des faits. Lorsque deux adversaires égaux rivalisent de cette façon, la théorie fonctionne, les mensonges sont exposés et la vérité émerge. La supposition implicite de ce modèle est que les adversaires, leurs avocats et leurs experts sont à peu près égaux, car c'est seulement lorsqu'ils le sont qu'il y a espoir que le test antagoniste de la preuve expose la vérité toute nue. Cependant, cette prémisse de l'égalité judiciaire tient rarement, car il existe souvent une asymétrie quant au pouvoir économique des justiciables.

La troisième supposition, qualifiée d'ailleurs de « mythe »²⁴, stipule que la résolution judiciaire d'un litige privé ne concerne que les parties au litige. Or, c'est rarement le cas pour quatre raisons. Premièrement, la supposition fait abstraction de l'autorité de la jurisprudence et de la publicité des débats judiciaires. Tout litige judiciaire peut avoir une importance éventuelle dans le développement du droit et toute décision judiciaire peut avoir un objectif informatif, éducatif ou encore dissuasif²⁵.

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

²⁴ *Ibid* à la p 181.

²⁵ *Ibid* à la p 179.

actionnaires ou parties prenantes (employés, clients, fournisseurs, créanciers ...)»²⁶.

Troisièmement, les tribunaux civils ne sont pas uniquement financés par les justiciables, mais aussi en grande partie par les autres contribuables. Dans ce contexte, il est interdit aux parties de multiplier les procédures inutiles ou dilatoires ou de surcharger l'instruction d'éléments de preuve non pertinents. En outre, il serait presque répugnant qu'un juge ait à se prononcer sur des faits connus pour être faux ou inventés. Les juges sont à juste titre mécontents lorsqu'on leur demande de se prononcer sur des allégations fausses ou fallacieuses et n'hésitent pas à aller au-delà de ce qui est allégué²⁷.

Quatrièmement, cette supposition fait abstraction de toute attente que le public puisse avoir du pouvoir judiciaire. Par ses décisions, le juge répond à l'attente du public qu'il doit trouver une solution juridique raisonnable à tout litige qui lui est soumis. On exige du juge qu'il fasse de son mieux pour prononcer la bonne solution chaque fois qu'elle est incertaine. Interdire au juge de soulever les questions et d'entreprendre les démarches qui lui semblent nécessaires pour apprécier les prétentions et indices qui lui sont présentés revient à l'empêcher d'essayer de parvenir à cette bonne solution ou à une solution raisonnable²⁸.

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

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid* aux pp 179-80.

²⁸ *Ibid* à la p 180.

inquisitoriale évoque une idéocratie ou un État totalitaire et toute la crainte qu'un tel régime peut générer²⁹.

Dans un livre portant sur la justice criminelle, Vogler énumère quatre caractéristiques de la méthode inquisitoriale moderne. La première est son caractère autoritaire. L'inquisition comme procédé est « basée sur un système dans lequel l'autorité est hiérarchisée et le pouvoir est délégué vers le bas à une chaîne de fonctionnaires subordonnés à une autorité centrale »³⁰. La seconde particularité est qu'il s'agit d'un processus bureaucratique continu. Aucune étape de la procédure n'est privilégiée puisque le procès prend la forme d'« un examen scientificolégal continu administré par différents niveaux de fonctionnaires »³¹. La troisième caractéristique est « l'utilisation contre les défendeurs de divers moyens de pression intolérables en vue d'obtenir sa coopération »³². Quatrièmement, « l'idéologie et la dynamique première de la méthode inquisitoriale ne sont pas la loi, mais la déduction rationnelle et l'enquête scientificolégale »³³.

En matière civile, la méthode inquisitoriale reprend seulement les deux premières caractéristiques identifiées par Vogler, soit l'autorité hiérarchisée et le processus continu. Le juge n'a pas de pouvoir de judiciariser le litige. Une procédure civile inquisitoire est donc généralement accusatoire. L'inquisition civile constitue principalement une méthode d'investigation. Le juge joue un rôle important et actif dans la recherche de la preuve. Il n'est pas limité par les allégations ou les prétentions des parties, peut utiliser tous les moyens légaux mis à sa disposition pour déceler une preuve et en apprécier la valeur probante, dirige lui-même l'instruction et pose les questions aux témoins. La méthode inquisitoriale peut ou non respecter le principe de la contradiction. Tout dépend des droits procéduraux donnés aux parties. Une procédure peut être inquisitoire et reconnaître aux parties le droit d'être entendu et le droit à une défense pleine et entière. La prérogative du juge peut être contrebalancée par une obligation de soumettre au débat des parties toute explication, tout élément de preuve ou tout fait dont il a connaissance en raison d'investigations personnelles. Dépendamment du niveau d'intervention attendu du juge, on parlera d'inquisition contradictoire ou d'une contradiction inquisitoire.

