

REPENSER L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE PAR EXPERTISE EN DROIT DISCIPLINAIRE

Shana Chaffai-Parent et Marie-Claude Sarrazin*

Certaines difficultés relatives à la gestion de la preuve par expertise sont communes aux tribunaux judiciaires et aux instances disciplinaires. L'article présente une perspective comparative de l'expertise entre les instances civiles et disciplinaires au Québec, permettant d'identifier les principales distinctions entre les rôles des experts dans chacune de ces instances. Cette comparaison permettra de mettre en lumière les fonctions de l'expertise dans le domaine disciplinaire, pour mieux comprendre le rôle des acteurs qui y évoluent. L'article présentera finalement certaines récentes tendances relatives à l'administration de la preuve par expertise en matière civile pour évaluer si celles-ci sont transposables en matière disciplinaire.

Certain difficulties relating to the management of expert evidence are common to both judicial tribunals and disciplinary proceedings. The article provides a comparative perspective on expertise between civil and disciplinary proceedings in Quebec, making it possible to identify key distinctions between experts' roles in each of these proceedings. This comparison will shed light on the functions of expertise in the disciplinary field, to better understand the role of the parties involved. Finally, the article will present some recent trends in the use of expert evidence in civil matters and assess whether these can be transposed to disciplinary matters.

Table des matières

1. Le rôle de l'expert en droit civil	567
A) Utilité de l'expertise	567
B) Rôle et devoirs de l'expert	569
C) Enjeux de la représentation des intérêts privés	571
2. Le rôle de l'expert en droit disciplinaire	574
A) Utilité de l'expertise	574
B) Double rôle de l'expert du syndic	575
C) Particularité du processus disciplinaire : l'objectif de protection du public	580

* Me Shana Chaffai-Parent est doctorante en cotutelle à l'Université de Montréal et à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Me Marie-Claude Sarrazin est associée chez Sarrazin Plourde. Les auteures remercient Me Samuel Nadeau, avocat, pour sa contribution dans la préparation de cet article.

3. Réformer l'expertise	582
A) Motivation et inspiration de la réforme en droit civil	582
B) Motivation et compétence des Conseils de discipline de réformer l'expertise	584
1) Motivation à réduire les délais et les coûts	584
2) Capacité des Conseils de discipline d'adopter les propositions	586
4. Pistes de solutions	587
A) Recours à l'expertise commune	587
1) Application en droit civil	587
2) Transposition en droit disciplinaire	592
B) Rencontre entre experts et conciliation des opinions entre experts	594
1) Application en droit civil	594
2) Transposition en droit disciplinaire	596
C) Témoignage par panel (<i>hot-tubbing</i>)	598
1) Application en droit civil	598
2) Transposition en droit disciplinaire	603
D) Gestion accrue de l'instance par les tribunaux	604
1) Application en droit civil	604
2) Transposition en droit disciplinaire	607
5. Conclusion	609

Du point de vue de la preuve par expertise, il est possible de constater que les tribunaux judiciaires et les instances disciplinaires partagent certaines difficultés communes. De part et d'autre, l'expert est indispensable. Or, tant en matière civile que disciplinaire, les débats entre experts engendrent des coûts substantiels et tendent à étirer le temps d'audition nécessaire. Au-delà de ces considérations pratiques, bon nombre de critiques ont été formulées pour favoriser une contribution plus efficace et substantielle des experts aux débats judiciaires.

L'objet de ce texte est d'offrir une perspective comparative des rôle et usages de l'expertise entre les instances civiles¹ et disciplinaires². À partir d'un état du droit et des connaissances, il est possible de faire ressortir

¹ Certaines portions de cet article sont inspirées d'extraits remaniés d'un mémoire de maîtrise, voir Shana Chaffai-Parent, *Repenser la nature juridique de l'expertise dans l'instance civile*, mémoire de maîtrise en droit (LL.M.), Université de Montréal, 2018 [non publié].

² Certaines portions de cet article sont inspirées d'extraits remaniés d'une conférence, soit Me Marie-Claude Sarrazin, « Le rôle de l'expert en droit disciplinaire », Formation avancée *Droit administratif et disciplinaire*, présentée à l'Institut canadien de Montréal, 3 juin 2015 [non publiée].

certains traits caractéristiques dans l'usage des experts et les principes juridiques qui le sous-tendent. Nous nous intéresserons de plus près aux distinctions entre les rôles des experts en matière civile et disciplinaire, distinctions qui découlent directement des enjeux et objectifs qui diffèrent entre ces deux domaines.

Ainsi, sans viser la réalisation d'une comparaison systématique entre les deux domaines, nous effectuons dans un premier temps certaines « mises en perspective »³ dont l'objectif est de mettre en évidence les particularités du droit disciplinaire et de mieux comprendre le rôle des acteurs qui y évoluent. Nous proposons, dans un second temps, un survol de certaines récentes tendances en matière d'administration de la preuve par expertise en droit civil québécois et à l'international. Fortes de l'exercice de comparaison effectué au préalable, nous évaluerons l'applicabilité de ces propositions en matière disciplinaire en tenant compte des particularités du domaine⁴.

1. Le rôle de l'expert en droit civil

A) Utilité de l'expertise

Alors que les connaissances dans l'ensemble des disciplines de l'activité humaine s'approfondissent, la société entretient une dépendance grandissante aux savoirs scientifiques et techniques⁵. Les répercussions de cette hyperspécialisation sont multiples, et les tribunaux n'y font pas exception. Force est de constater que l'introduction du savoir spécialisé⁶ devant les tribunaux au moyen d'experts est devenue indispensable au processus de découverte de la vérité. À cet égard, la Cour suprême du Canada mentionnait que les expertises pouvaient constituer dans certains cas « la pièce maîtresse dans la recherche de la vérité »⁷. On observe que la fréquence à laquelle les justiciables recourent à la preuve par expertise

³ Olivier Moréteau, « Ne tirez pas sur le comparatiste » (2005) 7 Recueil Dalloz 452.

⁴ L'exercice de comparaison, ainsi, permet souvent de prendre conscience de notre « tendance implicite à pratiquer le droit de la même manière qu'on l'a toujours pratiqué », voir à ce sujet Horatia Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé » (2000) 52:3 RICD 503 à la p 511.

⁵ Danièle Bourcier et Monique de Bonis, *Les paradoxes de l'expertise : savoir ou juger?*, coll « Empêcheurs de penser en rond », Plessis Robinson, Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance, 1999 à la p 11.

⁶ Le savoir spécialisé, pour les fins du présent article, représente l'ensemble des savoirs scientifiques et techniques pouvant être nécessaire au processus de découverte de la vérité devant les tribunaux.

⁷ *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*, 2015 CSC 23 au para 1 [*White Burgess*].

est en constante augmentation, tout comme les ressources financières et temporelles investies dans les expertises⁸.

L'expert peut être défini comme un « individu qui possède une supériorité épistémique dans un domaine donné »⁹. Dans le contexte judiciaire, on peut identifier l'expert comme celui qui « possède une connaissance spécialisée dans un secteur donné d'activité et qui a pour rôle d'éclairer le tribunal et de l'aider dans l'appréciation d'une preuve portant sur des questions scientifiques ou techniques »¹⁰. L'utilisation d'experts lors de procès est apparue graduellement, les tribunaux ayant besoin de recourir à des connaissances spécialisées pour assurer un certain niveau de conformité entre les décisions rendues et la réalité scientifique ou technique des affaires traitées¹¹. Le savoir des experts est donc mis à profit pour la recherche de la vérité¹², un processus qui, comme maintes fois rappelé par les tribunaux, constitue l'un des fondements principaux de la justice civile¹³. L'expert, à cette fin, joue un rôle important au niveau de la confiance du public dans les tribunaux et leurs décisions.

⁸ The Right Honourable Lord Woolf, Master of the Rolls, *Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, Londres, HMSO, 1996, voir le Chapitre 13 « Expert Evidence » [The Right Honourable Lord Woolf, Master of the Rolls ou rapport Woolf]; Daniel Jutras, « L'expert et la justice civile : savoir et comprendre, mais à quel prix? » dans Pierre Noreau et al, dir, *22 chantiers pour l'accès au droit et à la justice*, Montréal, Yvon Blais, 2020, 145 [Jutras]; Emmanuel Préville-Ratelle, *Le paradoxe de l'expertise partisane*, coll « Minerve », Cowansville (QC), Yvon Blais, 2015 [Préville-Ratelle].

⁹ François Claveau et Julien Prud'homme, dir, *Experts, sciences et sociétés*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2018 à la p 13.

¹⁰ Catherine Piché, *Royer – La preuve civile*, 5^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2016 au para 529.

¹¹ Glenn R Anderson, *Expert Evidence*, 3^e éd, Markham, LexisNexis, 2014 à la p 40 [Anderson]. Voir également David M Paciocco, « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009) 34 *Queen's LJ* 565 [Paciocco] et Robert F Taylor, « A Comparative Study of Expert Testimony in France and the United States : Philosophical Underpinnings, History, Practice, and Procedure, *Texas International Law Journal* 31, 3, 1996, 181–213 » dans Emma Cunliffe, dir, *The Ethics of Expert Evidence*, coll « Library of Essays on Legal Ethics and the Enforcement of Law », New York, Routledge, 2017 [Cunliffe].

¹² Voir à cet égard France Houle et Clayton Peterson, *Hors de tout doute raisonnable : La méthodologie et l'adéquation empirique comme fondements de l'épistémologie du droit de la preuve*, Montréal, Thémis, 2018, et Catherine Piché, « Le “dialogue” des parties et la vérité plurielle comme nouveau paradigme de la procédure civile québécoise » (2017) 62:3 *RD McGill* 901 [Piché, *Vérité plurielle*].

¹³ Voir notamment Pierre Tessier, « La vérité et la justice » (1988) 19:1 *RGD* 29; Piché, *Vérité plurielle*, *supra* note 12 et Frédéric Bachand, « Les principes généraux de la justice civile et le nouveau *Code de procédure civile* » (2015) 60:2 *RD McGill* 447.

B) Rôle et devoirs de l'expert

Le *Code de procédure civile* (« *Cpc* ») a introduit lors de sa plus récente réforme certaines indications claires quant au rôle des experts dans le processus judiciaire. En codifiant la « mission » des experts, le législateur a manifesté sa volonté de transformer la culture de l'expertise dans l'instance civile québécoise, notamment au niveau des pratiques d'administration de la preuve¹⁴. Cette mission est consacrée sous forme de principe directeur à l'article 22 du *Cpc* :

22. L'expert dont les services ont été retenus par l'une des parties ou qui leur est commun ou qui est commis par le tribunal a pour mission, qu'il agisse dans une affaire contentieuse ou non contentieuse, d'éclairer le tribunal dans sa prise de décision. Cette mission prime les intérêts des parties.

L'expert doit accomplir sa mission avec objectivité, impartialité et rigueur.

Il en ressort que, selon le *Cpc*, le tribunal doit être au cœur des préoccupations de l'expert, et ce, bien que les parties aient également besoin de son intervention pour mieux comprendre certains enjeux d'une affaire. Le devoir premier de l'expert est donc d'œuvrer avec les tribunaux à la réalisation de leur mission de « trancher les litiges dont ils sont saisis en conformité avec les règles de droit »¹⁵. L'expertise, en cela, constitue un outil qui permet au juge de « durcir sa pratique juridictionnelle et de faire des connaissances, compétences et savoir-faire spécialisés des instruments dans le processus décisionnel »¹⁶.

Les critères d'admissibilité de l'expertise de compétence et de nécessité énoncés à l'arrêt *Mohan*¹⁷ sont intriqués à même la mission énoncée à l'article 22 *Cpc*¹⁸. Pour réussir cette mission avec succès, l'expert doit être

¹⁴ Luc Chamberland, dir, *Le grand collectif: Code de procédure civile : commentaires et annotations*, 2^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2017 à l'art 22.

¹⁵ Art 9 *Cpc*.

¹⁶ Laurence Dumoulin, *L'expert dans la justice : de la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Economica, 2007 à la p 49.

¹⁷ Sans oublier les critères de la pertinence et de l'absence de règles d'exclusion applicables, qui ne seront pas discutés dans le présent texte. L'arrêt *R c Mohan*, [1994] 2 RCS 9 [*Mohan*], bien qu'il ait été rendu en matière criminelle dans une province de *common law*, a été appliqué depuis au Québec, tant en matière civile que criminelle, par exemple *R c Dupuis*, 1994 CanLII 5928 (CA), *Aliments Breton (Canada) inc c Oracle Corporation Canada inc*, 2015 QCCA 336 et *Cardinal c Bonnaud*, 2018 QCCA 1357.

¹⁸ Soulignons également l'apport des arrêts *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16 [*Mouvement laïque québécois*] et *White Burgess, supra* note 7 au critère d'admissibilité lié à l'impartialité de l'expert.

une « personne compétente dans la discipline ou la matière concernée »¹⁹. La notion de compétence, liée à celle de « qualifications suffisantes »²⁰, a été définie par la Cour suprême du Canada comme étant le fait de « posséder des connaissances et une expérience spéciale qui dépassent celles du juge des faits »²¹. L'expert compétent peut avoir acquis son savoir spécialisé par une formation reconnue ou par une accumulation suffisante d'expériences pratiques²².

En plus d'avoir été préparée par un expert compétent et qualifié, l'expertise, pour être admissible, doit être nécessaire à l'éclairage du tribunal²³. Le critère de nécessité a été défini comme une aide « à faire des inférences dans des domaines où l'expert possède des connaissances ou une expérience pertinente qui dépassent celles du profane »²⁴. Il s'agit du critère invoqué le plus souvent par les tribunaux pour justifier le rejet d'une expertise²⁵. Le savoir spécialisé de l'expert constitue un outil qui permet au tribunal de valider les conclusions à inférer des faits d'une affaire²⁶ dans les cas où, autrement, il y aurait un risque pour le tribunal de se trouver dans l'impasse ou l'erreur²⁷. Ainsi, *a contrario*, lorsque le tribunal est à même de faire ses propres inférences, l'intervention de l'expert est inutile et donc, n'est pas admissible.

¹⁹ Ce qui est rappelé à l'art 231 Cpc.

²⁰ *Mohan*, *supra* note 17 à la p 20.

²¹ *R c Béland*, [1987] 2 RCS 398 à la p 415.

²² *Mohan*, *supra* note 17 à la p 25. Voir aussi David M Paciocco et Lee Stuesser, *The Law of Evidence*, 7^e éd, coll « Essentials of Canadian Law », Toronto, Irwin Law, 2015 aux pp 207, 215, ainsi que Léo Ducharme et Charles-Maxime Panaccio, *L'administration de la preuve*, 4^e éd, coll « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 aux para 598–99 [Ducharme et Panaccio].

²³ On parle dans *Mohan* de la « nécessité d'aider le juge des faits », *supra* note 17 à la p 20.

²⁴ *R c Lavallee*, [1990] 1 RCS 852 à la p 889 [Lavallee].

²⁵ Anderson, *supra* note 11 à la p 116.

²⁶ Dans *Mohan*, il est dit que l'expert doit fournir « une conclusion toute faite » lorsque les tribunaux « sont incapables de [la] formuler », *Mohan*, *supra* note 17 à la p 42. L'expertise est donc ancrée dans le réel, et non pas dans la théorie. Voir *Masterpiece Inc c Alavida Lifestyles Inc*, 2011 CSC 27 [Masterpiece]. Voir également les commentaires de l'honorable Nicole Duval Hesler, « L'admissibilité des nouvelles théories scientifiques » (2002) 62 R du B 359 à la p 363 [Duval Hesler], et d'Anderson, *supra* note 11 à la p 112.

²⁷ *Mohan*, *supra* note 17 à la p 23, voir aussi *Iko Industries Ltd c Produits pour toitures Fransyl ltée*, 2007 QCCA 576 au para 21. Voir pour plus de détails Pierre Mackay, « Les normes techno-scientifiques : problèmes de rapports entre le droit et la science » dans Hélène Dumont et Joost Blom, dir, *Science, Vérité et Justice*, Montréal, Thémis, 2001, 246 à la p 256.

