

par Steve Revay



Loin des yeux, loin du coeur! Je ne pourrais pas en vouloir à certains de nos lecteurs d'évoquer cet adage: il y a en effet plus d'un an que nous avons

publié le dernier numéro de notre bulletin. J'espère cependant que la majorité d'entre vous se souvient toujours de nous.

À défaut de pouvoir justifier ce long silence, contentons-nous d'une explication: nous avons été très occupés — dans mon cas, pas toujours à des activités lucratives. Comme plusieurs d'entre vous le savent, j'ai été très actif au sein de la Société canadienne de génie civil. Notre firme a reçu plusieurs mandats d'évaluation de la gestion de certains projets («project management overview»), une activité que nous décrivions dans notre dernier numéro. Nous avons aussi fait quelques enquêtes à travers le Canada, et nous en parlons plus bas. De plus, nos estimateurs et planificateurs ont été débordés par les nombreux mandats qu'ils ont dû remplir.

La plus grande partie de notre travail, cependant, est reliée à la résolution des différends contractuels; à cet égard, nos clients sont tout autant les maîtres d'ouvrages que les entrepreneurs. C'est à cause de l'importance de cet aspect de notre travail que nous avons cru bon d'écrire l'article principal du présent numéro. Et nous le faisons un peu pour rappeler à nos consultants que le témoin expert ne doit pas se faire le partisan d'une cause. Nous avons en effet appris, au fil des années, que la crédibilité et la valeur du témoignage de l'expert sont directement proportionnels à l'objectivité et à l'indépendance de ce dernier. Il est facile pour l'expert de devenir l'ardent défenseur d'une cause, si on l'y incite ou si on l'y oblige. J'espère que notre article aidera aussi les experts qui croient devoir plaider la cause de leur client plutôt que d'émettre une opinion objective.

Président de RAL

LE RÔLE DE L'EXPERT EN CONSTRUCTION

par Me Marc PRÉVOST — Stikeman, Elliott
et Jean HUDON, ing. — WDR

Dans le domaine de la construction, il arrive trop fréquemment que les parties au litige ou leurs conseillers juridiques sous-estiment le besoin d'avoir recours à un expert, ou retiennent ce dernier trop tardivement. Le but du présent article est de faire connaître les services que l'expert en construction peut rendre et les avantages certains que peuvent en tirer ceux qui y font appel. À la lumière de certaines décisions judiciaires récentes touchant la construction, il est aussi important de fixer les limites de la mission de l'expert.

Les litiges dans la construction sont de plus en plus fréquents et complexes. Cela est dû en grande partie à la nature même de l'industrie: Les parties à un projet de construction sont nombreuses — maître de l'ouvrage, entrepreneurs, sous-traitants, architectes, ingénieurs-conseils, fournisseurs spécialisés, etc. — et les intérêts respectifs de chacun sont souvent contradictoires. De plus, la construction des grands ouvrages s'échelonne souvent sur plusieurs années pendant lesquelles les ressources humaines, matérielles et financières des entrepreneurs sont mobilisées.

En plus de mettre en jeu des sommes d'argent considérables, les litiges portent fréquemment sur des questions techniques d'une grande complexité, et demandent l'étude de dizaines, voire de centaines de milliers de documents de toutes sortes. Il devient donc extrêmement difficile d'établir correctement les faits et d'en tirer des conclusions. L'établissement de la relation de cause à effet entre les faits allégués, d'une part, et les dommages-intérêts réclamés, d'autre part, nécessite souvent des techniques sophistiquées telles qu'une analyse des retards ou une étude de la productivité. À cause de l'importance des sommes demandées, les tribunaux sont de plus en plus exigeants à l'égard de la preuve sur ces aspects.

Pourquoi faire appel à un expert ?

