

L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE SCIENTIFIQUE EN DROIT NORD-AMÉRICAIN

Gabriel Stettler*

La preuve scientifique joue un rôle incontournable dans de nombreux domaines du droit civil. La responsabilité civile, marquée par l'évolution technologique, est particulièrement confrontée à une profusion d'expertises techniques qui n'est pas sans poser problème au bon déroulement du procès. En effet, en plus d'occasionner des coûts et longueurs conséquents, cette abondance est susceptible de paralyser la décision juridique. Modérer l'introduction de la preuve scientifique dans le procès civil est donc devenu une problématique de taille du droit processuel contemporain.

Les systèmes juridiques nord-américains ont suivi une voie originale afin de répondre à cet enjeu en limitant l'admissibilité de la science via un contrôle de sa fiabilité exercé par le juge, devenu un véritable « gardien des sciences ». Près de vingt-cinq ans après la création de ce contrôle de fiabilité par l'arrêt Daubert aux États-Unis et Mohan au Canada, cet article se propose d'ébaucher un bilan de sa mise en œuvre et de son opportunité.

Ce regard rétrospectif conclut à une inadaptation du contrôle de fiabilité aux objectifs qu'il se proposait d'atteindre, qui se manifeste dans le domaine civil par son application excessive aux États-Unis et relativement indigente au Canada. La complexité du contrôle, son manque de maniabilité par des juges peu compétents ainsi que sa flexibilité favorisant l'influence de prises de position arbitraires sont avancés comme explications à ces phénomènes. Plus fondamentalement, le contrôle de fiabilité est fondé sur une perception inexacte de la science par le droit qui entrave son fonctionnement.

Se pose alors la question de l'évolution de ce contrôle, qui pourrait passer, sur le modèle d'une tendance canadienne, par une réorientation de l'effort juridique vers un contrôle non plus du contenu du savoir scientifique mais des acteurs qui le présentent au sein du procès, impliquant finalement une réflexion plus globale sur le fonctionnement du système accusatoire.

Scientific evidence plays an essential role in many areas of civil law. Technological developments have had a particular impact in the area of civil liability, where the sheer amount of technical expert evidence can hinder court proceedings. In addition to the cost and time required to hear it, the

* L'auteur tient à remercier ses directeurs Professeur Michel Grimaldi et Monsieur Patrice Deslauriers, professeur à l'Université de Montréal, pour leurs conseils et soutien tout au long de la rédaction de cet article.

presentation of all this evidence can have a paralyzing effect on legal decision making. Limiting the introduction of scientific evidence into civil proceedings has therefore become a major issue in modern procedural law.

The legal systems of North America have taken a novel approach to addressing this issue: the admissibility of scientific evidence is limited by having the reliability of the evidence assessed by the judge, who has effectively become a “gatekeeper of scientific evidence.” This article provides an overview of the implementation and appropriateness of this standard for reliability, nearly 25 years after it was established by Daubert in the United States and Mohan in Canada.

This retrospective finds that this test of reliability fails to align with its intended objectives, as demonstrated by its excessive application in the United States and its relatively poor application in Canada. These phenomena can be attributed to the complexity of the standard; its flexibility, which allows arbitrary positions to exert undue influence; and the difficulty for judges untrained in science to apply the standard. More importantly, this test of reliability is based on an inaccurate legal perception of science, which impedes the functioning of the law.

The question is then: how can this standard evolve? Based on a trend in Canadian law, legal efforts could be redirected toward applying the standard to those presenting scientific evidence at trial, rather than to the evidence itself; this redirection would require a larger rethinking of the adversarial system.

Table des matières

Introduction	180
Intérêt de l'analyse comparative	182
L'expertise en droit nord-américain	183
Pathologies contemporaines de l'expertise	184
Diagnostic des causes des pathologies	186
A) L'expertise partisane	186
B) Les « <i>junk science</i> »	188
Le contexte sensible de la preuve scientifique	190
L'admissibilité de la preuve	192
I. Le développement historique du contrôle de la fiabilité de l'expertise scientifique au Canada et aux États-Unis	196

A) L'admissibilité de la preuve scientifique aux États-Unis : de l'arrêt <i>Frye</i> à l'arrêt <i>Daubert</i>	196
i) La validité de la science selon l'arrêt <i>Frye</i>	196
ii) L'arrêt <i>Daubert</i> et le renouveau du rôle de gardien	198
B) L'équivalent canadien de l'arrêt <i>Daubert</i> : l'arrêt <i>Mohan</i>	199
II. La mise en œuvre du contrôle de la fiabilité de l'expertise scientifique au Canada et aux États-Unis	202
A) Des problèmes communs de mise en œuvre	202
i) La délimitation du rôle de gardien	202
ii) La définition de la « vraie science »	204
B) Des pratiques différentes du rôle de gardien	206
i) L'application de l'arrêt <i>Daubert</i> aux États-Unis	206
1°) Une application différenciée dans les procès civils et pénaux	206
2°) Les causes de la divergence	208
3°) Les conséquences de l'arrêt <i>Daubert</i> sur le système judiciaire américain	210
ii) L'application de l'arrêt <i>Mohan</i> au Canada	212
1°) Les spécificités canadiennes de l'application du contrôle de fiabilité	212
2°) Les explications de la spécificité canadienne du contrôle de la fiabilité	216
3°) L'évolution de la pratique canadienne du rôle de gardien	219
III. Bilan sur l'opportunité du contrôle de la fiabilité	221
A) Le relatif échec du contrôle de la fiabilité au regard des objectifs poursuivis	221
B) Une relation droit-science bancale	223
C) Le futur du contrôle de fiabilité ?	227
IV. Après <i>Daubert/Mohan</i> : La redéfinition du rôle des acteurs dans le système procédural	228
A) La redéfinition du rôle des experts	229
B) La redéfinition du rôle des autres acteurs	234
Conclusion	238

Introduction

1. « *La souris qui rugissait* ». C'est en ces termes que l'honorable juge canadien, Ian Binnie, décrivait l'impact de la preuve scientifique dans la salle d'audience¹.

2. « *Souris* », peut-être, si l'on considère que la science s'est introduite à pas feutrés dans le procès au fur et à mesure de la complexification du contentieux² : « Nous vivons une époque dominée par la science et la technologie »³, dit encore le juge Binnie. Le phénomène de complexification et de scientification du droit est désormais largement constaté⁴ : les « procès se décident de plus en plus autour de la preuve scientifique présentée par les parties »⁵ et ce, dans de nombreux domaines. Le droit criminel est le premier à en faire les frais, lui qui a toujours été dépendant de l'évolution des techniques forensiques est aujourd'hui confronté à leur profusion⁶. Mais la matière civile n'est pas en reste : la propriété intellectuelle, le droit des brevets ou de la construction sont autant d'arènes où se révèlent des débats scientifiques complexes⁷. Le droit de la responsabilité est peut-être d'entre tous le plus concerné par ces débats. En effet, les problématiques scientifiques y sont nombreuses et variées, que ce soit dans le cadre d'une

¹ L'Hon juge Ian Binnie, « Science in the Courtroom: The Mouse That Roared » (2007) 56 RD UN-B 307 [L'Hon juge Binnie].

² David M Paciocco, « Context, Culture and the Law of Expert Evidence » (2001) 24:1 Advoc Q 42 [Paciocco, « Context, Culture and the Law »].

³ L'Hon juge Binnie, *supra* note 1 à la p 307 [notre traduction].

⁴ Lewis A Kaplan, « Experts in the Courthouse: Problems and Opportunities. Remarks at the Milton Handler Antitrust Review, November 29, 2005 » (2006) Colum Bus LR 247 à la p 248.

⁵ Marie-Ève Arbour, « Chronique—La Cour, l'expert et le nouveau C.p.c. : à combien de science a-t-on droit ? », *Repères*, novembre 2016, EYB2016REP2070 à la p 1 (pdf) [Arbour, « La Cour, l'expert et le nouveau C.p.c. »]. Pour une expression américaine de ce constat, voir Edward Gerjuoy « Recent developments at the intersection of law and science as seen by a scientist » dans Cynthia H Cwik et John L North, dir, *Scientific Evidence Review*, Monograph n°2, Section of Science and Technology, American Bar Association, 1994, 157 aux pp 157–58 [Gerjuoy].

⁶ Voir le rapport du Committee on Identifying the Needs of the Forensic Science Community, National Research Council, *Strengthening Forensic Science in the United States. A Path Forward*, Consensus Study Report, Washington, DC, The National Academies Press, 2009, analysant ces diverses techniques.

⁷ Pour des difficultés en droit de la construction, voir Robert A Graesser, « The Changing Role of Expert Witnesses in Construction Litigation » (2004) 38 CLR (3^e) 33 [Graesser]; pour le droit de la propriété intellectuelle, voir Jordan Fine, « Getting the Most Out of Expert Opinions in Nonliteral Substantial Part Copyright Infringement » (2017) 30:1 IPJ 71 [Fine].

action en responsabilité médicale ou environnementale⁸. Ces problématiques touchent non seulement la preuve des conditions de la responsabilité⁹, en particulier du lien de causalité, mais encore les questions de mise en œuvre de la réparation¹⁰. Le professeur canadien P. Patenaude relève par exemple qu'une affaire de responsabilité civile relative à l'utilisation de la mousse de formaldéhyde avait mobilisé pas moins de 73 témoins experts issus de 25 disciplines entraînant 2500 objections formelles à la preuve ...¹¹

3. « **Rugissante** », la science l'est certainement quand on constate les conséquences que cette introduction est susceptible de générer à l'égard du système procédural nord-américain tout entier. En effet, si la science semble offrir de nouvelles techniques favorisant la recherche de la vérité et la résolution des litiges, elle crée en même temps de nouveaux et complexes problèmes que le droit doit affronter¹². « Le droit de la preuve n'a pas été conçu pour faire face aux nouvelles technologies. Ses règles et principes sont nés en des temps plus simples où la source première d'information était la mémoire humaine d'événements communiqués oralement par des témoins tenus par la crainte de Dieu »¹³, souligne le professeur Paciocco. La juge en chef du Canada déclare quant à elle que « [l]es développements de la science ont une incidence sur la justice et le travail des juges comme jamais auparavant »¹⁴. Ce sont ces incidences, restreintes à la question de l'administration de la preuve, que cet article se propose d'explorer au regard des systèmes juridiques canadiens et américains.

⁸ Lara Khoury, « La preuve et le préjudice écologique » dans Vincent Gautrais et Mustapha Mekki, dir, *Preuve et développement durable*, Montréal, Thémis, 2017, 75; également Lara Khoury « L'incertitude scientifique en matière civile et la preuve d'expert » dans Pierre Patenaude, dir, *L'interaction entre le droit et les sciences expérimentales : la preuve d'expertise*, Sherbrooke, Éditions RDUS, 2001, 45 [Khoury, « L'incertitude scientifique en matière civile et la preuve d'expert »] [Patenaude, dir, *La preuve d'expertise*].

⁹ Khoury, « L'incertitude scientifique en matière civile et la preuve d'expert », *supra* note 8 à la p 46.

¹⁰ Le juge Binnie relate par exemple un litige né autour de l'utilisation d'une bactérie afin de lutter contre des marées noires, controversée en ce que l'impact sur l'environnement de cet organisme, n'existant pas à l'état naturel et pouvant continuer de se reproduire une fois le nettoyage effectué, était peu connu : L'Hon juge Binnie, *supra* note 1 aux pp 307–308.

¹¹ Pierre Patenaude, « Science et technique en preuve : nécessaire réforme du droit civil, indispensable adaptation du système et des acteurs » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit civil (1992)*, vol 32, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1992, 96 [Patenaude].

¹² P Brad Limpert, « Beyond the Rule in *Mohan*: A New Model for Assessing the Reliability of Scientific Evidence » (1996) 54 U Toronto Fac LR 65 [Limpert].

¹³ David M Paciocco, « Proof and progress: coping with the law of evidence in a technological age » (2013) 11:2 Can JLT 181 à la p 181 [notre traduction].

¹⁴ Institut national de la magistrature, *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, Ottawa, 2013 à la p 14 [*Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*].

Intérêt de l'analyse comparative

4. L'intérêt d'une analyse comparative de ces deux systèmes juridiques réside notamment dans la tension existant entre la grande similarité théorique de leurs systèmes procéduraux et la spécificité des solutions qu'ils ont pu élaborer pour faire face au problème de la preuve scientifique.

5. **Similaires**, ils le sont à plus d'un titre. Tout d'abord en tant que pays frontalier partie ou héritant de la *common law*, ils en ont conservé la moelle épinière juridique, à savoir les principes procéduraux¹⁵. Même le droit québécois, qui se caractérise par un rattachement prononcé au système de droit continental dû à ses liens avec le droit français, subit encore grandement cette influence procédurale¹⁶. Ensuite, cette similarité découle des relations étroites que ces pays frontaliers entretiennent (ou ont entretenu) autant sur les plans économique que politique, ou encore intellectuel. Il n'est ainsi pas rare de voir des juges ou professeurs canadiens citer des réflexions de la doctrine américaine¹⁷.

6. **Spécifiques**, les solutions qu'ils développent le sont néanmoins en raison de considérations historiques, politiques et culturelles¹⁸. Nous verrons en effet que la pratique des jurys civils aux États-Unis, ancrée dans le développement démocratique du pays¹⁹, est une des sources majeures de divergences. Par ailleurs, le droit canadien se caractérise par une plus grande ouverture, confinant à un certain « hypnotisme »²⁰, pour les systèmes juridiques étrangers, en particulier le droit français. La Cour suprême du

¹⁵ Pour un aperçu de l'influence de cet héritage, Raymond Legeais, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, coll « Manuels », LexisNexis, 2004 aux pp 129–31 pour le droit canadien et aux pp 141, 151 pour le droit américain.

¹⁶ Les règles de *common law* servant toujours de règle résiduelles, toutes les fois néanmoins qu'elles ne contredisent pas une disposition du *Code de procédure civile*, voir Geneviève Cotnam et Isabelle Hudon, dir, *LegisPratique—L'expertise*, LexisNexis Canada, 2016 à la p 3 [Cotnam et Hudon, dir].

¹⁷ Ce phénomène est particulièrement flagrant en ce qui concerne la question de l'examen de la fiabilité de la science, les juges canadiens ayant pu s'appuyer sur des articles juridiques américains, voir David E Bernstein, « Junk Science in the United States and the Commonwealth » (1996) 21 *Yale J Int'l L* 123 à la p 140 [Bernstein, « Junk Science »], ou directement citer des arrêts américains, voir *R c J-LJ*, 2000 CSC 51, [2000] 2 RCS 600 au para 33 [*R c J-LJ*].

¹⁸ Paciocco, « Context, Culture and the Law », *supra* note 2 à la p 43, insistant sur l'importance du contexte pour apprécier les solutions développées, voir *infra* n° 80.

¹⁹ William V Dorsaneo III, « The Decline of Anglo-American Civil Jury Trial Practice » (2018) 71:1 *SMU LR* 353 aux pp 358–66.

²⁰ Patrice Deslauriers, « Jean-Louis Baudouin : Le Code Civil québécois : crise de croissance ou crise de vieillesse ? » dans Brigitte Lefebvre et Benoît Moore, dir, *Les grands textes*, coll « Les classiques du droit civil », Thémis, 2018, 181 à la p 193 [Deslauriers].

Canada se démarque quant à elle par des prises de positions que d'aucuns qualifieraient de progressistes²¹.

7. Palette de solutions. Cette tension permet donc de découvrir un gradient des solutions et réflexions apportées au problème de la preuve scientifique. L'intérêt, d'un point de vue français, est alors d'évaluer dans quelle mesure une solution de cette gamme serait pertinente pour notre système de droit, le droit québécois étant de plus ici pour nous rappeler la possibilité d'une cohabitation entre un droit substantiel d'inspiration continentale et un droit procédural emprunté à la *common law*.

8. Ce droit procédural se caractérise, dans son plus petit dénominateur commun, par l'appartenance au système de procédure accusatoire.

L'expertise en droit nord-américain

9. Grandes lignes. Le système accusatoire, par opposition aux systèmes plus inquisitoires de droit continental, laisse une grande marge de manœuvre aux parties dans la conduite du procès²². Cela se traduit en particulier par la liberté laissée aux parties de présenter leurs propres témoins experts et son corollaire, la possibilité d'interroger les témoins de l'autre partie²³. En audience, cela implique de longues séances de contre-interrogatoires au cours desquelles l'expert scientifique de chaque partie essuie le feu des questions des avocats de chacune d'elles, ayant pour but d'ébranler son témoignage en révélant ses failles²⁴. À cela s'ajoutent des règles savantes d'exclusion de la preuve, de productions forcées (appelée étape de « *discovery* ») et autres objections qui font la joie des prétoires américains et celle des téléspectateurs du monde entier.

10. Ce système de preuve a vu se développer, partout où il est vigueur et en particulier sur le continent américain, une série de problèmes « maladifs » liés à la complexification et à la scientification du contentieux.

²¹ Le professeur David Bernstein note par exemple le penchant féministe de la Cour suprême du Canada, voir D Bernstein, « Junk Science », *supra* note 17 à la p 148, n 169.

²² Cotnam et Hudon, *dir*, *supra* note 16 à la p 4.

²³ Voir au Québec, Denis Ferland et Benoît Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, vol 1, 5^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015, n°1-2169 à 1-2172, aux pp 839-40; au Canada et aux États-Unis, voir John Henry Wigmore, *A treatise on the Anglo-American system of evidence in trials at common law including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States and Canada*, vol 1, 3^e éd, Boston, Little, Brown, 1940 à la p52, §18 [Wigmore].

²⁴ *Ibid.*

Pathologies contemporaines de l'expertise

11. Encombrement. Le premier symptôme pathologique de l'expertise scientifique est sa propension à « phagocyter » le déroulement du procès²⁵. La multiplication des expertises scientifiques²⁶ donne lieu à de véritables batailles d'experts à l'origine d'une hausse considérable des coûts et de la longueur du procès²⁷, qui n'est pas sans conséquence sur l'égalité de l'accessibilité à la justice. En effet, la perspective intimidante des frais d'expertise auxquels s'ajoutent ceux des avocats et des sommes imprévisibles à payer en cas d'échec de l'action dissuade d'autant plus les demandeurs de se lancer dans une action que ceux-ci sont de simples citoyens²⁸. Cet effet n'échappe pas aux défenseurs les mieux nantis usant de la profusion d'expertises pour compliquer le procès²⁹.

12. Étourdissement. Le second symptôme est le fait que l'expertise scientifique, ayant pour objectif premier de faire surgir la vérité, a pu au contraire apparaître comme compliquant particulièrement cette quête³⁰. En effet, la multiplication d'expertises scientifiques devenues indispensables³¹ brouille la compréhension de la preuve par le juge ou les jurés profanes qui doivent démêler la vérité de cet imbroglio de connaissances³², sachant que le contre-interrogatoire des témoins scientifiques est de peu d'aide lorsque

²⁵ Ou plutôt l'« avaler », comme l'énonce le juge canadien JA Doherty dans l'arrêt *R v Abbey*, 2009 ONCA 624 au para 71 [*Abbey*].

²⁶ Voir le constat du juge Binnie dans l'arrêt canadien *R c J-LJ*, *supra* note 17 au para 25 évoquant « la croissance spectaculaire de la fréquence de l'assignation de témoins experts au cours des dernières années » [nos italiques]. Voir également *R c DD*, 2000 CSC 43, [2000] 2 RCS 275 à la p 301 [*R c DD*].

²⁷ Arbour, « La Cour, l'expert et le nouveau C.p.c. », *supra* note 5 à la p 2 (pdf). Voir également Ministère de la Justice du Québec, *Rapport d'évaluation de la loi portant réforme du Code de procédure civile*, Gouvernement du Québec, mars 2006 à la p 64 [Ministère de la Justice du Québec], soulignant que les expertises scientifiques sont même la principale source de délais et de coûts élevés des actions en justice.

²⁸ John Z Swaigen, « The Role of the civil courts in resolving risk and uncertainty in environmental Law » dans Raymond Côté, Dawn Russell et David Vanderzwaag, dir, *Le droit de l'environnement, ses problèmes et ses incertitudes*, Montréal, Thémis, 1993 aux pp 271–72 [Swaigen], citant à l'appui le rapport du gouvernement de l'Ontario sur l'aide juridictionnelle. Voir Ministère de la Justice du Québec, *supra* note 27 à la p 64.

²⁹ Arbour, « La Cour, l'expert et le nouveau C.p.c. », *supra* note 5 à la p 7 (pdf).

³⁰ Claude Marseille, *La règle de la pertinence en droit de la preuve civile québécois*, Cowansville (Qc), Yvons Blais, 2004 à la p 26 [Marseille].

³¹ Cotnam et Hudon, dir, *supra* note 16 à la p 4 reliant l'accroissement de la présence des données scientifiques à la nécessité du recours à l'expert.

³² L'Hon juge Binnie *supra* note 1 à la p 309.

le conseil juridique est dépourvu de connaissances scientifiques³³. Le juge canadien Rivard soulignait d'ailleurs l'absurdité consistant à demander au décideur de trancher entre des expertises contradictoires là où ces expertises avaient justement été nécessaires afin de l'éclairer sur les faits³⁴ ! Faisant face à deux opinions expertes absolument opposées, perdu dans un jargon incompréhensible³⁵, le juge en est donc réduit à devenir un arbitre de l'expertise à retenir³⁶, tout en étant dépourvu de critères de sélection, ce que le juge J. Muldoon qualifie « d'exercice solennel de la bêtise »³⁷. Le choix de l'expert laisse alors place à l'arbitraire³⁸ puisque les éléments d'appréciation relèvent moins du domaine de la raison que de celui d'un « concours de beauté »³⁹. Sont alors examinés les références de l'expert⁴⁰ ou son comportement lors du procès⁴¹, un regard fuyant⁴², l'apparence physique, l'accent ou les capacités de communication⁴³ suffisant dès lors à faire la différence.

13. Plusieurs explications se sont relayées afin d'expliquer ces phénomènes.

³³ *Ibid* à la p 315. Voir également le constat du juge canadien McLachlin dans l'arrêt *R c DD*, *supra* note 26 à lap 300 : « la preuve d'expert est très imperméable au contre-interrogatoire efficace par des avocats qui ne sont pas des experts dans ce domaine ».

³⁴ *Létourneau c R*, [1965] CBR 77 à la p 78 (j Rivard). Pour un constat exactement similaire du juge américain Learned Hand, voir « Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony » (1901-1902) 15:1 Harv LR 40 à la p 54 [Hand].

³⁵ Un réel « *baffle-gab* », selon les mots du juge Muldoon dans l'arrêt *Unilever PLC v Procter & Gamble Inc* (1993), 47 CPR (3^e) 479 à la p 488 [*Procter & Gamble Inc*], cité par L'Hon juge Binnie *supra* note 1 à la p 309.

³⁶ Situation que déplore le juge Sopinka dans l'arrêt *R c Mohan*, [1994] 2 RCS 9 à la p 24 [*Mohan*].

³⁷ *Procter & Gamble Inc*, *supra* note 35.

³⁸ Elizabeth Reifert, « COMMENTS—Getting into the Hot Tub: How the United States Could Benefit from Australia's Concept of "Hot Tubbing" Expert Witnesses » (2011) 89 U Det Mercy LR 103 à la p 107 [Reifert].

³⁹ L'Hon juge Michel Proulx, « Si l'éthique pouvait contribuer à la manifestation de la vérité. What if Ethics Could Contribute to the Demonstration of Truth » (2013) 8 Can Crim LR 148 [notre traduction] [L'Hon Proulx].