²⁹ Arthur Versluis, *The New Inquisitions : Heretic-Hunting and the Intellectual Origins of Modern Totalitarianism*, Oxford (R-U), Oxford University Press, 2006 aux pp 6-7.

³⁰ Vogler, *supra* note 16 à la p 19 [notre traduction].

³¹ *Ibid* [notre traduction].

³² *Ibid* [notre traduction].

³³ *Ibid* à la p 21 [notre traduction].

Il n'existe pas de juridiction civile exclusivement inquisitoire puisque l'inquisiteur n'a pas d'objet d'enquête sans accusation d'un justiciable ou sans présentation d'une demande en justice. En effet, en matière privée, l'enquête de l'inquisiteur débute toujours par l'accusation d'un justiciable à l'encontre d'un autre. De la même manière, il n'existe pas de procédure purement antagonique. La dualité juridique n'est pas mesurable; la comparaison juridique qui s'opère par la dialectique ne peut utiliser de proportion ou d'échelle de référence. Le juge n'a pas à agir comme un automate dont la seule fonction est de savoir qui a gagné la partie. Bien au contraire, les justiciables attendent et exigent du juge qu'il utilise les connaissances et l'expérience qu'on lui reconnaît. Cela implique qu'il doive s'auto-informer, mais aussi s'informer auprès des autres en posant des questions aux témoins ou aux avocats³⁴. Selon Jolowicz, l'étude comparative du droit révèle que certaines juridictions de common law sont principalement antagonistes alors que d'autres juridictions civilistes sont plus inquisitoires, mais que ces différentes procédures civiles sont le résultat de combinaisons variées d'éléments inquisitoriaux et antagonistes, peu importe la tradition à laquelle ils se rattachent³⁵.

La procédure civile québécoise n'est donc pas strictement antagonique. La résolution judiciaire d'un litige civile emprunte généralement un mixte de méthodes antagonistes et inquisitoriales. Les conférences de règlement à l'amiable, les séances de médiation et les négociations en vue de trouver un règlement acceptable aux yeux des parties permettent de résoudre de nombreux litiges judiciaires sans qu'ils soient tranchés par un juge et démontrent l'importance de la coopération dans l'accomplissement d'une justice civile.

Le principe de l'antagonisme n'est pas codifié et n'est prévu à aucune charte, aucune loi ou aucun règlement. Le principe n'est pas absolu, mais contingent. Au Québec, sa genèse remonte à la fin du 19^e siècle dans un contexte de rivalité malsaine entre avocats. Il ne s'agit même pas d'une garantie procédurale associée au processus judiciaire, mais de la manifestation d'un caractère culturel³⁶. Aujourd'hui profondément ancré dans une culture professionnelle québécoise, le principe est rarement discerné de la contradiction et de l'accusation. Cette confusion amène plusieurs juristes à avancer des arguments sur la base d'une violation de la contradiction ou de la peur que notre procédure soit moins contradictoire, alors que ce qui est réellement visé c'est le cadre antagoniste du litige judiciaire. Il est possible de donner davantage de pouvoirs au juge au détriment des parties sans enfreindre la contradiction et la condition

³⁴ Jolowicz, *supra* note 21 à la p 175.

³⁵ *Ibid* aux pp 175-76.

³⁶ À ce sujet, voir Jutras, *supra* note 18.

d'impartialité essentielle à la justice formulée comme équité et, le cas échéant, un tel changement ne devrait jamais être inhibé.

B) Critique des arguments à l'encontre de l'expertise unique

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

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

Selon la première transgression, il y aurait un danger que l'expert unique usurpe le rôle du juge, violant ainsi le droit des parties à un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé. C'est la crainte que l'expertise unique constitue un arbitrage liant le juge et que ce dernier n'ait pas d'autre choix que de faire siennes les conclusions de l'expert. Il s'agit de l'argument quant à la « normativité » et à l'« appréciation axiologique » de l'expertise, selon lequel il peut y avoir un risque de délégation du pouvoir à l'expert et que le jugement de ce dernier substitue celui du juge³⁷.

L'expertise a un caractère normatif lorsqu'elle participe à la qualification de la norme juridique ou de la règle de droit. Leclerc identifie trois sources de normativité de l'expertise. Une première source « nominaliste » ou « nominale » découle de toute mission de l'expert qui touche à des notions de droit, c'est-à-dire lorsqu'on demande à l'expert de se prononcer sur un fait ou une situation qui est l'objet d'une définition juridique. Tel est le cas quand l'expert se prononce sur l'existence d'une faute professionnelle, d'un lien de causalité, d'un vice caché ou d'une incapacité de travail ou donne son avis sur l'état mental d'une personne ou sur l'intérêt de l'enfant. L'expert participe à la qualification juridique dès qu'il répond à des questions mixtes qui ne concernent pas uniquement les faits, mais aussi le droit; il donne son avis dans les termes du droit³⁸.

