

Repères, Mars, 2021

Jean-Claude Jr. LEMAY*

Chronique – L'expertise individuelle préjudiciaire et la notion de « démarches déjà faites » au sens de l'article 158(2) C.p.c. : une exigence législative s'inscrivant dans l'analyse globale et contextuelle du juge gestionnaire

Indexation

PROCÉDURE CIVILE ; PROCÉDURE CONTENTIEUSE ; GESTION DE L'INSTANCE ; CONSTITUTION ET COMMUNICATION DE LA PREUVE AVANT L'INSTRUCTION ; EXPERTISE ; COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX ; POUVOIR DE SANCTIONNER LES ABUS DE LA PROCÉDURE ; PRINCIPES DIRECTEURS ; RÔLE ET DEVOIRS DE L'EXPERT ; PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ ; DEVOIRS DES PARTIES ; **PREUVE CIVILE** ; TÉMOIGNAGE ; TÉMOIN EXPERT

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I– L'ADOPTION DU NOUVEAU C.P.C. ET LA NOTION DE « DÉMARCHES DÉJÀ FAITES »](#)

[II– L'EXPERTISE INDIVIDUELLE PRÉJUDICIAIRE : JUSTIFICATIONS PRATIQUES RÉELLES](#)

[III– APPLICATIONS PRATIQUES DE LA NOTION DE « DÉMARCHES DÉJÀ FAITES » DEPUIS L'ENTRÉE EN VIGUEUR DU NOUVEAU C.P.C.](#)

[CONCLUSION](#)

Résumé

Depuis l'avènement du nouveau Code de procédure civile, le refus de participer à une expertise commune consigné au premier protocole de l'instance trouve fréquemment comme motivation la détention d'une expertise individuelle préjudiciaire par l'une ou plusieurs des parties (art. 148, al. 2(4^o) C.p.c.). Une telle séquence d'opérations trouve une justification pratique bien réelle chez le justiciable désireux de confirmer son droit d'action, mais la question demeure entière : comment l'expertise individuelle préjudiciaire s'articule-t-elle avec la faculté dont disposent les tribunaux d'ordonner qu'une expertise soit commune à titre de mesure de gestion, analyse dans le cadre de laquelle les « démarches déjà faites » ne représentent qu'un des éléments à considérer dans une analyse plus large, laquelle doit être globale et contextuelle (art. 158(2^o) C.p.c.) ?

INTRODUCTION

Il y a maintenant presque 15 ans, l'honorable André Wery, j.c.s., dans une analyse comparée fouillée en faveur de l'expertise commune, hissée au rang de règle dans plusieurs juridictions, décrivait d'une plume enviable la question ayant suscité notre intérêt à rédiger le présent texte, laquelle ne saurait être davantage d'actualité¹ :

Finale­ment, qu'en sera-t-il de l'expert retenu par un éventuel demandeur avant l'institution de procédures judiciaires ? Devra-t-on tenter un recours avant d'obtenir l'opinion d'un expert ? Pourra-t-on forcer un défendeur à accepter l'expert retenu par le demandeur sachant qu'il a déjà statué de façon préliminaire sur la question soulevée ? Obligera-t-on un demandeur à payer la moitié des frais d'un expert commun alors qu'il en a déjà mandaté un autre ?

Heureux mélange commandant l'application combinée ou simultanée des principes de proportionnalité, célérité, équité, accessibilité à la justice, indépendance et impartialité, droit à une défense pleine et entière découlant de la règle *audi alteram partem*, maîtrise du dossier et débat contradictoire², pour ne nommer que ceux-là, le débat opposant expertise commune à expertise individuelle soulève, curieusement d'ailleurs³, les passions des juristes, à telle enseigne qu'il serait surprenant que l'encre cesse de couler sur le sujet.

Le présent texte n'entend rien régler à ce débat, lequel mériterait, comme le soulignait avec justesse un auteur, un texte de fond entier⁴ que le format du présent article ne permet pas de traiter à sa juste valeur.

Plutôt, c'est sans complexe que la présente proposition naît de l'observation, depuis l'avènement du nouveau *Code de procédure civile* le 1^{er} janvier 2016, d'une importante quantité de dossiers judiciaires dont l'existence même est précédée d'expertise(s) réalisée(s) par les parties et soumises sans ambages dans le *Protocole de l'instance* comme justifiant, voire permettant⁵, le recours à l'expertise individuelle⁶.

Une telle séquence d'opérations trouve une justification pratique bien réelle chez le justiciable désireux de confirmer son droit d'action, mais la question demeure entière : comment l'expertise individuelle préjudiciaire s'articule-t-elle avec la faculté dont disposent les tribunaux d'ordonner qu'une expertise soit commune à titre de mesure de gestion, analyse dans le cadre de laquelle les « démarches déjà faites » ne représentent qu'un des éléments à considérer dans une analyse plus large que nous nous permettrons de qualifier de globale et contextuelle⁷ ?

I- L'ADOPTION DU NOUVEAU C.P.C. ET LA NOTION DE « DÉMARCHES DÉJÀ FAITES »

L'honorable André Wery, j.c.s., énumère cinq reproches adressés à l'expertise judiciaire : elle coûte cher, cause presque toujours des délais dans la mise en état des dossiers, allonge la durée des instructions, est peu crédible parce que peu objective et oblige le juge à effectuer un travail pour lequel il n'est pas qualifié⁸.