C) Enjeux de la représentation des intérêts privés

Au Canada, les tribunaux ont souligné à plusieurs reprises l'existence de difficultés liées à l'usage du savoir spécialisé dans le cadre de procédures judiciaires. La Cour suprême rappelle dans *White Burgess* que l'expertise comporte certains risques qui lui sont propres quant au processus de découverte de la vérité :

Le témoignage d'expert peut constituer la pièce maîtresse dans la recherche de la vérité tout comme il peut présenter des dangers particuliers. Pour se prémunir contre ces dangers, la Cour depuis une vingtaine d'années resserre graduellement les règles d'admissibilité et renforce le rôle de gardien du juge de première instance. Ainsi, l'admission du témoignage d'expert est subordonnée au respect de certaines normes fondamentales.²⁸

Mais quels sont ces risques, ces « dangers »? Le fait pour les parties de chacune apparaissent collés mandater un expert pour préparer un rapport au soutien de sa théorie de la cause, bien que cela présenterait certains avantages quant au processus contradictoire²⁹, tend à avoir un effet « polarisant » sur les opinions des experts impliqués dans un même dossier³⁰. Vraisemblablement, en étant associés à des camps qui défendent des positions opposées, les experts et leurs opinions font partie intégrante d'une théorie de la cause vouée à être confrontée en tout ou en partie à celle de l'adversaire³¹. Elles risquent donc, en pratique, de donner lieu à des débats d'experts souvent longs et coûteux en ressources, tant pour le système de justice que pour les parties³². Au surplus, de ces débats découle la tâche de départager des opinions complexes et contradictoires, ce qui peut poser des difficultés aux tribunaux³³. C'est d'ailleurs un problème qu'a soulevé le sous-comité Magistrature-Justice-Barreau chargé de repenser les processus liés aux expertises en vue de la réforme du Cpc :

²⁸ *White Burgess*, *supra* note 7 au para 1.

²⁹ À cet égard, plusieurs critiquent l'apport des experts privés, soit nommés et payés par les parties, au processus judiciaire. Voir à cet égard The Right Honourable Lord Woolf, Master of the Rolls, *supra* note 8. Voir également Paciocco, *supra* note 11 et Préville-Ratelle, *supra* note 8.

³⁰ Québec, *Rapport du sous-comité Magistrature-Justice-Barreau sur les expertises*, Québec, Publications gouvernementales du Québec, 2007 au para 49 [Magistrature-Justice-Barreau]. Voir aussi Duval Hesler, *supra* note 26 à la p 380 et David E Bernstein, « Expert Witness, Adversarial Bias, and the (Partial) Failure of the Daubert Revolution » (2008) 93:2 Iowa L Rev 451 à la p 487 [Bernstein].

³¹ Kenton K Yee, « Dueling Experts and Imperfect Verification » (2008) 28:4 Intl Rev L & Econ 246 à la p 253 [Yee].

³² Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 30.

³³ Yee, *supra* note 31.

Il y a aussi le problème lié à la complexité grandissante de la preuve d'expert. [...] Ces questions qui sont débattues par des experts font l'objet d'explications élaborées devant des juges qui n'ont aucune connaissance ou formation dans ces domaines. On demande donc à de purs néophytes de trancher des débats scientifiques de plus en plus complexes; une mission risquée pour quiconque recherche la vérité scientifique.³⁴

Ainsi, paradoxalement, le tribunal, qui avait besoin d'éclairage relativement à des connaissances spécialisées, se trouve dans une position où il doit déterminer lequel des experts a raison quant à une matière qu'il ne connaît pas, ou peu³⁵. Le niveau de complexité que peut atteindre la preuve d'expert, en combinaison avec son importance souvent déterminante pour l'issue d'un litige, en fait un outil déterminant, mais difficile à manier comme énoncé dans cet extrait souvent repris de l'arrêt *Mohan* :

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.³⁶

Les autres acteurs de l'instance civile sont aussi confrontés à des difficultés liées aux expertises. Alors que sa mission lui exige de diriger son attention vers la compréhension du tribunal, l'expert est le plus souvent choisi, nommé et payé par une partie. Ce double rôle de l'expert face au tribunal ainsi qu'à son mandant complexifie la réalisation de sa mission d'éclairage, puisque ses deux interlocuteurs ont parfois des attentes distinctes à son égard³⁷. Le tribunal espère de l'expert un regard scientifique ou technique

³⁴ Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 30 au para 23.

³⁵ Duval Hesler, *supra* note 26 à la p 38; Bernstein, *supra* note 30 à la p 485. Cette démarche peut impliquer une lourde responsabilité et des risques d'erreur, tel qu'énoncé dans W Ian C Binnie et al, « Chapitre 3 : La gestion et l'évaluation de la preuve d'expert » dans *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, Institut national de la magistrature, 2013, 163. Voir aussi W Ian C Binnie, « Science In The Courtroom : The Mouse that Roared » (2008) 27:2 *Advocates' Society J* 11 [Binnie, *Mouse that Roared*] et David Sonenshein et Charles Fitzpatrick, « The Problem of Partisan Experts and the Potential for Reform through Concurrent Evidence » (2013) 32:1 *R Litigation* 1 à la p 10.

³⁶ *Mohan*, *supra* note 17 à la p 21.

³⁷ Voir à cet égard les commentaires dans Elizabeth Reinfert, « 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 L Rev* 103 [Reinfert]; Catherine Piché et Shana Chaffai-Parent, « Chapitre 1 : Le rôle de l'expert » dans Isabelle Hudon et Geneviève Cotnam, dir, *LégisPratique : L'expertise*, Montréal, LexisNexis, 2016 [Piché et Chaffai-Parent]; Alan D Gold, *Expert Evidence in Criminal Law: The Scientific Approach*, 2^e éd, coll « My iLibrary », Toronto, Irwin Law, 2009; Paul Michell et Renu Mandhane, « Civil Justice and Civil Justice Reform : The Uncertain Duty of the Expert Witness » (2005) 42:3 *Alta L Rev* 635.

impartial pour l'éclairer quant à une question en litige, alors que la partie qui le mandate utilise son rapport comme un moyen de preuve, par nature destiné à convaincre le tribunal pour remplir le fardeau de la prépondérance des probabilités³⁸. À cet égard, des critiques ont été formulées à l'effet que le mandat de l'expert, dans certains cas, n'aborde pas de front l'enjeu réel et précis d'une affaire, diminuant ainsi l'utilité ou l'efficacité du rapport pour le tribunal³⁹.

Face à ce dilemme, le procureur, qui doit agir «en tout temps dans le meilleur intérêt du client»⁴⁰ tout en préservant son indépendance professionnelle⁴¹, se trouve lui-même dans une situation singulière :

Dans ce contexte, l'avocat se trouve dans la délicate position d'avoir un double rôle, soit celui de défenseur des intérêts de son client et d'auxiliaire au service de la justice. L'avocat doit adopter une approche balancée pour remplir ses obligations à l'égard de son client, mais aussi envers le public, l'administration de la justice et la profession, tel que l'énonce le Code de déontologie des avocats. Selon le Code, il doit à la fois conserver son indépendance professionnelle, servir la justice et soutenir l'autorité des tribunaux.⁴²

L'exercice en soi de la profession juridique dans un cadre litigieux implique pour l'avocat, auxiliaire de justice, le difficile exercice de savoir doser entre la représentation de son client et les intérêts plus grands de la justice. Il n'en reste pas moins que son devoir de représentation des intérêts de son client constitue le moteur de son action. Cette dualité se répercute dans la manière dont les avocats collaborent avec les experts pour les guider à travers les subtilités du processus judiciaire. Elle exige un certain doigté quant à la formulation du mandat de l'expert, ainsi que de la mesure dans les étapes de préparation de l'expertise⁴³. Bien que l'avocat doive assurer l'intelligibilité du contenu du rapport, son apport doit se limiter à la

³⁸ Art 2804 CcQ.

³⁹ La plus connue étant celle de The Right Honourable Lord Woolf, Master of the Rolls, *supra* note 8. Voir aussi Binnie, *Mouse that Roared*, *supra*, note 35, et Cunliffe, *supra* note 11.

⁴⁰ Art 23 *Code de déontologie des avocats*, B-1, r 3.1 [*Code de déontologie des avocats*]. L'avocat peut représenter un client, « quelle que soit son opinion sur sa culpabilité ou sa responsabilité » : art 32 du *Code de déontologie des avocats*.

⁴¹ *Ibid*, art 13. Il doit notamment éviter de succomber aux pressions que son client peut exercer sur lui.

⁴² Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 37 au para 67. À noter que les auteures réfèrent dans l'extrait aux articles 1, 13 et 111 du *Code de déontologie des avocats*. Voir également à ce sujet Tania M Bubela, « Expert Evidence: The Ethical Responsibility of the Legal Profession » (2004) 41:4 *Alta L Rev* 853 à la p 855 [Bubela].

⁴³ Neil Abbott, « How to Instruct Experts Witnesses » (2011) 30:39 *Lawyers W J* aux para 1-3, The Right Honourable Lord Woolf, *supra* note 8 au para 52.

forme, sans influencer sur le fond⁴⁴. À cet égard, la relation entre l'avocat et l'expert relève d'une zone grise où le travail effectué de concert, lorsqu'il est effectué dans le respect des obligations déontologiques de chacun, sert le plus souvent l'intérêt de la justice.

2. Le rôle de l'expert en droit disciplinaire

A) Utilité de l'expertise

Si l'utilité de la preuve d'expert en droit civil part de la prémisse que le décideur profane doit être éclairé sur un sujet spécialisé, qu'en est-il en droit disciplinaire?

L'utilité de la preuve d'expertise dans le contexte disciplinaire s'est précisée au tournant du millénaire avec l'arrêt *Dupéré-Vanier*⁴⁵, alors que le Tribunal des professions a souligné l'obligation du syndic d'avoir recours à la preuve d'un expert dûment qualifié pour établir la teneur des règles de l'art. En effet, une simple référence à des décisions antérieures n'a pas été considérée comme suffisante pour prouver la règle de l'art en vigueur à l'époque des gestes reprochés⁴⁶.

Cette obligation est particulière puisqu'elle est justifiée par le fait que les pairs composant le Conseil de discipline⁴⁷ ne peuvent, par leurs connaissances et leurs expériences, pallier une absence de preuve⁴⁸. En somme, les connaissances et compétences des pairs doivent servir à mieux

⁴⁴ Voir notamment l'important arrêt ontarien *Moore v Getahun*, 2015 ONCA 55 [*Getahun*] qui a résonné d'un bout à l'autre du pays.

⁴⁵ *Dupéré-Vanier c Camirand-Duff*, 2001 QCTP 8 [*Dupéré-Vanier*].

⁴⁶ *Ibid* au para 24, appliqué dans *Dostie c Psychologues (Ordre professionnel des)*, 2003 QCTP 23; *Pelland c Optométristes (Ordre professionnel des)*, 2003 QCTP 129; *Terjanian c Dentistes (Ordre professionnel des)*, 2006 QCTP 96 [*Terjanian*]; *Ingénieurs (Ordre professionnel des) c Hanol*, 2010 QCTP 13 [*Hanol*]; *Collard c Gendron-Simard*, 2018 QCTP 24 [*Collard*]; *Dentistes (Ordre professionnel des) c Benoit*, 2019 QCTP 41.

⁴⁷ Un conseil de discipline est formé d'un président, ainsi que de deux membres nommés par le Conseil d'administration de l'ordre parmi les membres de l'ordre : art 115.1 et 117 C Prof.

⁴⁸ *Dupéré-Vanier*, *supra* note 45, appliqué dans *Gourgi c Dentistes*, 2003 QCTP 121 [*Gourgi*]; *Malo c Ordre des infirmières et infirmiers du Québec*, 2003 QCTP 132 [*Malo*]; *Vincent c Dentistes*, 2004 QCTP 102 [*Vincent*]; *Lajeunesse c Hamel*, 2011 QCTP 27; *Hanol*, *supra* note 46; *Bütter c Psychologues (Ordre professionnel des)*, 2019 QCTP 13 [*Bütter*]; Depuis la décision *Malo*, plusieurs décisions contiennent une phrase ressemblant à « il est établi qu'en droit disciplinaire que les pairs qui composent le Conseil de discipline jouent un rôle de premier plan. Leurs connaissances du domaine d'activité dans lequel œuvre aussi le professionnel poursuivi facilitent la compréhension et l'analyse des faits mis en preuve. », notamment : *Médecins (Ordre professionnel des) c Wiltshire*, 2016 CanLII 74874 (QC CDCM); *Médecins (Ordre professionnel des) c Boivin*, 2016 CanLII 74875 (QC CDCM);

comprendre la preuve et non à la constituer. Autrement, le professionnel serait privé de son droit à une défense pleine et entière, puisqu'il n'aura pas l'opportunité de contre-interroger les pairs et qu'il ne pourra, ne connaissant pas leur opinion, la contredire, la préciser ou la moduler, comme lorsqu'une preuve est dument administrée⁴⁹.

Incidentement, et on comprend aisément pourquoi, le professionnel intimé ne pourra pas agir comme expert dans son dossier. Le Conseil ne peut donc, à cet égard, tenir compte des opinions du professionnel sur son propre travail, et seules les portions de son témoignage relatives aux faits et aux explications sur le travail qu'il a exécuté sont admissibles en preuve⁵⁰.

En somme, alors que devant les tribunaux de droit civil, l'intervention d'éclairage de l'expert est inadmissible si le tribunal a la capacité de faire ses propres inférences⁵¹, la situation est à l'opposé en droit disciplinaire. En effet, il sera interdit aux pairs d'utiliser leurs connaissances spécialisées pour tirer des inférences. Il est toutefois intéressant de noter que tant dans l'instance civile que dans l'instance disciplinaire, la preuve d'expert a fait son apparition dans l'objectif de favoriser une certaine légitimité des processus judiciaires. Ainsi, dans l'instance civile, l'intervention de l'expert aide à atteindre un niveau de conformité acceptable entre la décision judiciaire et une certaine réalité objective scientifique ou technique, alors que dans l'instance disciplinaire, son intervention est en appui au respect des principes de l'équité procédurale.

B) Double rôle de l'expert du syndic

Contrairement à l'instance civile dans laquelle il est demandé à l'expert d'orienter son action principalement vers le tribunal (art. 22 Cpc), l'expert disciplinaire doit, quant à lui, être dédié tant au syndic qu'au Conseil. Cette situation est le reflet du double rôle du syndic :

La clé de voûte au niveau du contrôle de la profession est le syndic qui joue un double rôle: celui d'enquêteur doté de pouvoirs importants (art. 122 du Code) et celui de dénonciateur ou plaignant devant le comité de discipline (art. 128

Boileau c Bertozzi, 2017 CanLII 16755 (QC CDOPQ); *Notaires (Ordre professionnel des) c Legault*, 2017 CanLII 97901 (QC CDNQ); *Chiropraticiens (Ordre professionnel des) c Desforges*, 2018 CanLII 1725 (QC OCQ); *Conseillers en ressources humaines et en relations industrielles agréés (Ordre professionnel des) c Gingras*, 2018 CanLII 1038 (QC CDRHRI); *Psychologues (Ordre professionnel des) c Couture*, 2019 CanLII 120603 (QC OPQ).

⁴⁹ *Dupéré-Vanier*, *supra* note 45 au para 23; *Charrette c Larocque (Dentistes)*, 2000 QCTP 34.

⁵⁰ *Hanol*, *supra* note 46 aux para 43–44.

⁵¹ *Lavallee*, *supra* note 24.

du Code). Il est à noter que toute autre personne peut aussi déposer une plainte devant le comité (art. 128 du [C prof]).⁵²

À l'instar du syndic, l'expert dont il aura retenu les services jouera également un double rôle.

La première facette de ce double rôle sera celle d'enquêteur. En effet, la *Code des professions* (« **C prof** ») octroie expressément au syndic le droit de s'adjoindre un expert pour l'assister dans l'exercice de ses fonctions d'enquête :

121.2 [...] Le syndic peut s'adjoindre tout expert ou toute autre personne pour l'assister dans l'exercice de ses fonctions d'enquête.

Tout comme le syndic, l'expert doit prêter un serment de discrétion⁵³, corollaire de ses larges pouvoirs d'enquête⁵⁴. Il bénéficie également de la même immunité pour les actes posés de bonne foi dans l'exercice de ses fonctions⁵⁵, un des garde-fous de l'indépendance de l'enquête du syndic⁵⁶. L'expert est donc le prolongement du syndic lors de l'enquête.

Toutefois, au terme de l'enquête, la décision de porter ou pas plainte revient au syndic et seulement au syndic⁵⁷, la jurisprudence ayant insisté sur l'importance de s'assurer que le syndic prend cette décision en étant libre de toute influence extérieure. Le syndic, bien que le rapport constitue une aide à la décision, ne peut se contenter de le suivre aveuglément, au risque de manquer à son obligation de s'assurer du caractère justifié de la plainte avant de la déposer⁵⁸.

⁵² *Parizeau c Barreau du Québec*, [1997] RJQ 1701 (CS) à la p 1708 [*Parizeau*], conf par 1998 CanLII 13291 (QC CA).

⁵³ Art 124 C Prof.