³⁷ Olivier Leclerc, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005 à la p 159.

³⁸ *Ibid* aux pp 171-73.

La seconde source, qualifiée d'« objectiviste », découle de « l'objet sur lequel porte l'expertise »³⁹. L'expertise unique peut devenir normative dans les domaines où il existe une incertitude. En d'autres termes, c'est le problème des différentes écoles de pensée. En présence de débats technoscientifiques, l'expert unique, s'il rend un avis tranché, prive le juge de son pouvoir de balancer les versions ou propositions. Pour cette raison, l'expertise unique a le potentiel de dissimuler au juge la présence de thèses opposées ou de divergences relatives à des aspects décisifs du litige. Dans une telle éventualité, le juge n'aurait à sa disposition qu'une seule et unique opinion pour répondre à des questions sur lesquelles il n'a souvent aucune connaissance.

Une troisième source « décisionniste » résulte du processus juridictionnel. Le droit et la science sont étroitement liés puisqu'ils sont habituellement (exception peut-être en matière de propriété intellectuelle) pensés sur le mode de la dichotomie. Cette dichotomie ou cette délimitation des domaines technoscientifique et juridique se produit au cours du procès. Par son avis, l'expert participe aux définitions temporaires et mutuellement exclusives de la science et du droit : « [c]e n'est qu'au terme du *processus de décision* que la représentation juridique de la science émerge et se stabilise, ne serait-ce que provisoirement. L'expertise contribue ainsi à l'émergence d'une représentation juridique de la science. »⁴⁰.

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

L'expertise a un caractère axiologique ou moral lorsqu'elle prescrit une évaluation ou un choix de valeur. Leclerc utilise le terme « préqualification » pour désigner « l'idée que l'expert construit, sous les traits d'un fait brut, une figure composée de contraintes qui contiennent une part de jugement évaluatif »⁴¹. L'expert comme observateur du monde a une perspective qui lui est propre; il a des valeurs, des préjugés, des prémisses intellectuelles et des croyances. Pour cette raison, son avis est

³⁹ *Ibid* à la p 171.

⁴⁰ *Ibid* à la p 175.

⁴¹ *Ibid* à la p 177.

donné en fonction de structures de discours précises. Cependant, l'avis de l'expert ne reflète qu'en partie ses valeurs personnelles, puisque des contraintes juridiques, technoscientifiques et sociales s'exercent simultanément. L'avis est à la fois encadré par des règles juridiques, appuyé sur un savoir disciplinaire ou une normalité technoscientifique et formé en prenant compte de considérations sociales. L'expertise combine donc « une pluralité d'ordres de discours »⁴². Le caractère axiologique se manifeste davantage lorsque l'expertise touche à un domaine nouveau ou incertain⁴³.

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

Cet argument doit être écarté pour la raison suivante : la dialectique ne vise pas à obtenir un résultat neutre ou objectif, mais plutôt une intersubjectivité vérifiable. L'objectivité est impossible, car toute personne appartient déjà à une tradition ou à un contexte. L'expert, à titre d'observateur ou de contemplateur, « fait lui-même partie du sens [ou de la vision] qu'il appréhende »⁴⁴. Pour cette raison, l'exigence scientifique d'objectivité selon laquelle l'expert doit garder une distance est impossible. L'expert est le fruit de son biologique, de son histoire, de sa culture et de son environnement; il ne peut sentir et percevoir le monde avec d'autres sens que les siens. L'expert ne peut pas « se détache[r] de tous les liens dogmatiques »⁴⁵.

À l'opposé, l'impartialité et l'indépendance sont possibles et doivent être recherchées, puisqu'elles sont après tout des conditions essentielles à la justice civile formulée comme équité. Comment l'information retenue de la confrontation entre deux experts partisans et partiiaux (ou de l'amalgame de deux avis donnés de façon intéressée) peut-elle être plus neutre ou objective que celle communiquée par un expert unique désintéressé, impartial et indépendant? Cette question rhétorique illustre à notre avis le non-sens de l'argument reposant sur la subjectivité de l'avis

⁴² *Ibid* à la p 181.

⁴³ *Ibid* aux pp 177-81.

⁴⁴ Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, 2e éd rev, New York, Continuum, 1995 à la p 340 [notre traduction].