Il est plusieurs types de causes, tant civiles que criminelles, où le recours à des experts est depuis longtemps jugé essentiel: par exemple un médecin pour une cause d'accident occasionnant des blessures ou une invalidité, ou un ingénieur en structure pour la perte d'un édifice. Les avocats ayant à défendre de telles causes savent par expérience que le tribunal aura besoin d'aide pour tirer des conclusions, en raison de la complexité des questions techniques entourant les faits; cette aide, c'est le témoignage des experts. En effet, le rôle essentiel de l'expert est d'éclairer le tribunal dans l'appréciation des faits complexes qui sont présentés devant lui.

Dans le domaine des litiges dans la construction, cette reconnaissance de l'importance de l'expert est loin d'être universelle malgré la complexité des questions à résoudre. Pourtant, force est de conclure, à la lecture de la jurisprudence canadienne, que nos tribunaux ont à faire face à un nombre croissant de questions techniques en litiges de construction. Cette conclusion s'impose entre autres à l'égard de deux aspects importants, soit l'analyse des délais d'exécution (retards et accélération) et le calcul des dommages-intérêts. Dans plusieurs causes, il semble que l'assistance d'un expert aurait pu éclairer le tribunal sur des aspects complexes du dossier et lui permettre de juger le litige en toute connaissance de cause. D'autre part, la participation d'un expert dans les premiers stades du litige aurait pu aider l'une ou l'autre des parties à apprécier objectivement le différend, favorisant ainsi un règlement négocié

CIRCULATION: _____

plutôt qu'un procès coûteux et inutile.

La première question qui vient à l'esprit d'un entrepreneur ou d'un maître d'ouvrage expérimenté est la suivante : Pourquoi devrions-nous faire appel à un expert alors que nous avons déjà confié la cause à un avocat versé dans la construction et que nous avons à notre emploi plusieurs personnes d'une grande compétence ? Pour répondre à cette question, il faut en considérer plusieurs aspects.

Le principal atout qu'offre ou devrait offrir un expert est l'**objectivité** à l'égard du différend pour lequel on le consulte. En effet, beaucoup plus facilement que ne le peuvent les parties, l'expert peut regarder froidement les faits et, en se fondant sur son expérience, déterminer la valeur de la position qu'elles ont prises. L'expert est donc en mesure de conseiller la marche à suivre : soit un règlement rapide et son montant, soit un procès si cela est justifié.

Pour que l'opinion de l'expert soit éclairée et que son apport soit efficace, il faut donc qu'il soit consulté le plus tôt possible. Il faut de plus que la partie qui le consulte lui permette de prendre connaissance de **tous les faits**, y compris **et surtout** ceux qu'elle juge défavorables à sa cause. À cet égard, il est intéressant de noter qu'aux États-Unis l'Association of Soil and Foundation Engineers (ASFE) recommande à ses membres de refuser d'agir dans une cause s'ils ne peuvent pas avoir accès à toutes les informations essentielles. (On verra plus loin l'importance considérable de l'objectivité de l'expert et de sa connaissance des faits s'il est appelé à témoigner devant le tribunal.) En outre, il est important aussi que l'expert travaille en étroite collaboration avec l'avocat qui doit l'informer des questions juridiques pertinentes à la position de la partie.

D'autre part, quelle que soit l'avenue choisie pour la résolution du litige, l'expert sera d'une aide précieuse à la partie et à l'avocat de cette dernière dans la préparation et la présentation de la cause, pour en faire ressortir les points forts et renforcer ceux qui sont moins favorables.

En tant que membre de l'équipe affectée à la solution du litige, l'expert aura pour tâche principale de déterminer le préjudice subi par la partie qui soutient avoir été lésée. En d'autres mots, à l'aide d'analyses des délais d'exécution, de productivité ou autres, l'expert calculera le montant des dommages-intérêts que le tribunal devrait accorder.

En conclusion, la réponse à la question posée plus haut est celle donnée par les avocats versés dans les causes complexes : On engage un expert pour cerner les questions en litige, pour obtenir une opinion indépendante et impartiale sur le mérite de la cause et pour déterminer les dommages réels subis.

