



L'immunité du témoin expert

PAR JOHN SHEVCHUK

AACI(Hon), avocat, C.Arb, RI

J'ai déjà eu l'occasion d'écrire à propos de l'état du droit au Canada concernant le devoir qui incombe à un évaluateur retenu comme témoin expert envers la cour, le tribunal administratif ou le tribunal arbitral avant d'y comparaître. Je m'attends à ce que les évaluateurs soient bien conscients que de nos jours, un témoin expert doit éviter de défendre les intérêts de l'une ou l'autre partie lors d'une procédure. Le devoir principal d'un expert devant la cour ou le tribunal est de se montrer équitable, objectif et impartial quand il fournit une preuve sous forme d'opinion.¹ Certains champs de compétence au Canada ont codifié cette exigence.²

Toutefois, une autre facette du rôle de témoin expert vaut la peine qu'on en discute, soit l'immunité du témoin expert. Est-il possible qu'un plaideur malheureux poursuive un témoin expert relativement à la preuve donnée ? Dans quelle mesure un évaluateur est-il protégé contre les réclamations pour rupture de contrat ou pour négligence dans la prestation de services de témoin expert ? Cela importe-t-il si le plaideur malheureux est la partie qui a obtenu les services du témoin expert plutôt que la partie adverse ? Cette question a récemment fait l'objet d'un examen de la Cour supérieure de justice de

l'Ontario dans *The 6th Line Mofos Limited v. Stewart*, 2022 ONSC 520 [Mofos].

Les faits et les enjeux dans *Mofos*

Dans *Mofos*, la relation de deux copropriétaires d'immobilier est devenue litigieuse et on a décidé que le mécanisme de rachat de leur accord de cotenance serait exercé. Le processus prévoyait le rachat par un copropriétaire de l'intérêt de l'autre copropriétaire, pour 85 % de la valeur estimative. Les copropriétaires n'ont pu s'entendre sur le prix de rachat et donc, en vertu du mécanisme de rachat, chacun a obtenu une évaluation de la propriété et la valeur finale devait être déterminée en faisant la moyenne des deux valeurs estimatives. À l'échange des évaluations, le copropriétaire A s'est objecté à la méthodologie utilisée par l'évaluateur du copropriétaire B et a refusé de clore la transaction. Cela a mené les copropriétaires à se soumettre à un arbitrage contraignant. Entre autres choses, l'arbitre a conclu que l'évaluation préparée par l'évaluateur retenu par le copropriétaire B ne se qualifiait pas comme évaluation selon le mécanisme de rachat, avec pour résultat que l'évaluation plus basse de l'évaluateur du copropriétaire A est devenue le prix de rachat. Suite à l'arbitrage, les deux

copropriétaires ont poursuivi l'évaluateur du copropriétaire B. Le copropriétaire A a poursuivi l'évaluateur pour ses frais non recouverts encourus pour avoir été forcé de traverser le processus d'arbitrage. Le copropriétaire B, qui avait embauché l'évaluateur, a poursuivi l'évaluateur pour rupture de contrat, négligence et violation de devoir fiduciaire. À la fin, la cour a tranché en faveur de l'évaluateur. La réclamation du copropriétaire A pour ses frais encourus dans le processus d'arbitrage a été rejetée en raison de l'immunité du témoin expert. La réclamation du copropriétaire B contre l'évaluateur a été rejetée parce que dans le témoignage reçu, aucune rupture de contrat dans la prestation des services du témoin expert n'a été établie.

Ce cas permet un examen intéressant de plusieurs enjeux, incluant la distinction entre le devoir de diligence selon le droit de la négligence et la violation des obligations d'un évaluateur en vertu des *Normes uniformes de pratique professionnelle en matière d'évaluation au Canada (NUPPEC)*, le devoir de diligence qui pourrait être dû par un évaluateur à des tierces parties, malgré une dénégaration générale de responsabilité contenue dans un rapport d'évaluation et, le point de mire de cet article, l'immunité du témoin expert.



Description de l'immunité du témoin expert

Aux paragraphes 105 et 106 de *Mofos*, la cour écrivait ce qui suit :

105 La doctrine de l'immunité des témoins empêche de déclencher une action au civil fondée sur un préjudice prétendument causé par le témoignage d'un témoin. C'est un principe bien inscrit dans notre droit.