⁴⁰ L'Hon juge Binnie *supra* note 1 aux pp 310–11

⁴¹ *Ibid*, soulignant qu'un expert qui paraît plus sûr de lui ou qui explique mieux aura tendance à emporter la conviction des juges. Voir aussi Patenaude, *supra* note 11 à la p 97 citant un arrêt ayant fondé l'appréciation d'un témoignage d'expert sur son comportement prosélyte.

⁴² *Procter & Gamble Inc*, *supra* note 35.

⁴³ L'Hon Proulx, *supra* note 39 à la p 148.

Diagnostic des causes des pathologies

14. Ces diagnostics ont émergé de la prise de conscience du manque d'impartialité des experts (A) ainsi que du danger représenté par l'introduction de sciences trompeuses, encore appelées « *junk science* », dans le cours du procès (B).

A) L'expertise partisane

15. Un « *grief universel* »⁴⁴. La doctrine de *common law* est consciente depuis bien longtemps du danger que représente l'expertise partisane—le juge américain Learned Hand ne qualifiait-il pas déjà il y a 100 ans le témoin expert de « champion embauché par une partie »⁴⁵ ? Aujourd'hui, cette partialité reste unanimement constatée, non seulement aux États-Unis⁴⁶ et au Canada⁴⁷, mais également dans les autres pays de *common law* partageant le système accusatoire⁴⁸. S'il n'était déjà désormais connu et reconnu que les experts sont utilisés afin « de soutenir la cause d'une partie et non pour chercher la vérité »⁴⁹, la seule existence de maisons de courtage affichant ouvertement l'ambition de trouver un expert pour soutenir n'importe quelle opinion suffirait à le démontrer⁵⁰. Et même hors les cas extrêmes où les experts sont des sortes de « tueurs à gage »⁵¹ prêts à témoigner sur n'importe quel sujet en distordant sciemment la science pour des milliers de dollars par heure⁵², plusieurs biais inconscients peuvent s'emparer d'un

⁴⁴ *Ibid* à la p 145.

⁴⁵ Hand, *supra* note 34, cité par L'Hon Proulx, *supra* note 39 à la p 154. Voir le constat similaire du juriste anglais Pitt Taylor qualifiant en 1878 les experts de « partisans zélés » : *A treatise on the law of evidence as administered in England and Ireland, with illustrations from the American and other foreign laws*, 7^e éd, London, Maxwell, 1878 à la p 217 [traduction libre].

⁴⁶ Par exemple, voir le constat de Reifert, *supra* note 38 à la p106, ou de David E Bernstein, « Expert Witnesses, Adversarial Bias, and the (Partial) Failure of the Daubert Revolution » (2008) 93 Iowa LR 451 à la p 488 [Bernstein, « Expert Witnesses »].

⁴⁷ Voir en particulier le mémoire d'Emmanuel Préville-Ratelle, *Le paradoxe de l'expertise partisane*, Montréal, Yvon Blais, 2015.

⁴⁸ Ce constat étant en Angleterre à l'origine de réformes procédurales sous l'impulsion de Lord Woolf, voir Cotnam et Hudon, *dir*, *supra* note 16 à la p 5. Voir également le constat désabusé du professeur australien Gary Edmond, « Merton and the Hot Tub: Scientific Conventions and Expert Evidence in Australian Civil Procedure » (2009) 72 Law & Contemp Probs 159 : « *Tous les experts sont (...) plus ou moins alignés, subjectifs, intéressés, biaisés et dépendants* » [notre traduction] [Edmond].

⁴⁹ Reifert, *supra* note 38 à la p 106 [notre traduction].

⁵⁰ *Ibid* à la p 107.

⁵¹ Cotnam et Hudon, *dir*, *supra* note 16 à la p 10.

⁵² Reifert, *supra* note 38 à la p 109.

expert relativement sincère dans sa mission⁵³. Des auteurs relèvent ainsi l'existence : de biais d'association (tendance naturelle consistant à donner le meilleur de soi-même pour la partie que l'on représente, d'autant plus fort si cette partie vous rémunère)⁵⁴, de biais de confirmation (« tendance inconsciente de ceux qui désirent un résultat particulier de chercher des indices qui soutiennent ce résultat et d'ignorer ou de ne pas réinterpréter une information contradictoire »⁵⁵), ou encore de « déformations de noble cause » (« effet déformant qui peut se produire lorsque vous pensez que vous êtes du côté de la bonne cause⁵⁶ »).

16. Effet distordant. Qu'ils produisent un savant brouillage des cartes ou une simple omission de connaissances, ces biais ont pour effet d'ajouter coûts et longueurs aux procès en exacerbant la polarisation des opinions⁵⁷, créant des débats inexistant⁵⁸ ou faisant paraître les débats réels plus disputés qu'ils ne le sont⁵⁹, bref, « distordant le sujet en cause » plutôt que révélant la vérité⁶⁰ : « les experts en duels font de mauvais professeurs »⁶¹. Alors que ces difficultés semblaient, à l'époque du juge Learned Hand, pouvoir être contenues par la minimisation du recours à l'expert et surtout la contre-expertise efficace des témoins⁶², l'absence de connaissances scientifiques des acteurs du procès rend difficile la perception de ces biais et de leur influence

⁵³ *Ibid.* Voir également Cotnam et Hudon, dir, *supra* note 16 aux pp 10–16. David M Paciocco « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2008-2009) 34 Queen's LJ 565 à la p 567 [Paciocco, « Unplugging Jukebox Testimony »] ou encore le constat de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R c DD*, *supra* note 26 au para 52 : « ces témoins [experts] passent fréquemment de l'impartialité généralement associée aux professionnels à la défense d'une idée ».

⁵⁴ Paciocco, « Unplugging Jukebox Testimony », *supra* note 53 à la p 577 [notre traduction].

⁵⁵ Jodi Lazare, « Judging the social sciences in *Carter v Canada (AG)* » (2016) 10:1 R de D & Santé McGill S35 à la p S60 [notre traduction] [Lazare].

⁵⁶ *Ibid* à la p S61 [notre traduction].

⁵⁷ *Ibid* à la p S60; voir aussi Reifert, *supra* note 38 à la p 107.

⁵⁸ L'Hon Stephanie Domitrovich, « Fulfilling *Daubert's* Gatekeeping Mandate through Court-Appointed Experts » (2016) 106:1 J Crim L & Crim 35 à la p 45 [Domitrovich].

⁵⁹ Joseph Sanders, « Scientific evidence in the courtroom : A panel discussion » dans Cynthia H Cwik et John L North, dir, *Scientific Evidence Review*, Monographie n° 3, 1997 à la p 20. [Sanders].

⁶⁰ Lazare, *supra* note 55 à la p S60 [notre traduction].

⁶¹ L'Hon juge Binnie, *supra* note 1 à la p 324 [notre traduction].

⁶² Swaigen, *supra* note 28 à la p 276, estimant qu'il n'est pas de meilleure méthode pour résoudre l'incertitude qu'un contre-interrogatoire bien préparé. Pour un point de vue similaire, voir l'avis du juge Blackmun dans l'arrêt *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals Inc* (1993), 509 US 579 à la p 14 (pdf) [Daubert].

sur les connaissances scientifiques⁶³. Dans cette situation, la partialité des experts est problématique en ce que le décideur ne sera pas à même de la débusquer et risque de prendre pour argent comptant ce qui n'est qu'un éclairage biaisé des faits.

17. Le danger pour la recherche de la vérité est alors d'autant plus grand que des théories scientifiques peu fiables ou ouvertement trompeuses peuvent servir d'appui à cette partialité.

B) Les « junk science »

18. **Typologie.** Ce type de théories scientifiques a été baptisé sous la plume du juriste américain P. Huber de « *junk science* »⁶⁴, littéralement, « sciences de pacotilles ». Elles peuvent être définies comme « l'assertion de théories ou croyances qui sont nouvelles ou spéculatives et qui manquent de bases scientifiques »⁶⁵. Ces pseudosciences se présentent sous des aspects variés, du charlatanisme le plus flagrant—numérologues, sorciers et autres alchimistes en étant les représentants—aux fraudes scientifiques les plus élaborées, se basant par exemple sur des réseaux « alternatifs » non vérifiés de publications scientifiques ou des diplômes créés sur mesure. Si un scientifique américain estimait à 6–12 % la proportion de recherches scientifiques douteuses en 1998⁶⁶, le mouvement n'a fait que s'amplifier à l'échelle mondiale au cours des dix dernières années, conduisant au tissage d'un réseau international de publications scientifiques infondées et d'études imaginaires⁶⁷. Les pseudosciences peuvent également arborer le jour plus honnête de recherches poursuivant un authentique objectif de découverte

⁶³ Kayla Marie Mannucci, « Framed by Forensics: Fulfilling *Daubert's* Gatekeeping Function by Segregating Science from the Adversarial Model » (2018) 39 *Cardozo LR* 1947 à la p 1975 [Mannucci].

⁶⁴ Dans son ouvrage devenu désormais de référence : Peter W Huber, *Galileo's revenge : junk science in the courtroom*, New York, Basic Books, 1991 à la p 274.

⁶⁵ Henry Berry, MD, « The Medical Expert, Junk Reasoning, and Junk Science in Personal Injury Litigation » (2005) 40:4 *Tort Trial & Ins Prac LJ* 1101 à la p 1113 [Berry] [notre traduction].

⁶⁶ Adil E Shamoo, « Scientific evidence and the judicial system » dans Cynthia H Cwik et John L North, dir, *Scientific Evidence Review*, Monographie n° 3, Section of Science and Technology, American Bar Association, 1997 à la p 2 [Shamoo].

⁶⁷ Constat partagé hors de la seule sphère académique : David Larousserie et Stéphane Foucart, « [Alerte mondiale à la fausse science](#) », *Le Monde* (19 juillet 2018), en ligne : <https://www.lemonde.fr/sciences/article/2018/07/19/alerte-mondiale-a-la-fausse-science_5333374_1650684.html> ou encore TV Padma, « [En Inde, haro sur les pseudosciences!](#) », *Courrier international* (24 novembre 2017), en ligne : <<https://www.courrierinternational.com/article/en-inde-haro-sur-les-pseudosciences>>.

mais l'atteignant via une méthodologie défectueuse empêchant de se fier aux résultats obtenus⁶⁸.

19. Effets sur le procès. Du point de vue du déroulement du procès, l'introduction des pseudosciences ne fait qu'amplifier le phénomène de multiplication de l'expertise, et les risques en termes de coût et de longueurs, en produisant ou rallongeant le débat scientifique là où il ne devrait pas y en avoir. La théorie douteuse de « l'écologie clinique » permet par exemple de découvrir n'importe quel préjudice tiré de n'importe quelle exposition à un environnement pollué⁶⁹.

20. Effets sur la recherche de la vérité. Du point de vue de la recherche de la vérité, leur effet commun serait de conférer au témoignage qui la mobilise une crédibilité infondée, en raison d'une croyance contemporaine exacerbée en l'argumentation scientifique et une incapacité des décideurs de débusquer la supercherie qu'exploiteraient sans vergogne avocats peu scrupuleux et scientifiques prostitués⁷⁰. Des auteurs affirment avoir constaté la prolifération de jugements fondés sur des arguments scientifiques entrant en totale contradiction avec l'état des connaissances scientifiques actuelles⁷¹. Des tribunaux américains ont ainsi pu, contre l'avis de la communauté scientifique : juger qu'une glissade suivie d'une chute avait aggravé un cancer du sein ; accorder des dommages-intérêts à un demandeur qui avait implanté du plutonium non soluble dans sa propre urine pour faire croire à une contamination extérieure, juger que des maladies de naissance étaient causées par un médicament (le Bendectin) estimé inoffensif par une vaste majorité de la littérature scientifique ...⁷²

21. Junk sciences, faux problème ? Ces affirmations, et en particulier l'ouvrage de P. Huber, ont été sévèrement critiquées par le milieu académique⁷³. Ne se basant sur aucune étude empirique à grande échelle, elles exagéreraient grandement l'influence des *junk sciences* en se basant

⁶⁸ Voir par exemple l'étude des réactions à différentes excitations sexuelles via la pléthysmographie pénienne, partant d'une hypothèse scientifique apparemment sincère mais aboutissant à des conclusions trop peu fiables, *infra* au para 45.

⁶⁹ Peter Huber, « Junk Science and the Jury » (1990) 1 U Chi Legal F 273 à la p 279 [Huber].

⁷⁰ Kenneth J Chesebro, « Galileo's Retort: Peter Huber's Junk Scholarship » (1993) 42 Am ULR 1637 aux pp 1639–40 [Chesebro] brossant à grands traits la pensée de Peter Huber.

⁷¹ Outre les ouvrages de Peter Huber précités, voir Bert Black, « A Unified Theory of Scientific Evidence » (1988) 56 Fordham L Rev 595, et même le vice-président des États-Unis Dan Quayle, « Civil Justice Reform » (1992) 41 Am ULR 559 aux pp 565–66.

⁷² Exemples cités par Huber, *supra* note 69 aux pp 278–79.

⁷³ Voir principalement Chesebro, *supra* note 70. Pour d'autres critiques, voir Bernstein, « Junk Science », *supra* note 17 à la p 174 et les sources citées à la n 359.

sur l'analyse de cas anecdotiques, déformant souvent les faits sur lesquels elles s'appuient⁷⁴. Selon certains auteurs, le problème des *junk sciences* serait simplement inexistant et le pur produit d'un lobbying agressif soutenu par des réseaux d'industrie et d'assurance⁷⁵. Malgré ces critiques, le discours sur l'effet des *junk sciences* a eu un écho considérable, aux États-Unis et au Canada ainsi que dans d'autres pays du *Commonwealth*⁷⁶, ce qui peut s'expliquer par le contexte sensible dans lequel s'inscrit l'administration de la preuve scientifique.

Le contexte sensible de la preuve scientifique

22. Les débats gravitant autour de la preuve scientifique sont à interpréter au regard de deux conséquences dramatiques que les pathologies constatées plus haut pourraient générer. La première conséquence est la possible recrudescence d'erreurs judiciaires.

23. **Spectre de l'erreur judiciaire aux États-Unis.** La crainte d'un tel effet a trouvé aux États-Unis un terrain fertile dans l'explosion du contentieux relatif à la responsabilité du fait de produits toxiques⁷⁷. Au regard des jugements révélant une application inadéquate des connaissances scientifiques, P. Huber a prophétisé la déstabilisation du système de responsabilité civile dans son ensemble. Les dommages-intérêts faramineux que ces jugements octroient suffiraient malgré leur rareté à augmenter la somme moyenne perdue par le défendeur⁷⁸. Cette situation inciterait alors les avocats à tenter systématiquement leur chance, favorisant sensiblement le contentieux⁷⁹. Réciproquement, les assureurs, incapables de prévoir le résultat du prochain procès, seraient moins enclins à assurer « médicaments, vaccins et la plupart des pollutions environnementales »⁸⁰. Ultimement, ce sont les industries qui auraient à en subir le fardeau, impliquant perte de

⁷⁴ Chesebro, *supra* note 70 aux pp 1652–75; Neil Vidmar, « Are juries competent to decide liability in tort cases involving scientific/medical issues? Some Data From Medical Malpractice » (1994) 43 Emory LJ 885 [Vidmar].

⁷⁵ Bernstein, « Junk Science », *supra* note 17 à la p 173; Chesebro, *supra* note 70 aux pp 1644–59, soulignant l'influence dans cette campagne de lobbying du Manhattan Institute, qui est justement l'employeur de Peter Huber ...

⁷⁶ Bernstein, « Junk Science », *supra* note 17 à la p 174; Limpert, *supra* note 12 à la p 69 soulignant la popularité des propos de Huber malgré les critiques qui lui sont adressées.

⁷⁷ Paciocco, « Context, Culture and the Law », *supra* note 2 à la p 48; Emma Cunliffe, « Without fear or favour? Trends and possibilities in the Canadian approach to expert human behaviour evidence » (2006) 10 Int'l J Evidence & Proof 280 à la p 285 [Cunliffe].

⁷⁸ Huber, *supra* note 69 à la p 280.

⁷⁹ *Ibid* à la p 291.

⁸⁰ *Ibid* à la p 293 [notre traduction].

marché et une augmentation des prix pour le consommateur⁸¹. Ici encore, ce catastrophisme a pu être remis en cause par des études, constatant un taux de déperdition important entre le nombre de dommages reportés et le nombre d'actions en découlant, et contestant l'impact économique de telles actions⁸². Ici encore, les critiques n'ont pas suffi à faire taire ces constats alarmistes, qui ont au contraire été repris jusqu'au sein du gouvernement⁸³. Des auteurs en trouvent l'explication dans la peur consubstantielle de la société américaine, que la responsabilité civile « procure une opportunité aux plaignants peu scrupuleux et leur avocats de gagner le jackpot »⁸⁴, aux antipodes de l'appel normatif de la culture américaine populaire à faire partie de ces « individus responsables, disciplinés et non procéduriers, qui constituent la “communauté morale” américaine idéalisée »⁸⁵.

24. Au Canada. La peur de déstabilisation du système de responsabilité civile par les *junk sciences* se retrouve également exprimée sous la plume de certains auteurs⁸⁶ et dans certains rapports provinciaux⁸⁷. Toutefois, c'est plutôt dans le domaine du droit pénal que le débat autour des *junk sciences* s'est développé le plus longuement⁸⁸, à la différence de son voisin américain⁸⁹. Dans ce domaine, l'erreur judiciaire équivaut à l'injustice dans son expression la plus frappante, à savoir la privation de liberté ou même de la vie d'un innocent⁹⁰. C'est en particulier la pratique des pays du *Commonwealth* d'établir des commissions royales enquêtant sur des

⁸¹ *Ibid* à la p 295.

⁸² Voir Cunliffe, *supra* note 77 à la p 286 et les études citées à la note 27. Plus généralement, voir l'étude de David M Engel, *The Myth of the Litigious Society. Why We Don't Sue*, Chicago, University of Chicago Press, 2016.

⁸³ Voir aux États-Unis : Department of Justice, *Report of the Tort Policy Working Group on the Causes, Extent and Policy Implications of the Current Crisis in Insurance Availability and Affordability*, Washington, DC, février 1986 à la p 35 [*Report of the Tort Policy Working Group*].

⁸⁴ Cunliffe, *supra* note 77 à la p 285 [notre traduction].

⁸⁵ *Ibid* à la p 286 [notre traduction].

⁸⁶ Limpert, *supra* note 12 aux pp 69–70; Paul Arvaisais, « *Daubert* comes to Canada: Closing the gates on unreliable scientific evidence » (2008) 66:4 *Advocate* 539 à la p 549 [Arvaisais].

⁸⁷ Notamment en Ontario: L'Hon Stephen T Goudge, *Report of the Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario*, Toronto, Queens Printer, 2008 [Goudge Report].

⁸⁸ Bernstein, « *Junk Science* », *supra* note 17 à la p 174; Cunliffe, *supra* note 77 à la p 287; Paciocco, « *Culture, Context and the Law* », *supra* note 2 à la p 48.

⁸⁹ Cette généralisation, qui permet de tracer les grandes lignes des tendances canadiennes et américaines, peut être nuancée dans un souci de précision. La doctrine américaine a également prêté attention au problème des « *junk science* » dans le domaine pénal, voir Bernstein, « *Junk Science* », *supra* note 17 à la p 124 et les références à la note 1.

⁹⁰ Brandon L Garrett et M Christ Fabricant, « *The Myth of the Reliability Test* » (2017-18) 86 *Fordham LR* 1559 à la p 1581, soulignant ces enjeux inhérents au procès criminel [Garrett et Fabricant].

condamnations injustifiées qui ont pu « attirer l'attention populaire sur le danger des sciences forensiques »⁹¹. De plus, des controverses très documentées sur la fiabilité de la preuve sociologique, dans le sillage de l'arrêt *R c Lavallee* reconnaissant la pertinence de la théorie du « syndrome de la femme battue »⁹², ont également contribué à la perception par le public des enjeux du procès criminel⁹³. La seconde conséquence, qui découle de la première, est la mise à mal de la légitimité du système judiciaire.

25. Perte de légitimité. La réception des pseudosciences dans le procès est en effet susceptible de générer des prises de positions divergentes des juridictions, et/ou contradictoires avec l'opinion de la communauté scientifique. La société conférant dans une large mesure à la science le pouvoir « d'arbitrer en toute objectivité entre deux positions »⁹⁴, ces contradictions internes autant qu'externes exposent les tribunaux à une perte de confiance en leur capacité à résoudre ces litiges⁹⁵. Un rapport du Ministère de la Justice américain relève ainsi un « profond et grandissant cynisme au sujet de la capacité du droit de la responsabilité de gérer des concepts scientifiques et médicaux difficiles d'une manière rationnelle »⁹⁶.

26. Les difficultés posées par l'expertise scientifique ne pouvant plus être ignorées, plusieurs pistes de changement ont été élaborées par le système procédural nord-américain. En raison de l'influence prédominante du débat autour des *junk sciences*, c'est vers la guérison de ce problème que les premiers traitements se sont tournés, en restreignant l'accès à l'expertise scientifique trompeuse à l'aide de la notion d'admissibilité de la preuve⁹⁷, dont il convient d'exposer brièvement le principe.

L'admissibilité de la preuve

27. Principe de l'admissibilité. Si le modèle accusatoire laisse aux parties une grande liberté dans la conduite de la procédure, les tribunaux de *common law* y ont posé certaines bornes afin de « garder le débat contradictoire dans des limites raisonnables »⁹⁸. En ce qui concerne l'administration de la

⁹¹ Cunliffe, *supra* note 77 aux pp 287–88 [notre traduction].

⁹² [1990] 1 RCS 852 [*Lavallee*].

⁹³ Cunliffe, *supra* note 77 à la p 288. Reliant également le débat autour de la preuve scientifique à l'arrêt *Lavallee*, Paciocco, « Culture, Context and the Law », *supra* note 2 à la p 48.

⁹⁴ Arbour, « La Cour, l'expert et le nouveau C.p.c. », *supra* note 5 à la p 1 (pdf).

⁹⁵ Huber, *supra* note 69 à la p. 297.

⁹⁶ *Report of the Tort Policy Working Group*, *supra* note 83 à la p 35 [notre traduction].

⁹⁷ Reliant le problème des « *junk science* » à la nécessité d'un contrôle plus strict de cette admissibilité, Huber, *supra* 69 à la p 300.

⁹⁸ Marseille, *supra* note 30 à la p 5.

preuve, cette limitation se traduit par un dédoublement du raisonnement consistant à évaluer la recevabilité d'une preuve⁹⁹ avant l'examen de sa force probante¹⁰⁰. Si la preuve n'est pas jugée admissible, alors elle ne sera ni discutée lors du procès ni soupesée par les décideurs. À titre de comparaison, ce type d'examen préalable ne se présente en France que lorsque le concours du juge est demandé par les parties, dans le cas de production forcée de pièces ou de mesures d'instruction¹⁰¹. Dans le cas contraire, il est loisible aux justiciables français d'insérer tout type de preuve dans le dossier qu'ils soumettent au juge, celui-ci triant celles des preuves qui n'auront pas d'influence sur sa décision¹⁰².