⁵⁴ *Farhat c Lalonde, ès qualités Syndic de l'Ordre des opticiens d'ordonnances du Québec*, 1999 CanLII 11677 (QC CS) [*Farhat*]; *Falardeau c Nantel*, 1997 CanLII 8061 (QC CS); *Guay c Gesca ltée*, 2013 QCCA 343 au para 82; *CE c Collège des médecins du Québec*, 2016 QCCS 4750 au para 55; *Groupe Santé Physimed inc c Prévost*, 2016 QCCA 781. Par analogie, dans le cadre d'un organisme d'autoréglementation : *Deschamps c Comité de discipline de l'Organisme d'autoréglementation du courtage immobilier du Québec*, 2018 QCCS 596 au para 35. Voir aussi Nathalie Lavoie, « La confidentialité du dossier du syndic » dans Service de formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire* (2011), vol 335, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2011, 125.

⁵⁵ Art 193 C Prof.

⁵⁶ *Landry c Richard*, 2012 QCCA 206 au para 61 [*Landry*]; *Agronomes (Ordre professionnel des) c Bernier*, 2010 QCTP 140 au para 59, conf par 2012 QCCS 5836.

⁵⁷ Art 128 C Prof.

⁵⁸ Voir *Ordre des ingénieurs du Québec c Gilbert*, 2016 QCCA 1323 aux para 33, 35 [*Gilbert*] et art 128 C prof : « Un syndic doit, à la demande du Conseil d'administration,

Ainsi, dans les enquêtes portant sur des allégations d'infractions pour lesquelles une preuve par expert est requise, l'opinion de l'expert renseignera le syndic de manière à lui permettre de juger si l'écart entre la norme et le comportement du professionnel fait revêtir à la contravention la gravité suffisante pour constituer une faute déontologique⁵⁹.

La seconde facette de ce double rôle est celle de témoin-expert. De fait, dans les enquêtes où le syndic s'adjoit un expert, les règles de preuve exigeront la production du rapport de cet expert. Le C prof considère cet expert comme un témoin à l'audition, puisqu'il prévoit que les frais d'expertise acceptés en preuve seront compris dans les déboursés devant être supportés par la partie défaillante⁶⁰. Ainsi, dans le contexte de l'audition disciplinaire, l'expert aura la tâche de renseigner le Conseil de discipline.

Ainsi, on peut comprendre que le critère de nécessité applicable en matière civile ne s'articulera pas sur les mêmes bases dans le contexte de l'instance disciplinaire. Il a été mentionné précédemment que l'usage d'experts dans l'instance civile est fondé sur un critère de nécessité découlant de l'existence d'une asymétrie entre les connaissances du tribunal et de l'expert. Or, cette asymétrie n'existe pas dans le contexte disciplinaire en raison de la présence de pairs dans la composition du Conseil de discipline. C'est pourquoi, généralement, l'expertise sera nécessaire lorsque la norme du comportement acceptable ne s'infèrera pas explicitement du texte de la disposition de référence⁶¹. Ainsi, la preuve d'expert sera nécessaire lorsqu'un ou des éléments constitutifs de l'infraction comportent une référence aux comportements généralement admis au sein d'une profession, aux principes scientifiques reconnus, aux données de la science actuelle ou aux manquements aux devoirs de compétence et de conseil⁶².

Dans ce contexte, l'objet de la preuve d'expert a été clairement établi, sous peine de voir la plainte disciplinaire rejetée. L'expertise devra démontrer (1) la norme scientifique en vigueur au moment de l'acte

porter contre un professionnel toute plainte qui paraît justifiée; il peut aussi, de sa propre initiative, agir à cet égard. » [nos soulignés]

⁵⁹ *Gilbert, supra* note 58 aux para 3, 40; *Barreau du Québec c Finney*, 2004 CSC 36 au para 29 [*Finney*]; sur le principe d'indépendance décisionnelle au sens plus large : *Parizeau, ès qualités Avocate c Barreau du Québec*, 1997 CanLII 9307 (QC CA).

⁶⁰ Art 151 C prof.

⁶¹ *Médecins c Bissonnette*, 2019 QCTP 51 [*Bissonnette*]; *Prud'homme c Gilbert*, 2012 QCCA 1544 [*Prud'homme*].

⁶² *Jodoin c Psychologues (Ordre professionnel des)*, 2017 QCTP 35 [*Jodoin*].

reproché, (2) le comportement du professionnel et (3) l'écart entre les deux⁶³. Premièrement, quant à la norme, l'expert doit la démontrer notamment en référant à des textes scientifiques d'auteurs reconnus, soit les autorités en la matière⁶⁴, à ce qui est enseigné dans les institutions académiques⁶⁵ ou aux lignes directrices établies par les ordres professionnels⁶⁶. Deuxièmement, quant au comportement, le rôle dévolu à l'expert en droit disciplinaire est d'aider le Conseil à faire des inférences à partir des normes en vigueur pour établir l'écart entre le comportement reproché et la norme. Cela permettra au syndic, et éventuellement au Conseil de discipline, d'évaluer le degré de gravité de la faute professionnelle pour ainsi déterminer s'il y a faute déontologique, c'est-à-dire un écart suffisamment grave témoignant d'un comportement situé en deçà des attentes légitimes du public à l'égard d'un professionnel⁶⁷.

À l'inverse, la preuve par expertise n'est pas nécessaire lorsque la norme est codifiée⁶⁸, lorsqu'il s'agit d'une question de droit⁶⁹, lorsqu'il est possible de se référer au sens commun des mots utilisés dans la disposition

⁶³ Les enseignements du Tribunal des professions dans *Dupéré-Vanier*, *supra* note 45 et *Gonshor c Dentistes*, 2001 QCTP 32 ont été repris de façon constante, notamment dans *Malo*, *supra* note 48; *Gourgi*, *supra* note 48; *Vincent*, *supra* note 48; *Simard c Notaires (Ordre professionnel des)*, 2005 QCTP 11 [*Simard*]; *Charrette c Dentistes (Ordre professionnel des)*, 2011 QCTP 28; *Weigensberg c Chimistes (Ordre professionnel des)*, 2013 QCTP 41 [*Weigensberg*]; *Gruszczynski c Avocats (Ordre professionnel des)*, 2016 QCTP 143 [*Gruszczynski*]; *Physiothérapie (Ordre professionnel de la) c Oliveira*, 2017 QCTP 66 [*Oliveira*]; *Collard*, *supra* note 46; *Bissonnette*, *supra* note 61.

⁶⁴ *Dupéré-Vanier*, *supra* note 45 aux para 31–33, repris dans *Mailloux c Médecins (Ordre professionnel des)*, 2019 CanLII 40191 (QC CDCM).

⁶⁵ *Malo*, *supra* note 48.

⁶⁶ *Clairmont c Vétérinaires*, 1999 QCTP 1.

⁶⁷ Le Tribunal des professions a résumé le cadre d'analyse de la gravité de la faute dans *Gruszczynski*, *supra* note 63 aux para 40–48, citant notamment *Malo*, *supra* note 48; *Ingénieurs (Ordre professionnel des) c Bilodeau*, 2005 QCTP 34 [*Bilodeau*] et *Ordre des architectes du Québec c Duval*, 2003 QCTP 144. Ce cadre est repris notamment dans *Bissonnette*, *supra* note 61 et appliqué plus récemment dans *Flibotte c Legendre*, 2019 QCCDBQ 108. Sur la notion de faute déontologique par opposition à une faute technique, voir notamment : *Bilodeau*, *supra* note 67 et *Tremblay c Dionne*, 2006 QCCA 1441 [*Tremblay c Dionne*].

⁶⁸ *Lefebvre c Notaires (Ordre professionnel des)*, 2010 QCTP 59 [*Lefebvre*]; *Weigensberg*, *supra* note 63; *Prud'homme*, *supra* note 61, cité dans *Bissonnette*, *supra* note 61 à l'appui de ce principe.

⁶⁹ *Ingénieurs (Ordre professionnel des) c Joly*, 2016 CanLII 12821 (CD OIQ) [*Joly*] : notamment en ce qui concerne l'interprétation d'une disposition réglementaire : *Lefebvre*, *supra* note 68; voir dans un contexte civil : *Parizeau c Lafrance*, JE 99-1892 (CS); *Fournier c Lamonde*, JE 2004-808 (CA); *Wightman c Widdrington (Succession de)*, 2009 QCCA 1890; *Mouvement laïque québécois*, *supra* note 18.

de rattachement⁷⁰, ou encore, lorsque les gestes reprochés constituent un acte dérogatoire à l'honneur et à la dignité d'une profession⁷¹. Dans ces cas, il faut laisser le soin au Conseil de discipline d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'interpréter et de qualifier le comportement du professionnel sur la base de son appréciation du geste en lui-même⁷². En effet, la détermination des devoirs déontologiques, qui se prête à de multiples interprétations⁷³, relève de la compétence spécialisée du Conseil de discipline⁷⁴.

Ainsi, dans le contexte de l'instance disciplinaire, le critère de nécessité poursuit un idéal d'équilibre entre la réalisation d'un débat de qualité quant aux règles de l'art et la préservation de l'intention du législateur de privilégier une justice rendue par les pairs⁷⁵. Ce faisant, force est de constater que tant dans l'instance disciplinaire que dans l'instance civile, le critère de nécessité fait partie d'une stratégie pour limiter le plus possible les risques d'usurpation par les experts du rôle décisionnel du tribunal⁷⁶, un risque inhérent à la participation d'experts dans un processus judiciaire ou disciplinaire.

⁷⁰ Notamment les notions d'objectivité, de probité : *Collard, supra* note 46; de l'impartialité et d'intégrité : *Huneault c Notaires (Ordre professionnel de)*, 2005 QCTP 54; de la portée du devoir de conseil : notamment tel qu'exprimé au *Code de déontologie des notaires* : *Polyzos c Notaires*, 2010 QCTP 102; de l'absence de consentement éclairé : *Bissonnette, supra* note 61; lorsque la norme est claire et précise : *Duval c Tribunal des professions*, 2010 QCCS 339; *Jondeau c Acupuncteurs (Ordre professionnel des)*, 2006 QCTP 87; d'un conflit d'intérêts : *Psychologues c Fernandez de Sierra*, 2019 QCTP 10; qu'un procédé est déloyal : *Simard, supra* note 63, conf par 2007 QCCA 1458; de gestes abusifs à caractère sexuel : *Oliveira, supra* note 63; ou de ce qui constitue une conduite irréprochable : *Bütter, supra* note 48; *Psychologues (Ordre professionnel des) c Laterrière*, 2017 CanLII 24040 (QC OPQ); *Acupuncteurs (Ordre professionnel des) c Francoeur*, 2017 CanLII 38195 (QC OAQ); *Médecins c Oiknine*, 2012 QCTP 102.

⁷¹ Art 152 C prof; *Weigensberg, supra* note 63; *Jodoin, supra* note 62 aux para 43, 45 : Chaque reproche fondé sur l'art 59.2 du C Prof devra être étudié en fonction du libellé de l'infraction, car il peut arriver que la preuve d'expert soit jugée utile, voire nécessaire.

⁷² *Tremblay c Dionne, supra* note 67 au para 43.

⁷³ Comme les multiples interprétations possibles du devoir d'objectivité, de modération et de dignité abordé dans *Doré c Barreau du Québec*, 2012 CSC 12 au para 60.

⁷⁴ *Béliveau c Barreau du Québec*, 1992 CanLII 3299 (QC CA); *Jodoin, supra* note 62 au para 43; *Mucciacciaro c Chamelian*, 2018 CanLII 75482 (QC CDCM) au para 125.

⁷⁵ *Pearlman c Comité Judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 RCS 869; *Barreau du Québec c Tribunal des professions*, 2001 CanLII 17930 (QC CA).

⁷⁶ *Malo, supra* note 48 au para 23.

C) Particularité du processus disciplinaire : l'objectif de protection du public

Contrairement à l'instance civile, où sont majoritairement poursuivis des intérêts privés, l'instance disciplinaire poursuit un objectif social d'assurer la protection du public⁷⁷.

En effet, telle est la principale fonction d'un ordre professionnel, fonction qu'il réalisera en contrôlant l'exercice de la profession par ses membres par, notamment, la surveillance de la conduite des professionnels en exercice⁷⁸. La Cour suprême a d'ailleurs indiqué qu'« il est difficile d'exagérer l'importance dans notre société de la juste réglementation de nos professions »⁷⁹. L'importance de surveiller la conduite de professionnels s'explique par le niveau de confiance que leur accorde le public, ainsi que par l'état de vulnérabilité dans lequel s'inscrit souvent la relation qu'un client établit avec un professionnel⁸⁰. Le C prof représente la solution choisie par le législateur québécois afin de protéger le public par un encadrement approprié de tous les professionnels⁸¹.

Le syndic, fonctionnaire indépendant à qui le C prof attribue la charge d'enquêter et de se prononcer sur la nécessité de déposer une plainte devant le Conseil de discipline⁸², ne devrait être guidé que par le prisme de l'intérêt du public à être protégé. Cette réalité constitue la base de la protection de son indépendance par une immunité accordée dans l'exercice de ses fonctions. Cette immunité lui assure une marge d'appréciation et de discrétion nécessaire à l'accomplissement de ses fonctions⁸³.

Dans la réalisation de son double rôle, l'expert aura inévitablement à échanger avec le syndic dès l'étape de l'enquête, et ce, malgré le fait qu'il sera impliqué par la suite lors de l'audition à titre de témoin⁸⁴. Dans ce contexte, il est pertinent de se questionner quant au possible effet

⁷⁷ Art 23 C prof; *Finney*, *supra* note 59; *Pharmascience inc c Binet*, 2006 CSC 48 [*Pharmascience*]. Il est à noter que nous faisons fi dans le présent texte des débats qui existent dans la littérature relative à la fonction majoritairement privée ou d'intérêt public de l'instance civile.

⁷⁸ *Pharmascience*, *supra* note 77 au para 24, citant *Finney*, *supra* note 59 au para 18.

⁷⁹ *Rocket c Collège royal des chirurgiens-dentistes d'Ontario*, [1990] 2 RCS 232 à la p 249, cité par *Pharmascience*, *supra* note 77 au para 36.

⁸⁰ *Pharmascience*, *supra* note 77 au para 36.

⁸¹ *Ibid* au para 37.

⁸² *Ibid* au para 37.

⁸³ Au plan disciplinaire : art 116 C Prof et sur le plan civil : art 193 C Prof. Voir également : *Finney*, *supra* note 59 au para 21; *Landry*, *supra* note 56 au para 70; *Normandin c De Barros*, 2018 QCCA 817 au para 21 [*De Barros*].

⁸⁴ Risque exprimé dans *Getahun*, *supra* note 44.

que ce double rôle pourrait avoir sur les obligations d'indépendance, d'impartialité et d'objectivité de l'expert⁸⁵. En effet, ces obligations s'imposent même en matière disciplinaire. Elles sont tirées de certains principaux arrêts rendus en matière civile⁸⁶ et qui ont été importés, avec les adaptations nécessaires⁸⁷, en droit disciplinaire.

Or, il est déjà reconnu en matière civile que les discussions entre avocats et experts ne sont pas considérées comme un obstacle absolu à l'impartialité de l'expert. En effet, l'utilité des expertises et leur présentation efficace constituent des considérations supérieures dans la balance des inconvénients. Cette réalité est d'autant plus vraie en droit disciplinaire. Lors d'une enquête disciplinaire, les échanges entre le syndic et l'expert dépassent la simple utilité, ils sont essentiels à une prise de décision judicieuse du syndic de porter ou pas une plainte disciplinaire contre un professionnel. Dans ce cadre, il est à noter que le professionnel visé par le processus jouit d'une protection fournie par d'autres mécanismes⁸⁸. Tant en matière civile que dans une instance disciplinaire, l'indépendance et l'impartialité des acteurs sont protégées par les principes de déontologie et d'éthique qui s'imposent aux avocats ainsi qu'aux experts qui sont eux-mêmes membres d'un ordre professionnel⁸⁹.

Le droit disciplinaire se distingue toutefois de l'instance civile en raison de ses objectifs particuliers. Même si l'expert en disciplinaire est désigné, mandaté et payé par le syndic, il poursuit ultimement le même objectif que le syndic et le Conseil de discipline dans la réalisation de son mandat, soit la

⁸⁵ *Gilbert, supra* note 58 au para 68.

⁸⁶ *White Burgess, supra* note 7 et *Mohan, supra* note 17, cité notamment dans *Joly, supra* note 69; *Barreau du Québec (syndic ad hoc) c Brouillette*, 2016 QCCDBQ 91; *Audioprothésistes (Ordre professionnel des) c St-Pierre*, 2017 CanLII 3901 (QC OAPQ); *Médecins vétérinaires (Ordre professionnel des) c Demers*, 2019 CanLII 7946 (QC CDMV); *Ergothérapeutes (Ordre professionnel des) c Grenier*, 2019 CanLII 58108 (QC OEQ); *Chabot c Fortier*, 2019 CanLII 83438 (QC CDOIQ); *Dentistes (Ordre professionnel des) c Tremblay*, 2019 CanLII 104215 (QC ODQ); *Médecins (Ordre professionnel des) c Patterson*, 2019 CanLII 129050 (QC CDCM); *Psychologues (Ordre professionnel des) c Langevin*, 2019 CanLII 126315 (QC OPQ).