⁴⁵ *Ibid* à la p 325 [notre traduction].

de l'expert unique. Si l'impartialité et l'indépendance exigent que le juge traite les différentes perspectives avec égards égaux, il ne fait aucun sens d'exiger davantage de l'expert unique, c'est-à-dire qu'il doit être complètement indifférent, apathique, détaché et sans opinion.

Le véritable risque de l'expertise unique n'est pas que l'avis obtenu ne soit pas neutre ou objectif, mais que l'expert n'ait aucun esprit critique par rapport à sa perspective. Pour Foucault, « [u]ne critique ne consiste pas à dire que les choses ne sont pas bien comme elles sont. Elle consiste à voir sur quels types d'évidences, de familiarités, de modes de pensée acquis et non réfléchis reposent les pratiques que l'on accepte. »⁴⁶ Lorsqu'il est seul et davantage lorsqu'il ne peut être contredit, il n'est pas garanti que l'expert soit sensibilisé quant à sa position ou sa perspective ou qu'il se questionne sur la réalisation de son jugement et sur son processus de perception et de compréhension des faits. En l'absence d'une telle prise de conscience, la création ou l'imagination d'une distance nécessaire à la réflexion critique est improbable et le savoir communiqué peut ne pas être juste.

D'entrée de jeu, l'existence de préjugés n'altère pas assurément la justesse d'un savoir ou d'une connaissance, il n'y a pas toujours un lien entre les deux. Néanmoins, lorsque c'est le cas, il est possible de pallier ce risque d'absence d'autocritique de l'expert unique. La solution passe par le respect du principe de la contradiction. Les expériences française et anglaise démontrent d'ailleurs qu'il est à la fois possible d'imposer l'expert unique et de respecter le principe de la contradiction en instaurant des garanties procédurales similaires à celles associées au processus judiciaire. Pour une partie, cela revient à conférer un droit d'être convoqué préalablement à toutes les réunions organisées par l'expert, un droit de superviser les opérations expertales et un droit de fournir toute explication et de formuler toute question ou consigne jugée utile. En corollaire, les parties auraient l'obligation de communiquer les unes aux autres les consignes, les questions ou les documents donnés à l'expert. De la même manière, une obligation générale de faire respecter la contradiction peut être imposée à l'expert unique. Ce dernier serait spécifiquement obligé d'inviter les parties à lui remettre les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, de mentionner dans son rapport toutes les démarches entreprises pour inviter les parties à participer aux réunions d'expertise, de ne pas entendre de tiers à l'insu de l'une ou l'autre des parties, de prendre en considération toutes les observations ou réclamations des parties et de mentionner dans son rapport de la suite qu'il leur aura donnée, d'identifier les faits dont il a une connaissance personnelle, de

⁴⁶ Michel Foucault, « Est-il donc important de penser? Entretien avec Didier Éribon » dans *Dits et écrits*, t 4, n° 296, 1981.

résumer toutes les opinions, de donner les raisons à l'appui de sa propre opinion lorsqu'il existe un débat d'opinions entre diverses écoles de pensée et d'indiquer ses réserves lorsqu'il n'est pas en mesure de donner une opinion sans réserve.

Ces mesures contradictoires forceraient l'expert à expliquer son raisonnement, à prendre conscience de ses préjugés ou à « faire apparaître son ignorance et [à] indiquer quelle est l'étendue de ses connaissances et des éléments sur lesquels il peut se prononcer sans outrepasser les limites stabilisées de sa discipline. »⁴⁷

La seconde transgression aux conditions d'impartialité et d'indépendance essentielles à la justice formulée comme équité, alléguée par les opposants de l'expertise unique, est qu'un tel procédé heurte le principe fondamental de la contradiction. Un rapport de 2005 du Ministère de la Justice du Québec sur la dernière réforme de la procédure civile soutient à ce sujet que : « [l]e recours imposé à un expert unique n'a pas été retenu parce [qu'on] a estimé que cette mesure cadrait mal avec notre système contradictoire et notre façon habituelle de procéder »⁴⁸. Plus précisément, cette seconde transgression reposerait sur la violation de trois droits procéduraux : (1) le droit d'être entendu (2) le droit à une défense pleine et entière et (3) la liberté procédurale des parties.

La première violation touche la maxime de l'*audi alteram partem*, que nous désignons de façon générique comme le droit d'être entendu. La maxime, la règle ou le principe de l'*audi alteram partem*, qui signifie « entendre l'autre côté », réfère à un ensemble de droits comprenant notamment le « droit d'être entendu », le « droit de se faire entendre », le « droit d'être avisé ou informé », le « droit de répliquer » et le « droit de présenter une défense »⁴⁹. En droit québécois et canadien, la maxime est élevée au rang des principes de justice naturelle ou fondamentale, reflète la contradiction et la structure dialectique du raisonnement juridique et garantit aux partis la possibilité de faire valoir intégralement leur point de vue. Elle confère en outre à toute partie à un litige le droit de présenter des éléments de preuve sur tous les points importants, incluant le droit de faire entendre des témoins. Au Québec, l'*audi alteram partem* est en partie codifié à l'article 23 de la *Charte québécoise* (droit à l'audition) et à l'article 5 Cpc qui prévoit : « [i]l ne peut être prononcé sur une demande

⁴⁷ Leclerc, *supra* note 37 à la p 175.