106 Cette doctrine repose sur diverses raisons : 1) encourager les témoins à témoigner librement, sans crainte des conséquences pour eux-mêmes; 2) protéger les témoins contre les réclamations injustifiées et harcelantes de la part de plaideurs insatisfaits; 3) prévenir un attaque indirecte sur des questions déjà jugées, favorisant le caractère définitif d'une procédure judiciaire; et 4) encourager les témoins experts à témoigner dans une procédure judiciaire afin d'assurer une protection contre une pénurie d'experts désireux de témoigner et contre les frais plus élevés qui s'ensuivraient pour retenir des experts à cette fin.

Étendue de l'immunité du témoin expert

Même si l'immunité du témoin expert est bien établie, une exception limitée à

l'immunité a été reconnue relativement aux honoraires pour services rendus lorsque la partie retenant l'expert établit une rupture de contrat ou une négligence de la part de l'expert qui se prépare et qui témoigne dans une procédure.

Dans *Mofos*, Healey J. évoquait la décision de la Cour suprême du Royaume-Uni dans *Jones v. Kaney*, [2011] UKSC 13 [*Jones*], où l'immunité du témoin expert fut abolie pour une partie qui poursuivait son propre expert pour cause de négligence. Healey J. remarquait que *Jones* n'a pas force de loi au Canada.

Healey J. évoquait également la décision dans *Paul v. Sasso*, 2016 ONSC 7488 [*Paul*], qui montre comment l'immunité fonctionne au Canada. Dans *Paul*, l'expert de la défense fut retenu par le plaignant pour fournir une preuve d'expert dans un différend sur une évaluation partagée. Lors du procès sur l'évaluation, la cour rejeta le témoignage de l'expert et prit une décision défavorable sur sa crédibilité. Après le procès, le client malheureux poursuivit l'expert pour négligence et rupture de contrat et l'expert déposa une demande reconventionnelle pour frais impayés. Le client se défendit contre la demande reconventionnelle en alléguant la rupture de contrat et la négligence de la part de l'expert lorsqu'il se prépara et qu'il fournit sa preuve.

L'expert déposa la demande suivante : a) rejet de l'action du client; et b) jugement pour ses frais impayés facturés pour services rendus. La cour rejeta l'action du client en raison de l'immunité du témoin expert. Cependant, la cour considérait que le client ne pouvait être empêché d'alléguer une rupture de contrat de la part de son expert en tant que défense contre la réclamation pour frais impayés. Sur la question de l'immunité des témoins experts, la cour écrivait ce qui suit :

16 Nos tribunaux tiennent depuis longtemps comme principe de base que les témoins et les parties ont droit à l'immunité absolue contre la responsabilité subséquente à leur témoignage dans une procédure judiciaire, puisque la bonne administration de la justice requiert la participation pleine et entière de témoins non entravés par la crainte de poursuites de représailles... Le privilège s'étend à la preuve donnée oralement ou par écrit, il inclut les documents utilisés adéquatement et préparés régulièrement pour usage dans les procédures et ne se limite pas aux actions en diffamation, mais touche toute action, quelle qu'en soit la forme... Le privilège s'est particulièrement appliqué aux rapports d'experts et à la preuve donnée à partir desdits rapport lors des procès...

17 Je ne vois aucune raison de principe pour laquelle le privilège devrait se limiter aux témoins opposés. La politique de droit commun pour assurer que tous les témoins puissent fournir leur preuve sans craindre d'être poursuivis par mesure de représailles n'est pas moindre quand on la considère du point de vue du propre témoin expert d'une partie. Au contraire, la politique très solide du droit commun a été que le propre expert d'une partie doive être objectif et ne pas devenir un « mercenaire ». Rule 53.03(2.1) of

the *Rules of Civil Procedure* requiert qu'un expert certifie comprendre les responsabilités d'un expert.

En ce qui touche la demande reconventionnelle, la cour déclarait :

34 Il est clair que les manquements à une obligation allégués par les plaignants (défendeurs par demande reconventionnelle) vont à la racine de l'avance sur salaire de [l'expert]. Je suis d'avis que l'immunité de l'expert peut être utilisée correctement par [l'expert] comme bouclier pour éviter la responsabilité dans la réclamation du plaignant, mais ne peut servir d'épée à [l'expert] pour empêcher les Paul de se défendre contre la demande reconventionnelle de [l'expert] sur la base de prétendues ruptures de contrat et de négligence. Les motifs de la politique empêchant les plaignants de poursuivre leur propre témoin expert pour pertes indirectes ne s'appliquent pas à la défense contre une réclamation pour honoraires professionnels déposée par un témoin expert... Si elles sont correctement démontrées, ces ruptures peuvent bien fournir une défense contre une partie ou la totalité des dommages réclamés par [l'expert].