Les réflexions relatives au rôle de l'expert dans le procès civil, ici comme ailleurs, ne datent pas d'hier. Au Québec seulement, depuis environ une vingtaine d'années, on dénombre une quantité importante de rapports et d'études sur ce sujet, produits par des comités professionnels ou ministériels, des membres du Barreau, des représentants du ministère de la Justice, des comités formés de juges ou par d'autres ordres professionnels⁹.

Notre revue de l'avant-projet de loi de 2011 révèle qu'à cette époque, la notion de « démarches déjà faites » était absente de la facture de ce qui est aujourd'hui devenu l'article 158(2^o) C.p.c.¹⁰.

C'est en effet uniquement dans le cadre du projet de loi de 2013 que la notion de « démarches déjà faites » a fait son apparition¹¹.

Nous nous sommes particulièrement intéressés aux commentaires qu'a pu recevoir la notion de « démarches déjà faites » dans le cadre de l'adoption du nouveau *Code de procédure civile*¹². Les journaux parlementaires relatifs au projet de loi de 2013 sont silencieux quant à l'origine de cet ajout par le législateur québécois¹³.

Néanmoins, un auteur note la vive opposition soulevée au cours du cheminement de l'avant-projet de loi de 2011 quant à l'expertise commune, plus particulièrement dans le domaine de la responsabilité professionnelle, notamment en raison des craintes concernant les atteintes possibles au droit à une défense pleine et entière, en raison du fait que plusieurs courants de pensée scientifique peuvent exister sur un sujet donné, mais également en raison de la perception de la qualité de la justice que pouvaient alors avoir les justiciables¹⁴.

En scrutant les travaux parlementaires relatifs à l'avant-projet de loi de 2011, nous en venons aux mêmes constats, tout en nous permettant d'ajouter que la notion de « démarches déjà faites » a été spécifiquement recommandée à de nombreuses reprises lors de ceux-ci, ces travaux constituant la source probable de son intégration dans le texte final. Notons que le mémoire présenté par le Barreau du Québec à cette occasion proposait que l'expertise commune ne soit ordonnée que sur demande d'une partie, mais encore, qu'elle ne devrait pas l'être :

[s]i une partie a déjà retenu les services d'un expert ou si les parties ont déjà convenu d'une démarche d'expertise dans leur protocole préjudiciaire.¹⁵

Le mémoire présenté par l'Association du Barreau canadien notait pour sa part qu'en matière de responsabilité professionnelle, il est de bonne pratique pour les avocats de consulter un expert avant d'instituer un recours contre un professionnel et qu'à ce titre, il en résulterait un dédoublement des coûts par l'imposition ultérieure d'une expertise commune¹⁶.

Toutefois, c'est du côté des acteurs issus du domaine de la responsabilité médicale que les motifs les plus concrets au soutien d'un tempérament au pouvoir du juge gestionnaire d'ordonner une expertise commune furent explicités, notamment en ce qu'il y est monnaie courante qu'une évaluation médicale établissant l'existence du droit d'action d'un patient précède la prise en charge même du dossier par ses futurs procureurs, car autrement, il pourrait en résulter une inondation du système judiciaire¹⁷. C'est précisément cette idée qui nous a amenés à développer la réflexion faisant l'objet de la section suivante.

II- L'EXPERTISE INDIVIDUELLE PRÉJUDICIAIRE : JUSTIFICATIONS PRATIQUES RÉELLES

De l'assureur désireux confirmer l'identité des tiers qu'il estime fautifs pour les fins de son recours subrogatoire au propriétaire d'une résidence se questionnant sur l'existence de vices cachés, en passant par le patient victime d'une potentielle erreur médicale, comme l'ont exprimé plusieurs acteurs de la communauté juridique dans le cadre des travaux parlementaires¹⁸, il n'est pas contre-indiqué qu'un justiciable, par prudence, prenne les moyens nécessaires pour confirmer l'identité d'éventuels défendeurs, la validité de son droit d'action¹⁹, voire même calculer plus précisément ses chances de succès s'il connaît déjà l'identité des défendeurs potentiels à l'action²⁰.

Si nous souscrivons à la position de M^e Jean-Pierre Ménard, Ad. E., suivant laquelle réfléchir autrement risquerait d'inonder le système judiciaire²¹, nous nous permettons même de lancer la bouteille suivante à la mer : pourrait-on aller jusqu'à prétendre que réfléchir autrement pourrait donner lieu, en certaines circonstances précises, au rejet préliminaire d'une action ?

Certains dossiers récents nous rappellent qu'en l'absence de faute précise et caractérisée dans l'énoncé d'une demande dirigée à l'endroit d'une partie, motif qualifié à juste titre selon nous d'« *argument de texte* », une action ou une intervention forcée peut être rejetée au stade préliminaire²², et ce, même en cas de solidarité entre les parties co-défenderesses²³. Dans un tel cas, le recours à l'expertise préjudiciaire est d'une utilité variable : ou bien elle peut être de nature à dissuader la partie demanderesse d'instituer son recours si les constats de l'expert sont insatisfaisants, ou bien elle peut à l'inverse confirmer son droit d'action. Évidemment, dans le doute, le tribunal devrait, suivant le séculaire principe à cet égard, faire preuve de prudence lorsque l'issue du recours dépend des expertises²⁴. L'on pourrait même ajouter à cet argument qu'une trop grande tardiveté à se désister d'un recours que l'on découvre ultérieurement comme étant sans fondement peut constituer un abus²⁵.