⁴⁸ Québec, Ministère de la Justice, *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile*, Sainte-Foy, Ministère de la Justice, 2006 aux pp 41-42.

⁴⁹ *Juridictionnaire électronique, sub verbo* « audi alteram partem ».

en justice sans que la partie contre laquelle elle est formée n'ait été entendue ou dûment appelée. »

Selon les défenseurs de l'expertise partisane, l'*audi alteram partem* attribuerait aux parties « le droit *absolu* [de] pouvoir engager un expert et le faire entendre au soutien de [leur] position » [nos italiques]⁵⁰. Avec égard, rien ne justifie une telle affirmation. Notre enquête historique sur la pratique de l'expertise au Québec démontre de façon non équivoque que le droit de faire entendre un expert de son choix à des fins partisans n'a rien d'absolu, mais est contingent. Comme nous l'avons démontré, les experts commencent à se faire entendre comme témoin à partir de la seconde moitié du 19^e siècle. À la fin du 19^e siècle, la pratique de l'expertise partisane est aussi courante que celle de l'expertise judiciaire désintéressée. Dans un contexte de rivalité entre avocats et de résolution antagonique des litiges, l'apparition du caractère partisan de l'expertise semble être la suite logique de l'assimilation de l'expert à un témoin.

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

La seconde violation concerne le droit à une défense pleine et entière. Ce droit fait partie d'un ensemble de droits découlant de la maxime de l'*audi alteram partem*. La substance de cet argument est expliquée dans l'opinion juridique donnée par le professeur Henri Brun à la section québécoise de l'Association du Barreau canadien. Comme le souligne le professeur Brun, le droit à une défense pleine et entière est « traditionnellement conçu et perçu comme un concept de droit criminel et pénal »⁵¹. L'article 35 de la *Charte québécoise*, qui garantit que « tout

⁵⁰ Québec, Sous-comité magistrature-justice-Barreau, *Rapport du sous-comité magistrature-justice-Barreau sur les expertises*, Montréal, Barreau du Québec, 2007 à la p 65; Barreau du Québec, *Mémoire sur le document intitulé « Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile »*, Montréal, Barreau du Québec, 2008 à la p 24.

⁵¹ Québec, Assemblée nationale, Commission des institutions, « Mémoire relatif à l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile » par Association du Barreau Canadien, Division du Québec, (16 décembre 2011), ann A à la p 76 [ABC, « Mémoire »].

accusé a droit à une défense pleine et entière et a le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins », reconnaît strictement un tel droit en matière de justice pénale, de sorte qu'il ne vise pas les litiges civils⁵². Malgré cela, Brun est d'avis qu'il existe « un droit constitutionnel entre les parties à un procès civil de faire entendre pleinement et entièrement leurs points à l'aide d'experts »⁵³ sur la base de l'article 23 de la *Charte québécoise* (droit à une audition et droit à un tribunal indépendant)⁵⁴. Avec égard, nous sommes d'avis que si un tel droit constitutionnel existe, l'expertise unique obligatoire n'y porterait pas atteinte pour les raisons exposées précédemment.

Le problème du professeur Brun est qu'il argumente selon une vision antagoniste du litige civil. Selon cette perspective, le rôle de l'expert dans la construction du jugement est de soutenir la thèse ou l'antithèse d'une partie et non de compléter la connaissance limitée du juge. La technique et la science sont alors au service des parties et non de la justice civile. Vu de cette façon, on devrait davantage parler d'un droit de défendre pleinement et entièrement une opinion partisane ou intéressée ou, dans certains cas extrêmes, de s'obstiner dans l'erreur. Faire entendre l'expert de son choix relèverait davantage de l'intérêt que du droit. Ledit intérêt est la victoire ou la résolution du conflit judiciaire à l'avantage du justiciable qui fait témoigner son expert. Ce qui est mis en preuve ce n'est pas la connaissance ou l'expérience du technoscientifique appliquée à une situation précise de faits, mais c'est une opinion intéressée et exprimée dans le but de gagner un procès.

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

⁵² *Crane Canada Inc c Sécurité nationale, cie d'assurance*, [2005] RJQ 56 (CA), autorisation de pourvoi à la CSC refusée 30794 (25 août 2005).