Le choix de l'expert et sa mission

L'expert peut jouer son rôle de deux façons : soit à titre de **conseiller ou de consultant**, soit à celui de **témoin expert**. Dans le premier cas, l'expert conseille et donne son avis sur le litige et sa valeur, et participe à un règlement négocié. Il pourra de plus, le cas échéant, aider l'avocat à préparer et à présenter sa cause, tant avant que durant le procès. Dans le second cas, en plus de ce qui précède, l'expert prépare un rapport qui sera déposé devant le tribunal, et il présente, par voie de témoignage, ses opinions et conclusions afin d'aider le juge ou un arbitre à résoudre adéquatement le litige.

Pour bien choisir l'expert, il est important de déterminer le plus tôt possible s'il sera appelé à témoigner. Dans ce cas, il devra préférentiellement posséder des qualités qui ne sont pas essentielles s'il agit seulement à titre de consultant. En effet, l'expert doit obligatoirement connaître à fond les questions techniques entourant le litige et pouvoir fonder son opinion sur une grande expérience, de préférence pratique. Il doit de plus pouvoir jouer le rôle de l'avocat du diable et ne pas hésiter à souligner les faiblesses de la cause à la partie qu'il conseille. Cependant, en plus d'avoir les qualités énumérées ci-dessus, le témoin expert devra être un excellent communicateur et vulgarisateur. Il devra aussi inspirer confiance, être courtois et vif d'esprit ; surtout ne pas paraître arrogant ou partial.

On verra plus bas que si l'expert est mal choisi ou sa mission mal définie, son témoignage peut causer un tort irréparable à la partie qui utilise ses services.

Les faits avant tout

On a souligné plus haut l'importance pour l'expert de prendre connaissance de tous les faits. Cette importance est encore plus grande si l'expert doit témoigner devant la cour. La crédibilité de la partie et celle de son témoin expert seront gravement atteintes si la partie adverse réussit à prouver que l'expert n'est pas au courant de tous les faits pertinents.

Il est important que les parties au litige se rendent compte de l'importance primor-

diale des faits. En effet, aussi convaincant que soit le témoignage de l'expert, c'est le tribunal qui en dernier ressort doit apprécier le mérite de la cause à partir des faits mis en preuve. En fait, le juge n'est pas lié par les témoignages des experts (art. 423 C.p.c. et **Shawinigan Engineering Co. c. Naud**, [1929] R.C.S. 341). Il peut même arriver que le juge accorde plus de poids aux témoignages de personnes ordinaires si les expertises sont contradictoires ou non concluantes (**Michaud c. Bergeron**, [1980] C.A. 246).

De plus, dans la grande majorité des cas, l'expert n'a pas une connaissance personnelle des faits. Une partie qui refuse ou néglige de tout dire à son expert s'expose à ce que l'opinion de ce dernier soit fondée sur des hypothèses qui ne concordent pas avec la réalité. Dans une telle éventualité, le tribunal ne tiendra pas compte du témoignage de l'expert. À cet égard, les extraits suivants de la cause **Price Bros Co. Ltd. c. Lafontaine**, [1956] B.R. 277 sont révélateurs :

« [L'expert] prétend que le demandeur a causé des inondations survenues sur son terrain parce qu'il aurait fait certains travaux dans la rivière. Or il est en preuve que le demandeur n'a jamais fait de travaux pour endiguer la rivière [...] » (p. 279)

« Les théories soumises par [les experts] n'ont pas d'application en l'espèce puisqu'il s'agit de données générales qui ne tiennent pas compte des faits particuliers prouvés en cette cause. » (p. 279)

Pour que le témoignage de l'expert soit crédible et serve la cause, il est donc essentiel que **tous les faits** sur lesquels repose son expertise soient mis en preuve (**Paillé c. Lorcon inc. et al.**, [1985] C.A. 528). Le témoin expert peut aussi également donner un témoignage d'opinion sur des faits qu'il a lui-même constatés.