Variation sur un même thème : s'il est vrai que la réception d'un rapport d'expertise ne constitue pas, en soi, le point de départ du délai de prescription²⁶, l'inverse est aussi vrai dans certains dossiers d'une très haute technicité²⁷ où, sans un rapport d'expert préjudiciaire, la cause d'action n'équivaudrait pour le demandeur qu'à de simples soupçons, insuffisants pour constituer la connaissance suffisante des éléments constitutifs du droit d'action nécessaire à conclure au point de départ du délai de prescription²⁸.

Ces considérations à l'esprit, abordons maintenant le traitement que réserve la jurisprudence récente aux expertises individuelles préjudiciaires en application du pouvoir d'ordonner l'expertise commune à titre de mesure de gestion.

III– APPLICATIONS PRATIQUES DE LA NOTION DE « DÉMARCHES DÉJÀ FAITES » DEPUIS L'ENTRÉE EN VIGUEUR DU NOUVEAU C.P.C.

La Cour d'appel, dans un arrêt bien connu qui, lui aussi, mériterait un texte de fond entier²⁹, a établi qu'il est inexact en droit d'affirmer que l'expertise commune est devenue la règle sous le nouveau *Code de procédure civile*³⁰, tout en spécifiant que l'analyse à laquelle doit se livrer le juge gestionnaire lorsqu'il exerce les pouvoirs prévus à l'article 158(2^o) C.p.c. consiste en « l'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 »³¹. La Cour d'appel dissèque ensuite son application des trois critères prévus à l'article 158(2^o) C.p.c. dans une analyse que nous nous permettons de qualifier de globale et contextuelle³², en ce qu'aucun critère n'apparaît prépondérant d'un point de vue théorique, l'analyse s'effectuant au « cas par cas »³³, de manière qualitative plutôt que quantitative.

Notre propos découle implicitement du texte même de l'arrêt *Webasto* en ce que malgré le fait que la Cour d'appel reproche au juge de première instance de ne pas avoir tenu compte de l'expertise individuelle préalablement obtenue, c'est la divergence des écoles de pensée en économie et la conséquence pratique suivant laquelle l'expert commun déciderait du litige à la place du juge qui semblent fonder la *ratio decidendi*³⁴.

Les tribunaux ont néanmoins pu analyser la notion de « démarches déjà faites » à d'autres occasions, tant avant qu'après le prononcé de l'arrêt *Webasto*³⁵.

Tout procureur exerçant en matière de préjudice corporel se doit de connaître la décision *Parent c. Richer*³⁶, qui a notamment entraîné, en pratique, une vague de dossiers régis par l'expertise commune en l'absence d'expertise individuelle préjudiciaire³⁷. Dans cette affaire, les démarches préalables effectuées à l'initiative des parties défenderesses par le truchement d'un chirurgien orthopédiste³⁸ ont cédé le pas à la proportionnalité, le sort desdites démarches y étant traité comme suit :

[34] Quant au fait que les défendeurs se sont déjà entendus pour partager les frais d'une expertise en défense et pour retenir les services du Dr Godin, cela n'est pas non plus un empêchement à la nomination d'un expert commun. Il appartiendra aux avocats de déterminer entre eux si le Dr Godin est un expert acceptable pour tous. Dans la négative, il peut être pallié à la situation en considérant inclus dans les frais de justice les frais préliminaires du Dr Godin, s'il en est, étant donné la position initialement annoncée par la prédécesseure au dossier de Me Jolivet.

Poursuivant sur le sujet qui nous occupe, un *obiter dictum* de l'honorable Clément Samson, j.c.s., laisse entendre que le seul fait de détenir une expertise individuelle préjudiciaire ne devrait générer aucun réflexe d'automatisme chez le juge gestionnaire³⁹ :

[30] Bien que cela était le cas dans l'affaire *Webasto* et que ce ne soit pas le cas dans la présente affaire, la notion de « démarches déjà faites » ne doit pas faire dérailler la réforme du Code, car on peut anticiper qu'une partie n'aurait qu'à demander une expertise pour ensuite dire qu'elle a besoin de la produire pour contourner le débat sur l'expertise unique. Même en matière de vices cachés pour des immeubles résidentiels où les enjeux financiers ne sont pas toujours élevés, il est possible de concevoir une demande d'expert unique dès l'envoi d'une mise en demeure au vendeur. Un refus de ce dernier pourrait influencer la décision sous l'article 158 C.p.c. et les frais de justice. Chose certaine, au risque de se répéter, dans la présente affaire, GCE n'a pas demandé préalablement une expertise.

Parallèlement, nous notons le jugement *Perron c. Bélanger*⁴⁰ rendu par l'honorable Marie-Paule Gagnon, j.c.s., où l'absence d'expertise individuelle préjudiciaire dans un dossier de vices cachés a semblé revêtir un certain poids dans la décision d'ordonner une expertise commune, le tribunal notant qu'il n'y avait alors aucun dédoublement des coûts du fait de l'ordonnance ainsi rendue, les économies associées à celle-ci étant d'autant plus évidentes. Il n'est pas interdit de penser que le sort de cette affaire aurait pu être différent si une expertise individuelle préjudiciaire avait été en la possession d'une des parties.