28. Liste des règles d'admissibilité. Parmi les règles de recevabilité figure l'interdiction de la preuve par ouï-dire (« *hearsay rule* »). Posée de longue date par le droit de *common law*¹⁰³, elle impose aux témoins de ne relater que les faits qu'ils ont personnellement constatés, en raison principalement de l'absence de fiabilité d'un témoignage dont le contenu n'a pu être mis à l'épreuve du contre-interrogatoire¹⁰⁴. Cependant, la preuve scientifique fait exception à cette interdiction en raison de la nécessité pour l'expert de se baser sur un ensemble de connaissances et de faits qu'il n'a pas constatés lui-même¹⁰⁵. Il n'en reste pas moins que la suspicion relative au témoignage d'opinion se reporte sur d'autres conditions encadrant la preuve d'expert qui doit :

⁹⁹ Pour être exact, la terminologie anglophone mentionne la recevabilité de l'« *evidence* » qui se traduirait plus fidèlement par l'expression « moyen de preuve » (à distinguer de la preuve *stricto sensu*, « *proof* », prise comme élément de conviction). Par souci de simplicité, nous emploierons le terme de « preuve » dans un sens général correspondant à cette « *evidence* ».

¹⁰⁰ En ce sens Monique Dupuis et Stéphane Reynolds, « Les qualités et les moyens de preuve » dans École du Barreau du Québec, *Preuve et procédure*, vol 2, Collection de droit 2017-2018, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2017, 197 à la p 207 : « Il y a lieu de distinguer la recevabilité et la force probante d'une preuve. » [Dupuis et Reynolds]

¹⁰¹ Il s'appuie sur le concept plus général « d'utilité », voir Étienne Vergès, Géraldine Vial et Olivier Leclerc, *Droit de la preuve*, coll « Thémis », Paris, PUF, 2015 au para 169 à la p 166.

¹⁰² Voir Jean-Claude Royer et Sophie Lavallée, *La preuve civile*, 4^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008, n° 211 [Royer et Lavallée], et les ouvrages cités. Différence notable qui explique peut-être le relatif manque d'intérêt du droit français pour le droit de la preuve, quand le traité du juriste américain Wigmore détaille en une dizaine de tomes les règles d'admissibilité et leur application pratique ...

¹⁰³ Voir en droit de la *common law* : John Henry Wigmore, vol 5, *supra* note 23, §1362 et s. En droit civil québécois, les juridictions ont pu retrouver implicitement cette règle dans l'article 279 du Code de procédure civile, voir *Royal Victoria Hospital et al c Morrow*, [1974] RCS 501 à la p 506.

¹⁰⁴ Dupuis et Reynolds *supra* note 100 à la p 303 « le témoignage ».

¹⁰⁵ Royer et Lavallée, *supra* note 102, n° 548.

- « (a) être pertinente
- (b) être nécessaire pour aider le juge des faits
- (c) ne pas contrevenir à une règle d'exclusion
- (d) être présentée par un expert suffisamment qualifié »¹⁰⁶

29. Qualification. La qualification que l'expert doit présenter implique un examen minutieux de son expérience, de ses titres, de son impartialité, de sa rigueur, de son objectivité¹⁰⁷, etc., qui peut également être effectué au stade de l'appréciation de la force probante de la preuve. D'autres règles d'exclusion peuvent quant à elles écarter des preuves susceptibles de nuire au procès ou déstabiliser excessivement une des parties, notamment les preuves déloyales ou illégales.

30. Nécessité. La nécessité de la preuve d'expert permet de préserver les décideurs d'une trop grande influence scientifique en limitant le rôle de l'expert à l'éclairage du juge sur des questions scientifiques ou techniques d'une certaine complexité, dépassant l'expérience ou les connaissances de ce dernier¹⁰⁸. Par ailleurs, si la preuve portant sur la question finale (par exemple la responsabilité d'une partie) est désormais admise sur le continent¹⁰⁹, les tribunaux sont toujours réticents à recevoir l'opinion d'un expert dépassant les limites de son expertise pour empiéter sur le terrain du droit¹¹⁰.

31. Pertinence. Enfin, la règle de la pertinence vise à limiter la production de preuves dans le procès, dans le but de faciliter le rôle du juge et du jury en excluant les preuves qui ne font pas avancer le débat¹¹¹ ou susceptibles « de créer de la confusion, d'éterniser un débat ou de porter inutilement préjudice à son adversaire »¹¹². Ce sont ces objectifs de bonne administration et d'efficacité de la justice qui infusent les critères permettant d'évaluer la

¹⁰⁶ Formule tirée de la Cour Suprême du Canada dans *Mohan*, *supra* note 36. On retrouve des conditions équivalentes en droit fédéral américain, voir *Federal Rules of Evidence*, r 702 [Fed R Evid].

¹⁰⁷ Dupuis et Reynolds, *supra* note 100 à la p 295.

¹⁰⁸ *Ibid*, n° 535; voir également Wigmore, vol 7, *supra* note 23 à la p 7, §1917 et Fed R Evid, *supra* note 106, r 702(a).

¹⁰⁹ Aux États-Unis : *US v Steadman*, 73 F 2d 706 à la p 713 (10^e Cir 1934). Au Canada, longtemps interdite elle a été admise dans l'arrêt *Graat c La Reine*, [1982] 2 RCS 819.

¹¹⁰ Royer et Lavallée, *supra* note 102, n° 546.

¹¹¹ Voir en *common law* : Adrian Keane et Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 10^e éd, Oxford University Press, 2014 à la p 30; en droit québécois : Marseille, *supra* note 30 aux pp 1-5; Royer et Lavallée, *supra* note 102, n° 210-22.

¹¹² Royer et Lavallée, *supra* note 102, n° 212.

pertinence de la preuve. Prenant leur source dans le droit de la *common law*¹¹³, ces critères sont repris à quelques nuances près par l'ensemble des tribunaux nord-américains, y compris par les tribunaux québécois qui ont été à cet égard grandement influencés par le droit anglais¹¹⁴. Aux États-Unis, ils sont de plus explicitement énoncés par les règles fédérales américaines sur la preuve. Le premier d'entre eux est la connexité de la preuve avec les faits du litige : celle-ci doit permettre de démontrer l'existence ou l'inexistence d'un fait en litige, ou même d'un fait tendant à cette démonstration¹¹⁵. À cette pertinence logique s'ajoute une pertinence juridique : la preuve doit revêtir une valeur probante que ne surpasse pas son effet préjudiciable pour le procès (préjudice pour l'autre partie, confusion du débat, égarement du jury, délais injustifiés, preuve cumulative)¹¹⁶. Par exemple, une preuve trop longue pour une faible valeur probatoire pourrait se voir refusée¹¹⁷.

32. Au-delà de la pertinence : la fiabilité. Si ces critères, originaires de la *common law*, sont appliqués de longue date en droit nord-américain, la prise de conscience de la spécificité des problèmes liés à l'expertise scientifique a conduit à développer le critère supplémentaire de la fiabilité de la preuve, en s'appuyant sur la notion de pertinence. C'est en effet autour de cette notion que s'est développé un mouvement jurisprudentiel, initié au début des années 1990 autour de deux arrêts iconiques, les arrêts *Daubert* aux États-Unis et *Mohan* au Canada, qui ont institué le juge en véritable « gardien des sciences ».

33. Problématique et enjeux. Nous nous demanderons dans cet article dans quelle mesure l'examen de la fiabilité de la preuve scientifique au stade de son admissibilité est susceptible de répondre aux problèmes de l'expertise scientifique. L'enjeu d'une telle analyse est de déterminer si les solutions présentées par le système procédural nord-américain permettent un équilibre entre la nécessité de soutenir la légitimité du jugement en y introduisant la dose nécessaire de preuve scientifique et le souci de préserver les décideurs des dangers qu'elle représente. D'un point de vue plus général, notre réflexion a pour ambition d'apporter sa pierre à la question de

¹¹³ Pour un exposé extensif de la règle, voir Wigmore, vol 1, *supra* note 23 aux para 9–10.

¹¹⁴ Royer et Lavallée, *supra* note 102, n° 211.

¹¹⁵ *Ibid*, n° 216; Marseille, *supra* note 30 à la p 4; Fed R Evid, *supra* note 106, r 401 : « Une preuve est pertinente si : (a) elle a la moindre propension à rendre un fait plus ou moins probable qu'il ne le serait sans cette preuve ; et (b) le fait est d'une importance conséquente dans la résolution du litige » [notre traduction].

¹¹⁶ Ces exemples d'effets préjudiciables sont tirés de la Fed R Evid, *supra* note 106, r 403. Voir sur la notion de pertinence logique, Wigmore, vol 1, *supra* note 23 au para 9; Marseille, *supra* note 30 à la p 21. L'arrêt *Mohan* exprime également très bien cet aspect de la pertinence, voir *supra* au para 36.

¹¹⁷ Royer et Lavallée, *supra* note 102, n° 217.

l'articulation du droit et de la science en examinant les contrôles et influences que ces domaines exercent l'un sur l'autre.

34. Nous exposerons en premier lieu le développement historique du contrôle de la fiabilité de la science au Canada et aux États-Unis (I). Puis nous examinerons comment ce contrôle a été appliqué dans les deux pays (II) avant d'établir un bref bilan de son opportunité (III). Enfin, nous explorerons d'autres pistes de réflexions permettant de résoudre les problèmes de l'expertise scientifique, passant par une redéfinition plus en profondeur du rôle des acteurs dans le système accusatoire (IV).

I. Le développement historique du contrôle de la fiabilité de l'expertise scientifique au Canada et aux États-Unis

35. Le contrôle de la fiabilité de la science s'est premièrement développé aux États-Unis (A) avant de s'exporter au Canada (B).

A) L'admissibilité de la preuve scientifique aux États-Unis : de l'arrêt *Frye* à l'arrêt *Daubert*

36. Les États-Unis ont développé de longue date une jurisprudence visant à contrôler la validité de la science, exposée par l'arrêt *Frye* (i), qui a cependant fait l'objet d'une évolution significative avec le retentissant arrêt *Daubert* (ii).

i) La validité de la science selon l'arrêt *Frye*

37. **Critère de l'arrêt *Frye*.** L'arrêt *Frye c United States*¹¹⁸ évalue la validité de la science au regard du critère dit de « l'acceptation générale ». En vertu de ce critère, le juge doit écarter une preuve scientifique s'appuyant sur des principes qui n'ont pas été confirmés par la communauté scientifique. Si le juge se voit confier la mission de faire écran aux théories scientifiques jugées non fiables, son rôle est néanmoins limité puisqu'il abandonne cette appréciation à la communauté scientifique¹¹⁹.

38. **Critiques du critère.** Néanmoins, l'évolution de la science moderne a considérablement altéré le bien-fondé d'une telle délégation. En premier lieu, elle se fonde sur l'idée d'une connaissance solidement établie au sein de la communauté scientifique qui occulte l'existence de débats, de conflits d'intérêts et la présence irréductible d'incertitudes. L'image de la science comme « source dépassionnée de connaissance »¹²⁰ a laissé place à la prise

¹¹⁸ 293 F 1013 (DC Cir 1923) [*Frye*].

¹¹⁹ Nicole Duval Hesler, « L'admissibilité des nouvelles théories scientifiques » (2002) 62 R du B 359 à la p 367 [Duval Hesler].

¹²⁰ L'Hon juge Sidney N Lederman, « Judges as Gatekeepers: The Admissibility of Scientific Evidence Based on Novel Theories » dans Marilyn MacCrimmon et Monique

de conscience de l'existence d'enjeux politiques ou économiques dans le processus de production du savoir¹²¹. Laisser le soin au seul consensus scientifique de décider quelle science est admissible en justice présente alors le risque d'exclure des preuves valables sur le fondement de critères aussi peu objectifs que la réputation¹²². Des critiques similaires sont formulées à l'égard de l'institution de la révision par les pairs qui peut constituer un rempart de protection de l'orthodoxie scientifique¹²³, alors que l'évolution des connaissances scientifiques s'effectue aussi par des ruptures successives, qui peuvent commencer par un cri dans le désert¹²⁴. Ce risque d'exclusion injustifiée est d'autant plus élevé que de nombreuses théories ou techniques scientifiques discutées au cours du procès naissent à la marge de la connaissance établie, n'ayant pas fait l'objet de publication scientifique ou n'étant encore qu'au stade expérimental¹²⁵. En bref, il n'est pas improbable de penser que le critère de l'arrêt *Frye* aurait empêché des Darwin ou autres Einstein de venir témoigner en Cour¹²⁶...

39. Un critère inappliqué ? Par ailleurs, il était devenu incertain si la règle de l'admissibilité de l'arrêt *Frye* tenait encore en raison de l'entrée en vigueur des règles fédérales sur la preuve en 1975 qui ne la reprenaient pas explicitement. Ainsi, des auteurs ont pu noter que ce critère faisait l'objet d'une application plus ou moins rigoureuse en fonction des juridictions usant de ce test comme un label¹²⁷, d'autres rejetant même tout contrôle de la fiabilité de la preuve au nom de l'autosuffisance légale¹²⁸. Tant et si bien qu'autant les demandeurs que les défendeurs au procès en venaient à considérer que le critère de l'arrêt *Frye* était devenu obsolète, ce que la Cour

Ouellette, dir, *La recevabilité et l'appréciation de la preuve dans un monde complexe*, Montréal, Thémis, 1995, 217 [notre traduction] [Lederman] [MacCrimmon et Ouellette, dir].

¹²¹ Duval Hesler, *supra* note 119 à la p 379 : « les scientifiques ne sont pas neutres. »

¹²² *Ibid* à la p 380.

¹²³ Ronald Simon, « A View of Daubert from Plaintiff's Counsel » dans Cynthia H Cwik et John L North, dir, *Scientific Evidence Review*, Monographie n° 2, Section of Science and Technology, American Bar Association, 1994, 17 [Simon]; voir aussi Shamoo, *supra* note 66 aux pp 4–5.

¹²⁴ Pour plus de détails sur le processus de découverte scientifique, voir Thomas S Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 1^{ère} éd, University of Chicago Press, 1962.

¹²⁵ Duval Hesler, *supra* note 119 à la p 366.

¹²⁶ *Ibid* à la p 365, supposant que Darwin n'aurait pas passé le test de *Frye*.

¹²⁷ Bert Black, « A View of Daubert from Defendant's counsel » dans Cynthia H Cwik et John L North, dir, *Scientific Evidence Review*, Monographie n° 2, Section of Science and Technology, American Bar Association, 1994, 31 à la p 34 [Black, « View of Daubert »].

¹²⁸ *Ibid* aux pp 41–42, citant l'arrêt *Ferebee v Chevron Chemical Co*, 736 F 2d 1529 (DC Cir 1984), recours en *certiorari* rejeté.

suprême des États-Unis a admis dans la désormais très célèbre décision *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals Inc*¹²⁹.

ii) L'arrêt *Daubert* et le renouveau du rôle de gardien

40. Rejet du critère *Frye*. Cette décision concernait le contentieux de masse du Bendectin, un médicament anti-nauséeux utilisé par des femmes enceintes, accusé d'être à l'origine de malformations chez leurs enfants. La question se posait de savoir s'il fallait admettre la preuve d'experts affirmant l'existence d'un lien de causalité entre ce médicament et les malformations. La *District Court* avait déclaré cette preuve inadmissible, au regard du critère de l'arrêt *Frye*, s'appuyant sur une littérature scientifique fournie réfutant l'existence d'un risque causé par ce médicament, et ce malgré les preuves apportées par huit experts s'appuyant sur des études conduites sur des animaux, une étude moléculaire ainsi qu'une analyse nouvelle d'études statistiques¹³⁰. La Cour d'appel affirmant le jugement, les demandeurs devant la Cour suprême avaient soutenu que le critère de la « *general acceptance* » n'était pas repris par la codification des règles de preuve par les *Federal Rule of Evidence*¹³¹. La Cour suprême, sous la plume du Juge Blackmun, partage cet avis, considérant que l'acceptation générale n'est pas un prérequis à l'admission de la preuve scientifique et entre en contradiction avec la libéralisation opérée par les règles fédérales¹³². Pour autant, la Cour suprême ne relève pas le juge de son devoir de s'assurer que le témoignage scientifique est « non seulement pertinent mais aussi fiable »¹³³. Bien au contraire, son rôle s'est considérablement étoffé puisque c'est désormais sur ses seules épaules que repose l'analyse de la validité du témoignage, lui conférant un « rôle actif de gardien »¹³⁴ des sciences.

41. Consistance du rôle de gardien. L'examen de la validité du témoignage scientifique « implique une analyse préliminaire de la validité scientifique du raisonnement ou de la méthodologie qui la sous-tend »¹³⁵. Cette analyse s'effectue à l'appui d'une liste non limitative de critères (l'existence de publications scientifiques, la capacité de tester la connaissance en question, l'existence de marges d'erreurs connues de la technique employée) parmi laquelle figure celui de l'acceptation générale, bien qu'il ne soit alors plus déterminant¹³⁶. Surtout, l'arrêt insiste sur l'aspect flexible de

¹²⁹ *Supra* note 62.

¹³⁰ *Ibid* à la p 583.

¹³¹ *Ibid* à la p 587.

¹³² *Ibid* à la p 588.

¹³³ *Ibid* à la p 589 [notre traduction].

¹³⁴ Black, « View of Daubert », *supra* note 127 à la p 37 [notre traduction].

¹³⁵ *Daubert*, *supra* note 62 à la p 592 [notre traduction].

¹³⁶ *Ibid* à la p 594.

cet examen et la nécessité d'évaluer la valeur scientifique des principes et de la méthodologie plutôt que des conclusions qui pourraient en être tirées¹³⁷.

42. L'arrêt *Daubert* a exercé une influence considérable sur le continent américain : appliqué non seulement par les juridictions fédérales, mais encore par de nombreuses Cours étatiques¹³⁸, il laisse également une empreinte dans les processus de décision administratifs¹³⁹. C'est enfin vers le Canada que son influence s'est exportée¹⁴⁰.

B) L'équivalent canadien de l'arrêt *Daubert* : l'arrêt *Mohan*

43. **Absence de consensus.** Alors que l'idée d'un contrôle par le juge des théories scientifiques était familière aux États-Unis depuis l'arrêt *Frye*, les tribunaux canadiens se sont longtemps contentés d'évaluer l'admissibilité du témoignage scientifique principalement au regard de sa nécessité et de la prohibition de l'expertise portant sur la question finale¹⁴¹. Pourtant, faisant face à la profusion problématique d'expertises scientifiques, le juge canadien a fini par suivre les pas de son voisin, sans qu'aucun consensus ne parvienne à se dégager : si une minorité des tribunaux a appliqué le critère de l'arrêt *Frye*, d'autres ont commencé à s'intéresser à la question de la fiabilité de la preuve scientifique, usant de tests multifactoriels plutôt flexibles¹⁴². C'est enfin l'arrêt *R c Mohan*¹⁴³ qui vint poser le principe de l'admissibilité de la preuve scientifique en droit canadien.

44. **Principe de l'arrêt *Mohan*.** Cet arrêt concernait une poursuite pour agressions sexuelles perpétrées par un pédiatre. Un expert psychiatre appelé par la défense du pédiatre s'appuyait sur une théorie de classification des comportements de prédateurs sexuels en différents groupes, auxquels l'accusé n'appartenait pas, pour suggérer qu'il était peu probable qu'il ait eu des tendances pédophiles. L'arrêt rédigé par le juge Sopinka commence par rappeler que l'admissibilité de la preuve ne peut se contenter d'une pertinence logique mais doit aussi évaluer la pertinence juridique de la preuve, à savoir la mise en balance de sa valeur probatoire avec son effet

¹³⁷ *Ibid* à la p 595.

¹³⁸ Voir *infra* n° 60–62.

¹³⁹ Allan Kanner et M Ryan Casey, « *Daubert and the Disappearing Jury Trial* » (2007) 69 U Pitt LR 281 à la p 320 [Kanner et Casey].

¹⁴⁰ *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, *supra* note 14 à la p 35, soulignant que l'arrêt *Daubert* a eu une grande influence en droit canadien.

¹⁴¹ Lederman, *supra* note 120 à la p 221.

¹⁴² Bernstein « *Junk Science* », *supra* note 17 aux pp 140–44; Limpert, *supra* note 12 aux pp 80–81, citant l'arrêt *R v Johnston* (1992), 69 CCC (3^e) 395 à la p 416 (Ont Gen Div), ayant établi une liste de 11 facteurs permettant d'évaluer la fiabilité de la science.

¹⁴³ *Supra* note 36.

préjudiciable sur le procès¹⁴⁴. Il continue en exposant les dangers particuliers que représente pour le procès la preuve d'expert empreinte de la « *mystique de la science* »¹⁴⁵ :

La preuve d'expert risque d'être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits. Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infaillible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite.¹⁴⁶

Il conclut alors sur la nécessité pour le juge d'effectuer un bilan coûts-avantages de la preuve scientifique qui doit être d'autant plus rigoureux qu'elle s'appuie sur de nouvelles techniques ou théories scientifiques¹⁴⁷. Ce faisant, il modifie considérablement l'office du juge relativement à l'admissibilité de la preuve scientifique en l'invitant à un rôle plus actif¹⁴⁸, rappelant sensiblement la fonction de « *gatekeeper* » mis en place par l'arrêt *Daubert*. Toutefois, les applications immédiates de l'arrêt *Mohan* laissaient planer le doute sur cette similarité : si certains cours rejetaient le contrôle de fiabilité¹⁴⁹, d'autres semblaient encore accorder une importance prééminente au critère de l'acceptation générale dont le rejet n'aurait été que superficiel¹⁵⁰.

45. Confirmations ultérieures. L'influence de l'arrêt *Daubert* fut cependant confirmée par l'arrêt *R c J-LJ*¹⁵¹, rendu dans la situation d'appréciation de la valeur scientifique du pléthysmographe pénien. Également motivée par la constatation de l'influence croissante des témoins experts dans le procès et du danger représenté par les « *sciences de pacotille* »¹⁵², la décision reprend expressément les critères d'évaluation de la fiabilité de la méthodologie scientifique développés par les juges américains, tout en insistant également sur la nécessité de ne pas réduire l'analyse au critère de l'acceptation générale¹⁵³. L'arrêt conclut sur le rejet de la technique examinée en raison du manque de précision des profils-types développés, du taux d'erreur important et de la possibilité réelle que cette

¹⁴⁴ *Ibid* à la p 21.

¹⁴⁵ *R c Béland*, [1987] 2 RCS 398 à la p 434, cité par le juge Sopinka dans l'arrêt *Mohan*, *supra* note 36 à la p 21.

¹⁴⁶ *Mohan*, *supra* note 36 à la p 21.

¹⁴⁷ *Ibid* à la p 24.

¹⁴⁸ Lederman, *supra* note 120 à la p 222; Cunliffe, *supra* note 77 à la p 99.

¹⁴⁹ Bernstein « *Junk Science* », *supra* note 17 aux pp 147-48.

¹⁵⁰ *Ibid*; également Limpert, *supra* note 12 à la p 83.

¹⁵¹ *Supra* note 17.

¹⁵² *Ibid* au para 25.

¹⁵³ *Ibid* aux para 33-34.

preuve fausse le processus du procès¹⁵⁴. C'est enfin la décision *R v Abbey*¹⁵⁵ qui vint reformuler et affirmer plus clairement le rôle du juge en identifiant les deux étapes distinctes du raisonnement : La première consistant à évaluer les différents aspects de l'admissibilité (qualification, nécessité, pertinence et autres règles d'exclusion), et la seconde consistant à exercer le rôle de gardien en mettant en balance la fiabilité de la preuve et son effet néfaste pour le procès¹⁵⁶. Qu'en est-il en matière civile?