⁸⁷ *Psychologues (Ordre professionnel des) c Fernandez De Sierra*, 2005 QCTP 134 [De Sierra]; *Comptables professionnels agréés (Ordre des) c Allard*, 2017 CanLII 71046 (QC CPA) et *Notaires (Ordre professionnel des) c De Barros*, 2019 CanLII 89601 (QC CDNQ) confirmé par *De Barros, supra* note 83.

⁸⁸ *Getahun, supra* note 44 aux para 49–61.

⁸⁹ Bien que le C Prof accorde au syndic et à son expert une immunité disciplinaire (art 116 C Prof) et civile (art 193 C Prof), il serait difficile de prétendre que les acteurs du système disciplinaire, compte tenu de cette immunité, ne respecteront pas ces principes, d'autant que cette immunité leur est accordée pour protéger leur indépendance.

protection du public⁹⁰. Cette réalité diffère substantiellement de l'instance civile, où l'expert est mandaté par une partie pour produire un rapport qui appuiera sa théorie de la cause, soit un intérêt le plus souvent privé. Au surplus, il faut souligner que la présence de pairs dans le Conseil de discipline atténue le « danger » exprimé par la Cour suprême dans l'arrêt *Mohan* et décrit précédemment à l'effet que la « preuve d'expert risque d'être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits »⁹¹. En effet, les pairs, en raison de leur spécialisation et de leur expérience, sont à égalité avec l'expert au niveau des connaissances, et sont donc à même de comprendre et d'être critiques à l'égard de sa démarche.

Conséquemment, on peut dire que pour l'expert du syndic en matière disciplinaire, les apparences sont trompeuses. Bien qu'à première vue, ses obligations d'indépendance, d'impartialité et d'objectivité semblent difficiles à concilier avec sa double position lors de l'enquête et l'audition, le contexte particulier de l'instance disciplinaire semble, au contraire, être particulièrement propice au respect de ses obligations. En effet, les intérêts en jeu en font un acteur qui agit d'abord et avant tout pour l'intérêt commun, et non pour la réalisation des intérêts privés généralement poursuivis par les parties à une instance devant les tribunaux judiciaires.

3. Réformer l'expertise

A) Motivation et inspiration de la réforme en droit civil

L'expertise représente une dépense majeure en termes de coûts et de temps investi dans le cadre de litiges devant les tribunaux québécois⁹², et peut

⁹⁰ Le droit disciplinaire étant de nature hybride, s'inspirant des règles de droit civil et criminel (*Notaires (Corp professionnelle des) c Delorme*, 1994 CanLII 10788 (TP); *Latulippe c Tribunal des professions*, 1998 CanLII 12943 (CA); *Ekmaty c Tribunal des professions*, 2001 CanLII 20606 (QC CA); *De Sierra, supra* note 87; *Pharmaciens (Ordre professionnel des) c Labonté*, 2008 QCTP 138), le régime accusatoire ressemble toutefois plus au régime de droit criminel que de droit civil puisqu'il repose sur la capacité d'un poursuivant de déposer une plainte ou une dénonciation dans l'intérêt commun plutôt que sur le droit d'action lié à des intérêts privés. En effet, dans les régimes disciplinaires et criminels, c'est le poursuivant qui dépose la plainte ou la dénonciation (arts 504, 505 et 506 du *Code criminel* et 128 C prof) ou un plaignant privé (arts 2(2) et 785 du *Code criminel*, et art 128 du C prof). Dans les deux cas, cette plainte doit être accompagnée d'une déclaration sous serment (arts 506, 788 et la Formule 2 du *Code criminel* et art 127 C Prof. Voir *De Barros, supra* note 83 au sujet de la déclaration sous serment au soutien de la plainte et par opposition au droit criminel, le caractère sommaire de la plainte disciplinaire codifié par l'art 129 C Prof.

⁹¹ *Mohan, supra* note 17 à la p 21.

⁹² Il s'agirait de la première cause d'augmentation des coûts et des délais dans les litiges, *ex aequo* avec les interrogatoires préalables, voir Québec, Ministère de la Justice, *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile*, Québec,

ainsi constituer une barrière à l'accès à la justice⁹³. Or, ces investissements ne garantissent pas toujours la qualité ou la pertinence des expertises. À cet égard, dans *Masterpiece*, la Cour suprême a discuté des importantes ressources parfois investies dans une preuve d'expert trop peu fiable ou utile :

[I] est opportun de rappeler que les litiges coûtent cher. Les tribunaux doivent veiller à ce que les preuves d'expert et les preuves par sondage qui ne sont ni nécessaires ni pertinentes, et qui risquent de troubler leur attention ne viennent pas rallonger et compliquer le déroulement de l'instance.⁹⁴

S'inspirant de l'Angleterre et de sa réforme Woolf dans les années 90⁹⁵, dans une mesure plus atténuée, le Québec a implanté une première réforme partielle en 2002, un an après le dépôt du rapport intitulé *La révision de la procédure civile : Une nouvelle culture judiciaire*⁹⁶. On y a intégré la possibilité pour les parties de concilier les expertises aux conclusions contradictoires⁹⁷. Confrontée aux résultats mitigés de cette première tentative, une seconde réforme de fond est entrée en vigueur en 2016, transformant substantiellement le régime d'administration de la preuve par expertise. Tel qu'énoncé précédemment, on y a clarifié le rôle de l'expert sous forme de principe directeur⁹⁸. Le nombre d'expertises par domaine ou matière a été limité à un, sauf autorisation du tribunal⁹⁹. Par différentes mesures, on a également voulu favoriser le recours à l'expertise commune, notamment en imposant une obligation aux parties d'indiquer au protocole de l'instance les motifs pour lesquels elles n'entendent pas

Publications gouvernementales du Québec, 2006 à la p 41. Voir aussi Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 30.

⁹³ *White Burgess*, *supra* note 7 au para 2. Québec, Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile : une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Publications gouvernementales du Québec, 2001 [Québec, Comité de révision de la procédure civile].

⁹⁴ *Masterpiece*, *supra* note 26 au para 76.

⁹⁵ Le rapport de Woolf, *supra* note 8, a constitué une inspiration majeure. Voir également Québec, Comité de révision de la procédure civile, *supra* note 93.

⁹⁶ Québec, Comité de révision de la procédure civile, *supra* note 93. Cette réforme intégra au Cpc antérieur en 2003 le principe de proportionnalité, voir à ce sujet Catherine Piché, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative » (2009-10) 40 RDUS 551.

⁹⁷ Art 413.1 du précédent *Code de procédure civile*, c C-25. Cette mesure a été conservée à l'article 240(2) Cpc.

⁹⁸ Art 22 Cpc.

⁹⁹ *Ibid*, art 233.

procéder par expertise commune¹⁰⁰, et en octroyant au tribunal le pouvoir d'imposer l'expertise commune à certaines conditions¹⁰¹.

B) Motivation et compétence des Conseils de discipline de réformer l'expertise

Tout comme en matière civile, les délais et les coûts inhérents au déroulement d'une instance justifient que l'ensemble des intervenants du processus disciplinaire s'attardent aux différentes propositions et tendances en droit civil relativement aux expertises.

1) Motivation à réduire les délais et les coûts

Il est de l'intérêt de l'ensemble des parties au processus disciplinaire que celui-ci se déroule avec célérité, et ce, afin de remplir la mission de protection du public et protéger le droit de l'intimé au respect des règles de justice naturelle¹⁰² :

Il s'agit d'un domaine de droit *sui generis* qui s'inspire tant du droit civil que du droit criminel. En matière de discipline professionnelle, le législateur reconnaît explicitement l'importance de la célérité du processus, tant pour la protection du public qui a intérêt à ce que les professionnels contrevenant aux lois et règlements soient jugés et sanctionnés rapidement, que pour les professionnels devant faire face à un processus disciplinaire qui ont droit de connaître leur sort dans les meilleurs délais, le tout dans le respect des règles de justice naturelle.¹⁰³

Cet extrait fait écho aux propos de la présidente en chef du Bureau des présidents des conseils de discipline (« **BPCD** ») dans le Rapport annuel des résultats obtenus par le BPCD pour l'année financière 2018–2019. On y souligne l'importance de la gestion efficace des instances disciplinaires :

Il importe que le processus disciplinaire se déroule dans un délai raisonnable afin que justice soit rendue en temps utile. Un fonctionnement efficace du système de justice disciplinaire contribue à maintenir la confiance du public et des professionnels. [...]

Depuis la création du BPCD en juillet 2015, [le législateur] demande notamment à la présidente en chef de rendre compte à la ministre de la Justice du temps

¹⁰⁰ *Ibid*, art 148, al 2 (4^o).

¹⁰¹ *Ibid*, art 158(2^o).

¹⁰² Sur l'application des règles de justice naturelle dans l'instance disciplinaire : *Moreau-Bérubé c Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11 au para 75 et notamment *Ricard c Biello*, 2017 QCTP 59 aux para 27–28.

¹⁰³ *Perreault c Corriveau*, 2019 QCCS 4853 au para 77 [*Perreault*]; voir aussi *De Barros*, *supra* note 83 au para 21.

consacré aux instances disciplinaires à partir de la signification de la plainte. C'est dire l'importance qu'il accorde, à juste titre, à la durée de tout le processus de justice disciplinaire.¹⁰⁴

Il convient donc d'affirmer que les longs délais minent la confiance du public envers le système disciplinaire¹⁰⁵, et que ces délais et retards dans la tenue des procès ont pour effet de prolonger le stress et l'anxiété que le professionnel peut subir.

En matière disciplinaire, le législateur a non seulement énoncé des règles pour favoriser le traitement rapide des dossiers¹⁰⁶, mais il a également prévu des délais maximaux pour la tenue de l'audition¹⁰⁷ et la rédaction des jugements¹⁰⁸. Or, force est de constater que la présence d'une preuve d'expert dans un dossier est synonyme de délais accrus. Ainsi, la gestion des délais et les bénéfices de la réduction de ceux-ci peuvent être envisagés sous plusieurs angles : le délai entre la signification de la plainte et le premier jour d'audition, les délais pour rendre jugement ainsi que la durée des auditions elles-mêmes.

Sur les 195 demandes de remise d'audition accordées pour l'année financière 2018–2019, le BPCD relève qu'un des motifs habituellement invoqués est le retard dans la confection des expertises ou des difficultés à trouver un expert¹⁰⁹. La preuve par expert contribue donc à allonger le délai avant de tenir l'audition.

Quant aux auditions sur culpabilité, elles prennent en moyenne près de 2 jours et demi par plainte, par opposition à environ une journée pour les auditions sur sanction et les auditions conjointes sur culpabilité et sanction. Lorsqu'on s'attarde à la catégorie d'infraction en lien avec la qualité des services professionnels¹¹⁰ où, selon nous, la présentation d'expertise et de contre-expertise est plus opportune, la durée des auditions sur culpabilité s'allonge¹¹¹.

¹⁰⁴ Bureau des présidents des conseils de discipline, « Annexe V : Rapport annuel des résultats obtenus par le BPCD » dans Office des professions du Québec, *Rapport annuel de gestion 2018-2019*, Québec, OPQ, 2019 à la p 176 [nos soulignés] [Bureau des présidents des conseils de discipline].

¹⁰⁵ *Perreault, supra* note 103 au para 143.

¹⁰⁶ *Règles de preuve et de pratique applicables à la conduite des plaintes soumises aux conseils de discipline des ordres professionnels*, RLRQ c C-26, r 8.1, art 1.

¹⁰⁷ Arts 139, 150 C Prof.

¹⁰⁸ *Ibid*, arts 150, 154.1.

¹⁰⁹ Bureau des présidents des conseils de discipline, *supra* note 104 à la p 151.

¹¹⁰ *Ibid* à la p 132.

¹¹¹ Au total, 70 plaintes en lien avec des infractions liées à la qualité des services professionnels ont fait l'objet d'une audition sur culpabilité, soit plus de la moitié des 135

En complément quant à la question des délais, le BPCD, pour l'année 2019–2020, s'est donné divers objectifs en lien avec la diminution de la durée des délibérés¹¹². En appui à la réalisation de ces objectifs, il est selon nous approprié de poser une hypothèse à l'effet qu'un débat simplifié entre experts lors de l'audition sur culpabilité simplifierait *de facto* le délibéré, et donc, permettrait d'en raccourcir la durée.

Quant à la question des coûts, il est évident qu'une meilleure gestion des expertises et une réduction des délais et durées d'audition permettront tant aux plaignants qu'aux intimés de réduire leurs dépenses en frais d'experts. À cet égard, cette réduction aurait un effet domino, abaissant à la fois les frais de confection des expertises et les frais reliés aux témoignages des experts lors de l'audition, en plus des honoraires extrajudiciaires liés à la gestion et à la présentation lors de l'audition de la preuve d'expert.

2) Capacité des Conseils de discipline d'adopter les propositions

Compte tenu de la volonté du BPDC de réduire les délais, ainsi que l'impact de la preuve d'expert sur ceux-ci, il y a lieu de se demander si les Conseils de discipline ont le pouvoir d'introduire en droit disciplinaire certaines propositions ou tendances récentes vues en droit civil en matière de preuve par expertise.

Le rôle des Conseils de discipline, comme celui d'un comité d'enquête constitué par le Conseil de la magistrature en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, se veut l'expression de fonctions purement investigatrices. Dans cette perspective, la véritable conduite de l'affaire n'est pas du ressort des parties, mais bien du Conseil lui-même dont la plainte n'est qu'un mécanisme de déclenchement.

À ce titre, le Conseil est maître de la procédure¹¹³. À cet effet, le C prof lui octroie des pouvoirs très larges¹¹⁴ visant à s'instruire et à participer à la preuve par tous les moyens légaux afin d'arriver à pouvoir rendre une décision¹¹⁵. Les Conseils peuvent également recourir à toute autre forme

plaintes ayant fait l'objet d'une audition sur culpabilité, et l'audition de ces plaintes a requis 187 jours d'audition, soit un peu plus que deux jours et demi par plainte en moyenne et plus de la moitié des 339 jours d'auditions sur culpabilité qui ont été tenus pour la même période.

¹¹² Bureaux des présidents des conseil de discipline, *supra* note 104 à la p 180.

¹¹³ *Ménard c Landry*, 2011 QCCS 4577; *Corriveau c Avocats (Ordre professionnel des)*, 2008 QCTP 46; *Laprise c Optométristes*, 2003 QCTP 6; sur l'autonomie procédurale des Conseils de discipline : *De Barros*, *supra* note 83 au para 21.

¹¹⁴ *Podiatres (Ordre professionnel des) c Bochi*, 2012 QCTP 146 au para 14 [*Bochi*].

¹¹⁵ *Arts 146, 147, 149 C Prof; Couture c Dauphinais*, 2012 CanLII 73244 (QC OUC).

de procédures utiles, si elles sont compatibles avec l'objectif du droit disciplinaire et susceptibles de faire apparaître les droits des parties¹¹⁶. À cet égard, sous réserve des adaptations que peuvent requérir les particularismes du droit disciplinaire, les règles de preuve et d'administration de la preuve applicables aux instances disciplinaires sont celles prévues au *Code civil du Québec* et au Cpc¹¹⁷. Enfin, le C prof accorde aux présidents des Conseils de larges pouvoirs de gestion¹¹⁸, tout comme les juges en matière civile.

Ainsi, on peut en conclure que rien ne s'oppose à ce que les Conseils de discipline disposent de tous les pouvoirs nécessaires à l'introduction et à l'adaptation au processus disciplinaire des propositions et tendances développées en droit civil en matière d'expertise. C'est d'autant plus vrai lorsqu'on prend en considération la nature inquisitoire des procédures disciplinaires, au sein desquelles il est plus naturel pour un Conseil de discipline d'être proactif dans la gestion d'instance afin de s'assurer que la preuve d'expert soit pertinente et administrée efficacement.

4. Pistes de solutions

A) Recours à l'expertise commune

1) Application en droit civil

Plus qu'un simple ajustement procédural, l'expertise commune constitue un véritable « changement culturel »¹¹⁹. Elle consiste à mandater, par toutes ou plusieurs parties à un litige, un expert, dont le choix et les modalités de réalisation du mandat auront été déterminés en commun¹²⁰. La récente réforme du Cpc a intégré une obligation des parties de « considérer »¹²¹

¹¹⁶ *Seminaro c Legault*, 1996 CanLII 12211 (QC TP); *Gélinas c Gareau*, 2010 CanLII 98826 (QC CDNQ).

¹¹⁷ *De Sierra*, *supra* note 87 au para 35; *De Barros*, *supra* note 83.