L'arrêt *Développements Pierrefonds inc. c. Ville de Montréal*⁴¹, dont les faits sont toutefois particuliers et ne sauraient s'appliquer à un grand nombre de situations, est une autre illustration du fait que la détention d'une expertise individuelle préjudiciaire ne génère aucun réflexe d'automatisme chez le juge gestionnaire exerçant le pouvoir lui étant conféré par l'article 158(2^o) C.p.c.

Cette réclamation civile en expropriation déguisée dirigée à l'endroit de la Ville de Montréal avait notamment pour objet le remboursement de la valeur de terrains acquis, de même que, distinctement, de la valeur correspondant au potentiel de développement perdu. Il ne faut pas perdre de vue que l'expertise principale, à savoir la valeur des terrains, n'était pas commune dans cette affaire. Néanmoins, des expertises sur des points incidents au litige, notamment la délimitation de plaines inondables de même que le territoire visé par des contraintes écologiques, furent ordonnées comme devant être communes par la juge de première instance.

L'honorable Stéphane Sansfaçon, j.c.a., confirme la décision du tribunal de première instance en ce que l'objet des expertises communes était à caractère relativement objectif et secondaire par rapport aux expertises principales qui, elles, étaient individuelles⁴². Quant à la notion de « démarches déjà faites », aucune démonstration n'avait été faite devant le tribunal de première instance afin de le convaincre que les expertises visaient effectivement la réclamation en dommages-intérêts : au contraire, le plus haut tribunal de la province y a retenu que lesdites expertises n'avaient pas été confectionnées à cette fin⁴³. Nous notons enfin des commentaires fort intéressants du tribunal sur les conséquences de la décision d'imposer l'expertise commune sur les « démarches déjà faites » :

[16] Sur cette question du travail d'expert déjà réalisé, rien n'empêche d'ailleurs les parties de transmettre aux experts qui seront désignés le travail déjà accompli. La collaboration souhaitée par le législateur au C.p.c. ne l'interdit aucunement, bien au contraire, cela dit, sans vouloir lier de quelconque façon l'indépendance de ces experts ainsi désignés.

[17] Par ailleurs, les requérantes ne seront aucunement privées de leur droit de déposer en preuve les expertises déjà réalisées afin de réclamer leur valeur à titre de dommages-intérêts. Évidemment, ces rapports ne vaudront toutefois pas comme rapport d'expert aux fins du litige.

En somme, nous retenons de cet arrêt qu'une partie désirant invoquer une expertise individuelle préjudiciaire comme argument militant contre l'expertise commune dans le cadre de l'analyse du juge gestionnaire en vertu de l'art. 158(2^o) C.p.c. se doit à tout le moins d'établir son lien avec le litige, d'autant plus si l'expertise traite d'un sujet accessoire ou secondaire à son objet principal.

L'affaire *B. Frégeau et Fils inc. c. Ville de Saint-Jean-sur-Richelieu*⁴⁴ rappelle également l'analyse globale et contextuelle à laquelle nous référerions plus tôt. Dans cette affaire, le recours était basé sur l'obligation de bonne foi de la ville défenderesse dans le cadre d'un appel d'offres, l'entrepreneur en demande alléguant que la nature des sols et les conditions de chantier étaient différentes de ce que contractuellement projeté. Une demande reconventionnelle était déposée par la ville concernant la réalisation de nouveaux plans et devis et l'exécution des travaux prévus au contrat. Un appel en garantie avait également été formulé à l'encontre de firmes de génie.

Suite à la publication d'un nouvel appel d'offres pour compléter le projet en litige, la demanderesse a saisi le tribunal afin que soit ordonnée une expertise commune sur la différence entre le nouvel appel d'offres et l'appel d'offres initial. Appliquant l'arrêt *Webasto*, l'honorable François P. Duprat, j.c.s., en vient à la conclusion suivante :

[26] La demande suggère qu'un seul expert limiterait le débat et, en application du principe de proportionnalité, éviterait la multiplication des expertises sur cet aspect du litige. Pour les défendeurs en garantie, on argumente que le litige sur le coût pour terminer les travaux concerne en fait la demande reconventionnelle de la Ville envers Frégeau et non les professionnels sur le chantier. Il s'agit pour eux de faits postérieurs aux faits en litige. Par ailleurs, la Ville souligne que les experts sont déjà retenus de part et d'autre et que certaines de ces expertises traitent des appels d'offres antérieur et postérieur. On souligne également qu'un rapport qui énumère les différences entre les 2 appels d'offres sans fournir une opinion sur les travaux ne servirait pas à solutionner le litige enclenché entre la Ville et Frégeau, soit les dommages liés à la reprise des travaux prévus dans le nouvel appel d'offres. En l'espèce, le Tribunal ne peut que constater à la lecture de la demande reconventionnelle, qui sera probablement l'objet de modifications, que cet aspect des dommages est fort important.

[27] En vue de ce qui précède et en fonction des pouvoirs de gestion sous l'article 158 C.p.c. ainsi que des motifs allégués à la demande pour une expertise commune, le Tribunal ne peut retenir qu'une seule expertise serait de

nature à résoudre le litige, surtout dans un contexte où les parties ont déjà retenu des experts et que la question du nouvel appel d'offres touche particulièrement la demande reconventionnelle. La demande ne sera donc pas accueillie.