L'indépendance d'esprit du témoin expert

Même s'il est appelé à témoigner au procès, il est plus que probable que l'expert agira aussi comme conseiller auprès de la partie en vue de la préparation de la cause. Il peut facilement y avoir conflit, du moins en théorie, entre le rôle de conseiller et celui de témoin expert. En effet, malgré une certaine indépendance d'esprit qu'il devrait maintenir, l'expert qui agit comme conseiller auprès d'une partie ou de son avocat peut rapidement acquérir une attitude

totalement partisane et devenir un ardent défenseur de la cause de cette partie. Quand il est appelé à témoigner, cependant, il doit être indépendant et impartial; son témoignage doit laisser transparaître une intégrité à toute épreuve.

Passer du jour au lendemain d'une position partisane à l'impartialité n'est pas facile. Il est cependant essentiel que le témoin expert fasse preuve d'objectivité car il y va de la crédibilité, voire même de l'admissibilité de son témoignage. À plus forte raison, l'expert ne doit pas se faire le défenseur d'une cause, ni dans son rapport, ni dans son témoignage comme le démontre la cause **Emil Anderson Construction Co. et al. v. British Columbia Railway Co.**, (1988) 27 C.L.R. 1 (B.C.S.C.). Dans cette affaire, le tribunal a refusé le dépôt de deux rapports car ces derniers constituaient une argumentation en faveur d'une des parties plutôt qu'une opinion technique ou scientifique :

« [...] their reports are essentially their separate opinion, with arguments in support, on the very questions which the parties have submitted to this Court for decision. » (p. 6)

« I have concluded that, not only are the [...] reports themselves inadmissible [...], the authors are not entitled to express opinion evidence along the lines discussed in their respective reports. » (p. 7)

La tentation est grande parfois, pour certains avocats, de tenter d'influencer les experts afin que ces derniers deviennent les défenseurs de leur cause. Et certains experts se laissent entraîner dans ce jeu. L'affaire **Vancouver Community College v. Phillips Barrat et al.**, (1988) 29 C.L.R. 268 (B.C.S.C.) illustre bien les limites qu'on ne doit pas dépasser. Dans cette affaire, il fut démontré que les avocats d'une des parties avaient imposé de nombreuses et importantes modifications aux rapports d'expertises, au-delà de ce qui est généralement acceptable. Le juge dit même du rapport de l'expert A... qu'il fut «substantially rewritten by counsel». En acceptant ces modifications, l'expert en question a perdu toute crédibilité aux yeux du tribunal :

« In the end, I find A...'s evidence both written and oral to be of no value whatever. It is so warped by the process of its creation, so one-sided and partisan, as to be completely devoid of any credibility. I have no confidence in anything A... told me, either in writing or orally. » (p. 289)

L'indépendance financière du témoin expert

Une décision récente (**Construction Fergon inc. c. S.Q.A.E.**, C.S.M. 500-05-017213-826, 30 janvier 1989, [J. BÉLANGER]) nous rappelle que l'expert doit aussi être indépendant financièrement, c'est-à-dire que le paiement de ses services ne doit aucunement être relié au succès de la partie qui le retient. Encore une fois, il y va de la crédibilité de l'expert :

« Et puis on peut se poser de sérieuses questions sur la crédibilité de [l'expert] et sur l'intérêt personnel qu'il peut avoir dans le résultat de ce litige qu'il apparaît avoir sinon suscité, du moins grandement encouragé... » (p. 33)

« On s'est opposé à ce que ce dernier soit reconnu comme expert vu son implication intime dans le dossier. Toutefois, on ne peut le récuser comme s'il eut été nommé par la Cour [...], malgré le fait que sa rémunération soit convenue d'un pourcentage du montant que la Cour pourrait éventuellement attribuer à Fergon. Ces objections ne touchent qu'à la crédibilité de son témoignage. » (p. 34)

Dans cet ordre d'idées, l'ASFE mentionnée plus haut recommande que ses membres n'acceptent pas d'agir dans une cause si le paiement de leurs honoraires dépend de l'issue du différend.