¹¹⁸ Art 143.2 C Prof; *Bochi*, *supra* note 114.

¹¹⁹ Geneviève Cotnam, « Chapitre 2 : L'expertise commune : un changement culturel » dans Isabelle Hudon et Geneviève Cotnam, dir, *LégisPratique : L'expertise*, Montréal, 2016 [Cotnam]. Voir aussi Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 37 au para 38.

¹²⁰ Ou dans certains cas par le tribunal. Il est difficile de définir l'expertise commune, considérant qu'elle peut être conduite sous différentes modalités d'organisation et de rémunération, qu'elles peuvent regrouper l'ensemble des parties ou quelques-unes seulement. Ainsi, peu d'auteurs se sont risqués à fournir une définition précise. On peut également remarquer que le législateur lui-même ne s'est pas risqué à définir l'expertise commune, permettant ainsi aux tribunaux d'avoir une plus vaste liberté dans sa gestion. La description présentée, bien qu'imparfaite, se veut la plus générale possible aux fins d'introduire le sujet.

¹²¹ Cotnam, *supra*, note 119 à la p 58.

l'expertise commune¹²². Celle-ci peut être ordonnée par le tribunal, sur demande ou d'office, « si le respect du principe de proportionnalité l'impose et que cette mesure, tenant compte des démarches déjà faites, permet de résoudre efficacement le litige sans pour autant mettre en péril le droit des parties à faire valoir leurs prétentions »¹²³. Ce critère a été détaillé par la Cour d'appel dans l'arrêt *Webasto*. Une ordonnance qui impose une expertise commune doit être rendue à l'issue d'un « examen de la source et des composantes du litige qui oppose les parties, et ce, afin de déterminer l'étendue de la preuve requise pour parvenir à la solution »¹²⁴. Il doit être tenu compte des principes de contradiction, de proportionnalité et de saine gestion des instances¹²⁵. On doit évaluer s'il y a besoin de rétablir l'« équilibre financier entre les parties aux fins du litige »¹²⁶. Doivent aussi notamment être considérées l'importance et la technicité des points traités par l'expert pour le processus d'analyse des questions en litige¹²⁷, et s'il existe plusieurs « écoles de pensées » divergentes dans le domaine visé par l'expertise¹²⁸. Il est à noter que, bien que cela constitue un élément devant être considéré pour l'application du critère¹²⁹, le fait qu'un ou des experts aient déjà été retenus par les parties ne constitue pas une raison suffisante pour écarter l'expertise commune¹³⁰.

L'intégration et la favorisation par le Cpc de l'expertise commune ont été mises de l'avant pour favoriser une « simplification des conflits et l'atteinte de solutions émergeant d'une collaboration accrue entre les parties ayant initialement des positions opposées »¹³¹. De manière pratique, l'usage d'un expert commun réduirait les coûts et les délais importants liés aux expertises, tant pour les parties que pour les tribunaux. En contrepartie, d'un point de vue individuel, l'usage d'un expert commun implique, à des degrés variables selon les circonstances, une perte de contrôle sur la preuve d'expert par les parties.

¹²² Conformément à l'art 148, al 2 (4^o) Cpc, les parties devront indiquer au protocole de l'instance les motifs pour lesquels elles n'entendent pas procéder par expertise commune.

¹²³ Art 158(2^o) Cpc.

¹²⁴ *Webasto c Transport TFI 6*, 2019 QCCA 342 au para 15 [*Webasto*]. Voir comment ce critère a été appliqué par la suite notamment dans les décisions 9310-7720 *Québec inc c Groupe Pelco inc*, 2019 QCCS 2919 [*Groupe Pelco*] et *Maxant c Ziegler*, 2019 QCCS 1779 [*Maxant*].

¹²⁵ *Webasto*, *supra* note 124; voir aussi *Perron c Bélanger*, 2019 QCCS 2031 [*Perron*].

¹²⁶ *Webasto*, *supra* note 124 au para 25.

¹²⁷ *Ibid* aux para 31, 35. Voir aussi *Développements Pierrefonds inc c Ville de Montréal*, 2020 QCCA 428 au para 12 [*Développements Pierrefonds*].

¹²⁸ *Webasto*, *supra* note 124 au para 34.

¹²⁹ *Ibid* au para 26; voir aussi *Perron*, *supra* note 125 au para 19.

¹³⁰ *Développements Pierrefonds*, *supra* note 127 aux para 14–16, *Groupe Pelco*, *supra* note 124 au para 30.

¹³¹ *Webasto*, *supra* note 124 au para 9.

Les débats sur des opinions d'experts contradictoires ont un coût direct souvent onéreux pour les parties, en plus de comporter des coûts indirects qui pèsent sur l'ensemble du système de justice. L'expertise commune présente l'avantage d'atténuer les disparités entre les justiciables qui n'ont pas les mêmes moyens financiers, améliorant ainsi l'accès à la justice des parties moins bien nanties¹³². Ainsi, elle s'inscrit dans l'idée directrice de la réforme de viser à l'assurance de « l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile »¹³³. À cet égard, selon les circonstances, l'expertise commune répondrait mieux aux exigences du principe de proportionnalité que la nomination de plusieurs experts privés¹³⁴.

Faire des économies n'est pas l'unique bénéfice associé aux experts communs. Par opposition à la nomination par chaque partie d'experts qui génère des débats contradictoires d'opinions, l'expertise commune peut simplifier la prise de décision des tribunaux¹³⁵. L'expert, étant sélectionné de manière commune et étant isolé de l'influence de la théorie de la cause des parties¹³⁶, émettra une opinion exempte des filtres et biais intrinsèques à la procédure contradictoire et à la nomination d'experts par les parties¹³⁷. Si le devoir d'impartialité et d'objectivité de l'expert¹³⁸ est un idéal à atteindre, l'expertise commune est probablement un bon moyen pour y parvenir. À l'inverse, certains indiquent que face à des domaines où les connaissances ne sont pas fixées dans la certitude, la présentation au tribunal de plusieurs opinions d'experts serait plus effective pour la recherche de la vérité.

Lors des discussions entourant l'adoption du Cpc, les dispositions relatives à l'expertise commune ont suscité plusieurs questionnements ainsi que des critiques assez vives¹³⁹. Ces appréhensions semblent perdurer, l'expertise commune étant actuellement peu utilisée devant les tribunaux judiciaires¹⁴⁰. Certains avancent que l'expertise commune,

¹³² Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 30 à la p 49; The Right Honourable Lord Woolf, Master of the Rolls, *supra* note 8 à la p 32; Préville-Ratelle, *supra* note 8 à la p 11.

¹³³ Disposition préliminaire. Voir *Maxant*, *supra* note 124 au para 53 et s.

¹³⁴ Voir aussi notamment Michel Richard, « La gestion d'instance » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec 2009*, Montréal, 2009 [Richard].

¹³⁵ Binnie, *Mouse that Roared*, *supra* note 35 au para 44.

¹³⁶ Art 235 Cpc.

¹³⁷ Voir sur le sujet des biais : Bernstein, *supra* note 30; Paciocco, *supra* note 11; John Limbert, « Bias Universal among Expert Witnesses » (2007) 26:38 *Lawyers W* 1.

¹³⁸ Art 22 Cpc.

¹³⁹ Voir les critiques rapportées par Cotnam, *supra* note 119 aux pp 56–57.

¹⁴⁰ Jutras, *supra* note 8. Voir également à ce sujet le rapport de recherche à paraître produit dans le cadre du chantier #8 sur l'expertise commune du projet *Accès au droit et à*

lorsqu'elle est ordonnée par le tribunal, risque de faire entorse au principe de contradiction¹⁴¹ et au principe de maîtrise du dossier par les parties¹⁴². Nommer un expert commun « fait appel à un degré de collaboration entre les parties dont on n'a pas vu souvent la manifestation dans les procès civils au Québec »¹⁴³. Cette collaboration exigée des parties pour choisir l'expert, déterminer son mandat ainsi que les modalités de son action risque d'être source de mésententes dont le règlement nécessitera une audition devant le tribunal, impliquant frais et délais immédiats. Dans un même ordre d'idées, plusieurs craignent la nomination par les parties, en plus de l'expert commun, de *shadow experts* qui pourront les aider à comprendre et à évaluer la preuve de l'expert commun, pour pouvoir, si nécessaire, la critiquer¹⁴⁴. Il est redouté que les parties soient forcées d'assumer, en plus des frais de l'expert commun, les frais de leur propre expert¹⁴⁵.

Une autre des appréhensions avancées est le risque de se trouver face à un expert commun qui n'est pas compétent ou qui commet une erreur¹⁴⁶. L'asymétrie informationnelle entre le tribunal et l'expert implique le risque que le tribunal se range automatiquement à l'opinion de l'expert, et ce, malgré qu'il ne soit pas lié par les conclusions du rapport¹⁴⁷. Dans certaines affaires, la preuve par expertise constitue la pièce maîtresse, et sa teneur peut être déterminante quant au jugement à intervenir¹⁴⁸. Ainsi, de manière plus générale, ce qui est redouté, c'est que l'expert usurpe le

la justice. Pour plus d'information, <www.adaaj.ca>. La recherche conduite consiste en une étude qualitative sur l'expertise commune effectuée auprès de juges, avocats et experts.

¹⁴¹ Voir notamment le débat sur le sujet dans l'arrêt *Webasto*, *supra* note 124.

¹⁴² Préville-Ratelle, *supra* note 8. Préville-Ratelle parle d'une « diminution de [la] liberté professionnelle devant les tribunaux ». Voir aussi Steven Lubet et Elizabeth I Boals, *Expert Testimony: A Guide for Expert Witnesses and the Lawyers Who Examine Them*, 3^e éd, Boulder, National Institute for Trial Advocacy, 2014 à la p 109 [Lubet et Boals] et Simon A Sanders, « Science, Law, and the Expert Witness, *Law & Contemporary Problems* 72, 2009, 63–90 » dans Cunliffe, *supra* note 11, 35.

¹⁴³ Jutras, *supra* note 8 à la p 16.

¹⁴⁴ *Ibid* à la p 16. Voir aussi JCQ *Procédure civile I*, 2^e éd, coll « Droit civil », Montréal, LexisNexis, 2015, fasc 23 au para 33.

¹⁴⁵ Jean-Robert Chénier, « Un regard critique sur la preuve d'expert » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *TAQ hier, aujourd'hui et demain – 15^e anniversaire (2013)*, 2013 à la p 6 [pdf], en ligne sur La Référence EYB2013DEV1968 [Chénier].

¹⁴⁶ Les tribunaux ont d'ailleurs eux-mêmes reconnus que l'expert, lorsqu'il est unique, jouit d'un préjugé favorable. Voir à cet égard *R-M T-M c BM*, JE 2001-1923 (CS) au para 12; *9045-6740 Québec inc c 90496902 Québec inc*, 2006 QCCS 1201 au para 44. Voir aussi Ducharme et Panaccio, *supra*, note 22 aux para 319–20.

¹⁴⁷ *Webasto*, *supra* note 124 au para 36.

¹⁴⁸ Jutras, *supra* note 8 à la p 1.

rôle décisionnel du tribunal, bien que celui-ci ne soit jamais lié par les conclusions de l'expertise¹⁴⁹.

Que ces craintes soient ou pas fondées, les bénéfices de l'expertise commune peuvent outrepasser les risques qu'elle comporte dans les situations opportunes. Tout est affaire de circonstances, ou comme le mentionne la Cour d'appel, « d'équilibre »¹⁵⁰. À cet égard, certains types de dossier sont plus appropriés pour l'utilisation de l'expertise commune. C'est le cas des affaires où l'expert doit traiter de questions spécialisées relatives à des connaissances stabilisées¹⁵¹. L'expérience anglaise nous enseigne d'ailleurs que l'expertise commune est « plus propice » lorsque la question soumise à l'expert est « relativement peu controversée ou ne constitue pas un enjeu fondamental »¹⁵², par exemple, les expertises sur le calcul du quantum¹⁵³. L'expertise commune est également à privilégier dans des situations où son usage pourrait faire la différence entre l'accès

¹⁴⁹ Voir notamment les représentations faites par le Barreau du Québec et l'Association du Jeune Barreau de Montréal quant au projet de loi 28 dans Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur le projet de loi no 28 intitulé Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, 2013 et dans Jeune Barreau de Montréal, *Mémoire de l'Association du Jeune Barreau de Montréal - Projet de loi 28—Loi instituant la réforme du Code de procédure civile*, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, 2013 à la p 30. Voir également les critiques suivantes : Chénier, *supra* note 145 à la p 3; Dr Nils Schmidt-Ahrendts, « Expert Teaming - Bridging the Divide Between Party-Appointed and Tribunal Appointed Experts » (2012) 43 VUWLR 653 à la p 655 [Schmidt-Ahrendts]. Il faut toutefois rappeler que le tribunal conserve toujours l'ultime décision quant à la preuve par expertise. Voir Denis Ferland et Benoît Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2015 au para 1-1839 et Duval Hesler, *supra* note 26 à la p 362.

¹⁵⁰ *Webasto*, *supra* note 124 au para 14.

¹⁵¹ *Groupe Pelco*, *supra* note 124 aux para 40–41.

¹⁵² Notre traduction de Préville-Ratelle, *supra* note 8 à la p 61, citant le rapport United Kingdom, Ministry of Justice, *Review of Civil Litigation Costs, Preliminary Report*, vol 2, 2009 à la p 410. Voir à ce sujet *Développements Pierrefonds*, *supra* note 127 au para 12.

¹⁵³ Cotnam, *supra* note 119 à la p 63. Chénier, *supra* note 145 à la p 8 [pdf], citant des directives judiciaires tirées de Judiciary of England and Wales, *Queen's Bench Guide. A Guide to the working practices of the Queen's Bench Division within the Royal Courts of Justice*, 2017 [*Queen's Bench Guide*]. Voir également les commentaires dans Isabelle Hudon, « Chronique – Les limites du rôle de l'actuaire dans l'évaluation du préjudice corporel. L'expert commun serait-il la solution? » dans *Repères*, Yvon Blais, 2014, en ligne sur La Référence EYB2014REP1546. On peut également donner l'exemple de l'intervention d'un expert qui effectue une collecte de données ou de l'échantillonnage qui seront nécessaires à la réalisation de rapports par d'autres experts, voir l'exemple donné dans Cotnam, *supra* note 119 à la p 64.

ou pas à la justice¹⁵⁴, comme dans des litiges avec des enjeux financiers modestes¹⁵⁵. À l'inverse, l'expertise commune serait plus risquée quant à des questions complexes de responsabilité professionnelle ou concernant le respect des règles de l'art¹⁵⁶. Ainsi, dans des dossiers qui impliquent des notions mouvantes, des « questions hautement techniques » ainsi que des écoles de pensées opposées, la présence de plusieurs experts serait préférable pour assurer la représentation d'un spectre d'opinions au tribunal¹⁵⁷.

2) Transposition en droit disciplinaire

Nous sommes d'avis que l'utilisation de l'expertise commune en droit disciplinaire n'est peut-être pas souhaitable, non seulement en considération des désavantages notés en matière civile, mais surtout compte tenu des particularités du droit disciplinaire.

En effet, en droit disciplinaire, l'expertise est généralement la « pièce maîtresse » du débat. Bien que l'usage d'un expert commun ne comporte pas les mêmes risques d'usurper le rôle décisionnel du Conseil de discipline – vu la compétence exclusive de celui-ci sur la qualification de l'écart entre la norme et le comportement comme faute disciplinaire¹⁵⁸ – il n'en demeure pas moins que l'expertise est déterminante quant au jugement à intervenir. Dans un tel cas, le Conseil de discipline a avantage à avoir plusieurs opinions concurrentes à soupeser dans le respect des principes d'une classique procédure contradictoire, d'autant plus qu'il est clair en matière civile que les questions de respect des règles de l'art¹⁵⁹ ont avantage à être débattues. Dans tous les cas, les pairs membres du Conseil seront en meilleure position pour départager les experts en raison de leur connaissance des sujets exposés.

Plus encore, le double rôle de l'expert constitue une autre particularité du droit disciplinaire qui peut faire obstacle à l'utilisation d'un expert commun, tout comme l'obligation de confidentialité de l'enquête ainsi que l'obligation d'indépendance du syndic.

Le double rôle de l'expert en droit disciplinaire reconnu par le législateur dans le C prof semble effectivement rendre difficile à opérationnaliser

¹⁵⁴ Préville-Ratelle, *supra* note 8 à la p 61. Voir les commentaires dans *Maxant*, *supra* note 124, notamment aux para 45–46.

¹⁵⁵ Comme évoqué dans *Groupe Pelco*, *supra* note 124 au para 30.

¹⁵⁶ Chénier, *supra* note 145 à la p 8, citant le *Queen's Bench Guide*, *supra* note 153.