Encore ici, les démarches déjà entreprises n'ont pas suffi, à elles seules, à justifier de refuser le recours à l'expert commun : la *ratio decidendi* du juge Duprat repose en partie sur la rétention préalable d'experts⁴⁵, mais également sur le fait que le rapport d'expertise commun envisagé touchait en partie la seule demande reconventionnelle de la ville, étrangère aux professionnels à qui l'on tentait d'imposer ce même rapport.

Enfin, dans la décision *Canadian Plastics inc. c. Novo Électronique inc.*⁴⁶, l'on aurait en principe pu assister au premier cas traitant d'une expertise préparée spécifiquement pour les fins du litige et portant directement sur celui-ci⁴⁷, où le débat aurait pu porter de manière centralisée sur la notion de « démarches déjà faites », car contrairement à l'arrêt *Webasto*, les parties ne semblaient pas y soulever le caractère hautement technique du sujet sous étude ou, encore, des écoles de pensée scientifiques contradictoires⁴⁸.

Or, bien que l'expertise commune ait été ordonnée, c'est un motif d'ordre procédural qui fut retenu par l'honorable Alain Bolduc, j.c.s., pour rejeter l'argument fondé sur l'expertise déjà réalisée par une partie en cours d'instance, en réaction à la défense orale de la partie adverse :

[22] Bien qu'il soit vrai que Canadian Plastics a engagé des frais pour faire préparer son expertise, cela n'a aucune incidence. Puisque le deuxième protocole de l'instance, comme le premier, ne prévoit pas le dépôt d'expertises, elle devait obtenir l'autorisation du tribunal, selon l'article 232, al. 1 C.p.c., pour pouvoir déposer une expertise.

CONCLUSION

En définitive, le simple fait de détenir une expertise individuelle préjudiciaire est un facteur parmi tant d'autres à être pondéré en vertu d'une approche globale et contextuelle des trois critères de l'article 158(2^o) C.p.c., à telle enseigne qu'il serait inexact de penser que les juges gestionnaires développeront un réflexe d'automatisme les menant invariablement vers l'expertise individuelle dans un tel cas.

Néanmoins, nous notons des illustrations jurisprudentielles précitées qu'aucune décision n'a encore statué sur la question de déterminer si la seule détention d'une expertise individuelle préjudiciaire portant directement sur le coeur du litige et entraînant une résolution globale de celui-ci, par exemple la cause d'un incendie, d'un dégât d'eau, de vices cachés⁴⁹ ou d'une erreur médicale, suffit à convaincre le juge gestionnaire de ne pas exercer le pouvoir lui étant conféré par l'article 158(2^o) C.p.c., encore qu'il devrait s'agir, pour les fins de la discussion, d'un domaine d'une technicité relative où il n'existe pas d'écoles de pensée contradictoires, facteurs propres à favoriser l'expertise commune.

Cet exemple pratique se double d'une piste de réflexion : nous l'avons vu, plusieurs ont dénoncé qu'imposer l'expertise commune dans de telles circonstances générerait un dédoublement des coûts pour la partie succombant à une telle décision⁵⁰, sans compter la prolifération du recours aux « *shadow experts* »⁵¹ ou experts fantômes⁵². Sur la question précise du dédoublement des coûts⁵³, un auteur a suggéré, dans une position en faveur de l'expertise commune, une analyse économique comparée des deux modèles dont la conclusion allait de soi : le système de l'expertise commune est moins coûteux que celui de l'expertise individuelle⁵⁴. Néanmoins, si la variable de l'expertise individuelle préjudiciaire est présente dans l'équation, une remise en question de cette conclusion s'impose à notre humble avis.

Les « démarches déjà faites » pourraient-elles, dans le cadre de l'analyse globale et contextuelle, faire pencher la balance dans les circonstances précises de l'exemple pratique sous étude ? Avec égards pour l'opinion contraire, nous sommes d'avis que la réponse se doit d'être affirmative⁵⁵ dans la mesure où, au-delà de l'argument du dédoublement des coûts, comme nous l'avons exprimé, la réalisation d'une expertise individuelle préjudiciaire revêt dans plusieurs cas une justification pratique bien réelle sans laquelle de nombreux recours pourraient être intentés à la légère, avant même de déterminer si une cause d'action existe contre les défendeurs visés, ce qui, nous pouvons bien le concevoir, n'est assurément pas le but que visait le législateur⁵⁶.

* M^e Jean-Claude Jr. Lemay, avocat chez Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, S.E.N.C.R.L., concentre sa pratique en litiges civil et commercial ainsi qu'en droit des assurances et de la construction. L'auteur tient à remercier M^e Bertrand Paiement pour ses conseils sages et avisés dans la révision du présent texte.

1. Daniel DUMAIS, « Extrait du rapport du Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau sur les expertises (juillet 2007) », dans *Développements récents et tendances en procédure civile*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 238-239, [EYB2010DEV1664](#), où l'honorable Daniel Dumais, j.c.s., alors avocat, rapportait le texte intégral de l'analyse de l'honorable André Wery, j.c.s., alors juge en chef adjoint de la Cour supérieure du Québec.