⁵³ ABC, « Mémoire », *supra* note 51, ann A à la p 76.

⁵⁴ *N.B.* L'opinion du professeur Brun ne portait pas sur l'avant-projet de loi, mais sur le projet-pilote d'expert unique mis en place le 12 janvier 2009 dans le district judiciaire de Laval à la suite d'une entente entre le Barreau du Québec, le Barreau de Laval, la Cour supérieure du Québec et la Cour du Québec. Pour cette raison, son argument quant à la violation de l'article 24 de la *Charte québécoise* (droit à la procédure prescrite) ne peut trouver application dans le cadre d'une loi sur un nouveau code de procédure.

La troisième violation touche la liberté procédurale que plusieurs juristes qualifient de droit des parties (ou des avocats qui les représentent) d'être maître de leur dossier. Contrairement à cette prétention courante, le droit québécois ne reconnaît pas la maîtrise du dossier comme un droit, mais une liberté. En effet, l'article 4.1 Cpc, qui prévoyait que « [l]es parties à une instance sont maîtres de leur dossier », ne confère pas un droit à la maîtrise de la procédure et de la preuve. « Être maître » signifie « être indépendant, avoir la faculté d'agir à sa guise, de disposer librement de soi »⁵⁵. La maîtrise du dossier ne se présente pas comme un droit, un pouvoir, un privilège ou une prérogative, mais plutôt comme une absence de contrainte dans la conduite du dossier, une liberté quant aux procédures et aux éléments de preuve à soumettre au tribunal. En édictant que les parties « sont maîtres de leur dossier », le Code consacre plutôt la liberté procédurale et l'autonomie des parties d'exprimer des perspectives légitimes différentes.

Une telle liberté ou autonomie procédurale n'est cependant pas absolue. Deux limites sont au surplus expressément prévues l'article 4.1 Cpc : (1) les règles de procédure et les délais et (2) les exigences de la bonne foi. La première limite reconnaît que la liberté procédurale s'exerce devant les tribunaux et au bénéfice des justiciables. Elle empêche tout exercice de la liberté qui provoquerait l'anarchie procédurale et judiciaire. La seconde limite indique que l'autonomie procédurale d'une partie naît toujours de l'autonomie de l'autre partie. Dans ce contexte, il est nécessaire pour les parties de se conduire sans détour, avec franchise, rigueur et exactitude de manière à serrer la vérité et la justesse au plus près. Lorsqu'une partie autonome exerce sa liberté procédurale « en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable »⁵⁶, le tribunal peut d'ailleurs intervenir pour limiter cette liberté et sanctionner la conduite de la partie. Au sens strict, il n'y a pas de pleine autonomie des parties, mais une certaine hétéronomie, car elles sont soumises aux lois ou aux règles établies par le législateur et les tribunaux.

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

⁵⁵ *Trésor de la langue française informatisé, sub verbo* « maître ».

⁵⁶ Art 4.1, al 1 Cpc.

libre si je peux décider indépendamment des autres⁵⁷. Selon le philosophe John Lucas, il existe une opposition significative entre la justice et la liberté :

Cela signifie que nous ne pouvons pas les garantir toutes les deux. Si nous avons la liberté, les hommes peuvent user de leur liberté injustement. Dans une société libre, bien que les hommes puissent exercer leur liberté en tenant dûment compte des autres, nous ne pouvons être sûrs qu'ils seront justes, et donc si nous voulons nous assurer que notre société en est une entièrement juste, nous devons restreindre la liberté de sorte qu'aucune décision injuste ne puisse tenir⁵⁸.

La justice et la liberté sont deux finalités, parfois incompatibles, de notre droit. Si la justice est la principale finalité du droit, il est acceptable de promulguer des lois qui produisent de réelles non-libertés. À l'opposé, assigner un but primordial de liberté au droit revient à accepter des injustices concrètes. De l'avis de Lucas, l'incompatibilité entre ces deux finalités du droit explique pourquoi « [n]ous devons constamment faire des choix difficiles et compromettre la justice dans l'intérêt de la liberté, ou la liberté pour l'amour de la justice »⁵⁹.

