

EXPERTS ET CONFLITS D'INTÉRÊTS : DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS

CAMIILE AUBIN^{*}
ROBIC, LLP

AVOCATS ET AGENTS DE BREVETS ET DE MARQUES DE COMMERCE

1. Introduction
2. Principes généraux d'admissibilité des témoins experts
 - 2.1 Un test en deux volets
 - 2.2 L'impartialité et l'indépendance de l'expert
 - 2.3 Admissibilité ou force probante ?
3. Application des principes généraux : exemples jurisprudentiels
4. Conclusion

1. Introduction

Que ce soit pour commenter la validité ou les éléments essentiels de revendications d'un brevet, les profits générés par des ventes sous une marque de commerce, le code source de logiciels ou autres, le litige de propriété intellectuelle implique fréquemment des témoins experts.

Trouver un expert pouvant témoigner sur la perception de la personne versée dans l'art concernée par un brevet ou pouvant détailler les diverses composantes d'une industrie touchée par des marques de commerce peut s'avérer difficile. Certains domaines hyper spécialisés n'ont qu'un nombre limité de personnes d'expérience pouvant réellement se qualifier d'« expert ». Il est donc fréquent que ces personnes aient côtoyé de près ou de loin les parties à un litige dans ce même domaine au fil des années : un ancien employé, une ancienne consultante, un ancien membre du conseil d'administration, etc. Ces considérations de potentiels conflits d'intérêts de témoins experts ne sont pas nouvelles : en 1873, la Cour les soulevait déjà¹.

© CIPS, 2017.

^{*}Avocate chez ROBIC, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats et d'agents de brevets et de marques de commerce. [Note: cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat et publiée à (2017), 29:3 *Cahiers de propriété intellectuelle*.]Publication 464.

¹ *Lord Abinger c Ashton* (1873), LR 17 Eq 358 au para 874 cité dans *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton*, [2015] 2 RCS 182 au para 11 [*White Burgess*] :

Ces liens sont-ils assez importants pour empêcher ces personnes d'agir comme témoins experts? Sinon, peuvent-elles tout de même être des témoins crédibles aux yeux de la Cour? Selon une récente décision de la Cour suprême, les cas où de tels experts ne pourront pas agir sont rares. Toutefois, cela n'empêchera pas que leur crédibilité puisse être affectée.

Cet article passera d'abord en revue les principes de base quant à l'admissibilité d'un témoin expert pour ensuite voir où s'insère la question des conflits d'intérêt dans cette analyse. Nous survolerons finalement l'application de la décision phare en la matière, *WBLI c Abbott and Haliburton*², dans les cas de propriété intellectuelle entendus par les tribunaux depuis sa publication.

2. Principes généraux d'admissibilité des témoins experts

2.1 Un test en deux volets

L'admissibilité d'une preuve d'expert est déterminée par un test en deux volets.

En 1994, dans une cause de droit criminel impliquant un témoin expert pédiatre, *R c Mohan*³, la Cour suprême a établi quatre critères à être analysés au premier volet de ce test : la pertinence de l'expertise, sa nécessité pour aider le juge des faits, l'absence de règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert⁴. La partie voulant faire entendre le témoignage d'un expert est celle à qui incombe le fardeau de démontrer que ces critères sont remplis⁵.

Le premier critère, la pertinence, ne concerne pas seulement le lien entre la substance de l'opinion et le fait en litige qu'elle tend à établir, mais aussi la pertinence logique de la preuve⁶. Il ne s'agit donc pas d'un simple lien avec les faits en litige, mais surtout d'une pertinence pour l'analyse que doit faire le juge.

La nécessité de la preuve d'expert pour aider le juge des faits n'est quant à elle pas limitée au simple fait que la preuve soit « utile » pour la Cour. La nécessité relève plutôt du fait que le témoignage fournit des renseignements qui « selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury » et qui permettront au juge de mieux comprendre la composante technique des questions

Il existe indubitablement une tendance naturelle à faire quelque chose d'utile pour celui qui nous emploie et nous rémunère bien. C'est tout à fait naturel et si infaillible que nous voyons constamment des personnes qui se considèrent, non pas comme des témoins, mais comme les mandataires rémunérés de la personne qui les emploie.

² Voir *White Burgess*, *supra* note 1.

³ [1994] 2 RCS 9 [*Mohan*].

⁴ *Ibid* à la p 20.

⁵ Voir *White Burgess*, *supra* note 1 au para 19.

⁶ Voir *Mohan*, *supra* note 3 aux pp 20 et 21.

en litige⁷. La Cour suprême explique que, dans les cas où une preuve d'expert est nécessaire, « l'objet de l'analyse est tel qu'il est peu probable que des personnes ordinaires puissent former un jugement juste à cet égard sans l'assistance de personnes possédant des connaissances spéciales »⁸.

Le troisième facteur, l'absence de toute règle d'exclusion, concerne des règles de preuve ou de procédures, qu'elles soient codifiées ou jurisprudentielles, qui commandent le rejet de l'objet de l'expertise.

Finalement, la qualification suffisante de l'expert impliquait jusqu'à récemment la démonstration que l'expert a des connaissances spéciales ou particulières relevant de ses études ou de ses expériences professionnelles⁹. Comme nous le verrons, elle implique aussi maintenant la capacité de l'expert à respecter certaines règles d'admissibilité de son témoignage, notamment quant à sa capacité de respecter ses obligations envers la Cour.