- [2.](#) Pour une analyse approfondie sur l'interaction de ces principes dans le cadre du débat opposant expertise commune à expertise individuelle, voir entre autres Emmanuel PRÉVILLE-RATELLE, sous la direction de Jean-Louis BAUDOIN, *Le paradoxe de l'expertise partisane*, Collection Minerve, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 79-89, [EYB2015MIN6](#).
- [3.](#) Selon l'expression utilisée par l'honorable Yves-Marie Morissette, j.c.a., lorsque discutant du sujet à l'étude : Yves-Marie MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions », (2009) 50 C. de D. 381, 407.
- [4.](#) Guillaume ROUSSEAU, « L'accès à la justice, les procédures judiciaires et le nouveau *Code de procédure civile* : conceptions, moyens et premier bilan », dans Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ (dir.), *Le nouveau code de procédure du Québec – « Approche différente » et « accès à la justice civile » ?*, Sherbrooke, R.D.U.S., 2014, p. 67.
- [5.](#) Aux yeux des procureurs ayant recours à cette mention.
- [6.](#) Art. [148](#), al. 2(4^o) C.p.c.
- [7.](#) L'approche globale et contextuelle est désignée comme telle en référence à un cadre d'analyse déjà utilisé dans de nombreux domaines, notamment en droit administratif et du travail (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [EYB 2019-335761](#), par. 97 ; *9149-4567 Québec inc. (Villa Berthier) c. Tribunal administratif du travail*, 2020 QCCS 2262, [EYB 2020-356074](#), par. 18) ; en droit familial, voir *Droit de la famille - 123017*, 2012 QCCS 5310, [EYB 2012-213055](#), par. 19 ; en matière de diffamation, voir *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663, [REJB 2002-36356](#), par. 83, entre autres.
- [8.](#) André WERY, « Les réformes judiciaires canadiennes : de fausses prémisses qui ont la vie dure », dans Pierre NOREAU (dir.), *Révolutionner la justice – Constats, mutations et perspectives*, Les Journées Maximilien-Caron 2009, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 120. Voir également, sur le même sujet : Y.-M. MORISSETTE, *supra*, note 3, p. 409 et s. ; Pierre-Claude LAFOND, *L'accès à la justice civile au Québec*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 294-295.
- [9.](#) Pour une recension de textes à consulter à cet égard, voir notamment : Daniel JUTRAS, « L'expert et la justice civile », dans Pierre NOREAU, Emmanuelle BERNHEIM, Maya CACHECHO, Catherine PICHÉ, Jean-François ROBERGE et Catherine ROSSI (dir.), *22 chantiers sur l'accès au droit et à la justice*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 148-149.
- [10.](#) *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 39^e lég., 2^e sess., 2011, art. 155, al. 1(2^o).
- [11.](#) P.L. 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 40^e lég., 1^{ère} sess., 2013, art. 159, al. 1(2^o).
- [12.](#) *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1. Pour une revue des principaux changements législatifs intervenus depuis 2003 : Denis FERLAND, « La réforme de la procédure civile au Québec – Origine et évolution de la *Loi portant réforme* (2002) vers le nouveau *Code de procédure civile* (2014) », dans Sylvette GUILLEMARD (dir.), *Le Code de procédure civile : quelles nouveautés ?*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 4 et s.
- [13.](#) Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 40^e lég., 1^{ère} sess., vol. 43, n^o 83, 5 novembre 2013, p. 12 et s. Voir également Luc CHAMBERLAND, *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 84, qui spécifie que les « démarches déjà faites » réfèrent à un rapport d'expertise déjà obtenu par une partie.
- [14.](#) G. ROUSSEAU, *supra*, note 4, p. 68.
- [15.](#) Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec le 19 décembre 2011, p. 27.
- [16.](#) Association du Barreau canadien, *Mémoire relatif à l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, 16 décembre 2011, p. 22. Nous reviendrons sur ce point lors de la conclusion du présent texte.
- [17.](#) Voir les commentaires de M^e Jean-Pierre Ménard, Ad. E. : Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 39^e lég., 2^e sess., vol. 42, n^o 59, 19 janvier 2012, p. 49 et s. Voir également les commentaires de Robert-Jean Chénier (alors avocat), pour l'Association canadienne de protection médicale : Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 39^e lég., 2^e sess., vol. 42, n^o 58, 18 janvier 2012, p. 30 et s. Voir enfin les commentaires du Fonds d'assurance responsabilité professionnelle de l'Ordre des dentistes du Québec : Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 39^e lég., 2^e sess., vol. 42, n^o 57, 17 janvier 2012, p. 14.

18. Voir section précédente.

19. Ce que reconnaît d'ailleurs le professeur Jutras : « Dans bien des dossiers, les parties font intervenir des experts (pour évaluer la viabilité de leur réclamation ou de leur théorie de la cause, par exemple) bien avant que le juge ne soit en mesure de circonscrire le débat, parfois même avant l'introduction de la demande en justice ». Voir D. JUTRAS, *supra*, note 9, p. 153. Voir au même effet les commentaires de l'honorable Geneviève Cotnam, j.c.a., alors avocate : « Il est fréquent que les parties retiennent les services d'un expert avant même que le dossier ne devienne litigieux. L'expertise n'est pas nécessairement préparée dans l'objectif d'être produite au dossier de la cour, mais peut l'être dans le but de contrôler certains faits, de se ménager une preuve ou encore d'évaluer les chances de succès d'un éventuel recours ». Voir Geneviève COTNAM, « L'expertise commune : un changement culturel » dans Geneviève COTNAM et Isabelle HUDON (dir.), *L'expertise*, Montréal, LexisNexis, 2016, p. 67, n^o 2-108.