Dire que l'expertise unique obligatoire entrave la liberté revient à promouvoir un processus judiciaire plus libertaire. Une supposition implicite soutient cette affirmation, c'est-à-dire que les justiciables sont égaux dans leurs rapports de force (ou tous également vulnérables) ou qu'une asymétrie à cet égard n'aurait aucun effet sur le résultat du processus judiciaire. Les disciples de la pratique de l'expertise partisane font abstraction de toute asymétrie économique et informationnelle entre les parties à un litige civil et oublient l'importance des rapports de forces dans les relations judiciaires. Pourtant, combien de litiges judiciaires sont réglés à l'amiable et ne vont pas en appel pour des raisons économiques? Combien de recours sont prescrits en raison du manque d'information détenue par les justiciables? Combien de poursuites échouent faute d'experts compétents pour venir témoigner contre l'équipe d'experts de la partie adverse (bien souvent ceux des fonds d'assurance)? L'expérience écarte rapidement la supposition selon laquelle les êtres sont également vulnérables. Pour rendre justice, le droit doit donc concilier le choc entre des autonomies ayant différents pouvoirs. La justice ainsi recherchée envisage une interaction humaine ou un « ordre social [marqué] simultanément par des relations de pouvoirs et des relations de justice »⁶⁰.

⁵⁷ Lucas, *supra* note 2 à la p 196.

⁵⁸ *Ibid* [notre traduction].

⁵⁹ *Ibid* à la p 198 [notre traduction].

⁶⁰ Jeremy Webber, « Relations of Force and Relations of Justice: The Emergence of Normative Community Between Colonists and Aboriginal Peoples » (1995) 33 *Osgoode Hall LJ* 623 à la p 629 [notre traduction].

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

C) Les préoccupations pratiques relatives à l'expertise prévue à l'avant-projet de loi

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

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

Selon le premier argument pratique, dès qu'une partie aurait recours à un expert-rapporteur officieux, la partie adverse serait obligée d'engager à son tour des experts appuyant sa position pour contrebalancer ou neutraliser l'opinion des experts adverses. À vrai dire, nul n'a besoin de contrebalancer l'opinion d'un expert-rapporteur officieux. Ce souci ou cet automatisme traduit davantage une insécurité de la part des avocats ou un désir de gagner à tout prix qu'une réelle préoccupation de justice. Affirmer que l'opinion de l'expert-rapporteur officieux a besoin d'être contrebalancée par un autre expert revient à oublier les conditions de la justice civile formulée comme équité. Puisqu'il ne garantit pas les

conditions de compétence, d'impartialité, d'indépendance et de publicité (car les directives et les communications avec un tel expert sont protégées par le privilège relatif au litige en l'absence de renonciation de la partie qui le mandate), l'avis d'un expert-rapporteur officieux sera toujours moins crédible, moins probant que celui de l'expert unique obligatoire. L'usage et la force persuasive de l'expertise-rapporteuse sont restreints aux cas où l'avis de l'expert unique apparaît déraisonnable ou à côté de la vérité.

Affirmer sèchement que nul n'utilisera des experts-rapporteurs officieux à la lecture du passage précédent relève de l'utopie. Si rien d'autre n'est prévu, il ne fait aucun doute que les habitués de l'expertise partisane (par scepticisme, habitude, peur de l'incertitude, manque de confiance ou désir de gagner) feront appel à des experts-rapporteurs pour présenter un second avis. Quoi qu'il en soit, la solution au problème des experts officieux, rapporteur et conseiller, devra être innovatrice, car ces derniers persistent dans bien des juridictions, incluant la France, l'Angleterre, l'Allemagne⁶¹, le Portugal et l'Autriche⁶².

Malgré l'absence de solutions éprouvées, des solutions sont certainement envisageables pour minimiser la mise en preuve de rapports experts officieux à titre de déclaration écrite. Des mesures incitatives ou dissuasives peuvent être suggérées. D'abord, les juges devraient faire preuve de discipline et de suspicion lorsqu'une opinion officieuse est versée au débat. Les conclusions expertales officieuses devraient strictement servir de fondement à la décision du juge si l'avis de l'expert unique apparaît déraisonnable, est fondé sur des prémisses factuelles incorrectes ou contient des contradictions ou encore si l'expert officieux dispose de moyens technoscientifiques apparaissant nettement supérieurs à ceux de l'expert de la cour. Le rejet systématique des rapports officieux sur cette base dissuaderait un bon nombre de praticiens d'embaucher des experts officieux à cette fin. Ensuite, un régime d'attribution des dépens favorable aux parties qui n'ont pas engagé d'experts-rapporteurs ou un remboursement par l'État d'une partie des honoraires qu'elles doivent à l'expert unique peut être mis en place. Des frais de cour nettement plus élevés ou des délais d'attente supplémentaires pour l'enquête et audition pourraient être envisagés comme dernières mesures dans les cas où les parties tiennent absolument à présenter les rapports de leurs experts officieux.

⁶¹ Peter L Murry et Rolf Stürner, *German Civil Justice*, Durham (NC), Carolina Academic Press, 2004 aux pp 281, 289-90.