46. Mohan en matière civile. Si les auteurs mettent en garde contre l'application en droit civil de solutions énoncées en droit criminel¹⁵⁷, les commentateurs s'accordent sur le fait que la Cour suprême ait voulu donner à l'arrêt *Mohan* une portée générale impliquant son application en procédure civile¹⁵⁸. Bien que le droit civil québécois reçoive de plus avec circonspection les arrêts de la Cour suprême rendus en appel d'une décision de *common law*¹⁵⁹, l'application de l'arrêt *Mohan* y a été également affirmée¹⁶⁰. Cette possibilité est par ailleurs renforcée par la compatibilité du rôle de gardien avec le principe de proportionnalité¹⁶¹, au cœur du nouveau Code de procédure civile québécois¹⁶².

47. L'ère Daubert. Ainsi, il apparaît que la jurisprudence *Daubert/Mohan* s'est durablement installée comme référence incontournable sur le

¹⁵⁴ *Ibid* au para 55.

¹⁵⁵ *Supra* note 25.

¹⁵⁶ *Ibid* au para 76.

¹⁵⁷ Surtout lorsqu'il existe déjà une disposition traitant de cet aspect dans le Code de procédure civile, voir *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens, supra* note 14 à la p 23, n 14.

¹⁵⁸ Arvisais, *supra* note 86 à la p 545; voir également les références citées *infra* n° 75.

¹⁵⁹ Deslauriers, *supra* note 20 à la p 198.

¹⁶⁰ Royer et Lavallée, *supra* note 102, n° 476, soulignant que les preuves scientifiques en procédure civile doivent être « fondées sur des moyens techniques éprouvés ou sur des principes scientifiques généralement acceptés »; voir également *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens, supra* note 14 à la p 24 estimant que « [l]es questions essentielles de la pertinence, de la fiabilité, de l'incidence sur le déroulement du procès sont très semblables en droit civil québécois et en *common law* »; du même avis, Pierre Patenaude, « De Mohan à J.-L.J., de Daubert à Khumo: qu'en est-il de la preuve scientifique ou technique innovatrice? » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif et constitutionnel, Service de la formation permanente du Barreau du Québec (2002)*, vol 167, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, 111 [Patenaude, « De Mohan à J.-L.J., de Daubert à Khumo »].

¹⁶¹ *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens, supra* note 14 à la p 24.

¹⁶² Code de procédure civile québécois en vigueur au 1^{er} janvier 2016, art 18, al 1, principe qui enjoint les parties à s'assurer « que leurs démarches, les actes de procédure, y compris le choix de contester oralement ou par écrit, et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande ».

continent américain au sujet de la question de l'admissibilité de la preuve scientifique. Près de vingt-cinq ans plus tard, quel bilan peut-on faire de sa mise en œuvre? Si certains commentateurs doutaient que la décision soit plus qu'un « *changement de langage* »¹⁶³, les représentants des défenseurs et des demandeurs ne cachaient pas leur appréhension : les premiers craignaient que « l'abandon du critère de l'acceptation générale résulte en une "foire d'empoigne" dans laquelle des jurys sont confus et embrouillés par d'absurdes et irrationnelles assertions pseudo-scientifiques »¹⁶⁴, alors que les seconds estimaient que « la reconnaissance d'un rôle de sélection exercé par le juge autorisant l'exclusion de preuves "invalides" permettra une orthodoxie scientifique étouffante et répressive qui sera hostile à la recherche de la vérité »¹⁶⁵. Bien qu'un compte rendu nuancé doive être effectué, il apparaît avec le recul que c'est plutôt cette seconde crainte qui était justifiée.

II. La mise en œuvre du contrôle de la fiabilité de l'expertise scientifique au Canada et aux États-Unis

48. Si les jurisprudences *Daubert/Mohan* ont soulevé des problèmes de mise en œuvre similaires au Canada et aux États-Unis (A), force est de constater que les deux pays ont développé des différences sensibles dans la manière d'appliquer le contrôle (B).

A) Des problèmes communs de mise en œuvre

49. La création du rôle de gardien a fait naître deux interrogations majeures au sujet, d'une part, des limites et de la consistance du rôle de gardien (i) et, d'autre part, de la définition de la « bonne science » (ii).

i) La délimitation du rôle de gardien

50. **Types d'expertises.** Une première question s'est posée relativement au type d'expertises que le juge doit examiner. Cette question fut rapidement résolue aux États-Unis par l'arrêt *Kumho Tire Co v Carmichael*¹⁶⁶ et au Canada par l'arrêt *R c Trochym*¹⁶⁷, étendant le champ d'application de *Daubert* à tout type d'expertises techniques, qu'elles reposent sur des théories nouvelles ou non. Furent ainsi couverts par le contrôle des témoignages aussi variés que ceux d'un ingénieur, expert en procédure de police, d'un

¹⁶³ Simon, *supra* note 123 à la p 22 [notre traduction].

¹⁶⁴ *Daubert*, *supra* note 62 à la p 595 [notre traduction].

¹⁶⁵ *Ibid* à la p 596 [notre traduction].

¹⁶⁶ 526 US 137 (1999) [*Kumho Tire*].

¹⁶⁷ *R c Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 RCS 239.

pilote d'hélicoptère, d'un économiste¹⁶⁸... Par ailleurs, l'extension du rôle de gardien s'est vue accompagnée d'une différenciation du type de contrôle. En premier lieu, les tribunaux canadiens affirment, à la différence des tribunaux américains, appliquer un standard de fiabilité plus élevé lorsque la technique est intrinsèquement nouvelle¹⁶⁹. Ensuite, l'arrêt *Kumho Tire* a rappelé que les critères de l'arrêt *Daubert* ne devraient pas s'appliquer de manière uniforme à tous types d'expertises. En particulier, les expertises faisant appel à des connaissances subjectives liées à l'expérience¹⁷⁰ ne peuvent être évaluées de la même manière qu'une expertise fondée sur des connaissances objectives¹⁷¹.

51. Contrôle de la méthodologie. L'arrêt *Daubert* avait insisté sur la nécessité de contrôler non pas les conclusions de l'expert mais la méthodologie employée¹⁷². Cette distinction, qui peut déjà sembler difficile à mettre en œuvre, fut encore complexifiée par l'arrêt *General Electric Co v Joiner*¹⁷³ de la Cour suprême des États-Unis qui a estimé que le juge devait tout de même vérifier que les conclusions ne sont pas trop déconnectées de la méthodologie mise en œuvre : les experts doivent alors être en mesure d'expliquer le comment et le pourquoi de leurs conclusions¹⁷⁴. Ce faisant, l'arrêt a sensiblement contribué à brouiller les limites des fonctions de gardien au risque de lui permettre d'empiéter sur celles des jurés, qui est d'évaluer la force probante de la preuve¹⁷⁵.

52. Mise en balance des critères. Une difficulté largement constatée réside enfin dans le poids à accorder aux facteurs d'analyse énumérés par l'arrêt *Daubert*¹⁷⁶ : *Quid* si une méthode scientifique n'est pas publiée, mais a de faibles taux d'erreur et réciproquement ? Dans les deux pays, aucune réponse précise n'a pu être formulée, les décisions se contentant d'insister

¹⁶⁸ Pour une liste d'exemples, voir notamment Kanner et Casey, *supra* note 139 à la p 294.

¹⁶⁹ Paciocco, « Culture, Context and the Law », *supra* note 2 aux pp 46–47.

¹⁷⁰ Ce que le professeur David Bernstein dénomme comme étant les experts « connaisseurs » : Bernstein, « Expert Witnesses », *supra* note 46 aux pp 486–87.

¹⁷¹ Pour un exemple de cette différenciation au Canada, voir l'arrêt *Abbey*, *supra* note 25, évaluant d'une manière différente le témoignage d'un expert spécialisé dans la culture des gang appelé afin d'interpréter la signification d'un tatouage, *infra* n° 74.

¹⁷² *Daubert*, *supra* note 62 à la p 595.

¹⁷³ 522 US 136 (1997) [*General Electric Co v Joiner*].

¹⁷⁴ Bert Black, « Expert evidence in the wake of the Daubert-Joiner-Kumho Tire trilogy » dans Cynthia H Cwik et John L North, dir, *Scientific Evidence Review*, Monographie n° 4, Section of Science and Technology, American Bar Association, 1999, 1.

¹⁷⁵ Lederman, *supra* note 120 aux pp 220–21.

¹⁷⁶ Black, « View of Daubert », *supra* note 127 à la p 38; voir également Lederman, *supra* note 120 à la p 226; Limpert, *supra* note 12 à la p 84

sur la flexibilité de l'analyse¹⁷⁷. On trouve des éléments de réponse au cas par cas, l'arrêt *Kumho Tire* ayant par exemple admis l'impossibilité de donner du poids au critère de la publication lorsque la matière a fait l'objet d'un manque d'intérêt académique, ou au critère de l'acceptation générale des pairs quand la discipline était intrinsèquement non fiable¹⁷⁸.

53. Ces deux derniers questionnements sont somme toute intimement liés au problème de la caractérisation de la « vraie science »¹⁷⁹.

ii) La définition de la « vraie science »

54. **La main à la pâte.** La difficulté de l'élaboration d'une définition opérationnelle de la science a été d'autant plus marquée que les acteurs du droit manifestent à l'égard des concepts scientifiques un embarras évident¹⁸⁰. Or, si l'arrêt *Daubert* « n'attend pas des juges et des juristes qu'ils soient des scientifiques, il attend d'eux d'être des consommateurs sophistiqués de la science »¹⁸¹. La doctrine américaine et canadienne s'est donc remontée les manches pour plonger dans de sulfureux débats épistémologiques.

55. **Débats épistémologiques.** Une première controverse s'est nouée autour de la définition de la méthode scientifique : l'arrêt *Daubert* semble faire référence à la notion de validation d'une théorie par l'expérimentation, alors que l'épistémologie moderne s'appuie sur la notion de falsifiabilité¹⁸². Toutefois, celle-ci est à son tour vertement critiquée par la professeur B. Billauer en ce qu'elle serait inadaptée au domaine de la responsabilité civile, lui préférant la notion de vérifiabilité¹⁸³. C'est ensuite sur la question des étapes de la méthode scientifique ainsi que la valeur accordée à chacune d'elles que les avis sont partagés. Comme la communauté scientifique elle-même ne s'accorde pas sur une méthode unique¹⁸⁴, chaque auteur y va de sa propre conception : Si un généticien mettra l'emphase sur la nécessité de tests empiriques « critiques » permettant de trancher la vérité d'une

¹⁷⁷ Sur les conséquences de cette flexibilité, voir *infra* n° 64–65.

¹⁷⁸ Marc McAree, Robert Woon et Anand Srivastava, « Experts in Environmental Litigation » (2015) 28:2 Can J Admin L & Prac 123 à la p 157 [McAree, Woon et Srivastava].

¹⁷⁹ Sur la critique cette notion, voir *infra* n° 96.

¹⁸⁰ Patenaude, *supra* note 11.

¹⁸¹ David L Faigman et al, *Modern Scientific Evidence. The Law and Science of Expert Testimony*, vol 1, West, 1997 à la p VI [notre traduction].

¹⁸² Définie comme la possibilité pour une hypothèse donnée de créer une expérience qui l'invalidera, voir Karl Raimund Popper, *La Logique de la découverte scientifique*, 1935, trad fr 1973; rééd Payot, coll « Bibliothèque scientifique », 1995.

¹⁸³ Barbara Pfeffer Billauer, « Admissibility of Scientific Evidence under *Daubert*: The Fatal Flaws of 'Falsifiability' and 'Falsification' » (2016) 22 BUJ Sci & Tech L 21 à la p 21.

¹⁸⁴ *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, *supra* note 14 à la p 56.

hypothèse, tout en indiquant sa grande confiance envers le système de « *peer review* »¹⁸⁵, un biologiste soutiendra que la qualité de l'information dépend d'une multitude d'étapes dont chacune d'elles est d'importance vitale, tout en reconnaissant que le « *peer review* » peut être un obstacle aux recherches qui « diffèrent du paradigme existant »¹⁸⁶ ... Le professeur Limpert a quant à lui proposé un tout autre schéma d'analyse de la méthodologie scientifique axé sur la notion d'incertitude évaluée à différentes étapes de la production du savoir¹⁸⁷.

56. Manuels scientifiques. Pour tirer ces débats au clair et afin d'aider les juges à « métaboliser »¹⁸⁸ le discours scientifique, les instituts judiciaires américains et canadiens ont publié d'imposants manuels scientifiques¹⁸⁹. Abordant le problème sous un angle pratique, le manuel canadien offre au juge toute une gamme de questions utilisables en audience lui permettant notamment de distinguer l'expertise scientifique des autres formes d'expertise, d'identifier une méthode scientifique, de se familiariser avec l'utilisation des probabilités dans le procès ...¹⁹⁰ Malgré l'objectif louable de ce manuel qui est de permettre au juge « d'apprivoiser la science de façon à renforcer notre système judiciaire et les valeurs fondamentales qu'il prône »¹⁹¹, on ne peut que partager la perplexité de la professeure québécoise M.-E. Arbour devant la « haute dose de scientificité »¹⁹² de ce manuel qui semble effectuer une description minutieuse des étapes scientifiques, « sans qu'on comprenne bien quel est l'impact sur la preuve » ...¹⁹³ Le découragement du juriste peut n'être que d'autant plus grand devant les 1034 pages du manuel américain sur la preuve scientifique qui détaille en profondeur les principes applicables à chaque type d'expertise (épidémiologique, toxicologique, neuroscientifique, etc.). Des études

¹⁸⁵ Francisco J Ayala, « A View of Daubert from a Geneticist » dans Cynthia H Cwik et John L North, dir, *Scientific Evidence Review*, Monographie n° 2, Section of Science and Technology, American Bar Association, 1994, 53 aux pp 60–62.

¹⁸⁶ Shamoo, *supra* note 66 aux pp 1–4 [notre traduction].

¹⁸⁷ Pour un exposé du modèle, Limpert, *supra* note 12 aux pp 84–93.

¹⁸⁸ Marie-Ève Arbour, « La science soluble dans le droit ? : Autour du Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens », *Repères*, juillet 2017, EYB2017REP2265 à la p 7 (pdf) [Arbour, « La science soluble dans le droit ? »].

¹⁸⁹ *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, *supra* note 14; États-Unis, National Research Council, *Reference Manual on Scientific Evidence*, 3^e éd, Washington, DC, National Academy Press, 2011.

¹⁹⁰ Voir par exemple la section « en bref » portant sur la méthode scientifique : *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, *supra* note 14 aux pp 63–64.

¹⁹¹ *Ibid* à la p 14.

¹⁹² Arbour, « La science soluble dans le droit ? », *supra* note 188 à la p 5.

¹⁹³ *Ibid*.

révèlent d'ailleurs que les juges américains sont plutôt réticents à recevoir de tels enseignements méthodologiques jugés trop abstraits¹⁹⁴.

57. Des juges compétents ? Finalement, ces tentatives plus ou moins prospères d'établir un mode opératoire utilisable par les juges lors de l'accomplissement de leur fonction de gardien font resurgir la crainte du juge Renhquist, dissident dans l'arrêt *Daubert*, que les juges ne soient pas aptes à effectuer cette mission, estimant qu'elle conduirait les juges à devenir des scientifiques amateurs¹⁹⁵. La confiance du juge Blackmun en la capacité des juges à remplir cette mission¹⁹⁶ était-elle justifiée ? Une revue de l'application de la jurisprudence *Daubert/Mohan* par les tribunaux américains et canadiens permet d'apporter quelques éléments de réponse.

B) Des pratiques différentes du rôle de gardien

58. Quoique similaires en leur principe, les jurisprudences *Daubert* et *Mohan* ont fait l'objet d'application sensiblement différentes aux États-Unis (i) et au Canada (ii).

i) L'application de l'arrêt *Daubert* aux États-Unis

59. Après avoir exposé les divergences d'application du rôle de gardien dans les domaines civils et pénaux (1°), nous tenterons d'avancer des explications à ce constat (2°) avant d'évaluer leurs conséquences réciproques sur le système judiciaire (3°).

1°) Une application différenciée dans les procès civils et pénaux

60. Divergence constatée. Aux États-Unis, la terminologie de l'arrêt *Daubert* a été massivement employée par les tribunaux fédéraux ou étatiques, autant dans des affaires civiles que criminelles. Néanmoins, le résultat de cette application varie considérablement selon le domaine, comme le constate le professeur E. Murphy : « Les preuves présentées par les demandeurs dans les plaintes civiles font l'objet d'un examen sévère de fiabilité, alors que les

¹⁹⁴ John M Conley et David W Peterson, « The Science of Gatekeeping: The Federal Judicial Center's New Reference Manual on Scientific Evidence » (1996) 74:4 NCL Rev 1183 à la p 1205, n 75, cité par Lazare, *supra* note 55 aux pp 54–55.

¹⁹⁵ *Daubert*, *supra* note 62 à la p 601; aussi Gerjuoy *supra* note 5 à la p 157, au Canada, exprimée par Patenaude, « De Mohan à J.-L.J., de Daubert à Khumo », *supra* note 160 à la p 121, estimant que cette jurisprudence représente un « très lourd fardeau pour des personnes ordinairement formées exclusivement en sciences humaines ».

¹⁹⁶ *Daubert*, *supra* note 62 à la p 593.

preuves présentées par les procureurs dans les affaires criminelles reçoivent habituellement un laissez-passer. »¹⁹⁷

61. Domaine pénal. En matière criminelle, les auteurs constatent l'échec de l'application de l'arrêt *Daubert*¹⁹⁸. Les études empiriques portant sur le vaste ensemble des décisions judiciaires américaines semble démontrer que « l'arrêt *Daubert* n'a pas eu d'impact sur le taux d'admission des témoignages d'expert en première instance ou en appel »¹⁹⁹. Ce résultat peut s'expliquer par le fait que les juges éprouvent une grande difficulté à identifier des facteurs concrets de fiabilité dans le champ d'expertise examiné²⁰⁰. Ainsi, ils se contenteraient de citer les éléments de langage de l'arrêt *Daubert*, tout en se prononçant au regard de critères généraux comme la qualification de l'expert, l'acceptation générale de la technique en question ou le fait qu'une décision antérieure l'ait admise, et ce malgré l'évolution de la science²⁰¹. Par exemple, la technique forensique d'analyse des traces de mâchoires a pu être reçue comme fiable par des tribunaux en raison d'une utilisation historique de cette méthode, malgré un taux d'erreur de 63 %²⁰².

62. Domaine civil. Bien au contraire, en matière civile, les tribunaux ont appliqué vigoureusement l'arrêt *Daubert* afin d'exclure les témoignages d'experts, ce que démontre une étude empirique effectuée sur la base de 400 décisions rendues dans un intervalle de 20 ans²⁰³. Alors que l'objectif affiché de l'arrêt *Daubert* était de libéraliser les règles d'admissibilité de la preuve²⁰⁴ faisant du rejet du témoignage d'expert l'exception plutôt que la règle²⁰⁵, son application en arriverait au contraire à exclure des preuves qui

¹⁹⁷ Erin Murphy, « Neuroscience and the Civil/Criminal *Daubert* Divide » (2016) 85 Fordham LR 619 à la p 622 [notre traduction] [Murphy].

¹⁹⁸ Mannucci, *supra* note 63 aux pp 1969–73; voir également Peter J Neufeld, « The (near) irrelevance of *Daubert* to criminal justice and some suggestions for reform » (2005) 95:8 Am J Pub Health S107, ou encore Edward K Cheng et Albert H Yoon, « Does *Frye* or *Daubert* matter? A study of scientific admissibility standards » (2005) 91 VA LR 471 à la p 503 [Cheng et Yoon].

¹⁹⁹ Murphy, *supra* note 197 à la p 623 [notre traduction].

²⁰⁰ Victor Gold, « The Three Commandments of Amending the Federal Rules of Evidence » (2017) 85:4 Fordham LR 1615 à la p 1622, cité par Garrett et Fabricant, *supra* note 90 à la p 1569.

²⁰¹ Garrett et Fabricant, *supra* note 90 à la p 1568.

²⁰² *Ibid* à la p 1562.

²⁰³ Lloyd Dixon et Brian Gill, *Changes in the Standards for Admitting Expert Evidence in Federal Civil Cases Since the Daubert Decision*, Santa Monica (CA), RAND Institute for Civil Justice, 2001, en ligne: <<http://www.rand.org/publications/MR/MR1439/MR1439.pdf>>.

²⁰⁴ *Daubert*, *supra* note 62 aux pp 587–88, également Kanner et Casey, *supra* note 139 à la p 314.

²⁰⁵ Fed R Evid, *supra* note 106, r 702, voir *Committee Notes on Rules–2000 Amendment*, cité par Frank Griffin, « Prejudicial Interpretation of Expert Reliability on

auraient pu être admises sous le critère de l'arrêt *Frye*²⁰⁶. L'étude montre également que cette exclusion joue surtout au profit des défendeurs à l'action, qui parviennent fréquemment à exclure les preuves présentées par les demandeurs qui peinent quant à eux à exclure celles des défendeurs²⁰⁷.

63. Plusieurs facteurs peuvent expliquer la divergence constatée.

2°) Les causes de la divergence

64. **Flexibilité et inégalité des armes.** Même si la comparaison entre matière pénale et civile n'est pas évidente, car les types d'expertises présentées se recoupent peu²⁰⁸, le rapprochement de l'application de l'arrêt *Daubert* dans ces domaines semble à tout le moins enseigner que le réel problème réside dans la flexibilité du test qu'il propose. La multiplicité des critères et l'absence de liste définie permettent « de concentrer son attention sur un critère, de lui donner un poids inégal »²⁰⁹, afin d'exclure ou d'inclure un témoignage d'expert. Il semblerait ainsi qu'en matière civile, les juges, au lieu de se faire une idée de la fiabilité en mettant en balance un ensemble de critères, les interprètent comme des exigences cumulatives. Du critère unique de l'arrêt *Frye*, les juridictions seraient passées à 4-5 critères, incluant celui de l'acceptation générale, posant autant de barrières à surmonter pour le demandeur²¹⁰. La souplesse du contrôle le rend donc particulièrement dépendant de l'habileté des conseils des parties à convaincre le juge, ce qui fait de l'arrêt *Daubert* une sorte de catalyseur de l'inégalité des armes dans le procès. Il profite en effet systématiquement à la partie forte d'un point de vue économique : en droit pénal, le poursuivant et en matière civile, le défendeur²¹¹. Des études relient ainsi le manque de contrôle de la fiabilité des preuves forensiques en droit criminel à l'incompétence patente des conseils de la défense qui ne parviennent que rarement à contre-examiner les experts

the "Cutting Edge" Enables the Orthopaedic Implant Industry's Bodily Eminent Domain Claim » (2017) 18:1 Minn JL Sci & Tech 207 à la p 240 [Griffin].

²⁰⁶ Kanner et Casey, *supra* note 139 à la p 309.

²⁰⁷ *Ibid.*, à la p 309 et les références citées n 169-171. Voir aussi Murphy, *supra* note 197 à la p 623 et références citées à la n 24.

²⁰⁸ Murphy, *supra* note 197 à la p 622.

²⁰⁹ Kanner et Casey, *supra* note 139 à la p 306 [notre traduction].

²¹⁰ Harvey Brown, « Eight Gates For Expert Witnesses » (1999) 36 Hous LR 743, qui détaille 8 étapes au travers desquelles l'expert doit passer afin de voir son témoignage admissible, cité par Kanner et Casey, *supra* note 139 à la p 307, n 140. Cette manière de faire est par ailleurs conforme à la vue de certains scientifiques, voir Shamoo, *supra* note 66 à la p 1, indiquant une série de 7 critères à l'importance vitale.