20. Comme le rappelait récemment la Cour d'appel, l'on ne poursuit pas quelqu'un dans le but de découvrir s'il nous a causé préjudice, l'action en justice n'étant pas une expédition de pêche : *Lacour c. Construction D.M. Turcotte TRO inc.*, 2019 QCCA 1023, [EYB 2019-312527](#), par. 45.

21. *Supra*, note 17.

22. *Zurich Compagnie d'assurances c. SDM Consultants*, 2020 QCCS 3465, [EYB 2020-365423](#), par. 14 et s. ; *Municipalité de Sainte-Julienne c. Lys Air Mécanic inc.*, 2019 QCCS 3582, [EYB 2019-315640](#).

23. *Ville de Blainville c. Grands travaux Soter inc.*, 2019 QCCS 2675, [EYB 2019-313532](#) (Requête pour permission d'appeler rejetée par *LK Industries inc. c. Vitrierie JL inc.*, 2019 QCCA 1612, [EYB 2019-317330](#)). Notons toutefois que cette décision omet de distinguer le courant jurisprudentiel voulant qu'en présence de solidarité, la preuve du critère de nécessité ne soit pas requise pour permettre l'intervention forcée d'un codébiteur solidaire, car permise par l'article [1529](#) C.c.Q. : *Girard c. Girard*, 2007 QCCA 473, [EYB 2007-117435](#), par. 45-47 ; *Serres Floraplus inc. c. Norséco inc.*, 2008 QCCS 1455, [EYB 2008-132323](#), par. 38 et s. ; *Association pour la défense des droits des défunts et des familles du Cimetière Notre-Dame-des-Neiges c. Fabrique de la paroisse Notre-Dame de Montréal*, 2008 QCCS 5697, [EYB 2008-154530](#), par. 25 ; *Mainville c. Laval (Ville de)*, 2006 QCCS 883, [EYB 2006-101527](#), par. 31-40 ; *Factory Mutual Insurance Company c. Gérin-Lajoie*, J.E. 2003-2093, [REJB 2004-79922](#), par. 32-33 (C.S.) (Requête pour permission d'appeler rejetée (C.A., 2003-12-04) 500-09-013965-033) ; Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 2, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, p. 283-284, par. 746. Nous notons toutefois de l'arrêt rejetant la requête pour permission d'en appeler de cette décision que l'absence de traitement de l'article [1529](#) C.c.Q. en première instance n'était pas suffisante pour conclure à l'existence de jurisprudence contradictoire sur le sujet, bien qu'il soit difficile de nier qu'une contradiction apparente ressorte à première vue entre la décision rendue et la jurisprudence existante sur le sujet.

24. Voir notamment *Pyrioux inc. c. 9251-7796 Québec inc.*, 2016 QCCA 651, [EYB 2016-264609](#), par. 28, 33-35 ; *Québécomm Spectacles inc. c. 146156 Canada inc. (Groupe Berger)*, 2017 QCCS 4704, [EYB 2017-285960](#).

25. *Droit de la famille - 20970*, 2020 QCCS 2314, [EYB 2020-356136](#), par. 69 et s. (Déclaration d'appel, C.A. Montréal, 500-09-029062-205, 4 septembre 2020) ; *Carignan c. Langlois*, 2014 QCCS 997, [EYB 2014-234765](#) (Requête pour permission d'appeler rejetée par *Carignan c. Langlois*, 2014 QCCA 841, [EYB 2014-236328](#)). Pour une application en cours d'instance, voir : *Firstonsite Restoration, l.p. c. Distribution Mama Cheaters inc.*, 2016 QCCS 2606, [EYB 2016-266557](#).

26. Sur ce sujet, voir la recension de jurisprudence effectuée par l'honorable Donald Bisson, j.c.s., dans *Ville de Mont-Saint-Hilaire c. Constructions Prélon inc.*, 2017 QCCS 89, [EYB 2017-275009](#), par. 27 et s. Voir également : *Lacour c. Construction D.M. Turcotte TRO inc.*, précité, note 20, par. 48 et s.

27. Voir entre autres : *Société d'assurances générales Northbridge c. Lumen, division de Sonepar inc.*, 2019 QCCA 1555, [EYB 2019-316683](#), par. 18.

28. *Lacour c. Construction D.M. Turcotte TRO inc.*, précité, note 20, par. 34 ; voir également *Bolduc c. Lévis (Ville de)*, 2015 QCCA 1428, [EYB 2015-256459](#), par. 53.

29. *Webasto c. Transport TFI 6*, 2019 QCCA 342, [EYB 2019-307831](#). Arrêt notamment commenté par Charles GUAY, « Commentaire sur la décision *Webasto c. Transport TFI 6* – Un premier arrêt de principe en matière d'expertise commune », dans *Repères*, avril 2019, *La référence*, [EYB2019REP2736](#).