⁶² EuroExpert, « Civil Justice Procedures and Experts in the European Union » dans *Symposium 2005 Lisbon*, 2005 aux pp 42-43, en ligne : EuroExpert.org <<http://cms.euroexpert.org/cms/upload/pdf/downloads/TagungsskriptLissabon.pdf>>.

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

Dans une pratique centrée sur l'expertise commune ou unique, l'expert-conseil qui assisterait un demandeur⁶³ pourrait intervenir à trois étapes du litige judiciaire : à la préparation de la requête introductive d'instance, à la rédaction de la réponse et aux opérations de l'expert de la cour. Pour les deux premières étapes mentionnées, sa tâche serait de donner un avis, de préférence écrit, et de répondre aux questions de l'avocat de la partie demanderesse relatives à cet avis. Cet avis peut d'ailleurs servir d'outil pour d'éventuelles négociations avec les défendeurs. La tâche à ces deux étapes est comparable à celle d'un témoin expert partisan et pour cette raison il n'y aurait pas d'économies à ce niveau. Concernant la troisième étape, le travail de l'expert-conseil serait minimal, car l'avis donné aux étapes précédentes peut servir à formuler les questions, les directives et les observations communiquées à l'expert commun ou unique. Son principal rôle serait donc d'expliquer à l'avocat qu'il conseille les difficultés et les complexités du rapport de l'expert de la cour. Encore une fois, cela ressemble beaucoup à ce que les témoins experts partisans accomplissent en matière de contre-expertise : l'impact pécuniaire serait encore une fois nul.

D'un point de vue comptable, les véritables économies proviennent du fait qu'aucun expert-conseil officieux n'a à écrire de rapport exhaustif, à témoigner à l'instance ou à assister à l'enquête et audition. À cet égard, les

⁶³ Notre analyse s'applique *mutatis mutandis* à l'expert-conseil officieux qui assiste le défendeur. Dans un tel cas, l'expert-conseil participerait au processus de résolution du litige lors de la rédaction de la défense et des opérations expertales.

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

De toute évidence, les détracteurs de l'expertise commune ou unique surestiment fort probablement le problème de l'expertise officieuse. À ce jour, il n'existe aucune preuve que les *shadow experts* augmentent significativement les dépenses et les frais payés par les justiciables dans la résolution des litiges judiciaires. Notre recherche démontre plutôt l'absence de commentaires relatifs à l'impact pécuniaire des *shadow experts* dans la pratique anglaise. Or, s'il y avait véritablement un problème, nous devrions nous attendre à ce que la doctrine en fasse grandement état; ce n'est pas le cas⁶⁴.

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

Le troisième argument maintient que le témoignage de l'expert serait meilleur que la stricte écriture d'un rapport pour deux raisons. D'un côté, l'interrogatoire et le contre-interrogatoire constitueraient le seul moyen de

⁶⁴ L'auteur reconnaît la paternité de ce raisonnement au professeur Frédéric Bachand.

tester la crédibilité de l'expert. La préoccupation de crédibilité des experts apparaît primordiale lorsque l'on pense à l'expertise comme partisanerie. Cependant, cette préoccupation s'atténue dans le cas de l'expertise unique qui remplit les conditions essentielles à la justice formulée comme équité, puisque l'avis de l'expert est plus susceptible d'être cru ou d'être digne de confiance. De l'autre côté, l'écriture exhaustive de l'avis s'avérerait être une tâche excessive. Le véritable problème est donc que dans la pratique actuelle, les rapports d'expert ne sont généralement pas suffisamment détaillés et motivés et qu'il n'existe pas de standard ou de règle de l'art concernant leur rédaction. Carrément, le rapport d'expert sert strictement à respecter les exigences procédurales de communication entre les parties établies aux articles 331.1 et 402.1 Cpc. Il sert principalement et possiblement uniquement de moyen de transmission de l'information servant à ne pas surprendre la partie adverse. Or, il est possible de simplifier le processus de rédaction des rapports sans générer de coût excessif pour le tribunal ou les justiciables. Trois mesures peuvent être prises pour faciliter la confection du rapport : une directive qui en fixe le contenu, un protocole pour aider à la rédaction et un formulaire modèle du rapport d'expertise.

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

Par conséquent, la préoccupation principale des juristes et des justiciables ne devrait pas être la défense de la pratique de l'expertise partisane, mais plutôt de militer pour une pratique de l'expertise qui respecte les conditions de compétence, d'impartialité, d'indépendance et de publicité essentielles à la justice civile formulée comme équité et qui procède dans le respect du principe de la contradiction. Autrement, une

expertise unique obligatoire sans de telles garanties nous exposerait au risque « d'obtenir une véritable justice de second ordre »⁶⁵.

⁶⁵ Macdonald, *supra* note 5 à la p 473.