L'expérience pertinente du témoin

On a vu plus haut que l'expert devait avoir une expérience pratique des questions techniques du litige. Il est d'une importance capitale pour une partie de s'assurer que le témoin expert qu'elle fera entendre possède une **expérience pertinente** à la cause; les tribunaux accordent beaucoup d'importance à cet aspect quand vient le temps d'apprécier le témoignage d'un expert :

« L'expérience de [l'expert] a plutôt été acquise dans les immenses projets de la Baie de James qui ne sont aucunement comparables à ce qui nous occupe. » (**Construction Fergon inc.**, supra, p.34)

« N... is a metallurgical engineer by training. He has virtually no experience in the design or estimating of institutions or educational projects such as VVI, and almost no experience in Vancouver or British Columbia in the time period from 1980-83. N... conceded that he was not an expert in architectural matters, nor in those engineering disciplines relevant to the VVI project. The projects on which he has worked are mostly ones of a value of over \$100 million [...]

« I do not find N...'s report to be of any assistance in deciding the matters in issue in this case. » (**Vancouver Community College**, supra, pp. 290-291)

Oui, le témoignage de l'expert peut nuire à la cause!

Comme on peut le voir à la lecture de ce qui précède, le témoignage d'un expert peut être néfaste à la partie qui l'a engagé si certains critères essentiels ne sont pas respectés. En plus des situations décrites plus haut, il y a d'autres circonstances qui feront que la crédibilité de l'expert sera grandement affectée sinon détruite. Entre autres, le contre-interrogatoire de l'expert par l'avocat de la partie adverse peut, lui aussi, quelquefois réserver des surprises telles que :

- L'expert a déjà soutenu une opinion différente de celle exprimée dans son rapport; soit dans une publication ou lors d'un colloque, soit dans une autre cause;
- L'expert admet que l'expert de la partie adverse est plus qualifié que lui-même;
- L'expert est arrogant, prétentieux, inflexible; il refuse d'admettre qu'on puisse avoir une opinion différente de la sienne, même si cette dernière est la plus probante compte tenu de toutes les circonstances;
- L'expert refuse obstinément d'admettre certaines faiblesses ou aspects défavorables de la cause de la partie qui l'a engagé.

En effet, il n'existe aucune cause parfaite et l'expert qui admet une faiblesse d'une façon directe et nette gagne en crédibilité.

En guise de conclusion

Le choix d'un expert ne se fait pas à la légère. Il faut s'assurer que son expérience et son expertise sont celles qui conviennent à la cause. Il faut aussi s'assurer qu'il aura l'entière collaboration des personnes avec qui il devra travailler au sein de l'équipe.

Le bon expert est celui qui est absolument critique et intègre. Un expert qui épouse de trop près la cause de son client lui rend un bien mauvais service.

Ce n'est pas l'expert qui gagne les causes. Ce sont les parties et leurs avocats qui le font. Rien ne peut remplacer la connaissance parfaite des faits et une préparation méticuleuse de la cause. L'expertise est un élément essentiel de cette préparation, et le témoignage de l'expert est son expression.

QUELQUES ENQUÊTES À L'ÉCHELLE DU CANADA

Depuis le début de la présente année, RAL et WDR ont fait trois études demandant d'une part des entrevues et d'autre part des analyses de données.

La première de ces enquêtes a été demandée par la Commission canadienne d'accréditation sur la normalisation du bois d'oeuvre (mieux connue sous le sigle CLS), et concernait des propositions pour l'association des organismes de qui relève le marquage du bois de charpente. Des membres de RAL et de WDR ont fait des entrevues dans quinze villes, de Vancouver et Prince George à Grande Prairie (-47° C!), et de Québec et Ottawa à Truro et Deer Lake. RAL a remis son rapport au mois de mai.