²¹¹ En ce sens Murphy, *supra* note 197 aux pp 626-27, reliant l'admissibilité des preuves par le contrôle *Daubert* au statut de partie privilégiée ou non.

produits par les procureurs²¹². Réciproquement, la puissance économique des industries visées par les actions en responsabilité civile laisse présumer l'efficacité des conseils juridiques apportés.

65. Flexibilité et sensibilisation des juges. Par ailleurs, le fait que la Cour suprême ait refusé de contrôler l'application de *Daubert* par les juges au-delà d'un contrôle de l'« abus de discrétion »²¹³, n'a fait que renforcer leur marge de manœuvre, autorisant selon certains la « substitution de la volonté à la règle de droit »²¹⁴. La présence de cet arbitraire est tout d'abord révélée par les différences sensibles d'interprétation existant entre les différentes cours, étatiques ou fédérales, qui ont substantiellement contribué au phénomène de forum-shopping aux États-Unis²¹⁵. Il se dégage également du fait que, pour un même type de preuve, les tribunaux auront tendance à admettre celle présentée par le défendeur civil ou le poursuivant pénal, alors qu'ils recevront celle présentée par le demandeur civil « avec un grand scepticisme »²¹⁶. L'application de *Daubert* ne dépendrait-elle somme toute que du simple jeu de considérations de politique juridique? C'est à cette conclusion que semblent bien aboutir des études indiquant que bien des juges citent le contrôle de fiabilité dans leurs décisions sans entrer dans les détails de l'analyse, les critères tels que la falsifiabilité d'une théorie scientifique ou l'existence de marge d'erreurs inconnues ou trop larges n'étant cités que dans moins de 2 % des cas²¹⁷. C'est donc uniquement la sensibilisation des juges à leur rôle de gardien et aux dangers de la « *junk science* » qui aurait entraîné en matière civile l'examen rigoureux de l'admissibilité des preuves scientifiques²¹⁸. Réciproquement, l'absence d'application de *Daubert* en matière pénale résulterait simplement de leur manque de volonté d'examiner la preuve d'expert²¹⁹.

66. Prénance du contexte civil. L'application rigoureuse du contrôle de fiabilité ne ferait donc que suivre les contours du contexte politique dans lequel est née la prise de conscience de la lutte contre les « *junk sciences* », à savoir le contexte de la responsabilité civile du fait de produits dangereux²²⁰. Dans ce domaine se démarque en premier lieu la volonté ou la nécessité pour

²¹² Paul C Giannelli, « Forensic Science: *Daubert's* Failure » (2018) 68 Case W Res LR 869 à la p 933, et les références citées aux n 401 et 402 [Giannelli].

²¹³ *General Electric Co v Joiner*, *supra* note 173, §1.

²¹⁴ Kanner et Casey, *supra* note 139 à la p 306 [notre traduction].

²¹⁵ *Ibid* aux pp 307–308.

²¹⁶ Murphy, *supra* note 197 à la p 627 [notre traduction].

²¹⁷ Carol Krafka et al, « Judge and attorney experiences, practices, and concerns regarding expert testimony in federal civil trials » (2002) 8:3 Psychol Pub Pol'y & L 309 à la p 323. doi: 10.1037/1076-8971.8.3.309

²¹⁸ Cheng et Yoon, *supra* note 198 aux pp 503–504.

²¹⁹ Giannelli, *supra* note 212 à la p 937; Murphy, *supra* note 197 à la p 624.

²²⁰ Cunliffe, *supra* note 77 à la p 288, n 36.

le juge civil de traiter les affaires le plus rapidement possible afin d'éviter d'être submergé par le nombre de dossiers, le but étant alors de « classer le cas plutôt que d'offrir un forum de résolution »²²¹, ce qui conduit à rejeter la preuve d'expert pour éviter les débats sans fin. Des auteurs soulignent de plus un biais des juridictions en faveur des lobbys industriels²²², notamment illustré par l'accent mis sur la nécessité des preuves épidémiologiques dont ils se font les plus grands défenseurs²²³. Ces biais peuvent s'expliquer par les mêmes facteurs économiques, politiques et sociologiques qui ont présidé à l'adoption du rôle de gardien, à savoir, selon les termes des professeurs G. Edmond et K. Roach:

*Une préoccupation généralisée au sujet de l'explosion du nombre de litiges, plusieurs crises de l'assurance, des dommages-intérêts excessifs, le recours des demandeurs à la junk science, des élections judiciaires très politisées, l'influence du parti Républicain dans les cours judiciaires fédérales, et d'agressives campagnes patronales ayant pour but de réformer la loi.*²²⁴

67. Ainsi, les apports de l'arrêt *Daubert* au système judiciaire américain sont majoritairement perçus négativement.

3°) Les conséquences de l'arrêt *Daubert* sur le système judiciaire américain

68. **Domaine pénal : un contrôle indigent.** En matière pénale, le constat est frustrant et sans appel : l'inapplication de l'arrêt *Daubert* contribue à la perpétuation des erreurs judiciaires en permettant la condamnation d'individus potentiellement innocents à l'aide de techniques à la fiabilité contestable²²⁵. Des auteurs et rapports officiels en sont donc venus à

²²¹ *Ibid* à la p 302 [notre traduction].

²²² *Ibid* à la p 304; également Griffin, *supra* note 205 à la p 237.

²²³ En ce sens George W Conk, « Legend versus Pragmatism » dans Cynthia H Cwik et John L North, dir, *Scientific Evidence Review*, Monograph n°3, Section of Science and Technology, American Bar Association, 1997, 1 à la p13 [Conk].

²²⁴ Gary Edmond et Kent Roach, « A Contextual Approach to the Admissibility of the State's Forensic Science and Medical Evidence » (2011) 61 U Toronto LJ 343 à la p 354. doi: 10.3138/utlj.61.3.343 [notre traduction] [Edmond et Roach]

²²⁵ En ce sens Giannelli, *supra* note 212 à la p 937; Murphy, *supra* note 197 à la p 624.

réclamer une application plus rigoureuse du contrôle de la fiabilité²²⁶, sans grand succès²²⁷.

69. Domaine civil : un contrôle excessif. En matière civile, le bilan est inverse : l'arrêt *Daubert* aurait considérablement restreint l'accès à la justice. Un auteur n'hésite pas à relier le déclin du nombre d'affaires en responsabilité civile (estimé à 79% entre 1985 et 2003) à l'application de l'arrêt *Daubert* dont l'excessive rigueur produirait un effet dissuasif sur les demandeurs²²⁸. Ce phénomène est susceptible de saper les fonctions préventives de la responsabilité civile, en ce qu'il « réduit la motivation des industries à réprimer un comportement imprudent »²²⁹. Se basant sur l'analyse de l'effet *Daubert* dans le domaine des prothèses orthopédiques défectueuses, un auteur souligne également que la difficulté des demandeurs à obtenir gain de cause sur le terrain de la responsabilité contre les industries de prothèses les incite à se retourner contre les chirurgiens prothésistes pour mauvaise pratique médicale, quand bien même l'industrie serait en meilleure position pour réduire ou prévenir les défauts d'implants²³⁰. Par ailleurs, le juge va souvent priver les demandeurs d'un débat au fond sur la valeur probante du témoignage, au lieu de se restreindre à l'analyse de la fiabilité de la méthode scientifique utilisée²³¹. Cette interprétation de l'arrêt *Daubert* nuit donc à la fonction de plate-forme de débat public jouée par la salle d'audience²³² et ébranle ultimement les principes de la procédure américaine en contredisant le droit d'accès à un jury²³³.

70. Influence sur le droit substantiel. De plus, l'influence de *Daubert* n'est pas seulement procédurale puisque les juges ont fait de cet arrêt un « outil puissant de législation sur la responsabilité civile »²³⁴, exprimant leur préférence pour le « lent accomplissement de la certitude scientifique, plutôt

²²⁶ *Ibid.* Voir également le rapport de l'Académie nationale des sciences : États-Unis, Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community, National Research Council, *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*, août 2009 à la p 53 [NSA Report].

²²⁷ Pour un constat en 2018, Giannelli, *supra* note 212 à la p 875, soulignant la continuation de l'absence de contrôle de fiabilité malgré le rapport de la NSA.

²²⁸ Kanner et Casey *supra* note 139 à la p 315.

²²⁹ *Ibid* [notre traduction].

²³⁰ Griffin, *supra* note 205 à la p 268.

²³¹ *Ibid* à la p 241, les demandeurs devant, en théorie, seulement prouver que l'opinion de l'expert est fiable, et non qu'elle soit correcte.

²³² Kanner et Casey, *supra* note 139 aux pp 316–17 [notre traduction].

²³³ Voir *infra* n° 110.

²³⁴ Lucinda M Finley, « Guarding the Gate to the Courthouse: How trial judges are using their evidentiary screening role to remake tort causation rules » (1999) 49 DePaul LR 335.

que de prendre une décision en avance sur le consensus scientifique »²³⁵, comme le souligne la professeure Finley : « Sous l'apparence de l'admissibilité, les juges fédéraux ont élaboré des règles substantives significatives sur la causalité en élevant le seuil de la preuve scientifique que les plaignants doivent présenter afin de voir le témoignage de leur expert accepté. »²³⁶

71. L'arrêt *Daubert* a donc profondément bouleversé l'admissibilité de la preuve scientifique en droit américain, à tout le moins en matière civile, à tel point que certains le perçoivent comme l'un des arrêts les plus influents de la Cour suprême²³⁷, quand d'autres le qualifient de « monstre dans le royaume du contentieux civil »²³⁸. Qu'en est-il au Canada ? Le bilan de l'application de la jurisprudence *Daubert/Mohan* y semble plus nuancé.

ii) L'application de l'arrêt *Mohan* au Canada

72. Après avoir exposé la spécificité de l'application du contrôle de fiabilité au Canada (1°), nous essayerons d'en comprendre les causes (2°), avant de remarquer une tendance à l'évolution de la pratique canadienne du rôle de gardien du juge (3°).

1°) Les spécificités canadiennes de l'application du contrôle de fiabilité

73. **Prédominance du domaine pénal.** C'est en matière pénale que le rôle de gardien des sciences a été le plus appliqué²³⁹. Même si les juges canadiens semblent avoir conscience de la nécessité d'une certaine vigilance dans le procès, ils sont tout de même, de la même manière que leurs homologues américains, affectés de manière erratique par « une vague conception de la fiabilité »²⁴⁰ tout en restant « dépendants de l'habileté du conseil et de la qualité des preuves et arguments, et limités par l'étendue de leur sophistication méthodologique et technique »²⁴¹. Certains arrêts révèlent des errances qui ne sont pas sans rappeler celles de certains jugements américains : Dans l'arrêt *R v Aitken*, les juges ont admis la validité de

²³⁵ *Ibid* à la p 345.

²³⁶ *Ibid* à la p 335 [notre traduction].

²³⁷ Project on Scientific Knowledge and Public Policy (SKAPP), *Daubert: The Most Influential Supreme Court Ruling You've Never Heard Of*, juin 2003, en ligne : <https://www.phil.vt.edu/dmayo/personal_website/PhilEvRelReg/Daubert-The-Most-Influential-Supreme-Court-Decision-You-ve-Never-Heard-Of-2003%201.pdf>.

²³⁸ Kanner et Casey, *supra* note 139 à la p 329 [notre traduction].

²³⁹ Lederman, *supra* note 120 à la p 220.

²⁴⁰ Edmond et Roach, *supra* note 224 à la p 369 [notre traduction].

²⁴¹ *Ibid* à la p 370 [notre traduction].

l'expertise podiatrique au regard du fait que l'expert avait témoigné dans plus de 150 cas, malgré l'absence de *peer review* d'une telle technique, l'absence de taux d'erreur connu ou des éléments d'analyse de mauvaise qualité²⁴². Un rapport remarqué conduit par le juge Goudge en Ontario sur l'admission du témoignage scientifique recommande ainsi une approche plus stricte du rôle de gardien par les tribunaux²⁴³.

74. Spécificité du problème des sciences sociales. Une difficulté spécifique est apparue au Canada relativement à l'évaluation de la fiabilité des sciences sociales, fréquemment mobilisées dans le procès pénal. Des auteurs ont souligné la difficulté que représente l'analyse de la méthodologie des sciences sociales, très différente de la méthodologie des sciences dites dures²⁴⁴. Si certaines décisions ont été tentées d'appliquer le langage de la recherche quantitative aux sciences sociales, l'arrêt *R v Abbey* a clairement indiqué que les connaissances particulières relevant de recherches et d'appréciations qualitatives ne pouvaient être évaluées à l'aune des mêmes critères de fiabilité²⁴⁵. Néanmoins, la difficulté de la définition de la méthode qualitative est restée entière étant donné qu'elle ne fait l'objet d'aucun consensus, forçant les juges à appliquer des critères éclectiques tirés de diverses approches²⁴⁶. Par exemple, dans l'affaire *Carter c Canada*, la juge Smith a pu limiter le poids accordé à une preuve basée sur un échantillon de taille réduite, ou issue d'une source indirecte d'information²⁴⁷. Des auteurs ont souligné la tendance de certains tribunaux à qualifier l'expertise examinée de « connaissances particulières », alors que les critères quantitatifs auraient eu vocation à s'appliquer, afin d'éviter un contrôle rigoureux de la preuve²⁴⁸. Ces difficultés ont conduit certains à réclamer un retour du critère du consensus scientifique, plus maniable dans le domaine des sciences sociales²⁴⁹.

²⁴² *R v Aitken*, 2008 BCSC 1423, [2008] BCJ No 2858 et la critique de l'arrêt par Emma Cunliffe et Gary Edmond, « Gatekeeping in Canada: Mis-Steps in assessing the reliability of expert testimony » (2014) 92:2 R du B can 327.

²⁴³ Goudge Report, *supra* note 87 à la p 496.

²⁴⁴ Lederman, *supra* note 120 à la p 234.

²⁴⁵ *Abbey*, *supra* note 25 au para 97.

²⁴⁶ Ron Nichowolodoff, « Expert psychological opinion evidence in the courts » (1998) 6 Health LJ 279, cité par Lederman, *supra* note 120 à la p 235.

²⁴⁷ Lazare, *supra* note 55.

²⁴⁸ Jason Chin et Scott Dallen, « R v Awer and the Dangers of Science in Sheep's Clothing » (2016) 63 Criminal Law Quarterly 527 à la p 528 [notre traduction] [Chin et Dallen], se fondant sur l'analyse de l'arrêt *R v Awer* (2016), 29 CR (7^e) 118, 2016 ABCA 128, 2016 CarswellAlta 827.

²⁴⁹ Lederman, *supra* note 120 à la p 240.

75. Relative inapplication en matière civile. Au Canada, l'arrêt *Mohan* et sa progéniture n'ont pas eu l'effet révolutionnaire attendu²⁵⁰. Certes, les auteurs canadiens s'accordent sur l'application de la jurisprudence *Mohan* en général en procédure civile²⁵¹, et en particulier dans de nombreux domaines, tels que la propriété intellectuelle²⁵², le droit de la construction²⁵³, les litiges environnementaux²⁵⁴ et, bien sûr, la responsabilité civile²⁵⁵. Toutefois, alors qu'aux États-Unis, les critères de l'arrêt *Daubert* sont devenus une référence incontournable dans tout procès en responsabilité, le rôle de gardien est au Canada « largement passé sous les radars des cours civiles »²⁵⁶. De plus, lorsque ce rôle est appliqué, il s'appuie dans de nombreux cas sur les autres critères d'admissibilité de la preuve, tels que la nécessité ou la pertinence, sans faire aucunement référence à la question de la fiabilité de la science. Par exemple, dans deux arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario, l'arrêt *Drumonde v Moniz*²⁵⁷, dans une situation de litige sur la délimitation d'une propriété, et l'arrêt *Meady v Greyhound Canada Transportation Corp*²⁵⁸, dans une situation de responsabilité civile d'un conducteur de bus, l'expertise scientifique a été jugée non admissible car tout simplement portant sur un domaine à la portée du bon sens qui ne requerrait pas l'aide d'une analyse scientifique. De manière similaire, de nombreux arrêts ont rejeté l'aide de l'expert scientifique lorsque celui-ci empiétait sur les fonctions du juge en donnant des avis légaux²⁵⁹. On trouve cependant quelques arrêts en responsabilité civile abordant expressément la question de la fiabilité de l'expertise.

76. Application dans les provinces anglophones. En Colombie-Britannique, en Alberta et au Saskatchewan, certaines décisions ont ainsi rejeté la preuve de dommages apportée à l'aide de techniques comme la topographie par émission de positrons²⁶⁰ ou la « cartographie cérébrale »²⁶¹. On trouve également en Colombie-Britannique des exemples

²⁵⁰ Arvisais, *supra* note 86 à la p 546.

²⁵¹ John Sopinka, Sidney N Lederman et Alan W Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2e éd suppl, Markham, LexisNexis Butterworths, 2004, n 96ff, §12.30.5.

²⁵² Fine, *supra* note 7 à la p 76.

²⁵³ Graesser, *supra* note 7 à la p 39.

²⁵⁴ McAree, Woon et Srivastava, *supra* note 178 à la p 147.

²⁵⁵ Voir *infra* n° 76-77.

²⁵⁶ Arvisais, *supra* note 86 à la p 546 [notre traduction]; voir également Paciocco, « Culture, Context and the Law », *supra* note 2 à la p 49.

²⁵⁷ [1997] OJ No 4812 (CA), 1997 CarswellOnt 4694.

²⁵⁸ 2015 ONCA 6.

²⁵⁹ Par exemple, dans des litiges immobiliers, le témoignage de l'ingénieur expert a pu être exclu lorsqu'il donnait son opinion sur l'interprétation du contrat de construction, voir Graesser, *supra* note 7 à la p 42 et les arrêts cités.

²⁶⁰ *Wolfen v Shaw* (1998), 43 BCLR (3e) 190 (SC) en Colombie-Britannique.

²⁶¹ *P(SF) v MacDonald*, (1998), 238 AR 175 (QB) en Alberta, et *McGuire v Risling*, 2001 SKQB 498 au Saskatchewan.

d'analyse de la fiabilité dans des décisions rendues en responsabilité civile environnementale : dans l'arrêt *Millership v British Columbia*, la Cour a pu rejeter la fiabilité d'une étude reliant la fluorisation de l'eau à des effets dommageables pour la santé, au regard du consensus de la communauté scientifique²⁶². Le juge estime à cet égard qu'il est « peu probable que la Cour soit dans une meilleure position que l'opinion majoritaire des chercheurs et praticiens pour déterminer la validité ou l'exactitude des conclusions [scientifiques] »²⁶³. Dans un autre arrêt, une technique nouvelle de preuve a été évaluée à la lumière du cadre réglementaire fixant les standards des techniques de traitement de l'eau, avant d'être rejetée en ce qu'elle ne « reposait sur aucune méthodologie connue et reconnue »²⁶⁴. Ces arrêts semblent cependant démontrer un attachement au consensus scientifique, à contre-courant de l'analyse plus subtile développée par l'arrêt *R c JL-J*. Par ailleurs, un auteur relève d'autres décisions où l'analyse de la fiabilité a été rejetée ou très mal conduite²⁶⁵, faisant conclure aux principaux praticiens, qu'« on ne peut jamais compter sûrement sur une absence d'admissibilité »²⁶⁶.

77. Application au Québec. Au Québec, les critères de l'arrêt *Mohan* ont été appliqués dans quelques affaires civiles²⁶⁷, dont un arrêt remarqué de la Cour d'appel²⁶⁸ qui s'est attaqué à la question de la fiabilité de la preuve par polygraphe, autrement appelé « détecteur de mensonges », destinée à soutenir le témoignage du bénéficiaire d'une assurance suspecté d'avoir sciemment brûlé un hôtel. Tout en citant l'arrêt *Mohan* et reconnaissant la nécessité de préserver le procès contre la mystique de la science, le juge refuse de se prononcer sur la « valeur scientifique » du test et considère que sa fiabilité relève plus d'une question de force probante, à évaluer sur le fond, qu'une question d'admissibilité à trancher au stade interlocutoire. Au cours de cette analyse de la force probante, le juge suggère d'examiner notamment la fiabilité du fondement et la rigueur de la méthode mise en œuvre²⁶⁹. Par la suite, les tribunaux québécois ont largement dénié la force probante d'un

²⁶² *Millership v British Columbia*, 2004 Carswell BC 79, [2004] BCJ No 78 (CA).

²⁶³ *Ibid* au para 64 [notre traduction].

²⁶⁴ *R v Miller Contracting Ltd*, [1997] BCJ No 3216 (PC) au para 28 [notre traduction], cité par Ida Feze et al, « The regulation of novel water quality assessment biotechnologies: is Canada ready to ride the next wave? » (2014) 26:3 J Envtl L & Prac 201 aux pp 217–18, 208.

²⁶⁵ Arvisais, *supra* note 86 à la p 548

²⁶⁶ Christopher E Hinkson et Jonathan Corbett, « Junk Science: One Man's Trash Is Another Man's Treasure » dans Continuing Legal Education Society of British Columbia, *Personal Injury Cases: Winning with Experts*, Vancouver, 2003, n° 3.1.25 [notre traduction].

²⁶⁷ *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, *supra* note 14 à la p 23 et les références à la note 14.

²⁶⁸ *Hotel central (Victoriaville) inc c Compagnie d'assurance reliance*, 1998 CanLII 12934 (QC CA).

²⁶⁹ *Ibid* à la p 14 (pdf).

tel type de preuve, même si quelques arrêts ont pu la considérer comme déterminante²⁷⁰.

78. Comment expliquer le manque d'enthousiasme des juges civils canadiens pour l'examen de l'admissibilité de la preuve scientifique, et en particulier de sa fiabilité ?

2°) Les explications de la spécificité canadienne du contrôle de la fiabilité

79. **Différence de nature.** À la préférence canadienne pour un contrôle d'admissibilité dans le domaine pénal, le professeur D. Paciocco avance en premier lieu l'explication d'une différence de nature entre les contentieux civils et pénaux²⁷¹. En effet, les enjeux du procès pénal, qui tend à la privation de la liberté d'un individu, impliqueraient un plus grand souci de vérité dans le processus judiciaire qui transparaîtrait par des principes tels que la présomption d'innocence ou le standard d'appréciation au-delà de tout doute raisonnable²⁷². De plus, le rôle de gardien s'imposerait dans ce domaine en raison de l'incapacité des prévenus de mobiliser une contre-expertise efficace de la preuve scientifique²⁷³. Par contraste, l'enjeu du procès civil, à savoir le versement de dommages-intérêts, expliquerait la moindre importance du rôle de gardien en ce domaine²⁷⁴. Le procès civil serait de ce point de vue plus axé autour d'une résolution rapide et efficace des contentieux, supportant un certain décalage avec la réalité²⁷⁵. Toute séduisante qu'elle puisse être, cette explication est pourtant incompatible avec la pratique américaine rigoureuse du rôle de gardien dans le procès civil²⁷⁶. La différence serait donc peut-être moins de nature que de culture.

80. **Différence de culture.** La différence d'application du rôle de gardien est grandement liée au contexte culturel qui a présidé à son élaboration. Ici encore, c'est bien la flexibilité du test de la fiabilité qui a permis la perpétuation de l'influence du contexte sur le développement des solutions, via la perception du problème des *junk sciences* par les juges²⁷⁷. Or, la question des *junk sciences* sur le procès civil ne s'est pas imposée dans le débat public canadien avec la même force qu'aux États-Unis²⁷⁸. Comme

²⁷⁰ Voir Vincent D Denault, « Le polygraphe devant les tribunaux civils québécois : croyances, science et jurisprudence » (2014) 73:1 R du B 33 aux pp 44—45.