¹⁵⁷ Cotnam, *supra*, note 119 à la p 63. Voir aussi Lubet et Boals, *supra* note 142 à la p 98.

¹⁵⁸ *Supra* note 63.

¹⁵⁹ *Supra* note 157 et texte correspondant.

l'usage d'un expert commun. Tel que discuté précédemment, un expert doit inévitablement intervenir auprès du syndic dès l'enquête, avant même que la décision de porter plainte soit prise. Le rôle de cet expert est d'assister le syndic dans ses fonctions d'enquête¹⁶⁰ afin que ce dernier puisse prendre une décision de déposer ou non une plainte¹⁶¹. La nature même du travail de l'expert adjoint au syndic lors de l'enquête rend un potentiel mandat commun pour le compte du syndic et de l'intimé improbable, voire impossible.

L'obligation de confidentialité de l'enquête du syndic semble également défavorable à l'utilisation d'un expert commun dans la période qui précède le dépôt de la plainte. Cette obligation de confidentialité tire sa source du serment de discrétion exigé au syndic par le C prof¹⁶². Il s'agit d'un corollaire du pouvoir d'enquête étendu dont bénéficie le syndic. En effet, le syndic peut obtenir de quiconque tout renseignement ou document relatif à une enquête¹⁶³. À cet égard, les professionnels ont, sous peine d'être condamnés à une infraction d'entrave¹⁶⁴, l'obligation de collaborer avec le syndic. En regard du rôle fondamental du syndic pour la protection du public, cette obligation de confidentialité a priorité sur son obligation de communication de la preuve¹⁶⁵. Ce faisant, le dossier d'enquête du syndic n'est pas accessible à quiconque, même pas au professionnel qui fait l'objet de l'enquête lorsqu'aucune plainte n'est déposée¹⁶⁶. Ainsi, il serait inapproprié de permettre qu'un professionnel découvre avant le dépôt d'une plainte le contenu du dossier d'enquête par l'entremise d'un expert commun. Il s'agit donc en l'espèce d'une difficulté qui nous semble difficilement surmontable.

L'indépendance du syndic constitue également un obstacle à la réalisation d'une expertise commune. Le syndic jouit d'une indépendance

¹⁶⁰ Art 121.2 C Prof.

¹⁶¹ *Supra* note 59 et texte correspondant.

¹⁶² Art 124 C Prof; *Collin, Paré et Associés c Ste-Marie, Côté Normandeau*, [1999] AZ-50530760 (QC CS).

¹⁶³ Art 122 C prof; *Pharmascience, supra* note 77.

¹⁶⁴ Art 114 C Prof.

¹⁶⁵ *Groupe Santé Physimed inc c Prévost*, 2015 QCCS 5250, conf par 2016 QCCA 781.

¹⁶⁶ *Dubois c Robert*, 2007 QCCS 1538 au para 30, citant *Farhat, supra* note 54. Voir *MF c Ordre des technologues professionnels du Québec*, 2009 QCCQ 5526 aux para 80–81 qui a été rendu dans un contexte de révision d'une décision sur une demande d'accès à l'information, mais repris dans un cadre disciplinaire notamment dans *Barreau du Québec (syndic ad hoc) c Adessky*, 2013 QCCDBQ 50 et *Comptables professionnels agréés (Ordre des) c Toupin*, 2019 CanLII 45306 (QC CPA).

décisionnelle et fonctionnelle dans le cadre de son enquête¹⁶⁷. Dans ce cadre, le syndic ne doit pas être influencé par la personne visée par l'enquête¹⁶⁸. Pour paraphraser les termes du Tribunal des professions, « ce n'est pas le professionnel qui doit définir les modalités de l'enquête d'un syndic. Celui-ci doit demeurer libre de mener son enquête comme il l'entend »¹⁶⁹. Ainsi, au stade de l'enquête, l'influence de l'intimé sur le choix d'un expert commun ou quant aux faits à lui soumettre constituerait un obstacle à l'indépendance décisionnelle et fonctionnelle que le syndic doit avoir dans le cadre de son enquête.

À tout événement, bien que des solutions pourraient être envisagées pour contourner ces problèmes pratiques propres à l'instance disciplinaire¹⁷⁰, le fait que l'objet de l'expertise constitue l'enjeu fondamental du débat disciplinaire nous semble un obstacle réel. En tout état de cause, compte tenu des résistances mentionnées plus tôt quant aux experts communs, cette solution ne nous semble pas être l'avenue à privilégier pour le droit disciplinaire.

B) Rencontre entre experts et conciliation des opinions entre experts

1) Application en droit civil

Le Cpc, à l'article 240, propose un outil de collaboration pour favoriser la simplification de la preuve par expertise. En présence de plusieurs rapports, il est possible, à la demande des parties ou à l'initiative du tribunal, d'organiser une conciliation des opinions contradictoires. Il s'agit de réunir les experts dans l'objectif d'en arriver à identifier leurs points d'accord et de désaccord pour les colliger dans un rapport additionnel. La rencontre s'organise sans formalités, et peut être en personne ou par moyen technologique¹⁷¹, et en présence ou non des avocats et des parties.

¹⁶⁷ *Chambre De La Sécurité Financière c Giroux*, 2006 CanLII 59869 (QC CDCSF); *Landry*, *supra* note 56; *Comptables professionnels agréés (Ordre des) c Létourneau*, 2019 CanLII 112814 (QC CPA) au para 151. Sur l'indépendance menant à l'absence de compétence du Conseil sur l'enquête : *Tran c Maheu ès-qual. (chimistes)*, 2000 QCTP 42; *Legault c Notaires*, 2002 QCTP 82, au para 66; *Terjanian*, *supra* note 46 aux para 137–42.

¹⁶⁸ *Parizeau*, *supra* note 52.

¹⁶⁹ *Coutu c Pharmaciens (Ordre professionnel des)*, 2009 QCTP 17, cité avec approbation dans *Loubier c Conseil de discipline de l'Ordre des comptables professionnels agréés du Québec*, 2017 QCCS 854.

¹⁷⁰ Sans compter que certaines difficultés sont inexistantes en droit disciplinaire comme par exemple, le déséquilibre informationnel entre les experts et le décideur compte tenu de la présence des pairs sur le Conseil de discipline.

¹⁷¹ *Piché, Vérité plurielle*, *supra* note 12 au para 46.

Cette flexibilité s'étend également au format de la rencontre, puisque celle-ci peut viser des objectifs divers¹⁷². Une classique rencontre de conciliation entre experts se déroule après l'échange des rapports d'experts. Or, il est également possible de rassembler les experts avant qu'ils aient complété leurs opinions respectives dans l'objectif de discuter des questions spécialisées qu'implique l'affaire qui les occupe. Ce type de rencontre de travail est considéré comme « utile et efficace » par les experts eux-mêmes¹⁷³, et gagne à être organisé le plus tôt possible dans le processus d'élaboration des expertises¹⁷⁴.

La conciliation des expertises est un outil simple, flexible, relativement économique et généralement efficace qui gagne à être utilisé plus régulièrement. Face à des opinions contradictoires, les rencontres de conciliation entre experts permettent de délimiter les mésententes, de réduire les « questions périphériques » et d'identifier précisément ce qui sous-tend l'opposition¹⁷⁵. En cela, les rencontres de conciliation facilitent le travail du tribunal. Elle a le potentiel de limiter la mésentente entre les experts à quelques points et d'ainsi permettre au tribunal d'éviter le temps et les ressources nécessaires pour investiguer les facteurs qui pourraient être à la source du désaccord des experts¹⁷⁶. Les rencontres de conciliation ont donc le potentiel d'améliorer la qualité et la fiabilité des rapports d'experts, mais aussi de diminuer les coûts y étant associés¹⁷⁷. Plus encore, les rencontres de conciliation constituent un compromis intéressant entre la réalisation par les experts de leur mission et la maîtrise du dossier par les parties, puisqu'elles encouragent la collaboration tout en permettant aux parties de conserver le contrôle relativement à la preuve d'expert¹⁷⁸.

¹⁷² Voir notamment Schmidt-Ahrendts, *supra* note 149 à la p 656.

¹⁷³ The Right Honourable Lord Woolf, Master of the Rolls, *supra* note 8 au para 42.

¹⁷⁴ Michel Proulx, « Et si l'éthique pouvait contribuer à la manifestation de la vérité » dans Hélène Dumont et Joost Blom, dir, *Science, vérité et justice*, Montréal, Thémis, 2001, 311. À la place d'investir temps et efforts dans la préparation de rapports fondés sur des prémisses différentes, pour ensuite les concilier, il serait possible pour les parties, en collaboration avec les experts, d'initier la préparation des opinions sur une certaine base commune : The Right Honourable Lord Woolf, *supra* note 8 à la p 48, tout en conservant le choix de leurs experts.

¹⁷⁵ The Right Honourable Lord Woolf, *supra* note 8; Schmidt-Ahrendts, *supra* note 149 à la p 656.

¹⁷⁶ Schmidt-Ahrendts, *supra* note 149 à la p 657.

¹⁷⁷ Jutras, *supra* note 8 aux pp 4-5. Jutras mentionne que : « Sachant qu'une bonne part des coûts qui posent un problème résulte de la dimension contentieuse des expertises contradictoires, on peut favoriser l'accès à la justice en réduisant l'incertitude que provoquent ces contradictions. »

¹⁷⁸ *Ibid* à la p 14. Jutras décrit les rencontres de conciliation comme un moyen « d'amener les experts opposés à réduire la distance qui les sépare ».

Bien que les rencontres entre experts présentent certains inconvénients, ceux-ci sont relativement minimes considérant les bénéfices potentiels de la conciliation des opinions. L'une des difficultés des rencontres de conciliation réside dans l'essence même de ce qu'est un litige. Certains ont souligné que la tenue de telles rencontres pouvait être inutile, parce que les experts se verraient souvent donner l'instruction de n'acquiescer à rien, ou de ne rien admettre¹⁷⁹. À cet égard, l'exigence d'une collaboration entre les experts, surtout à une étape hâtive des procédures¹⁸⁰, serait une entreprise difficile en raison des liens avec les parties qui les ont mandatés. Certains qualifient d'ailleurs l'organisation des rencontres entre experts comme étant dispendieuse. La préparation à de telles rencontres, surtout dans des cas complexes, peut nécessiter une préparation substantielle et ainsi engendrer des frais.

2) Transposition en droit disciplinaire

Bien que l'expérience soit relativement nouvelle dans les instances disciplinaires, ou du moins peu documentée, rien ne semble s'opposer aux rencontres entre les experts des parties¹⁸¹. En effet, les pouvoirs du Conseil de discipline relativement à la gestion de l'instance, de la preuve et de la procédure sont suffisamment larges pour ordonner une telle rencontre¹⁸².

Il est possible de croire qu'on trouverait pour l'instance disciplinaire les mêmes avantages que ceux relevés en matière civile. Plus encore, les particularités du droit disciplinaire pourraient même amplifier certains de ces avantages. Par exemple, il est plus aisé de limiter la mésentente entre les experts à quelques points et d'identifier les facteurs qui pourraient être à la source de ces désaccords dans un contexte où les questions à trancher par expertise sont généralement plus similaires et limitées que dans l'infinité des possibilités posées par les dossiers civils. En effet, comme mentionné, les experts en disciplinaire doivent répondre aux trois mêmes interrogations, soit la norme scientifique en vigueur au moment de l'infraction reprochée, le comportement du professionnel et l'existence

¹⁷⁹ À cet égard, Woolf est d'avis qu'il s'agit d'une conduite non professionnelle pour un expert que d'accepter de telles instructions, et pour l'avocat, de donner de telles instructions : The Right Honourable Lord Woolf, *supra* note 8 au para 43.

¹⁸⁰ Pierre Noreau et Mario Normandin en collaboration avec les membres de l'Observatoire du droit à la justice, « L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance » (2012) 71 R du B 207 à la p 216 [Noreau et Normandin].

¹⁸¹ Au moment de rédiger cet article, nous avons connaissance d'un dossier où une rencontre entre experts a eu lieu de consentement entre les parties, et d'un autre dossier où une demande de rencontre entre experts, demande qui a été contestée par la partie intimée, a été rejetée, parce que la demande a été présentée en cours d'instance et non préalablement à l'audition. Voir *Dentistes (Ordre professionnel des) c Cyr*, 2020 QCCDODQ 9.

¹⁸² Art 143.2 C Prof.

d'un écart entre la norme en vigueur et la conduite du professionnel¹⁸³. Contrairement à des domaines où les savoirs sont plus controversés, il n'existe pas en matière de règle de l'art des positions si diamétralement opposées qu'il est impossible pour l'opinions de plusieurs experts d'être conciliées, si ce n'est que sur certains aspects au moins¹⁸⁴.

Rappelons que les Conseils de discipline ont le devoir de rechercher le consensus et l'accord d'une majorité plutôt que le constat d'une controverse¹⁸⁵, un processus qui s'inscrit directement dans l'idée de la conciliation des opinions des experts. En effet, la « simple controverse » créée par un groupe défavorable à une technique ne saurait rendre fautif le professionnel qui la pratique¹⁸⁶. Ceci dit, même en présence d'un véritable désaccord sur la norme scientifique, une rencontre entre experts pourrait à tout le moins permettre d'établir clairement la nature du désaccord et de s'entendre sur une trame factuelle commune, sur l'appréciation du comportement du professionnel dans chacun des cas de figure quant à la norme ou encore sur l'écart entre la norme et le comportement.

Bien que les désavantages soulevés en matière civile soient généralement transposables en droit disciplinaire, le commentaire à l'effet que les bénéfices compensent largement pour les inconvénients possibles peut également être importé en droit disciplinaire.

Il est pertinent de discuter du meilleur moment pour tenir une rencontre entre experts en matière disciplinaire. Encore plus qu'en matière civile, il serait difficile, selon nous, de tenir une rencontre entre experts avant la finalisation des rapports, en raison notamment du double rôle de l'expert du syndic qui poserait deux difficultés. Une première difficulté est l'existence d'un déséquilibre de force entre les experts. Au moment de la signification de la plainte, l'expert du syndic s'est déjà formé une opinion et est bien au fait de la situation étudiée, qu'il a même couchée sous forme de rapport d'enquête ou d'opinion préliminaire qui précède l'expertise finale. Ce n'est pas le cas de l'expert de l'intimé, qui débute à peine le travail. La seconde difficulté est en lien avec l'obligation de divulgation rapide des éléments de preuve par le syndic, qui doit inclure le rapport d'enquête.

À l'opposé, même si la tenue est plus adéquate à un stade plus avancé de l'instance, il serait selon nous judicieux de planifier dès l'appel du rôle les dates importantes du déroulement de l'instance, de façon à ce que

¹⁸³ *Supra* note 63.

¹⁸⁴ *Breger c Médecins (Ordre professionnel des)*, 2019 QCTP 106 au para 43, citant *Tribunal – médecins – 4*, [1991] AZ-91041099 (QC TP) aux pp 16, 21 [pdf].

¹⁸⁵ *Bisson c Lapointe*, 2016 QCCA 1078; *Breger c Médecins (Ordre professionnel des)*, 2019 QCTP 106.

¹⁸⁶ *Ibid.*

l'intimé transmette son expertise dans un délai adéquat avant l'audition pour permettre la tenue d'une rencontre entre experts et la préparation d'un rapport incluant les résultats de la conciliation, si nécessaire.

C) Témoignage par panel (*hot-tubbing*)

1) Application en droit civil

Une avenue innovante vers un usage plus effectif des experts se situe au niveau des procédés de présentation de la preuve d'expert au moment du procès. Alors que ces procédés ont déjà été passablement bouleversés par le remplacement du témoignage oral en chef des experts par un témoignage écrit¹⁸⁷, certaines juridictions ont poussé l'expérience plus loin en transformant la manière de présenter le savoir spécialisé. L'Australie a été la première juridiction¹⁸⁸ à intégrer à ses règles procédurales la possibilité d'entendre les experts non pas à tour de rôle, mais sous forme de panel, un processus portant le surnom imagé et mieux connu de « hot-tubbing »¹⁸⁹. Le *hot-tubbing*, pour certains, est en quelque sorte une prolongation devant le tribunal du processus de conciliation des expertises qui est encouragé par le législateur¹⁹⁰.

Le témoignage par panel, ou *hot-tubbing*, est constitué par une séance de « présentation simultanée » des opinions des experts nommés par chacune des parties sur un même sujet ou dans une même matière¹⁹¹. De manière pratique, chacun des experts se verra allouer un temps pour présenter les points saillants de son rapport¹⁹². Les présentations, qui font office d'entrée en matière, seront suivies par une période de questions

¹⁸⁷ Art 293 Cpc. Le Cpc permet toutefois à la partie qui présente l'expert comme témoin de l'interroger pour obtenir des précisions (art 294 Cpc), une pratique qui semble être fréquente en l'absence d'interrogatoire en chef officiel.