La deuxième étude a été faite pour le compte du ministère fédéral de l'Industrie, des Sciences et de la Technologie. Cette étude concernant l'industrie de la construction comportait deux volets : premièrement un bilan des années quatre-vingt; deuxièmement les perspectives pour les années 1990-2000. Entre autres, l'étude demandait des analyses spécifiques de certains secteurs de l'industrie. Pour recueillir les informations nécessaires à ces analyses, des membres de RAL et de WDR ont sondé, à travers le Canada, environ quatre-vingt-dix personnes oeuvrant au sein de firmes reliées à la construction-maîtres d'ouvrages, consultants et entrepreneurs — dans sept secteurs principaux : édifices à bureaux, usines de pâte et papier, gazoducs et oléoducs, centrales électriques, raffineries et complexes pétrochi-

miques, usines de filtration et d'épuration des eaux, ponts et chaussées. RAL a soumis un rapport de 166 pages au mois d'août.

La troisième étude, qui est toujours en cours, a été commandée par le Conseil du Trésor du Canada et consiste en une évaluation des règles du gouvernement fédéral relativement au recours au Bureau des soumissions déposées pour ses travaux de construction. Des entrevues auprès de fonctionnaires fédéraux et de représentants de l'industrie se déroulent à Vancouver, Winnipeg, Ottawa et Halifax. Ral doit remettre son rapport avant la fin de 1990.

Nous remercions sincèrement tous ceux qui ont généreusement participé à ces entrevues en nous accordant leur temps et en nous faisant profiter de leurs connaissances et de leur grande expérience.

L'un des facteurs important dans l'attribution à RAL et WDR de ces mandats d'études est le fait que ces firmes possèdent d'excellentes relations avec les cadres supérieurs de l'industrie, des maîtres d'ouvrages, des associations et des gouvernements. De plus, elles connaissent à fond le monde de la construction.

Les études mentionnées ci-haut ont été faites sous la direction du bureau de RAL d'Ottawa. L'enquête faite pour le ministère de l'Industrie, des Sciences et de la Technologie, a aussi nécessité la participation de membres des bureaux de Vancouver, Calgary, Toronto et Montréal.



Depuis le 1er octobre 1990, Al Morgan est le directeur du bureau de RAL à Vancouver. Depuis l'obtention d'un diplôme en génie civil de la University of Alberta en 1966, monsieur Morgan a travaillé pour plusieurs des plus importantes firmes de construction canadiennes, principalement en Colombie-Britannique, sauf pour une courte période durant laquelle il a été gérant de projet pour la construction d'une centrale nucléaire de 900 MW dans l'est du pays.

Au cours de sa carrière, il a été ingénieur-concepteur, ingénieur en résidence, gérant de projet, et directeur de la division de mécanique d'une entreprise de construction. Il a participé à la construction d'ouvrages de génie civil, d'usines de pâte et papier, d'installations minières et de centrales électriques. La vaste expérience de monsieur Morgan sera un atout considérable pour notre firme.

Le Bulletin est publié par Wagner, Daigle, Revay Limitée, firme d'experts-conseils en administration et d'économistes en construction et de relations gouvernementales. Les articles peuvent être reproduits moyennant mention de la source. Vos observations et suggestions pour les prochains articles sont bienvenus.

Les bureaux de **Wagner, Daigle, Revay Ltée:**
4333, rue Ste-Catherine Ouest
MONTRÉAL (Québec) H3Z 1P9
Téléphone: (514) 932-9596
Télex: 055-60403
Télécopieur: (514) 939-0776
Affiliée à:
Revay et Associés Limitée
Siège Social:
MONTRÉAL: (514) 932-2188

Prière de retourner à l'expéditeur si l'envoi ne peut être livré au destinataire.
L'affranchissement de retour sera payé par:
WAGNER, DAIGLE, REVAY LTÉE
4333, rue Ste-Catherine Ouest, 5^e étage
MONTRÉAL (Québec)
H3Z 1P9

S.V.P. NOUS AVISER DE TOUT CHANGEMENT D'ADRESSE OU DE DESTINATAIRE.

COURRIER DE PREMIÈRE CLASSE