²⁷¹ Paciocco, « Culture, Context and the Law », *supra* note 2 à la p 49.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ *Ibid* à la p 50.

²⁷⁴ *Ibid* à la p 49

²⁷⁵ *Ibid* à la p 50.

²⁷⁶ Voir *supra* n° 62.

²⁷⁷ Paciocco, « Culture, Context and the Law », *supra* note 2 à la p 48.

²⁷⁸ Voir *supra* n° 24.

nous l'avons déjà remarqué, c'est en effet principalement dans le domaine pénal que ce débat s'est développé, notamment en raison de l'approche libérale adoptée par la Cour suprême dans l'arrêt *R c Lavallee*²⁷⁹. Les raisons de la relative absence de préoccupation du Canada pour le domaine civil sont également procédurales.

81. Absence de jurys civils. L'une des principales justifications de la tendance remarquée au Canada serait le fait que, contrairement aux États-Unis, ce pays fait peu souvent appel aux jurys civils²⁸⁰. En effet, alors qu'aux États-Unis, les jurys civils, garantis par le septième amendement de la Constitution, s'imposent dans de nombreux contentieux importants, ils ne sont plus employés au Canada que dans certaines provinces anglophones, principalement l'Ontario et la Colombie-Britannique (dans cette dernière, les procès avec jury civil représentaient moins de 3 % de l'ensemble des cas traités en 1981²⁸¹), et ils sont totalement inexistantes au Québec²⁸². Or, la crainte que le jury soit particulièrement vulnérable face à la « mystique de la science », est une des justifications principales de la nécessité de protéger le procès contre la science trompeuse²⁸³. De nombreux pourfendeurs américains des « *junk sciences* » en ont justement fait leur cheval de bataille, dans le sillage de P. Huber. Particulièrement influençables et manipulables, les jurys civils seraient en proie à des biais en défaveur du monde de l'industrie et auraient tendance à octroyer des dommages-intérêts considérables²⁸⁴. On comprend donc, dans le contexte général de crainte d'explosion du contentieux en responsabilité et de crises de l'assurance, la volonté de faire en sorte que le jury se prononce au regard d'éléments de preuve rigoureusement examinés. La protection du jury est également au Canada un objectif prépondérant de l'examen de l'admissibilité, puisque l'arrêt *R v Abbey* inclut l'analyse de la fiabilité de la science dans l'examen holistique du coût de la preuve sur le procès. La fiabilité de la preuve scientifique n'est donc jamais une fin en soi, mais doit être mise en perspective avec son effet désavantageux sur le procès²⁸⁵. Ainsi, en l'absence de danger significatif sur le procès, nul besoin d'examiner la preuve scientifique. Or, l'absence de jurys civils impliquerait cette absence de danger, notamment du fait de l'absence de l'octroi de dommages-intérêt démesurés²⁸⁶, expliquant l'absence de contrôle par le

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ Duval Hesler, *supra* note 119 à la p 367.

²⁸¹ John C Bouck, « Civil Jury Trial in British Columbia » (1981) 39 *Advocate* 105 [Bouck].

²⁸² *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, *supra* note 14 à la p 33.

²⁸³ Paciocco, « Culture, Context and the Law », *supra* note 2 à la p 53; voir le *ratio decidendi* de l'arrêt *Mohan*, *supra* note 36. Pour la question de la relation entre jury civil et *junk science* aux États-Unis, voir *infra* n° 110.

²⁸⁴ Voir *supra* n° 110.

²⁸⁵ Duval Hesler, *supra* note 119 à la p 367.

²⁸⁶ *Ibid* à la p 367; Cunliffe, *supra* note 77 à la p 287.

juge²⁸⁷. Cette relation est bien illustrée par un arrêt de la Cour supérieure de l'Ontario admettant une preuve scientifique essentiellement au motif qu'il n'y avait pas de jury risquant d'être trompé par celle-ci²⁸⁸. Une tout autre conséquence de cette absence de jury est que c'est le juge, seul ou en banc, qui va déterminer autant l'admissibilité de la preuve que sa force probante, ce qui est par exemple systématiquement le cas au Québec²⁸⁹. Ainsi, il aura moins tendance à exclure la preuve au stade de l'admissibilité pour plutôt lui dénier sa force probante²⁹⁰.

82. Absence de procédure préliminaire. Un autre aspect procédural pouvant influencer le rôle de gardien au Canada, est le fait que l'admissibilité de la preuve n'y est pas évaluée au sein d'un jugement préliminaire comme aux États-Unis, mais au stade d'une procédure particulière de « voir-dire »²⁹¹. S'intercalant dans le déroulement du procès, cette courte procédure ne favoriserait pas le contrôle rigoureux de l'admissibilité de la preuve scientifique²⁹². D'autres explications de l'examen restreint de la fiabilité de la science au Canada pourraient également prendre leur source dans la spécificité de la pensée juridique canadienne.

83. Spécificité de la pensée juridique. Tout d'abord, certains auteurs semblent plutôt conscients du risque d'arbitraire lié à l'évaluation de l'admissibilité et en particulier de la fiabilité de l'expertise²⁹³. Prenant en compte le droit fondamental de la production de la preuve dans le procès protégé par la Cour suprême²⁹⁴, ne vaut-il mieux pas, en cas de doute, « pécher par inclusion que par exclusion »²⁹⁵ ? De plus, la nécessité de contrôler la preuve scientifique serait réduite du fait de la moindre influence de ce mode de preuve auprès des tribunaux : le retentissant arrêt de la Cour suprême *Snell c Farrell*²⁹⁶ a posé la pierre de fondation d'une tendance

²⁸⁷ Constatant et critiquant cette relation, Chin et Dallen, *supra* note 248 aux pp 546–47.

²⁸⁸ *Chan v Erin Mills Town Centre Corporation*, 2005 CanLII 43678, 2005 Carswell Ont 6741 (SC).

²⁸⁹ Royer et Lavallée, *supra* note 102, n° 470, 484 à 487.

²⁹⁰ En ce sens voir Duval Hesler, *supra* note 119 à la p 378; également L'Hon juge Binnie, *supra* note 1 à la p 320. Comme l'illustre d'ailleurs le contentieux des polygraphes devant le juge québécois, voir *supra* n° 77.

²⁹¹ Lederman, *supra* note 120 à la p 239; Arvisais, *supra* note 86 à la p 546.

²⁹² Soulignant le peu de temps alloué à la mission du juge, voir Lederman, *supra* note 120 à la p 222.

²⁹³ Duval Hesler, *supra* note 119 aux pp 380–81; également Royer et Lavallée, *supra* note 102, n° 214, estimant que « [l']exclusion d'une preuve pour le seul motif de l'efficacité comporte de sérieux dangers d'injustice ».

²⁹⁴ Marseille, *supra* note 30 à la p 2.

²⁹⁵ C'est ce qu'affirme l'arrêt *R c Corbett*, [1988] 1 RCS 670 au para 51.

²⁹⁶ [1990] 2 RCS 311.

canadienne à réfuter la nécessité de la preuve scientifique dans le procès en responsabilité civile²⁹⁷.

84. Enfin, la volonté de protéger le procès contre des influences trompeuses a produit à terme autant dans la jurisprudence que dans la doctrine canadiennes une réflexion non pas tant sur la fiabilité de la science que sur la fiabilité des acteurs qui la représentent faisant évoluer la mission de gardien du juge.

3°) L'évolution de la pratique canadienne du rôle de gardien

85. **Va-et-vient.** À son origine, la jurisprudence canadienne n'avait pas insisté sur l'aspect scientifique du contrôle de la fiabilité de la science : l'arrêt *Mohan* inscrivait simplement ce contrôle dans l'analyse coûts-avantages de la preuve²⁹⁸. Ce n'est que par la suite que l'arrêt *R c J-LJ* a rapproché ce contrôle de l'analyse de la méthodologie scientifique amorcée par l'arrêt *Daubert*. Pourtant, c'est vers la première tendance qu'autant la doctrine que la jurisprudence semblent peu à peu se retourner.

86. **Approche comportementaliste.** Conscients de la difficulté de conduire une analyse de la méthodologie scientifique, certains auteurs en sont en effet venus à réclamer des critères plus opérationnels permettant de limiter l'introduction de l'expertise scientifique sans avoir à examiner en profondeur la méthodologie employée. Les professeurs G. Edmond et K. Roach critiquent un certain enlèvement dans de « stériles et intraitables tentatives de démarcations ou d'efforts afin de caractériser des attributs particuliers comme ingrédients essentiels de la science moderne »²⁹⁹, et proposent au contraire de développer des modèles d'expertises « taillés pour personifier des valeurs juridiques »³⁰⁰. Cet objectif passe selon eux par la création d'un standard de preuve différent pour les preuves scientifiques présentées par la partie poursuivante au pénal ou le défendeur à l'action

²⁹⁷ Sur ce mouvement, parmi de nombreux articles, Russell Brown, « The possibility of «inference causation» : inferring cause-in-fact and the nature of legal fact-finding » (2010) 55 RD McGill 1, ou encore Philippe Bouvier, « Lésion professionnelle : la causalité juridique, vingt ans après l'arrêt Snell c. Farrell de la Cour suprême » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail* (2008), vol 284, Cowansville (Qc), Yvon blais, 2008, 77.

²⁹⁸ Cunliffe, *supra* note 77 à la p 298.

²⁹⁹ Edmond et Roach, *supra* note 224 à la p 371 [notre traduction]. À noter que si le professeur K. Roach est professeur à l'université de Toronto, le professeur G. Edmond est lui rattaché à la faculté de New South Wales en Australie. Cet article ainsi que sa participation en tant que conseiller international au rapport Goudge susmentionné, témoignent néanmoins de sa proximité avec le système juridique canadien.

³⁰⁰ *Ibid* à la p 373 [notre traduction].

civile³⁰¹. C'est également une réflexion sur le standard d'admissibilité que propose la professeure E. Cunliffe, en suggérant de prendre en compte l'objectif de la preuve produite pour décider de la rigueur de son admissibilité³⁰². Se basant sur la théorie du réseau d'acteur, S. Frederiksen développe quant à elle dans sa thèse l'idée que « la preuve scientifique ne devrait pas être évaluée à l'aide d'une série de règles que le juge peut appliquer mais devrait être approchée comme le produit d'une relation conduisant avec le temps à la reconnaissance d'une science valide par le juge »³⁰³. C'est donc plutôt une approche « comportementaliste », axée sur la relation des acteurs du droit avec ceux de la science, qui permettrait au juge de s'assurer de la validité de celle-ci. La jurisprudence se fait l'écho de telles réflexions en accordant plus d'importance à l'examen de l'impartialité de l'expert.

87. Importance de l'impartialité. De nombreuses décisions ont pu exclure la preuve scientifique sur le fondement du manque d'impartialité de l'expert qui la présente, autant en matière civile que pénale. L'arrêt *Carter c Canada* en est un bon exemple : la juge Smith, sans se laisser éblouir par les qualifications des experts, a pu accorder de l'importance à la question de savoir si les experts dépassaient leur champs d'expertise ou s'ils étaient sous l'emprise de biais méthodologiques, rendus perceptibles par exemple par une position dogmatique³⁰⁴. En droit de la construction, l'arrêt *Mitsui & Co (Point Aconi) Ltd v Jones Power Co* a pu rejeter le témoignage d'un expert se comportant plus comme « un avocat de la défense qu'un témoin expert »³⁰⁵. L'importance de l'impartialité de l'expert au stade de l'admissibilité a été confirmée par un récent arrêt de la Cour suprême du Canada, *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*³⁰⁶, qui introduit formellement le critère de l'impartialité dans la liste des conditions d'admissibilité du témoignage d'expert établie par l'arrêt *Mohan*. L'adjonction de cet examen à celui de la fiabilité représenterait l'avantage d'éviter de longs voir-dires relatifs à la valeur probante de preuves scientifiques³⁰⁷. Le critère de l'impartialité prend une telle importance qu'on peut même se demander si elle n'est pas en voie de se substituer à celle de la fiabilité, un auteur lui consacrant la majorité de son attention dans un récent rapport sur l'admissibilité de la preuve au

³⁰¹ *Ibid* aux pp 374–75.

³⁰² Cunliffe, *supra* note 77 à la p 313.

³⁰³ Soren Frederiksen, « An Actor Network Approach to the Study of Scientific Evidence in Canada » dans *Compendium: Recent Graduate Student Dissertations and Thesis Abstracts Ph.D. Dissertations* (hiver 2006) 44 Osgoode Hall LJ 78 [notre traduction].

³⁰⁴ Lazare, *supra* note 55 à la p S64.

³⁰⁵ 1999 CarswellNS 460 (SC [In Chambers]) au para 1 [notre traduction].

³⁰⁶ 2015 CSC 23, [2015] 2 RCS 182.

³⁰⁷ Christ DL Hunt et Lorne Neudorf, « The expert witness's duty of impartiality in Canada: a comment on *White Burgess Langille Inman v Abbott and Haliburton Co.* » (2016) 20:1 Int J Evidence & Proof 72 à la p 76. doi: 10.1177/1365712715613479

Canada³⁰⁸. Il est intéressant de souligner que cette position est spécifique au Canada. Bien que la partialité de l'expert ait pu être interprétée dans le cadre de l'arrêt *Daubert* comme diminuant la fiabilité d'une telle preuve³⁰⁹, les juridictions américaines évitent souvent d'évaluer l'impartialité de l'expert au stade de l'admissibilité de la preuve³¹⁰. Par exemple, il a pu être constaté dans le domaine de la responsabilité du fait des prothèses orthopédiques que les tribunaux refusaient systématiquement de constater des conflits d'intérêts flagrants : experts médicaux pouvant recevoir jusqu'à plusieurs millions de la part d'industries médicales dans lesquelles ils possèdent parfois des actions, études scientifiques mandatées par les industries pour la seule cause du litige ...³¹¹

88. Au terme de cette comparaison de l'application des jurisprudences *Daubert/ Mohan*, il est possible de dresser un bilan général de l'opportunité d'un tel traitement de l'expertise scientifique.

III. Bilan sur l'opportunité du contrôle de la fiabilité

89. D'une manière générale, le rôle de gardien des sciences exercé par le juge ne semble pas avoir permis de répondre aux objectifs poursuivis par ce contrôle (A). Après avoir expliqué cet échec par la mise en place d'une relation bancale entre droit et science (B), nous verrons comment ce contrôle pourrait à l'avenir évoluer (C).

A) Le relatif échec du contrôle de la fiabilité au regard des objectifs poursuivis

90. **Rappel des objectifs.** Les objectifs des arrêts *Daubert* et *Mohan* étaient clairement affichés : D'une part, améliorer le déroulement du procès en évitant des débats d'experts sibyllins et sans fin afin de réduire autant les coûts que la longueur du procès; d'autre part, préserver le procès, le juge et le jury d'informations trompeuses pouvant fausser ou égarer le processus décisionnel. On pouvait aussi trouver dans cette entreprise l'ambition de conforter la légitimité du jugement. En effet, comme l'explique la juge canadienne J. Smith : « des motivations qui contiennent des explications détaillées et claires de la preuve elle-même, ainsi que du raisonnement du jugement lui permettant de distinguer entre une preuve plus faible et plus

³⁰⁸ Voir la conclusion de Clifton Beech, « The Admissibility of Expert Opinions in Canada Courts » (2015) 21 *Law & Bus R Am* 361 aux pp 366–67.

³⁰⁹ Griffin, *supra* note 205 à la p 248.

³¹⁰ *Ibid.* Pour un constat similaire, voir Andrew W Jurs, « Balancing Legal Process with Scientific Expertise: Expert Witness Methodology in Five Nations and Suggestions for Reform of Post-*Daubert* U.S. Reliability Determinations » (2012) 95:4 *Marq LR* 1329 à la p 1371 [Jurs].

³¹¹ Griffin, *supra* note 205 à la p 248.

forte, confèrent un sens de légitimité à la décision finale »³¹². Toutes louables que soient ces intentions, il faut croire qu'elles ont servi à paver l'enfer juridique, puisque l'application concrète de la jurisprudence *Daubert/Mohan*, bien loin de les avoir entièrement satisfaites, a souvent joué à contre-emploi.

91. Longueur et coûts. Pour ce qui est de la longueur du procès, cet objectif sera souvent déçu puisque les procédures de pré-procès sur l'admissibilité de la preuve ou de voir-dire récupèrent les difficultés évacuées du procès principal³¹³. De plus, le procès n'en sort pas forcément moins coûteux pour autant. Non seulement les débats sur l'admissibilité de la preuve requièrent souvent une recherche et une argumentation approfondie sur la fiabilité de la science, mais en plus peut-on constater aux États-Unis une tendance des plaignants à se retourner contre leurs experts qu'ils accusent de les avoir induits en erreur, entraînant de ce fait une sur-judiciarisation du conflit³¹⁴. En outre, la rigueur d'application de la jurisprudence *Daubert* conduit à privilégier des études scientifiques coûteuses hors de portée de la plupart des demandeurs³¹⁵.

92. Protection contre la science trompeuse. En ce qui concerne la protection du procès, le bilan diffère selon les domaines étudiés. En matière civile, cette application a permis aux juges américains d'exclure une grande partie des pseudosciences du procès, mais au risque de jeter avec l'eau du bain tout une frange de connaissances scientifiques situées à la frontière, techniques nouvelles ou manières différentes de percevoir les problèmes de causalité. Elle conduit à privilégier la pensée dominante dans le procès civil sous la forme d'une confiance absolue en les preuves les plus rigoureuses, par exemple les études épidémiologiques, au détriment des demandeurs et au profit des lobbys industriels. Au Canada, c'est au contraire l'absence relative d'application de la jurisprudence *Mohan* en matière civile qui peut laisser penser à la continuation des problèmes liés à l'expertise constatés en introduction. En matière pénale cependant, le bilan est plus nuancé : à l'échec de l'application de *Daubert* aux États-Unis doit être comparée l'application raisonnée de *Mohan* au Canada, qui ne semble pas suivre les travers de leur contrepartie américaine en civil. Néanmoins, même ce domaine n'est pas exempt de difficultés, comme le révèlent en particulier les débats autour de l'évaluation de la fiabilité des sciences sociales au Canada.

³¹² Propos rapportés par Lazare, *supra* note 55 à la p S57 [notre traduction].

³¹³ Duval Hesler, *supra* note 119 à la p 379.

³¹⁴ Mark Hansen, « Experts Are Liable, Too : Client suits against 'friendly experts' multiplying, succeeding » (11 novembre 2000) 86 :11 ABA Journal 17, cité par *Ibid* à la p 379, soulignant néanmoins que cette tendance pourrait n'être que corrélation et ne pas être due à l'application de la jurisprudence *Daubert*.

³¹⁵ Voir pour le coût hors d'atteinte des études épidémiologiques, Katherine Lippel, « L'incertitude des probabilités en droit et en médecine » (1992) 22 RDUS 470.

93. Légitimité du procès. Enfin, la légitimité du procès n'en ressort pas moins écornée dans la mesure où la flexibilité des critères de fiabilité laisse autant au Canada qu'aux États-Unis craindre la présence d'arbitraire³¹⁶. Dans ces deux pays, la décision d'exclusion ou de réception d'une preuve scientifique ressort moins de l'application rationnelle d'une grille d'analyse de la méthode scientifique qu'un acte de volonté laissant place à des biais de raisonnement. Cette légitimité est d'autant plus affaiblie lorsqu'elle peut donner lieu à des positions contradictoires par différents tribunaux³¹⁷.

94. Facteurs d'échec. Les raisons de cet échec relatif de l'exécution du rôle de gardien par le juge peuvent se résumer en deux facteurs : L'absence de faisabilité de l'examen méthodologique de la science, du fait de la souplesse et des critères ainsi que le manque de compétence des juges pour se lancer dans une inquisition contre la mauvaise science. On pourrait alors croire que le contrôle de fiabilité de la science, bon dans son principe, a simplement été mal mis en œuvre. C'est pourquoi certains auteurs réclament simplement une meilleure mise en œuvre de la jurisprudence *Daubert/Mohan*³¹⁸. Pourtant, ces difficultés sont consubstantielles au rôle de gardien, qui s'est construit sur une mauvaise interprétation des relations entre le droit et la science.

B) Une relation droit-science bancal

95. Renouveau de la perception. Dans une certaine mesure, la jurisprudence *Daubert/Mohan* a eu un impact positif sur la perception de la science par le droit en scellant une nouvelle coopération entre les communautés scientifiques et juridiques³¹⁹. Longtemps considérée comme une autorité extérieure venant apporter un concours objectif à la détermination des faits, la science et ses représentants sont désormais clairement perçus comme étant la source possible de connaissances fausses ou biaisées : même les scientifiques peuvent se tromper³²⁰. Cette perception a conduit le droit à ne plus déléguer à la communauté scientifique le soin de décider quelle science peut influencer le procès, mais à définir un protocole de sélection par le juge de la science adéquate.

96. Persistance de l'approximation. Toutefois, cette perception renouvelée reste empreinte d'une vision romantique de la science qui

³¹⁶ Voir *supra* n° 65, 73–74.

³¹⁷ Voir par exemple *supra* n° 65, 76.

³¹⁸ Voir *infra* n° 101.

³¹⁹ Se réjouissant d'une telle coopération, Gerjuoy, *supra* note 5 à la p 162.

³²⁰ Sur cette évolution de la perception de la science par les cours, voir Lederman, *supra* note 120 à la p 220.

transparaît dans l'architecture même du contrôle de fiabilité³²¹. Ce contrôle repose en effet sur un discours idéalisé présupposant qu'il existe une bonne science qu'il est possible de discriminer de la mauvaise, une science équivalant au savoir, dotée de standards universels d'évaluation, qui laisse peu de place à l'interprétation³²². Le professeur P. Limpert décrit en effet la science comme « une institution prestigieuse, non controversée et reconnue »³²³, qui reste majoritairement perçue comme étant à l'abri des idéologies politiques³²⁴ et dont les acteurs, les scientifiques, « sont vus comme désintéressés, ouverts d'esprit, impartiaux (...) »³²⁵. Dans la même veine, le professeur A. Gold comprend la méthode scientifique comme « le processus par lequel les scientifiques s'efforcent collectivement et avec le temps, de construire une représentation précise du monde (c'est-à-dire fiable, consistante et non arbitraire) »³²⁶, qui permettrait d'atteindre le meilleur degré de connaissance³²⁷. Or, cette idée de la science tient plus de la légende que de la réalité³²⁸. La science contemporaine se caractérise au contraire par la diversité et la relativité de ses conclusions³²⁹. Cette relativité s'infère en premier lieu de la nécessaire marge d'incertitude que comportent les savoirs scientifiques³³⁰. À rebours de l'affirmation de P. Huber selon laquelle la science serait « remarquablement solide sur les questions de cause et d'effet »³³¹, la science rencontre de plus en plus de difficultés à affirmer ou réfuter catégoriquement de tels liens, en raison de la progression plus rapide de la technologie³³² et des limites propres au savoir probabiliste³³³. En second lieu, bien loin d'un processus collectif et dépassionné, la science

³²¹ Edmond et Roach, *supra* note 224 aux pp 346–47. Voir également Sheila Jasanoff, « Law's Knowledge: Science for Justice in Legal Settings » (2005) 95: S1 Am J Public Health S49 à la p S53. doi: 10.2105/AJPH.2004.045732 [Jasanoff]

³²² Conk, *supra* note 223 aux pp 5–8.