¹⁸⁸ Graduellement à partir de 1998, suivie par l'Angleterre qui l'a formellement intégré à ses règles de procédure civile en 2013, voir notamment le rapport à cet effet du Civil Justice Council, *Concurrent Expert Evidence and 'Hot-Tubbing' in English Litigation Since the 'Jackson Reform'*, A Legal and Empirical Study, Londres, 2016 [Civil Justice Council].

¹⁸⁹ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 37 au para 61 et s. Voir aussi Ruth M Corbin, « The hot-tub alternative to adversarial expert evidence » (2014) 32 Adv J No 4 [Corbin]; Gary Edmond, « Merton and the Hot Tub : Scientific Conventions and Expert Evidence in Australian Civil Procedure » (2009) 72 Law & Contemp Probs 159 [Edmond]; Reinfert, *supra* note 37; et Scott Welch, « From Witness Box to the Hot Tub: How the "Hot Tub" Approach to Expert Witnesses Might Relax an American Finder of Fact » (2010) 5 J Intl Com L & Tech 154 [Welch].

¹⁹⁰ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 37 au para 61.

¹⁹¹ *Soeurs de LA Providence, Province Émilie-Gamelin c Montréal (Ville)*, 2017 TAQ 02658 au para 45 [Province Émilie-Gamelin].

¹⁹² Reinfert, *supra* note 37.

et de discussions entre les experts, principalement pour l'éclairage du tribunal. Le juge, et dans une moindre mesure les avocats, peut intervenir par des questions dans la discussion pour diriger les propos des experts et s'assurer d'avoir une pleine compréhension des enjeux. L'organisation du panel est à la discrétion du tribunal et des parties, qui discuteront généralement des modalités de fonctionnement avant que les expertises soient présentées¹⁹³. Le panel, par exemple, peut précéder ou suivre des témoignages plus « classiques » par les experts, et le droit à un contre-interrogatoire demeure. À cet égard, il est important de rappeler que les tribunaux ont les pouvoirs nécessaires pour « modifier l'ordre ordinaire de présentation des témoins », bien que ce ne soit pas expressément prévu au Cpc¹⁹⁴. Bien qu'encore méconnus au Canada, les témoignages par panel ont déjà été utilisés avec succès au Québec devant le Tribunal administratif du Québec¹⁹⁵ et la Régie de l'Énergie¹⁹⁶, en Ontario devant la Cour supérieure¹⁹⁷, ainsi qu'en Cour fédérale¹⁹⁸. Il doit être également noté que les tribunaux judiciaires sont plus souvent qu'autrement disposés à aménager la période de témoignage des experts pour qu'elle s'enchaîne plus naturellement, reprenant ainsi la logique recherchée par l'usage du *hot-tubbing* sans l'utiliser officiellement.

Le témoignage par panel est inspiré des méthodes de travail en collaboration dans le domaine des sciences. Il a été pensé pour répondre à certaines critiques formulées par les experts eux-mêmes quant aux traditionnels interrogatoires. Dans une réflexion sur les expertises de l'honorable W Ian C Binnie, celui-ci décrit certaines de ces critiques¹⁹⁹. Il est mentionné que les experts préfèrent présenter plus directement et

¹⁹³ L'organisation des interactions durant une séance de hot-tubbing est à la discrétion du tribunal et des parties, et les possibilités sont assez vastes. Voir à ce sujet une description détaillée des différentes possibilités ayant été testées en Angleterre dans le rapport de recherche du Civil Justice Council, *supra* note 188 à la p 13 et s.

¹⁹⁴ Ducharme et Panaccio, *supra* note 22 au para 533 et s.

¹⁹⁵ *Province Émilie-Gamelin*, *supra* note 191; *Saint-Damien (Municipalité) c Mailany Charbonneau*, 2018 CanLII 71024 (TAQ); *Les Investissements Marova Inc c Nominique (Municipalité)*, 2016 CanLII 33080 (TAQ) [*Les Investissements Marova*]; *Procureur général du Québec (Ministre des Transports) c Romuald Roussel (1988) inc*, 2019 CanLII 96125 (TAQ); *PGQ / Ministre Des Transports, De La Mobilité Durable Et De L'électrification Des Transports c The business depot ltd*, 2018 CanLII 12497 (TAQ); *Laval (Ville) c Les Associés du Nord 2006 Inc*, 2019 CanLII 101259 (TAQ).

¹⁹⁶ *Société en commandite Gaz Métro et Association des consommateurs industriels de gaz (ACIG)*, 2017 CanLII 57639 (RDE).

¹⁹⁷ *Health Genetic Center Corp v New Scientist Magazine*, 2017 ONSC 2805.

¹⁹⁸ *Apotex inc c Merck Canada inc*, 2012 CF 1418; *Apotex Inc c Astrazeneca Canada Inc*, 2012 CF 559.

¹⁹⁹ Binnie, *Mouse that Roared*, *supra* note 35 au para 9. Voir aussi les commentaires dans Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 37 au para 62 et Edmond, *supra* note 189 à la p 169.

librement le contenu de leur rapport au tribunal, ce qui assure un message moins dilué. Ils considèrent être plus à même de fournir une information plus précise au tribunal dans un cadre où l'intervention des avocats est réduite. Ils sont également critiques quant à l'impossibilité, dans le cadre du processus traditionnel, de réagir en temps réel aux commentaires des autres parties relatifs à leur opinion, ce qui amoindrirait l'efficacité de leur intervention et créerait ultimement de la confusion. En somme, le morcellement des discussions reliées aux expertises n'est pas, de l'avis de ces experts, favorable à un éclairage optimal du tribunal. Le *hot-tubbing* présente de multiples avantages en réponse à ces critiques. Il permettrait de réduire le temps de témoignage nécessaire à l'identification du ou des enjeux liés aux expertises²⁰⁰. Il est à noter que la diminution des coûts n'est pas l'un des principaux objectifs de la méthode, bien qu'une diminution du temps des témoignages d'experts lors des procès ait été constatée²⁰¹. Ainsi, assez facilement, le format du *hot-tubbing* dirige la discussion vers le nœud des divergences entre les experts. Au niveau du contenu, le *hot-tubbing* favorise une discussion plus spontanée et libre entre les experts et le tribunal²⁰². À cet égard, au Québec, le TAQ résume ainsi les avantages à utiliser le *hot-tubbing* :

[C]eux qui prônent la présentation simultanée de la preuve d'expert cernent quatre avantages qui découlent du processus : une plus grande clarté et compréhension des éléments de preuve, de meilleures communications et collaborations entre experts, une diminution du caractère accusatoire de la preuve d'expert, et l'efficacité. [...] ²⁰³

On peut donc dire que le témoignage en *hot-tubbing* favorise la réalisation par les experts de la mission d'éclairage des tribunaux qui leur est confiée par le Cpc en aidant à la clarification des enjeux réels relatifs à la preuve et à l'atteinte de consensus²⁰⁴. Son avantage principal, selon l'étude anglaise du Civil Justice Council, serait l'amélioration de la qualité de la preuve d'expert présentée au tribunal, ce qui vient soutenir le travail des tribunaux²⁰⁵. En calquant certaines valeurs et méthodes préconisées dans le milieu scientifique, le *hot-tubbing* a l'avantage important de permettre

²⁰⁰ Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 37 au para 62; Voir aussi Corbin, *supra* note 189 au para 36 et s.

²⁰¹ Civil Justice Council, *supra* note 188 aux pp 57, 60.

²⁰² Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 37 au para 62; Voir aussi Corbin, *supra* note 189 au para 36 et s.

²⁰³ *Les Investissements Marova*, *supra* note 195 au para 7; voir également Pierre Lanthier, j.a.t.a.q. et Sébastien Caron j.a.t.a.q., « Le hot-tubbing devant le TAQ : les évaluateurs municipaux sauteront-ils dans le bain? », Congrès de l'AEMQ présenté à Gatineau, 2 juin 2017 [non publié].

²⁰⁴ Welch, *supra* note 189 à la p 156.

²⁰⁵ Civil Justice Council, *supra* note 188 à la p 58.

de nuancer les opinions présentées par les experts sans leur enlever de leur substance²⁰⁶. Le momentum plus intuitif du *hot-tubbing* aurait aussi pour effet une présentation plus honnête, ainsi qu'une simplification pour le tribunal et les autres acteurs du contenu des expertises :

[T]he court should be able to require opposing experts to testify on the same panel and be subject to questioning in each other's presence, with the right to question each other in the presence of the trier of fact. [...] Experts testifying in the presence of one another are likely to be more measured and complete in their pronouncements, knowing that an exaggeration or errors will be pounced upon instantly by a learned colleague, rather than being argued about days later, perhaps by unlearned opposing counsel.²⁰⁷

Le témoignage par panel permet au juge de participer à la discussion. Il sera plus à même de poser l'ensemble des questions qui assureront sa propre compréhension²⁰⁸. L'expérience anglaise a permis de démontrer qu'il est tout à fait possible pour les juges de participer activement à une séance de *hot-tubbing* en préservant leur apparence d'indépendance et dans les limites des règles d'équité procédurale²⁰⁹. À tout avantage, le tribunal contribue à la réalisation de la mission d'éclairage des experts et facilite ainsi la recherche de la vérité. À cet égard, les juges australiens semblent apprécier tout particulièrement l'apport que peut avoir le *hot-tubbing* :

Judges have consistently spoken positively about the use of hot-tubbing. Indeed, in Australia, the widespread endorsement by members of the Australian judiciary has been credited as the main reason for the significant use and entrenchment of hot-tubbing in that country. Even before the procedural steps were fully formed, judges advocated for pre-consultation among experts to distil their evidence down to only the points of disagreement that might need adjudication. "Let there be more efficiency and less theatre," wrote one judge theatrically.²¹⁰

L'expérience australienne a démontré que les témoignages par panel sont particulièrement éclairants dans les matières complexes, notamment en preuve économique ou actuarielle²¹¹, des domaines où la méthodologie choisie par l'expert peut avoir un effet important sur les conclusions. Les discussions du panel permettront de mettre en lumière plus facilement les sources de désaccord des experts et les raisons des choix méthodologiques

²⁰⁶ Sheila Jasanoff, *Science at the bar: Law, Science, and Technology in America*, Cambridge, Harvard University Press, 1995 à la p 203 [Jasanoff].

²⁰⁷ Binnie, *Mouse that Roared*, *supra* note 35 au para 45.

²⁰⁸ Corbin, *supra* note 189 au para 37.

²⁰⁹ Voir à cet égard les meilleures pratiques notées dans le rapport du Civil Justice Council, *supra* note 188 à la p 48 et s.

²¹⁰ Corbin, *supra* note 189 au para 37.

²¹¹ Bubela, *supra* note 42.

effectués. De la même manière, l'expérience anglaise a souligné l'utilisation efficace du témoignage par panel dans un grand nombre de dossiers, notamment dans des affaires en matière de négligence professionnelle, de construction, d'établissement des limites d'une propriété, ainsi qu'en présence d'une question d'évaluation de valeur ou de quantum²¹².

Peu d'inconvénients majeurs ont été relevés quant au témoignage d'expert par panel. La méthode est flexible et intuitive, et les participants non juristes s'adaptent plus facilement à son fonctionnement qu'à celui des classiques interrogatoires et contre-interrogatoires²¹³. Sans constituer une difficulté insurmontable, la littérature laisse également sous-entendre que l'implantation de la culture des témoignages par panel ne s'est pas faite sans heurts auprès des avocats. Certains praticiens se sont avérés sceptiques face à cette méthode en raison de la perte de contrôle sur le témoignage d'expert que celle-ci occasionnait. Ces craintes, loin d'être généralisées, semblent être considérées par plusieurs comme constituant un faible coût face aux bénéfices du *hot-tubbing*.

Le *hot-tubbing*, toutefois, est une méthode où l'esprit collaboratif et l'ouverture des parties sont nécessaires. Une relation acrimonieuse entre les parties, les procureurs et les experts pourrait compromettre le bon fonctionnement du processus²¹⁴. C'est d'ailleurs ce qu'a souligné le TAQ à titre de difficulté potentielle :

[...] Toutefois, il est peu vraisemblable que la présentation simultanée de la preuve d'experts fonctionne dans les affaires âprement disputées. La présentation simultanée de la preuve d'experts exige la bonne volonté des parties de trouver une réponse efficace et en temps opportun à une question d'ordre technique. Pour que ce processus soit utile, les parties doivent être prêtes et disposées à collaborer afin de trouver la ou les bonnes réponses.²¹⁵

Le déséquilibre entre les participants au *hot-tubbing* est une préoccupation. La présence d'un ou plusieurs participants avec des « personnalités dominantes », ou même une différence marquée d'expérience entre les experts, peut installer une dynamique particulière, quoiqu'il ait été souligné que cela n'avait pas nécessairement un effet négatif sur l'issue des témoignages²¹⁶. La présence du juge pour gérer la conduite des discussions, ainsi que celle des avocats, constitue une assurance de contrôle quant à des dérapages éventuels des discussions.

²¹² Voir le rapport du Civil Justice Council, *supra* note 188.

²¹³ *Ibid*; Reinfert, *supra* note 37.

²¹⁴ Civil Justice Council, *supra* note 188 à la p 41.

²¹⁵ *Les Investissements Marova*, *supra* note 195 au para 7.

²¹⁶ Civil Justice Council, *supra* note 188 à la p 41.

Dans un contexte où les ressources judiciaires sont toujours plus limitées, une autre difficulté, celle-ci plus substantielle, mérite d'être soulignée. Il a été observé que le *hot-tubbing*, pour bien fonctionner, nécessite une plus grande préparation du tribunal en amont²¹⁷. S'il n'est pas au fait des prémisses des opinions de chaque expert, ou s'il ne s'est pas, par la lecture des rapports, familiarisé à l'avance avec le langage spécialisé dans lequel les experts s'expriment, le tribunal sera moins à même de pleinement bénéficier des discussions en format de panel²¹⁸.

2) Transposition en droit disciplinaire

L'expérience du témoignage par panel au Québec, particulièrement devant le TAQ et la Régie de l'énergie²¹⁹, laisse présager que les organismes spécialisés sont un terrain fertile pour ce type de présentation de la preuve. Le caractère spécialisé des Conseils de discipline nous laisse penser que son usage y serait tout aussi pertinent et adéquat. À notre connaissance, l'expérience a été tentée à une reprise dans le contexte disciplinaire²²⁰.

Cette expérience confirme notre avis à l'effet que les avantages du témoignage par panel décrits plus haut quant aux matières civiles peuvent se transposer en droit disciplinaire. Même, nous croyons que certains d'entre eux pourraient s'en trouver accentués. L'effet de diminution du caractère accusatoire de la preuve d'expert ainsi que la promotion d'un esprit collaboratif relevé en matière civile²²¹ seraient d'autant plus bénéfiques dans les instances disciplinaires. En effet, le caractère contradictoire de la procédure et le carcan de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire ne sont pas nécessairement plus appréciés par les experts en droit disciplinaire. Il est souvent frustrant pour eux de ne pouvoir répondre ou demander des précisions quant aux arguments de leur collègue en temps réel. Incidemment, on peut aisément penser qu'il en est de même pour les pairs membres du Conseil de discipline. Ainsi, introduire la preuve par panel en droit disciplinaire pourrait être une manière d'adapter concrètement l'administration de la preuve d'expert au contexte d'un système de justice rendue par les pairs. Les deux pairs pourraient alors plus aisément participer à la discussion tout en offrant la possibilité aux experts de chaque partie de réagir en temps réel aux questionnements du banc. Ainsi, il devrait même leur être plus facile de diriger la discussion vers le nœud des divergences, plus particulièrement

²¹⁷ *Ibid* à la p 40.

²¹⁸ Chénier, *supra* note 145 à la p 13.

²¹⁹ Voir *supra* notes 195–98 et texte correspondant.

²²⁰ Bien que ce ne soit pas indiqué explicitement dans la décision, les auteures ont connaissance de l'usage du témoignage par panel dans *Comptables professionnels agréés (Ordre des) c Émond*, 2020 QCCDCPA 39.

²²¹ *Supra* note 203 et texte correspondant.

les trois éléments sur lesquels les experts doivent se pencher : la norme scientifique en vigueur, le comportement du professionnel et l'écart entre les deux²²².

Au niveau des désavantages, nous constatons que l'exigence d'un temps de préparation plus élevé par les tribunaux civils n'est pas nécessairement transposable en matière disciplinaire. Le caractère spécialisé des instances disciplinaires implique un éventail plus restreint de sujets couverts par les experts, en plus de mettre en scène des décideurs spécialisés quant aux questions abordées. Cet enjeu de préparation accrue est d'autant plus diminué par la compréhension et l'expérience par les pairs du langage et des concepts inhérents à leur profession²²³.