30. *Ibid*, par. 15. Voir toutefois l'*obiter dictum* de l'honorable Babak Barin, j.c.s., dans *Maxant c. Ziegler*, 2019 QCCS 1779, [EYB 2019-311343](#), plus spécifiquement au par. 61 (décision notamment commentée par Charles GUAY, « Commentaire sur la décision *Maxant c. Ziegler* – Expertise commune et responsabilité médicale : la proportionnalité et l'accès à la justice sous les projecteurs », dans *Repères*, juillet 2019, *La référence*, [EYB2019REP2799](#)). Voir également : Catherine PICHE, d'après l'oeuvre de Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, [EYB2020PRC43](#), par. 499, p. 362, qui souligne que cette décision de principe est critiquée, et jurisprudence y citée.

[31.](#) *Ibid.*

[32.](#) *Ibid.*, par. 24 et s. Sur la qualification de l'approche, voir *supra* note 7.

[33.](#) *Ibid.*, par. 15.

[34.](#) *Ibid.*, par. 28-36.

[35.](#) À noter que la décision *Univesta Assurances et services financiers inc. c. Fiducie familiale Simon Bélanger*, 2018 QCCS 2389, [EYB 2018-295025](#), par. 35, ne sera pas traitée dans le cadre du présent texte, vu les faits trop particuliers qui la sous-tendent.

[36.](#) 2016 QCCQ 2468, [EYB 2016-264827](#).

[37.](#) Nous notons toutefois que la possibilité d'une divergence entre les diverses écoles de pensée, notamment en recherche fondamentale et appliquée, n'a pas encore été éprouvée par les tribunaux, cette décision ayant été rendue avant l'arrêt *Webasto c. Transport TFI 6*, précité, note 29. Voir G. COTNAM, *supra*, note 19, n^o 2-88, p. 67 : « Ce sera également le cas lorsque plusieurs écoles de pensée s'affrontent sur un sujet donné, par exemple en matière de responsabilité médicale, où plusieurs approches thérapeutiques peuvent être considérées devant un même portrait clinique ».

[38.](#) On note de la facture de la décision que seul un rendez-vous avait été prévu et qu'un rapport en bonne et due forme ne semblait pas préparé : voir par. 25.

[39.](#) 9310-7720 *Québec inc. c. Groupe Pelco inc.*, 2019 QCCS 2919, [EYB 2019-314001](#), par. 30.

[40.](#) 2019 QCCS 2031, [EYB 2019-312051](#).

[41.](#) 2020 QCCA 428, [EYB 2020-349794](#).

[42.](#) *Ibid.*, par. 12.

[43.](#) *Ibid.*, par. 14.

[44.](#) 2020 QCCS 3862, [EYB 2020-366653](#).

[45.](#) Sans qu'il soit toutefois spécifié qu'un rapport en bonne et due forme avait été rédigé.

[46.](#) 2021 QCCS 402, [EYB 2021-374518](#) (délai d'appel non expiré au moment d'écrire ces lignes).

[47.](#) À la différence de l'arrêt *Développements Pierrefonds*, précité, note 41.

[48.](#) *Canadian Plastics inc.*, précité, note 46, par. 24.

[49.](#) Voir à cet effet : G. COTNAM, *supra*, note 19, n^o 2-109 à 2-111, p. 70-71, où l'on précise que dans le cas de figure analysé ici, présenté sous l'angle de l'enquête d'un assureur suite à un sinistre, l'expertise commune ultérieure ne constitue pas une source d'économie.

[50.](#) Voir Association du Barreau canadien, *supra*, note 16. Voir également : Annie BERNARD et Stéphanie LAVALLÉE, « Expertise », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Jurisclasseur Québec – Procédure civile I*, 2^e éd., fasc. 23, éd. feuilles mobiles, par. 33, p. 23-36, 2020 ; Michel GAGNÉ et Chloé D'ASTOUS, « Le nouveau Code de procédure civile et l'environnement : bilan et regard prospectif », dans *Développements récents en droit de l'environnement*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, [EYB2017DEV2508](#), p. 73-74.

[51.](#) Voir D. JUTRAS, *supra*, note 9, p. 160 ; E. PRÉVILLE-RATELLE, *supra*, note 2, p. 92-93.

[52.](#) Voir G. COTNAM, *supra*, note 19, n^o 2-114, p. 71 ; Robert-Jean CHÉNIER, « Un regard critique sur la preuve d'expert », dans *Le TAQ d'hier, d'aujourd'hui et de demain – 15^e anniversaire du TAQ*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 363, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, [EYB2013DEV1968](#), p. 183 ; voir également *Maxant c. Ziegler*, précité, note 30, par. 75.

[53.](#) Voir, entre autres, *Perron c. Bélanger*, précité, note 40, par. 19.

[54.](#) E. PRÉVILLE-RATELLE, *supra*, note 2, p. 92-93 ; voir également *Développements Pierrefonds inc. c. Ville de Montréal*, précité, note 41, par. 13 *in fine*.

[55.](#) Voir notamment : Mathieu COMEAU, « L'expert commun et le respect de l'espace du débat judiciaire », dans Sylvette GUILLEMARD (dir.), *Le Code de procédure civile : quelles nouveautés ?*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 58.

[56.](#) Voir section II du présent texte.

Date de dépôt : 2 mars 2021

Éditions Yvon Blais, une société Thomson Reuters.

©Thomson Reuters Canada Limitée. Tous droits réservés.