³²³ Limpert, *supra* note 12 à la p 67 [notre traduction].

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ Ian Cameron and David Edge, *Scientific Images and their Social Uses*, London, Butterworths, 1979 à la p 15, cité par Limpert, *supra* note 12 à la p 67.

³²⁶ Alan D Gold, *Expert Evidence in Criminal Law: The Scientific Approach*, Toronto, Irwin Law, 2003 à la p 79 [notre traduction].

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ Voir Philip Kitcher, *The advancement of Science*, Oxford, Oxford University Press, 1993 et Paul K Feyerabend, *Three Dialogues on Knowledge*, Oxford, Wiley-Blackwell, 1991, cités par Conk, *supra* note 223 à la p 6.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ *Ibid.* Voir également, d'une manière plus générale sur la perte de certitude dans le domaine scientifique, Serge Gutwirth « Science et droit de l'environnement : quel dialogue? » dans François Ost et Serge Gutwirth, dir, *Quel avenir pour le droit de l'environnement? Actes du colloque organisé par le C.E.D.R.E. et le C.I.R.T.*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1996, 31 [Gutwirth].

³³¹ Huber, *supra* note 69 à la p 276 [notre traduction].

³³² Limpert, *supra* note 12 aux pp 67–68.

³³³ Voir Gutwirth, *supra* note 330.

est le théâtre contemporain de conflits d'intérêts et de débats³³⁴ : « les scientifiques eux aussi sont attachés à des opinions et des croyances »³³⁵; « ils prennent position et ont intérêt à défendre ces positions »³³⁶.

97. Mythe et orthodoxie. L'idéal d'une science « mythique » tend à confondre l'objectif souhaitable d'écarter du procès les prétentions scientifiques les plus frauduleuses, avec le désir utopique d'exclure tout débat et toute incertitude d'ordre scientifique. Or, comme le dit la professeure E. Cunliffe, « il est possible et même commun pour des scientifiques d'avoir des différences d'opinions légitimes, et pour des opinions en conflit d'être tout autant valides, dans le sens qu'elles sont basées sur des principes rationnels et soutenus par des preuves »³³⁷. Le risque est donc d'utiliser cette notion pour exclure du procès des débats scientifiques légitimes³³⁸, produisant un retour vers l'orthodoxie scientifique que l'arrêt *Daubert* voulait pourtant éviter. Cet effet est sensible aux États-Unis, où l'application du rôle de gardien conduit à privilégier systématiquement pour la preuve du lien de causalité les preuves scientifiques les plus rigoureuses, en particulier l'étude épidémiologique, quand bien même de telles études ne seraient pas réalisables, peu fiables ou que d'autres types de preuves permettraient de les concurrencer ou de pallier leur carence³³⁹. Un pourfendeur des « *junk sciences* » dans le domaine médical illustre également cette orthodoxie en discréditant de nombreuses disciplines qui n'ont pas l'étiquette de la médecine traditionnelle³⁴⁰. La perception approximative et anachronique de l'essence scientifique rejaillit aussi sur la description de la méthode scientifique.

98. Mythe et méthodologie. L'idée partagée selon laquelle « la science est une méthode qui, une fois appliquée, mène à la connaissance scientifique »³⁴¹ a conduit le débat à se concentrer sur la définition de cette méthode, les commentaires se succédant pour dénier aux propositions précédentes la vertu de saisir l'essence du processus scientifique. La profusion des propositions démontre au contraire l'erreur commise par

³³⁴ Conk, *supra* note 223 à la p 6, selon qui le « savoir est une opinion ». Voir également Jasanoff, *supra* note 321 à la p S54 décrivant les débats auxquels les scientifiques sont confrontés.

³³⁵ Conk, *supra* note 223 aux pp 10–11 [notre traduction].

³³⁶ Duval Hesler, *supra* note 119 à la p 379.

³³⁷ Cunliffe, *supra* note 77 à la p 307 [notre traduction].

³³⁸ Conk, *supra* note 223 aux pp 12–13.

³³⁹ Kanner et Casey *supra* note 139 aux pp 310–11 et las cas cités; également Griffin, *supra* note 205 à la p 253.

³⁴⁰ Berry, *supra* note 65 à la p 1105, discréditant implicitement le principe de la réflexologie pratiquée en Inde ou en Chine antique, à la p 1130 et s pour des critiques des diagnostics psychologiques.

³⁴¹ *Ibid* à la p 1102 [notre traduction].

l'axiome initial : il n'y a pas de méthode scientifique unique³⁴² « exclusive à la science et garantissant la production de la vérité »³⁴³. Même si la science a développé avec succès certains outils, il y a « toujours une marge de manœuvre substantielle pour l'enquête personnelle et le jugement, couplés à de la communication et de la négociation »³⁴⁴. Ce constat est d'autant plus prononcé dans le procès où de nombreuses preuves explorent les frontières de la connaissance scientifique³⁴⁵. Approcher la preuve scientifique sous l'angle de la fiabilité de la méthodologie participe à faire apparaître la science comme un processus « homogène et mécanique »³⁴⁶ en écartant les aspects sensibles ou controversés de la production du savoir et qui empêche de traiter efficacement de l'admissibilité de la science³⁴⁷. Cette exégèse de la méthodologie scientifique a préjugé non seulement des caractéristiques de la science, mais encore des compétences des juges.

99. Le juge désarmé. C'est là le second axiome erroné du paradigme *Daubert/Mohan*, qui a été de considérer les juges capables de combattre la science avec ses propres armes en s'introduisant dans les subtilités de la méthode scientifique. La mise en œuvre du rôle de gardien démontre dans l'ensemble l'inapplicabilité de telles enquêtes, par manque de volonté, de compétence ou simplement de temps. Le manque de maniabilité du contrôle ainsi que l'influence de préconceptions subjectives de la science³⁴⁸ ont conduit soit à une tentative de retour vers le consensus scientifique³⁴⁹ permettant de gommer les difficultés du débat, soit à l'exercice de la mission de gardien sur la base de critères plus juridiques que scientifiques³⁵⁰. Des études suggèrent ainsi l'inutilité du débat méthodologique sur l'adoption d'un test de type *Frye* ou *Daubert* puisque le critère de fiabilité utilisé importerait moins que la volonté des juges de restreindre l'admission des preuves scientifiques³⁵¹. Le risque est alors de revenir à des critères irrationnels tels que l'admission antérieure du témoignage par d'autres cours³⁵², les références impressionnantes d'un expert ou encore son comportement au

³⁴² Susan Haack *Defending Science Within Reason: Between Scientism and Cynicism*, Amherst (NY), Prometheus Books, 2003, ch 4 au n° 113.

³⁴³ Susan Haack, « An Epistemologist in the Bramble Bush: At the Supreme Court with Mr Joiner » (2001) 26:2 J Health Polit Policy Law 217. doi: 10.1215/03616878-26-2-217 [notre traduction]

³⁴⁴ Cunliffe, *supra* note 77 à la p 307 [notre traduction].

³⁴⁵ Sheila Jasanoff, *Science at the Bar. Law, Science and Technology in America*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1995 à la p 210.

³⁴⁶ Cunliffe, *supra* note 77 à la p 308 [traduction].

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ Sur ce dernier point, voir Jasanoff, *supra* note 321 à la p S55.

³⁴⁹ Voir *supra* n° 66, 74.

³⁵⁰ Voir *supra* n° 65, 75.

³⁵¹ Cheng et Yoon, *supra* note 198 aux pp 473, 503.

³⁵² Par exemple, *supra* n° 73.

cours du procès³⁵³. En fin de compte, le langage scientifique du contrôle de la preuve par le juge tyrannise autant le droit que la science : le droit car il met l'accent sur une quête de la rigueur et de vérité qui entre en contradiction avec l'objectif de résolution des conflits inhérent au procès³⁵⁴; la science car il fait passer les témoins scientifiques au crible d'une vision imparfaite de la science, ce qui a pour résultat de les décourager de venir témoigner au procès, de peur de devoir défendre leur nom et leur réputation³⁵⁵.

100. Le renouveau du contrôle de l'admissibilité de la preuve scientifique pourrait donc passer par la rédaction d'un protocole de sélection rédigé en des termes plus juridiques, compréhensibles et maniables par le juge.

C) Le futur du contrôle de fiabilité ?

101. **Amélioration.** Face aux difficultés constatées, des auteurs préconisent, surtout dans le domaine pénal, une amélioration de l'examen de la fiabilité de la science : Quitte à garder le contrôle de fiabilité, autant s'assurer qu'il soit dans la mesure du possible correctement mis en œuvre. Outre la simple prise de conscience par les juges de la nécessité d'effectuer cet examen de manière plus rigoureuse³⁵⁶, cette amélioration pourrait passer par différentes mesures comme une meilleure collecte des informations, une place plus importante accordée à cette analyse dans la procédure, un processus plus clair d'analyse de la méthodologie scientifique, une simplification des critères d'analyse employés³⁵⁷, un contrôle de ces critères par les juridictions supérieures, ou encore une meilleure préparation des avocats à la contre-expertise³⁵⁸. Si certains proposent une suppression des différents types d'appréciation pour permettre une application plus homogène³⁵⁹, nous sommes au contraire d'avis que le rôle de gardien gagnerait à s'adapter aux objectifs de la preuve nécessitant une modulation des standards de fiabilité selon les circonstances. Suivant les propositions d'auteurs américains et canadiens³⁶⁰, l'intensité du contrôle pourrait être abaissée en matière civile, en raison de la spécificité des objectifs du procès civil qui doit se contenir dans un intervalle de temps, de coûts et d'incertitude raisonnable, et au contraire augmentée dans le procès pénal qui requiert une haute dose de véracité en raison de l'impact dramatique de la privation de liberté ou de

³⁵³ L'Hon juge Binnie, *supra* note 1 à la p 310.

³⁵⁴ Duval Hesler, *supra* note 119 à la p 378; *Ibid* à la p 311.

³⁵⁵ Kanner et Casey, *supra* note 139 à la p 316 et l'étude citée.

³⁵⁶ Cette injonction est assez fréquente en matière pénale, voir *supra* n° 73; on la trouve également au Canada en matière civile, voir Arvisais, *supra* note 86 à la p 550.

³⁵⁷ Sur ces trois propositions, voir Lederman, *supra* note 120 aux pp 239–41.

³⁵⁸ Sur ces deux propositions Kanner et Casey, *supra* note 139 aux pp 321–23.

³⁵⁹ Chin et Dallen, *supra* note 248 aux pp 554–55.

³⁶⁰ Kanner et Casey, *supra* note 139 à la p 322; également Edmond et Roach, *supra* note 224 à la p 406, voir *supra* n° 86.

la vie³⁶¹. Suivant la proposition de E. Cunliffe, la modulation du contrôle en fonction de l'objectif et l'importance de la proposition que la preuve vient soutenir permettraient de limiter les effets excessifs du contrôle de fiabilité³⁶².

102. Transformation. Pourtant, il semble aussi possible de transformer le contrôle en redonnant au juge les outils qu'il maîtrise. C'est ce à quoi appellent des auteurs, autant canadiens qu'américains, considérant que la définition de la preuve admissible se devrait principalement refléter les valeurs et principes du système juridique³⁶³ : « la science est l'outil par lequel nous promouvons les objectifs de la loi »³⁶⁴. Au sein de la mission de gardien du juge, cette redéfinition aurait selon nous avantage à suivre la voie empruntée par les juges canadiens d'un examen plus approfondi de l'impartialité et des biais exprimés par l'expert, en raison de la praticabilité de ce test et de son efficacité pour exclure les preuves scientifiques les plus frauduleuses. Cette réorientation du contrôle d'admissibilité implique un nouveau regard sur les diagnostics des problèmes de l'expertise : et si le manque de fiabilité de la science n'était pas ce qui empêche le plus la recherche de la vérité comme le prétendaient les adeptes d'Huber ? Et si au contraire, l'existence de biais était la principale cause d'erreurs ? La pensée du professeur américain D. Bernstein semble illustrer cette évolution : partisan originel de la lutte contre les « *junk sciences* », il en vient finalement à admettre que l'arrêt *Daubert* aurait principalement été conçu comme une barrière à l'introduction de biais dans le procès³⁶⁵. Cette prise de conscience de l'influence des biais dans la production de preuve scientifiques conduit à se demander si le rôle de gardien du juge est l'outil approprié pour combattre ce problème³⁶⁶. Ainsi, les réflexions post-*Daubert/Mohan* semblent s'orienter aux États-Unis et au Canada vers une refonte plus globale du rôle des acteurs juridiques et scientifiques dans l'intégration de la science dans le procès.

IV. Après *Daubert/Mohan* : La redéfinition du rôle des acteurs dans le système procédural

103. Le système accusatoire au banc des accusés. La jurisprudence *Daubert/Mohan* résonne comme un cri de détresse du système accusatoire face à la profusion des expertises scientifiques et des problèmes qu'elles représentent

³⁶¹ Voir *supra* n° 79.

³⁶² Voir *supra* n° 86.

³⁶³ Edmond et Roach, *supra* note 224 aux pp 346–47; voir aussi Conk, *supra* note 223 à la p 9.

³⁶⁴ Conk, *supra* note 223 à la p 14 [notre traduction].

³⁶⁵ Bernstein, « Expert Witnesses », *supra* note 46 à la p 488.

³⁶⁶ Paciocco, « Unplugging Jukebox Testimony », *supra* note 53 à la p 591. Ce constat est néanmoins effectué antérieurement au développement du contrôle de l'impartialité par la Cour suprême du Canada.

en termes de recherche de la vérité, de coûts et de longueurs. Elle essaye en effet de prémunir le procès de tels effets sans toucher aux présupposés du système procédural. Cependant, l'échec relatif de la mise en œuvre du rôle de gardien par le juge a multiplié les critiques envers ce système qui serait selon de nombreux auteurs à la source même du problème de la fiabilité de l'expertise³⁶⁷. Il produirait en effet des conflits inexistantes en incitant les parties à choisir des experts aux limites extrêmes des connaissances scientifiques et en forçant les experts à émettre des opinions radicales au soutien de la partie qui les a engagés³⁶⁸ ; il inciterait également à produire des théories scientifiques fausses plutôt que d'admettre une incertitude perçue comme une faiblesse par les décideurs³⁶⁹ ; il permettrait de plus une déconstruction radicale des faits en exagérant les faiblesses des preuves produites³⁷⁰ ; il empêcherait enfin la construction du consensus en limitant par exemple le partage des informations³⁷¹. Les scientifiques eux-mêmes critiquent le déroulement du procès, déplorant l'impossibilité d'expliquer les notions correctement³⁷², se sentant de plus humiliés par les attaques qu'ils subissent dans le cadre du contre-interrogatoire³⁷³, qui décourageraient « les experts les plus timides de s'approcher du prétoire »³⁷⁴.

104. Ainsi, de nombreux auteurs en viennent à réclamer une refonte plus ou moins radicale de l'administration de la preuve scientifique dans le procès, ayant des conséquences plus ou moins prononcées sur l'ADN du système accusatoire. Ces solutions s'attachent autant à redéfinir le rôle des experts (A) que des autres acteurs du procès (B).

A) La redéfinition du rôle des experts

105. Mesures symboliques. Les solutions bouleversant le moins le système accusatoire consisteraient en la redéfinition symbolique du rôle de l'expert. Cette redéfinition pourrait se faire par le biais d'une consécration légale ou jurisprudentielle de son devoir de produire des opinions objectives et impartiales afin d'aider le décideur, juge ou jury, dans la recherche de la

³⁶⁷ Mannucci, *supra* note 63 à la p 1974; Sanders, *supra* note 59 aux pp 19–20; Bernstein, « Expert Witnesses », *supra* note 46 à la p 488.

³⁶⁸ Entre autres, voir Limpert, *supra* note 12 à la p 99; voir également les références accompagnant le texte *supra* n° 15–16.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ Sheila Jasanoff, « What judges should know about the sociology of science » (1993-94) 77 *Judicature* 77 à la p 80.

³⁷¹ Limpert, *supra* note 12 à la p 101.

³⁷² L'Hon juge Binnie, *supra* note 1 à la p 311.

³⁷³ John J McGrath, « Scientific evidence in the courtroom : A panel discussion » dans Cynthia H Cwik et John L North, dir, *Scientific Evidence Review*, Monographe n° 3, Section of Science and Technology, American Bar Association, 1997 à la p 11 [McGrath].

³⁷⁴ L'Hon Proulx, *supra* note 39 à la p 148 [notre traduction].

vérité³⁷⁵. C'est sur cette voie que s'est engagé le nouveau Code de procédure civile au Québec, rappelant en son article 22 que l'expert « a pour mission (...), d'éclairer le tribunal dans sa prise de décision », précisant par ailleurs que sa mission « prime les intérêts des parties ». Une fois cet objectif clairement ancré dans les esprits, il reste encore à déterminer les mécanismes qui forceraient les experts à se conformer à cette mission. Certains proposent dans cette optique l'adoption de codes de déontologie encadrant la pratique de l'expertise³⁷⁶, tels que ceux ayant été adoptés dans plusieurs juridictions de *common law* (Angleterre, Australie, Nouvelle-Zélande³⁷⁷), ou encore à l'image du code de conduite des associations américaines ou québécoise de psychologie³⁷⁸. Si certains auteurs soutiennent l'efficacité de tels codes du fait de leur aspect rituel³⁷⁹ et de la volonté des experts de préserver leur réputation³⁸⁰, d'autres doutent de leur efficacité en l'absence de sanction³⁸¹. D'autres mesures réorganisent plus en profondeur le système de production de l'expertise.

106. Mesures subversives. Certaines provinces canadiennes ont ainsi mis en place une étape de communication des informations entre experts, au sein de la procédure de *discovery*, afin de favoriser les échanges entre ceux-ci et limiter les points de désaccord³⁸². Plus révolutionnaire encore est la diffusion de la pratique de l'expertise jointe ou de l'expert nommé par la Cour qui se rapproche somme toute le plus de l'expertise judiciaire à la française. Dans les deux cas, l'expertise des parties est remplacée par un expert unique, sur accord des parties ou ordre de la Cour, dont les missions sont préalablement déterminées et dont le rapport fera office de témoignage. Si la faculté de recourir à l'expert unique est prévue depuis quelques décennies en droit américain³⁸³ et dans certaines provinces

³⁷⁵ Paciocco, « Unplugging Jukebox Testimony », *supra* note 53 à la p 585.

³⁷⁶ *Ibid* aux pp 586–88

³⁷⁷ *Ibid* à la p 587; voir aussi L'Hon juge Binnie, *supra* note 1 à la p 324, n 61 et les références citées.

³⁷⁸ L'Hon Proulx, *supra* note 39 aux pp 150–51.

³⁷⁹ Paciocco, « Unplugging Jukebox Testimony », *supra* note 53 à la p 589.

³⁸⁰ Steven Rares, *Using the “hot tub”—How concurrent expert evidence aids understanding issues*. *New South Wales Bar Association Continuing Professional Development Seminar*, 23 août 2010, [2010] FedJSchol 20 au para 41.

³⁸¹ Reifert, *supra* note 38 aux pp 111–12; Edmond, *supra* note 48 aux pp 173–74.

³⁸² Il en est ainsi en Colombie-Britannique, en Alberta, au Manitoba et en Ontario. Ce mécanisme, suivi par la Cour fédérale canadienne, n'a pas été repris dans les provinces du Québec et de la Nouvelle-Écosse, voir Graesser, *supra* note 7 aux pp 43–44.

³⁸³ Fed R Evid, *supra* note 106, r 706.

canadiennes³⁸⁴, les juges avaient très peu recours à cette procédure³⁸⁵. Les appels se multiplient pourtant depuis quelques années aux États-Unis afin de favoriser l'emploi de cette mesure³⁸⁶. Au Canada, l'Ontario, l'Alberta et la Colombie-Britannique ont pour l'heure explicitement refusé de suivre cette voie³⁸⁷, tandis que le Québec s'y est franchement engagé puisque la réforme du Code de procédure civile, applicable au 1^{er} janvier 2016, a fait de l'expertise jointe le principal mode d'expertise³⁸⁸.

107. Débat autour de l'expert unique. Les avantages attendus de l'expert unique sont multiples. En premier lieu, il permettrait le rapprochement des parties autour de l'expert lors de l'instruction, afin de limiter les dissensions ainsi que l'effet mercenaire³⁸⁹. Assurant à l'expert impartialité et neutralité, il permettrait également d'éliminer les biais et favoriserait la recherche de la vérité en laissant l'expert exprimer sa sincère opinion dans un éclairage objectif de la situation³⁹⁰. Enfin, la réduction du nombre d'expertises s'accompagnerait d'une réduction des coûts et de la longueur du procès³⁹¹. Néanmoins, l'expert unique fait l'objet des foudres d'une partie de la doctrine américaine et canadienne, en ce qu'il remet profondément en question le système accusatoire et ses garanties. En premier lieu, certains redoutent que les parties ne puissent plus faire valoir leurs arguments³⁹² et dénoncent un possible manquement au droit

³⁸⁴ En Ontario, à la règle 52.03 des règles de la procédure civile pour l'expert unique nommé par les parties, et à la règle 53.03 pour l'expert nommé par la Cour. Au Québec, cette possibilité était restreinte à certains domaines, voir Arbour, « La Cour, l'expert et le nouveau C.p.c », *supra* note 5 à la p 4 (pdf).

³⁸⁵ *Ibid.* Pour ce constat en Ontario, voir le rapport du juge Osborne : L'Hon Coulter A Osborne, *Civil Justice Reform Project : Summary of Findings & Recommendations*, Ontario Ministry of the Attorney General, 2007 à la p 73; aux États-Unis, voir Mannucci, *supra* note 63 à la p 1958.

³⁸⁶ Voir Domitrovich, *supra* note 58 aux pp 45–46 et les références citées, Mannucci, *supra* note 63 à la p 1980; Brandon L Boxler, « Judicial Gatekeeping and the Seventh Amendment: How Daubert Infringes on the Constitutional Right to a Civil Jury Trial » (2011) 14:3 Rich JL & Pub Interest 479 à la p 503 [Boxler].

³⁸⁷ McAree, Woon et Srivastava, *supra* note 178 aux pp 146–47.

³⁸⁸ Cotnam et Hudon, dir, *supra* note 16 aux pp 25–26, les parties devant en effet justifier de leur décision de ne pas recourir à l'expertise unique en vertu de l'art 148(4) du Code de procédure civile, la Cour pouvant en tout état de cause imposer cette expertise commune « si le respect du principe de proportionnalité le requiert et que l'expertise commune pourrait permettre de résoudre efficacement le litige, sans pour autant mettre en péril le droit des parties à faire valoir leur prétentions » (art 158(2) Cpc).

³⁸⁹ Arbour, « La Cour, l'expert et le nouveau C.p.c. », *supra* note 5 à la p 4 (pdf).

³⁹⁰ McAree, Woon et Srivastava, *supra* note 178 à la p 145; Mannucci, *supra* note 63 à la p 1988.

³⁹¹ McAree, Woon et Srivastava, *supra* note 178 à la p 145.