D) Gestion accrue de l'instance par les tribunaux

1) Application en droit civil

Le rôle des tribunaux, depuis la « nouvelle culture judiciaire » de 2001, a substantiellement évolué vers des pouvoirs de gestion élargis²²⁴. L'intervention du tribunal dans l'instance permet de « circonscrire plus tôt dans l'instance les prétentions des parties et de favoriser une meilleure gestion des instances »²²⁵. De manière générale, le tribunal détient l'ensemble des pouvoirs nécessaires pour exercer son devoir de « saine gestion des instances »²²⁶, ce qu'il peut effectuer de manière plus ou moins créative pour faciliter le déroulement de l'instance et favoriser la collaboration entre les parties. Notamment, l'article 158 prévoit que le tribunal peut « prendre des mesures propres à simplifier ou à accélérer la procédure et à abrégier l'instruction » et « évaluer l'objet et la pertinence de l'expertise [...] [et] en établir les modalités ». Le tribunal pourra évaluer l'opportunité et les modalités des expertises prévues « par un calcul des coûts et des bénéfices [...] en fonction du principe de la proportionnalité »²²⁷. De manière plus particulière, le tribunal, grâce à certains pouvoirs précis, peut s'impliquer dans certains aspects de l'organisation de la preuve d'expert.

De manière plus particulière, le législateur a imposé certaines limites au Cpc quant au nombre d'expertises. Selon l'article 232, al 2, « les parties ne peuvent se prévaloir de plus d'une expertise par discipline ou matière, à moins que le tribunal ne l'autorise en raison de la complexité ou de

²²² *Supra* note 63.

²²³ *Malo, supra* note 48 au para 26.

²²⁴ Catherine Piché, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2014 à la p 97.

²²⁵ Québec, Comité de révision de la procédure civile, *supra* note 93 à la p 32 et Richard, *supra* note 134 à la p 8.

²²⁶ Art 9 Cpc.

²²⁷ Jutras, *supra* note 8 à la p 8.

l'importance de l'affaire ou du développement des connaissances dans la discipline ou la matière concernée »²²⁸. Quant à l'expertise commune, après examen du protocole de l'instance, le tribunal peut

si les parties n'ont pu convenir d'une expertise commune, apprécier le bien-fondé de leurs motifs et imposer, le cas échéant, l'expertise commune, si le respect du principe de proportionnalité l'impose et que cette mesure, tenant compte des démarches déjà faites, permet de résoudre efficacement le litige sans pour autant mettre en péril le droit des parties à faire valoir leurs prétentions²²⁹.

Il a été soulevé que l'usage d'experts risque de potentiellement prolonger le déroulement des procédures ainsi que l'instruction, notamment en raison de sa complexité²³⁰. Les tribunaux ont d'ailleurs constaté que les expertises ciblent parfois inadéquatement les enjeux, ce qui en diminue l'utilité dans la prise de décision²³¹. Une gestion de l'instance ciblée et plus hâtive quant au contenu annoncé des expertises dans le protocole de l'instance pourrait être avantageuse et accroître la valeur ajoutée de l'intervention des experts. À cet égard, il est exigé que les parties énoncent au protocole si elles prévoient procéder à une ou plusieurs expertises, la nature de ces expertises ainsi que les motifs pour lesquels les parties n'entendent pas choisir l'expertise commune²³².

Lorsqu'ils ont le temps et l'opportunité de s'imprégner des circonstances d'une affaire, les juges sont dans la meilleure position pour gérer l'instance de manière innovatrice²³³ :

In the end, the most effective way to integrate scientific knowledge fully and fairly into legal decision-making may indeed be [...] for judges to develop a keener sense of how science works. Judges are best positioned to fashion case-specific procedures, orders, and management practices that respect the complexities of both scientific research and the particular litigation context.²³⁴

²²⁸ Voir l'application de cette règle dans *Gao c Arsenault*, 2017 QCCA 127, où la Cour d'appel a confirmé une décision de la Cour supérieure où le juge a refusé de permettre au demandeur de faire préparer 14 expertises au soutien de sa demande.

²²⁹ Art 148 Cpc.

²³⁰ The Right Honourable Lord Woolf, *supra* note 8; Magistrature-Justice-Barreau, *supra* note 30; Québec, Comité de révision de la procédure civile, *supra* note 93. Voir aussi Art Vertlieb et Ian Knapp, « Experts : Judges Need to Bring Real Change » (2005) 73:5 Advocate 665 à la p 674 et s [Vertlieb et Knapp].

²³¹ Bubela, *supra* note 42 à la p 856. Voir également Binnie, *Mouse that Roared*, *supra* note 35.

²³² Art 148, al 2 (4^o) Cpc.

²³³ Vertlieb et Knapp, *supra* note 230 à la p 671.

²³⁴ Jasanoff, *supra* note 206 à la p 203.

Les pouvoirs de gestion de l'instance des tribunaux constituent ainsi une solution supérieure pour améliorer les pratiques reliées aux expertises²³⁵. À cet égard, l'intervention des tribunaux peut également aider au dialogue et à la conciliation entre les parties, par exemple en les forçant à entrer en contact²³⁶. Par exemple, à partir du protocole de l'instance, le tribunal peut cibler les enjeux dans certaines affaires et questionner les parties à ce sujet lors d'une conférence de gestion. Il peut évidemment s'assurer du respect des échéances prévues au protocole de l'instance, mais également, par la même occasion, agir comme un agent d'accélération des démarches des parties. Le tribunal, en plus de ses pouvoirs, a cette autorité morale²³⁷ nécessaire au contrôle d'éventuels débordements dans la préparation et la présentation des expertises.

L'intervention du tribunal en gestion de l'instance tend à diminuer les frais reliés aux actions procédurales tout en faisant augmenter les chances de parvenir plus rapidement à un règlement à l'amiable²³⁸. Les tribunaux jouent, depuis un certain temps déjà, un rôle de conciliation, en plus de leur rôle à titre de décideur²³⁹. Une gestion de l'instance entamée dès le commencement d'un dossier facilite le déroulement de celui-ci ainsi que la communication entre les parties, et ce, tout en abaissant les coûts et les délais²⁴⁰. Les tribunaux pourraient, par exemple, inciter les parties à planifier assez tôt des rencontres entre les experts pour s'assurer que ceux-ci travaillent sur des questions similaires et à partir de données communes.

Bien que les pouvoirs de gestion soient l'un des outils les plus prometteurs de la réforme, leur application en pratique se heurte à un obstacle de taille, soit le manque de ressources judiciaires²⁴¹ :

²³⁵ Bubela, *supra* note 42 à la p 864.

²³⁶ Noreau et Normandin, *supra* note 180 à la p 224; Richard, *supra* note 134 aux pp 1, 3.

²³⁷ Voir à ce sujet les propos de Catherine Piché, « Un juge extraordinaire » dans Sylvette Guillemard, dir, *Le Code de procédure civile : quelles nouveautés?*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2016, 223, ainsi que Jean-François Roberge, « “Sense of Access to Justice” as a Framework for Civil Procedure Justice Reform: An Empirical Assessment of Judicial Settlement Conferences in Québec (Canada) » (2016) 17:2 *Cardozo J Conflict Resolution* 323.

²³⁸ Noreau et Normandin, *supra* note 180 à la p 225.

²³⁹ Selon l'art 9 Cpc, il est dans la mission des tribunaux de « favoriser la conciliation des parties ». Voir les commentaires dans *ibid* à la p 230.

²⁴⁰ Noreau et Normandin, *supra* note 180. Voir aussi Piché et Chaffai-Parent, *supra* note 37 au para 57.

²⁴¹ Jutras, *supra* note 8 aux pp 9, 11.

Ce n'est pas tant la volonté d'exercer ces pouvoirs ou de mettre en œuvre ces moyens qui fait défaut, du moins pour les juges, autant que les ressources pour intervenir très tôt dans le litige, avant que les parties ne s'enfoncent dans une logique de confrontation, ou dans le report sine die de tout débat visant à circonscrire le litige.²⁴²

2) Transposition en droit disciplinaire

Les Conseils de discipline disposent de pouvoirs de gestion similaires à ceux des juges des tribunaux civils. Le C prof investit le président, agissant seul, du pouvoir d'organiser, d'encadrer et de structurer le déroulement de l'instruction de la plainte, et d'en abrégier l'audition, notamment en précisant les questions en litige²⁴³. Ce pouvoir de gestion peut être exercé à l'initiative des parties ou d'office par le président.

Les bénéfices de la gestion hâtive observés en matière civile sont assurément transposables aux instances disciplinaires. En effet, bien que l'objet de l'expertise en droit disciplinaire soit clairement établi, la jurisprudence rapporte des cas où des expertises non nécessaires ou non pertinentes ont été produites, et ont inutilement fait dévier le débat²⁴⁴.

L'affaire *Fanous*²⁴⁵ est un exemple de dossier dans lequel la présentation d'expertises a fait dévier le débat. Dans cette affaire, le Conseil de discipline du Collège des médecins, saisi d'une plainte en matière de publicité trompeuse, a pris en considération des expertises portant sur l'absence de norme en matière de délai postopératoire²⁴⁶, sur l'usage du terme « nouveau »²⁴⁷, sur les techniques de photographie apparaissant dans la publicité ainsi que sur d'autres sujets, bien que ces enjeux ne soient pas mentionnés dans la plainte. Le Conseil a finalement acquitté le professionnel sur la base de ces expertises, et ce, alors que le débat a visiblement dévié vers des considérations, au final, peu pertinentes à la plainte.

En appel, le Tribunal des professions infirme cette décision du Conseil de discipline et indique qu'en matière de publicité trompeuse, il faut s'abstenir de s'attarder à des considérations scientifiques et à une

²⁴² *Ibid* à la p 17.

²⁴³ Art 143.2 C Prof; *Bochi*, *supra* note 114.

²⁴⁴ Voir entre autres *supra* note 59; *Levasseur c Hygiénistes dentaires (Ordre professionnel des)*, 2008 QCTP 202 [*Levasseur*] et *Fanous c Médecins (Ordre professionnel des)*, 2019 QCTP 69 [*Fanous*, TP].

²⁴⁵ *Médecins (Ordre professionnel des) c Fanous*, 2016 CanLII 50495 (QC CDCM) [*Fanous*, CDCM] inf par *Fanous*, TP, *supra* note 244.

²⁴⁶ *Fanous*, CDCM, *supra* note 245 aux para 36–47.

²⁴⁷ *Ibid* aux para 57–62.

littérature complexe, alors que la question précise est de savoir ce que retient une personne profane en prenant connaissance de la publicité²⁴⁸. Le Tribunal précise que bien que « les experts en chirurgie plastique [aient] pu apporter un éclairage utile sur certains aspects de l'affaire, mais ils ont aussi parfois fait dévier le débat, même si c'est de façon bien involontaire »²⁴⁹. Le Tribunal constate que « l'affaire a pris un véritable virage de débat entre experts discutant souvent [...] de données et de considérations très pointues et carrément hors de la connaissance de la personne profane »²⁵⁰.

Nous sommes d'avis qu'une gestion hâtive des dossiers peut permettre aux Conseils de discipline d'éviter ce genre de situation en prenant connaissance des intentions des parties quant au contenu de leur expertise, en s'assurant de la pertinence des sujets qui seront abordés à la lecture des allégations de la plainte et en prenant des mesures de gestion afin d'éviter un débat d'experts sur une question accessoire à l'instance²⁵¹. Le Tribunal des professions a d'ailleurs rappelé qu'il faut s'abstenir d'exiger une preuve d'expertise lorsque celle-ci n'est pas nécessaire²⁵². De manière générale, bien que l'utilisation des pouvoirs de gestion par les décideurs en matière disciplinaire soit en croissance, les interventions effectuées sont généralement limitées à la gestion des délais liés aux expertises. Nous sommes d'avis qu'il serait judicieux, dans les cas qui l'exigent, d'exploiter le plein potentiel des pouvoirs de gestion²⁵³ dans le but de « simplifier » ou d'« accélérer » le déroulement des procédures. Par exemple, l'usage de mesures de gestion visant à mieux circonscrire, préciser ou limiter le débat entre les experts par une évaluation de l'objet ou de la pertinence de l'expertise.

Quant aux difficultés de réalisation d'une gestion hâtive en matière civile liées au manque de ressources judiciaires, nous croyons qu'elles seraient atténuées en matière disciplinaire compte tenu du nombre moins important de dossiers. De fait, les présidents des Conseils de discipline tiennent déjà plusieurs conférences de gestion par année. En 2018-2019, 86 conférences de gestion ont été tenues²⁵⁴. Au surplus, une certaine forme de gestion hâtive est déjà effectuée lorsque la présidente en chef fixe la première date d'audition de toutes les plaintes. Dans la majorité des cas, elle procède par conférence téléphonique coordonnée avec les parties

²⁴⁸ *Fanou, TP, supra* note 244 au para 18.

²⁴⁹ *Ibid* au para 16.

²⁵⁰ *Ibid* au para 18.

²⁵¹ Par exemple : *Jodoïn, supra* note 62 au para 52.

²⁵² Voir les cas de figure *supra* note 67 à 69 et les propos du Tribunal des professions dans *Levasseur, supra* note 244.

²⁵³ Tels qu'ils sont décrits à l'article 158 Cpc.

²⁵⁴ Bureau des présidents des conseil de discipline, *supra* note 104 à la p 155.

par la Secrétaire du Conseil de discipline. Les parties ou leurs avocats doivent être présents à moins d'avoir transmis au préalable un formulaire mentionnant notamment la durée de leur preuve et de leur argumentation ainsi que leurs disponibilités²⁵⁵.

Cet appel du rôle constitue une bonne opportunité d'appliquer un filtre préalable pour cibler les dossiers qui nécessitent des mesures de gestion, notamment au niveau des expertises. Par exemple, la tenue d'une conférence de gestion pourrait automatiquement être exigée pour les dossiers où l'une des parties entend produire une expertise, ne serait-ce que pour en valider la nécessité²⁵⁶. C'est également une opportunité pour les parties de soumettre leurs propres demandes de gestion relativement à la confection, la communication ou la production des expertises, et pour convenir d'une rencontre entre experts lorsque les expertises auront été finalisées.

5. Conclusion

Ce tour d'horizon nous a permis d'exposer que la récente réforme de la procédure civile québécoise, ainsi que certaines innovations inspirées de l'expérience internationale, présente des possibilités variées. En effet, l'adaptabilité du vaste spectre des solutions qui peuvent être mises en place par les tribunaux en matière d'expertise est remarquable en ce qu'elle permet d'adapter l'administration de la preuve par expertise aux circonstances précises d'une affaire. Certains espèrent, et d'autres craignent, qu'un changement de paradigme impliquant la modification des savoirs et des méthodes actuelles de travail avec les experts soit nécessaire pour parvenir aux buts poursuivis. Or, alors que le statu quo n'a pas jusqu'à présent fait ses preuves, une transition en douceur est toutefois possible.

De manière générale, nous avons vu que la transposition de certaines propositions et tendances de l'instance civile en matière d'expertise dans le droit disciplinaire comporte de nombreux avantages. Nous avons également compris que plusieurs des inconvénients propres aux matières civiles semblent être atténués dans le cadre particulier de l'instance disciplinaire.

Que ce soit devant les instances civiles ou disciplinaires, on peut considérer deux principales raisons d'intégrer graduellement à nos

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ Voir notamment les décisions *Fanous*, TP, *supra* note 244; *Levasseur*, *supra* note 244 et *Jodoin*, *supra* note 62 dans laquelle le Tribunal confirme la décision du Conseil de discipline de ne pas considérer le témoignage de l'expert.

habitudes certaines propositions des récentes tendances en matière d'administration de la preuve par expertise. La recherche de la réduction des coûts et des délais demeure l'un des arguments principaux. Il est indéniable que les différentes méthodes suggérées contribuent, à différents niveaux, à leur réduction. Également, et au-delà des considérations économiques, la contribution plus riche, plus substantielle, que l'on peut tirer du travail des experts est à même d'améliorer la qualité et l'efficacité du système judiciaire. Une meilleure qualité et efficacité des processus judiciaires signifie une amélioration de l'accès à la justice²⁵⁷ et de la confiance du public dans les institutions judiciaires²⁵⁸, deux facteurs qui, ultimement, résultent dans une légitimité accrue de nos institutions aux yeux des justiciables. Il s'agit donc de maximiser la valeur ajoutée de la participation des experts aux processus de la justice, qu'elle soit civile ou disciplinaire. Il n'en tient qu'à l'ensemble des acteurs impliqués de faire preuve d'audace et de contribuer à l'implantation de ces propositions.

²⁵⁷ Québec, Comité de révision de la procédure civile, *supra* note 93.

²⁵⁸ *Perreault, supra* note 103; Bureau des présidents des conseils de discipline, *supra* note 104.