Dans *Halpern v. Morris*, 2016 ONSC 7855, paragraphe 32, le tribunal remarquait que l'étendue de l'immunité d'un témoin expert est incertaine, selon la jurisprudence actuelle. Il semble clair que les réclamations contre un témoin expert pour pertes indirectes découlant de la preuve donnée par l'expert seront impossibles en raison de l'immunité du témoin expert, mais les tribunaux hésiteront à appliquer l'immunité à des situations où la partie retenant cet expert tente de le tenir responsable pour rupture de contrat ou pour négligence dans la prestation de ses services de témoin expert. Au paragraphe 33 de *Halpern*, le tribunal faisait allusion aux problèmes qui pourraient survenir si l'immunité s'étend absolument entre client et expert :

33 Si la conclusion atteinte par le juge suppléant dans ce cas est correcte, son prolongement logique voudrait qu'un expert ne pourrait pas être poursuivi par son client, même si l'expert a manifestement échoué à remplir correctement ses fonctions à titre d'expert. Supposons, par exemple, qu'un expert ait ignoré le principe de base applicable à son expertise et ait ainsi produit un rapport et fourni la preuve, cela fut inutile pour les parties et pour la cour. La personne qui a payé pour ce travail devrait-elle se voir nier le droit de recouvrer les honoraires ? Dans le même ordre d'idées, supposons que l'on puisse démontrer que l'expert ait frauduleusement gonflé le nombre d'heures passées sur le cas et, par conséquent, ses honoraires pour le travail effectué. La personne qui a payé pour ce travail devrait-elle se voir nier le droit de recouvrer les honoraires ou du moins le trop-payé ? Il ne me semble pas que les arguments donnés à l'appui de l'immunité du témoin expert justifient un tel résultat. Comme Lord Kerr disait dans ses motifs concordants, dans *Jones v. Kaney*, paragraphe 88 :

Il n'a pas été contesté que le témoin expert a un devoir envers le client qui a retenu ses services. Le manquement à ce devoir devrait normalement donner lieu à un recours.

En d'autres mots, un expert ne peut pas être poursuivi par une partie adverse dans une action en justice ou par la partie retenant l'expert pour des pertes découlant de la prestation des services de témoin expert; par ailleurs, l'expert ne peut pas non plus réclamer avec succès des honoraires impayés s'il y a eu rupture de contrat ou négligence dans la prestation des services de témoin expert et si le client peut maintenir une action en justice pour recouvrer les honoraires payés dans de telles circonstances. Dans *Mofos*, paragraphe 128, la cour exprimait

une opinion similaire :

128 Ces cas m'amènent à conclure que l'immunité des témoins experts demeure intacte dans le droit canadien. Elle empêche une poursuite contre un témoin expert pour pertes indirectes découlant du rapport et/ou du témoignage de cet expert, absolument. En ce qui concerne le propre expert d'un plaideur, la seule « fissure » dans cette immunité peut être pour les réclamations des honoraires d'un expert.

Conclusion

Tel que le droit existe au Canada, il semble que :

- a. l'immunité du témoin expert entre en jeu lorsque qu'un évaluateur s'engage à fournir des services de témoin expert;
- b. dans le cadre de cette immunité, un témoin expert ne peut pas être poursuivi pour pertes indirectes subies par une partie au litige à cause du témoignage de l'expert; et
- c. la partie ayant retenu le témoin expert peut être réticente à le payer pour services rendus ou vouloir recouvrer le paiement pour de tels services, si l'expert a violé un devoir contractuel ou s'il a été négligent dans la prestation de ses services de témoin expert.

Notes finales

¹ *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23

² Voir, par exemple, Colombie Britannique : *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, Rule 11-2; Ontario : *Règles de procédure civile*, RRO 1990, Règlement 194, Règle 4.1.01; *Civil Procedure Rules of Nova Scotia*, Rule 55.04, *Arbitration Act*, SBC 2020, chapitre 2 article 35

Cet article est fourni dans le but de générer la discussion. Il ne doit pas être considéré comme un avis juridique. Les questions soulevées par l'article dans des circonstances données doivent être soumises à des praticiens qualifiés du droit et de l'évaluation.