³⁹² Michel Gagné et Chloé D'Astous, « Le nouveau Code de procédure civile et l'environnement : bilan et regard prospectif » dans Service de la formation continue du

fondamental d'être entendu lors du procès³⁹³. Cette peur peut cependant être atténuée en ce qu'il est toujours possible de contester le rapport de l'expert³⁹⁴. Par ailleurs, des auteurs prédisent que l'utilisation de l'expert unique ne réduirait ni la longueur du procès—en raison de la difficulté de désignation de l'expert³⁹⁵ et la nécessité pour les parties de s'accorder sur les contours de sa mission³⁹⁶—ni ses coûts, les parties engageant des « *shadow experts* » à leur compte³⁹⁷. Un auteur a pu également souligner le risque de création d'un nouveau contentieux lié à la partialité de l'expert unique³⁹⁸. La crainte la plus largement partagée est enfin celle du transfert du rôle du juge vers l'expert unique, alors que ce dernier ne possède pas les garanties d'indépendance du premier³⁹⁹. L'autorité conférée au rapport de l'expert aurait des conséquences néfastes s'il s'avérait que les parties ou les juges ont justement choisi ce type d'expert qui, tel le Coroner Charles Smith en Ontario, a été à l'origine de nombreuses erreurs judiciaires⁴⁰⁰. Le risque est également de laisser l'expert trancher entre des écoles de pensée scientifique en masquant des débats légitimes⁴⁰¹ : « l'expertise jointe présuppose qu'il y a une bonne réponse alors qu'il n'y en a peut-être pas »⁴⁰². Ces inquiétudes, qui illustrent peu ou prou les critiques adressées en Europe à l'expertise judiciaire⁴⁰³, sont tellement exacerbées que certains estiment qu'il « vaut

Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement* (2017), vol 433, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2017, 51 à la p 69 [Gagné et D'Astous].

³⁹³ Robert-Jean Chénier, « Un regard critique sur la preuve d'expert » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *TAQ d'hier d'aujourd'hui et de demain—15^e anniversaire du TAQ* (2013), vol 363, Cowansville (Qc), Yvon Blais 2013, 177 à la p 180 [Chénier].

³⁹⁴ Le système américain prévoit toujours la possibilité pour les parties d'interroger l'expert oralement (voir Fed R Evid, *supra* note 106, r 706(b)(3)). Si le système québécois restreint fortement cette possibilité (voir art 221 Cpc), il est néanmoins toujours possible de critiquer le rapport de l'expert (art 238 Cpc).

³⁹⁵ Chénier, *supra* note 393 à la p 181; voir aussi Joe S Cecil et Thomas E Willging, « Accepting Daubert's Invitation: Defining a Role for Court-Appointed Experts in Assessing Scientific Validity » (1994) 43 Emory LJ 995 à la p 1015 et s.

³⁹⁶ McAree, Woon et Srivastava, *supra* note 178 à la p 145.

³⁹⁷ *Ibid* aux pp 129, 147; voir aussi Chénier, *supra* note 393 à la p 183.

³⁹⁸ S'est par exemple posée la question de savoir si les parties peuvent rencontrer l'expert unique de manière privée, ce à quoi la Cour d'appel du Québec a répondu par l'affirmative, voir Arbour, « La Cour, l'expert et le nouveau C.p.c. », *supra* note 5 à la p 5 (pdf), n 32.

³⁹⁹ Gagné et D'Astous, *supra* note 392 à la p 69; Reifert, *supra* note 38 à la p 111; Fine, *supra* note 7 à la p 92.

⁴⁰⁰ Paciocco, « Unplugging Jukebox Testimony », *supra* note 53 à la p 569, n 15.

⁴⁰¹ Chénier, *supra* note 393 à la p 184.

⁴⁰² Paciocco, « Unplugging Jukebox Testimony », *supra* note 53 à la p 569, n 15 [notre traduction].

⁴⁰³ Voir par exemple Philippe Roqueplo, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, coll « Sciences en questions », Éditions Quae, 1997 à la p 20; Olivier Leclerc,

encore mieux vivre avec le système actuel et toutes ses lacunes que de tolérer l'effet pervers d'un système où le juge abdiquerait et déléguerait sa fonction au témoin expert »⁴⁰⁴. Malgré tout, il n'est pas impossible de voir ces positions imperméables évoluer avec le temps, un auteur ayant constaté un changement à grande échelle concernant la volonté des parties à accepter un « plus haut degré de pensée inquisitoriale »⁴⁰⁵.

108. Hot-tubbing. D'autres propositions hybrides voient enfin le jour sur le modèle du « hot-tubbing » développé par les juridictions australiennes. Cette procédure consiste en la sélection d'un panel d'experts amenés à rédiger un rapport commun avant de siéger tous ensemble au cours de discussions menées par le juge⁴⁰⁶. Le rapport commun doit permettre de réduire les points de dissension, de faire émerger, s'il y a lieu, un consensus et de présenter clairement les divergences résiduelles⁴⁰⁷. La séance de communication orale entre des experts, jouant alors moins le rôle de témoins que d'éducateurs de la Cour⁴⁰⁸, favoriserait une discussion ouverte et dépassionnée du fait de leur familiarité avec une approche coopérative et l'effet disciplinaire de la présence des pairs⁴⁰⁹. Le résultat en serait une plus grande clarté, efficacité et impartialité dans l'explication des éléments de preuve⁴¹⁰. L'expérience qu'en ont faite certains tribunaux australiens semble tellement concluante⁴¹¹, que certains auteurs prônent sa réception dans la procédure nord-américaine⁴¹², ce que certaines juridictions expérimentent déjà aux États-Unis⁴¹³ et au Canada⁴¹⁴. Néanmoins, le « hot-tubbing » est ici encore loin de faire

Le juge et l'expert: Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science, coll « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGD, 2005 au n° 200.

⁴⁰⁴ L'Hon Proulx, *supra* note 39 à la p 153 [notre traduction].

⁴⁰⁵ Edward K Cheng, « Same Old, Same Old: Scientific Evidence Past and Present » (2005) 104 Mich LR 1387 aux pp 1401–02 [notre traduction].

⁴⁰⁶ Pour plus de détails sur la procédure, voir Reifert, *supra* note 38 à la p 113; Edmond, *supra* note 48 à la p 165.

⁴⁰⁷ Edmond, *supra* note 48 à la p 165; McAree, Woon et Srivastava, *supra* note 178 à la p 148.

⁴⁰⁸ Reifert, *supra* note 38 à la p 114.

⁴⁰⁹ Edmond, *supra* note 48 à la p 170; McAree, Woon et Srivastava, *supra* note 178 à la p 148.

⁴¹⁰ *Ibid.* Voir aussi Reifert, *supra* note 38 à la p 170 et Lucie Allard, « [Un cas de hot tubbing au Québec, soit la présentation simultanée de la preuve d'expert](https://blogue.soquij.qc.ca/2016/06/22/cas-de-hot-tubbing-quebec-soit-presentation-simultanee-de-preuve-dexperts/) », *Le blogue SOQUIJ* (22 juin 2016) à la p 2 (pdf), en ligne : <<https://blogue.soquij.qc.ca/2016/06/22/cas-de-hot-tubbing-quebec-soit-presentation-simultanee-de-preuve-dexperts/>> [Allard].

⁴¹¹ Edmond, *supra* note 48 à la p 179.

⁴¹² Reifert, *supra* note 38 à la p 114

⁴¹³ Voir *In re : Welding Fume Products Liability Litigation*, no 1:03-CV-17000, 8 août 2005, 2005 WL 1868046 à la p 23, n 39 (ND Ohio), ayant accepté la production concurrente orale de preuves d'experts, cité par Reifert, *supra* note 38 à la p 114.

⁴¹⁴ Le Tribunal administratif du Québec a utilisé le *Hot Tubbing* dans un arrêt récent : *Investments Marova Inc c Nomingue (Municipalité de)*, 2016 QCTAQ 05862 cité

l'unanimité. D'une part, les praticiens avocats protestent vivement contre ce qu'ils appellent une mainmise sur le déroulement du procès, les experts ne pouvant plus dans ce système faire l'objet de leur contre-interrogatoire⁴¹⁵. D'autre part, le professeur G. Edmond dénonce une vision idéalisée de la discussion scientifique aux antipodes de sa réalité⁴¹⁶ : la science étant pétrie de normes sociales, il n'y a selon lui aucune raison que la production concurrente de preuve mette un terme à cette influence⁴¹⁷. Par ailleurs, loin de l'idée d'une discussion dépassionnée, le « *hot-tubbing* » pourrait rendre la preuve surtout dépendante de la personnalité de l'expert, certains hésitant à critiquer frontalement les autres membres⁴¹⁸. D'autres retours d'expérience moins optimistes font ainsi état de « pugilats interdisciplinaires » sous l'œil débordé du juge⁴¹⁹ et suggèrent que la procédure reste conditionnée par la bonne volonté des participants à y collaborer⁴²⁰. Enfin, le professeur G. Edmond craint le développement de l'entre-soi scientifique permettant de définir au gré des experts mandatés les limites du contentieux⁴²¹, ainsi que la persistance des coûts et longueur représentés par la phase de sélection et de rencontre avant procès des experts⁴²².

109. Si l'attention se concentre sur la réforme du rôle de l'expert, les autres acteurs du procès ne sont pas épargnés par ces réflexions. Bien qu'un compte rendu exhaustif de ces propositions et de leur application dépasse le cadre de cet article, nous pouvons à tout le moins évoquer certaines de ces propositions.

B) La redéfinition du rôle des autres acteurs

110. **Rôle des jurys civils.** C'est tout d'abord le rôle même des décideurs qui est mis en question. Aux États-Unis, le débat tournant de longue date autour de l'opportunité des jurys civils⁴²³ a été réactivé par l'application de l'arrêt *Daubert*. Des auteurs ont ainsi remarqué que l'exercice du rôle

par Allard, *supra* note 410. On en trouve aussi quelques traces en Ontario, bien que la procédure soit pour l'heure très peu pratiquée, voir McAree, Woon et Srivastava, *supra* note 178 aux pp 150–51.

⁴¹⁵ Reifert, *supra* note 38 à la p 115.

⁴¹⁶ Edmond, *supra* note 48 à la p 172.

⁴¹⁷ *Ibid* aux pp 170–73.

⁴¹⁸ *Ibid* à la p 183.

⁴¹⁹ *Ibid* à la p 179.

⁴²⁰ Allard, *supra* note 410 à la p 2 (pdf).

⁴²¹ Edmond, *supra* note 48 à la p 176; *Ibid*, relevant l'absence de volonté de conciliation de la part des experts médicaux-légaux en Ontario, accusés de favoriser l'industrie des assurances.

⁴²² Edmond, *supra* note 48 à la p 176.

⁴²³ Voir déjà en 1929, Russell Duane, « Civil Jury Should Be Abolished » (1929) 12 J Am Jud Soc 137 [Duane].

de gardien par les juges américains conduisait à un déclin du nombre d'affaires portées devant les jurys civils⁴²⁴. Les juges useraient ainsi de leur discrétion afin de choisir ce que le jury peut entendre⁴²⁵. En faveur de cette tendance vient une partie de la doctrine qui a depuis longtemps décrié les dangers des jurys civils : trop influençables, sentimentalistes et ignorants des raisonnements scientifiques⁴²⁶, ils transformeraient selon ces auteurs le procès civil en une sorte de loterie déterminée par le hasard de la sélection de l'échantillon des jurés⁴²⁷ et dépendant des biais que ceux-ci ont en défaveur du monde industriel⁴²⁸. Les jurés seraient donc incompétents pour évaluer les preuves scientifiques complexes⁴²⁹, qui devraient mieux être laissées aux mains des juges éduqués et aux meilleures capacités intellectuelles⁴³⁰. Cette vision se heurte néanmoins à une opposition très forte aux États-Unis⁴³¹, où le droit à un jury est inscrit au 7^e amendement de la Constitution, et dans les provinces canadiennes ayant encore recours aux jurys civils⁴³². Ses défenseurs estiment que le jury civil constitue une plate-forme citoyenne essentielle à l'exercice d'un contrôle démocratique sur le déroulement du procès⁴³³. De plus, des auteurs relèvent l'absence d'études sérieuses mettant en cause la capacité des jurys civils à juger de telles affaires⁴³⁴ alors que des études empiriques semblent démontrer que les juges seuls sont aussi perplexes que les jurés devant la preuve scientifique⁴³⁵. Ceci expliquerait que de nombreux juges affirment toute leur confiance en cette forme de

⁴²⁴ Kanner et Casey, *supra* note 139 aux pp 313–14; voir aussi Boxler, *supra* note 386 aux pp 493–95.

⁴²⁵ *Ibid.* Voir aussi Vidmar, *supra* note 74 à la p 888.

⁴²⁶ Duane, *supra* note 423 à la p 139; Huber, *supra* note 69 aux pp 273–74; Sanders, *supra* note 59 aux pp 17–18.

⁴²⁷ Huber, *supra* note 69 à la p 284 et McGrath, *supra* note 373 à la p 12.

⁴²⁸ Duane, *supra* note 423 à la p 139

⁴²⁹ Huber, *supra* note 69 à la p 301; voir aussi l'opinion du juge Denning dans *Ward v James*, [1966] 1 QB 273 (CA), cité par Kevin P McGuiness et Linda S Abrams, *Canadian Civil Procedure Law*, 2^e éd, LexiNexis, 2010 à la p 1353 [McGuiness et Abrams].

⁴³⁰ Scott Brewer, « Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process » (1998) 107:6 Yale LJ 1535 à la p 1678.

⁴³¹ Voir notamment Kanner et Casey, *supra* note 139 et Boxler, *supra* note 386; Vidmar, *supra* note 74; voir également Jurs, *supra* note 310 aux pp 1401–02, jugeant une telle réforme tout simplement impossible.

⁴³² Pour la défense de ce système en Colombie-Britannique, voir Bouck, *supra* note 281 à la p 105; en Ontario, voir l'opinion de McGuiness et Abrams, *supra* note 429 à la p 1352.

⁴³³ McGuiness et Abrams, *supra* note 429 au para 16.308; Kanner et Casey, *supra* note 139 à la p 305.

⁴³⁴ Vidmar, *supra* note 74 à la p 888; McGuiness et Abrams, *supra* note 429 à la p 1353, n 727.

⁴³⁵ Boxler, *supra* note 386 à la p 500 et les références citées.

sagesse populaire permettant de garder le droit au contact de sa perception par la société⁴³⁶.

111. Rôle des juges. Que les jurys soient aussi compétents que les juges en termes d'appréciation de la science n'exclut néanmoins pas que ces décideurs soient tous deux aussi incompetents⁴³⁷ ... Suivant ce raisonnement, il faudrait donc aussi réformer le statut, la formation ou la sélection des juges. Il en résulte des propositions de création de Cours scientifiques composées de juges formés aux questions scientifiques⁴³⁸ ou même de scientifiques chevronnés⁴³⁹. D'autres suggèrent également que la question de la preuve scientifique soit déléguée à l'appréciation d'un organisme scientifique tiers qui jouerait le rôle de certificateur⁴⁴⁰. Ces propositions, qui ne subsistent pour l'heure qu'au stade d'hypothèses, sont au demeurant fort critiquées⁴⁴¹. Un des reproches qui leur est fait est encore une fois le risque de la délégation du pouvoir judiciaire à la communauté scientifique. Étant donné que celle-ci est elle-même sujette à diverses pressions et influences, cette dépendance « réprimerait la créativité et promouvrait la censure des nouvelles connaissances »⁴⁴². Pourtant, au Québec, un comité scientifique, composé de trois experts médecins, est déjà en charge de régler en première instance les affaires de responsabilité du fait de vaccins⁴⁴³. Le bagage des membres de ces comités donne indubitablement une certaine coloration scientifique à leur jugement, assurant peut-être plus d'objectivité dans l'application de la

⁴³⁶ Bouck, *supra* note 281 à la p 105; McGuiness et Abrams, *supra* note 429 à la p 1352, §16309

⁴³⁷ Ce que semble démontrer l'incapacité des juges à appliquer correctement les critères de l'arrêt *Daubert*. Une étude montre par exemple que seulement six pour cent des juges comprend le concept de falsifiabilité, voir Sophia I Gatowski et al, « Asking the Gatekeepers: A National Survey of Judges on Judging Expert Evidence in a Post Daubert World » (2001) 25:5 Law & Hum Behav 433 aux pp 443-45, fig 1.

⁴³⁸ L'Hon juge Binnie, *supra* note 1 à la p 323, prenant exemple sur la Cour de la propriété intellectuelle allemande, semble-t-il composée d'experts scientifiques.

⁴³⁹ Pour un exemple de proposition, John W Osborne « Judicial/Technical Assesment of Novel Scientific Evidence » (1990) 2 U Ill LR 497; Adrian Kantrowitz, *Congressional Record*, vol 113, 1967 à la p 256; James A Martin, «The Proposed 'Science Court' » (1977) 75 Mich LR 1058.

⁴⁴⁰ *Ibid*. Voir également McGrath, *supra* note 373 à la p 12.

⁴⁴¹ Lederman, *supra* note 120 à la p 242, estimant que des cours scientifiques créeraient plus de problèmes. Pour un détail des difficultés : États-Unis, Task Force of the President's Advisory Group on Anticipated Advances in Science and Technology, « The Science Court experiment : An interim Report » (1976) 193 Science 653.

⁴⁴² Shamo, *supra* note 66 à la p 9 [notre traduction].

⁴⁴³ Pauline Gref, *L'indemnisation des victimes de la vaccination : Regard sur les effets indésirables de la vaccination et sur l'indemnisation des victimes au Québec*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 à la p 26.

science, mais modifiant par la même occasion l'interprétation des notions de droit⁴⁴⁴.

112. Interdisciplinarité. Ce sont plus généralement les compétences scientifiques de tous les acteurs juridiques qui pourraient être améliorées. Constatant l'hermétisme et l'incommunicabilité réciproques des deux domaines, en raison notamment de l'existence de « barrières terminologiques »⁴⁴⁵ et du manque de compréhension mutuelle de leurs représentants⁴⁴⁶, certains auteurs proposent de tisser des liens entre ces univers, en développant par exemple des diplômes conjoints dans les facultés de droit et de science⁴⁴⁷ ou des séminaires de formation des juristes⁴⁴⁸. L'incompréhension venant aussi du côté de la science, des propositions s'attachent également à améliorer la communication entre les experts et la Cour en formant ces premiers à la « logique juridique »⁴⁴⁹ afin qu'avocats et juges puissent mieux les comprendre, ce qui passerait notamment par plus de vulgarisation scientifique⁴⁵⁰.

113. Transparence du monde scientifique. Enfin, des appels à une plus grande fiabilité et transparence du monde scientifique se font aussi entendre, à l'instar de celui du rapport de l'Académie nationale des sciences aux États-Unis, recommandant l'approfondissement des recherches relatives aux techniques forensiques à usage dans le procès⁴⁵¹. L'association américaine pour l'avancement de la science a par ailleurs proposé l'édification de listes

⁴⁴⁴ Jennifer Keelan et Kumanan Wilson, *Designing a no-fault vaccine—injury compensation program for Canada : lessons learned from an international analysis of Programmes*, Toronto, Munk School of Global Affairs, University of Toronto, 2011, à la p 29, relevant que « l'interprétation de la probabilité du lien causal est tirée d'une définition scientifique plutôt que légale, et impose ainsi une charge de la preuve plus élevée en présence d'incertitude scientifique » [notre traduction].

⁴⁴⁵ Robert Poirier, « Les rapports de communication entre expert et juristes : les enjeux implicites » dans Patenaude, dir, *supra* note 8, 19 aux pp 19–20 [Poirier].

⁴⁴⁶ Howard T Markey, « Jurisprudence or “jurisscience “ ? » (1984) 25 *Wm & Mary LR* 525 à la p 527.

⁴⁴⁷ Guy Rocher, « La problématique des rapports entre le droit et les sciences » dans Patenaude, dir, *supra* note 8, 2 à la p 4 [Rocher]. L'Hon juge Binnie, *supra* note 1 aux pp 322–23, relève d'ores et déjà l'existence de telles formations dans les universités de Montréal, McGill et de Toronto.

⁴⁴⁸ L'Hon juge Binnie, *supra* note 1 aux pp 322–23, voir notamment la critique relevée en n° 56 : la formation des juristes en quelques heures de séminaire ne risque-t-elle pas de leur donner la fausse impression qu'ils sont désormais capables de trancher des questions scientifiques subtiles?

⁴⁴⁹ Rocher, *supra* note 447 à la p 5.

⁴⁵⁰ Poirier, *supra* note 445 aux pp 23–24; Nicole Duval Hesler, « Le rôle des témoins experts dans les causes environnementales » dans MacCrimmon et Ouellette, dir, *supra* note 120 aux pp 220–21.

⁴⁵¹ *NSA Report*, *supra* note 226.

d'experts agréés dans lesquelles le juge pourrait piocher, sans néanmoins rencontrer un grand succès⁴⁵².

Conclusion

114. Apports du contrôle de fiabilité. L'admissibilité de la preuve scientifique via l'analyse de la fiabilité de la science constitue une des tentatives les plus audacieuses de comprendre et de contrôler l'intégration de la science dans le droit. En dépit de ses objectifs louables, il apparaît que la mission de gardien que se sont fixés les juges nord-américains était bien trop exigeante pour être correctement appliquée. La complexité d'une enquête sur la fiabilité de la science laisse suggérer que d'autres mécanismes plus juridiques pourraient dans le futur prendre le relais afin de réduire l'impact négatif de la preuve scientifique. Bien qu'une étude plus approfondie soit nécessaire afin de trancher plus certainement, il semble à première vue difficile d'intégrer en droit civil français le contrôle de la fiabilité de la science au stade de l'admissibilité de la preuve. Une première raison serait simplement l'inexistence de la notion d'admissibilité en droit français. Une seconde, plus dirimante, découle de l'intime relation qui semble exister entre l'admissibilité et le désir de préserver les jurys civils contre des influences trompeuses et de l'absence de tels jurys civils en droit français. Pourtant, l'expérience nord-américaine peut à tout le moins apporter deux enseignements non négligeables. Elle aura permis, d'une part, de prendre conscience du risque que représente l'influence exacerbée des sciences dans le procès et, d'autre part, de la relativité des connaissances scientifiques désormais dépouillées de leur gangue d'autorité absolue.

115. Apport du débat sur le système accusatoire. Par ailleurs, les limites du contrôle de fiabilité ont entraîné une réflexion plus globale sur la pertinence du système accusatoire vis-à-vis de la preuve scientifique, qui reste un débat brûlant sur le continent nord-américain. S'opposent une tendance réformatrice explorant des mécanismes visant à réduire l'introduction de biais mais qui porte atteinte à la structure du système accusatoire et les défenseurs d'un tel système, toujours persuadés que le contre-interrogatoire est le meilleur moyen de faire émerger la vérité. Ce débat permet de prendre conscience de la relation étroite qu'entretient la production de la preuve scientifique avec le rôle des acteurs du système procédural et devrait permettre d'évaluer par comparaison les forces et faiblesses de l'expertise scientifique à la française.

116. Au-delà de l'administration de la preuve scientifique. Enfin, il faut être conscient que ces réflexions ne visent toutes qu'un seul objectif : améliorer l'administration de la preuve scientifique dans le procès, afin

⁴⁵² Sur cette proposition, voir Jurs, *supra* note 310 aux pp 1413–15.

de permettre une application plus exacte de la science. Si cet objectif est souhaitable dans un souci de vérité et de légitimité de la décision, il faut encore se demander quels impacts sur le déroulement de la justice cette dépendance institutionnelle à la science provoque. Cette problématique nécessite alors de porter son regard vers l'autre facette du débat relatif à la preuve scientifique, à savoir celui gravitant autour de sa nécessité et de sa force probante. À cette question, qui mérite une étude à part entière, le droit nord-américain est également susceptible d'apporter des éléments de réponse de première importance.