Ces quatre critères forment le premier volet du test d'admissibilité d'un témoin expert¹⁰.

Le deuxième volet du test implique que la Cour fasse une évaluation coûts-bénéfices de l'expertise proposée. La Cour a un rôle de « juge-gardien » ou « gatekeeper » en vertu duquel le juge bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire résiduel lui permettant d'exclure une preuve d'expert à l'issue de ce deuxième volet et ce, même si les quatre critères du premier volet sont remplis.

La Cour évalue à ce stade la valeur probante de l'expertise et s'assure que celle-ci surpasse ses effets préjudiciables. Ces effets préjudiciables avaient été soulevés dans *Mohan* où on reconnaissait que les témoins experts peuvent entraîner des délais excessivement longs par rapport à la valeur de leur apport à la preuve, ou encore induire en erreur le juge des faits¹¹ :

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

⁷ *Ibid* à la p 23 citant *R c Abbey*, [1982] 2 RCS 24.

⁸ *Ibid* à la p 23 citant *Kelliher (Village of) c Smith*, [1932] RCS 672 à la p 684.

⁹ *Ibid* à la p 25.

¹⁰ Sans l'aborder comme un critère distinct, la Cour a aussi évoqué à quelques reprises qu'une opinion d'expert impliquant une « science nouvelle ou contestée ou [...] une science utilisée à des fins nouvelles » devrait faire l'objet d'une démonstration de la fiabilité des principes scientifiques étayant la preuve. Voir *White Burgess*, *supra* note 1 au para 23 référant à *R c J.-L.J.*, [2000] 2 RCS 600 aux para 33, 35, 36 et 47 et *R c Trochym*, [2007] 1 RCS 239 au para 27.

¹¹ Voir *Mohan*, *supra* note 3 à la p 21 où on réfère à un jury plutôt qu'au juge des faits considérant le contexte procédural.

La Cour suprême y exprimait aussi la « crainte inhérente [...] que les experts ne puissent usurper les fonctions du juge de faits [où] une conception trop libérale pourrait réduire le procès à un simple concours d'experts [...] »¹².

Le juge Rothstein soulevait aussi, dans *Masterpiece Inc. c Alavida Lifestyles Inc.*, certaines considérations à prendre en compte dans ce deuxième volet, notamment que « les litiges coûtent chers », que certaines preuves d'expert « risquent de troubler [l']attention [du juge] » en rallongeant et compliquant le déroulement de l'instance¹³.

Au fil des années et des décisions, le risque que l'opinion soit basée sur des informations qui n'ont pas été attestées sous serment et qui ne peuvent pas faire l'objet d'un contre-interrogatoire ainsi que les délais et les frais associés à de telles preuves se sont ajoutés aux considérations prises en compte dans cette analyse coûts-bénéfices¹⁴.

Lorsque les effets préjudiciables outrepassent la force probante et les bénéfices d'une expertise, la Cour a la discrétion de l'exclure.

2.2 L'impartialité et l'indépendance de l'expert

La Common Law a depuis longtemps instauré une obligation d'aide indépendante, objective et exempte de parti pris incombant aux témoins experts¹⁵ :

Trois concepts apparentés sont à la base des diverses définitions de l'obligation de l'expert, à savoir l'impartialité, l'indépendance et l'absence de parti pris. L'opinion de l'expert doit être impartiale, en ce sens qu'elle découle d'un examen objectif des questions à trancher. Elle doit être indépendante, c'est-à-dire qu'elle doit être le fruit du jugement indépendant de l'expert, non influencée par la partie pour qui il témoigne ou l'issue du litige. Elle doit être exempte de parti pris, en ce sens qu'elle ne doit pas favoriser injustement la position d'une partie au détriment de celle de l'autre. Le critère décisif est que l'opinion de l'expert ne changerait pas, peu importe la partie qui aurait retenu ses services [...]. Ces concepts, il va sans dire, doivent être appliqués aux réalités du débat contradictoire. Les experts sont généralement engagés, mandatés et payés par l'un des adversaires. Ces faits, à eux seuls, ne compromettent pas l'indépendance, l'impartialité ni l'absence de parti pris de l'expert.
[références omise]

Cette obligation s'est codifiée au fil du temps au Canada, tant dans les règles de procédures provinciales que fédérales. Les points

¹² *Ibid* à la p 24.

¹³ [2011] 2 RCS 387, aux para 76 et 77 [*Masterpiece*] « Courts must fulfil their gatekeeper role ».

¹⁴ Voir *White Burgess*, *supra* note 1 au para 18 repassant quelques exemples jurisprudentiels.

¹⁵ *Ibid* au para 32.

communs de ces règles sont généralement (1) la prestation d'un serment par l'expert, (2) sa mission d'éclairer la Cour, (3) le fait que celle-ci l'emporte sur l'intérêts des parties et (4) l'accomplissement de cette mission avec impartialité.¹⁶

En 2015, la Cour suprême a confirmé que cette obligation de l'expert de fournir une opinion impartiale et indépendante se rattache au critère de la qualification suffisante de l'expert sous le test de *Mohan* : « le témoin expert proposé qui ne peut ou ne veut s'acquitter de cette obligation envers le tribunal ne possède pas la qualification suffisante pour exercer ce rôle »¹⁷.

La déclaration de l'expert à l'effet qu'il fournit une opinion objective dans le but d'aider la Cour et qu'il est informé de ses obligations envers celle-ci sera suffisante pour combler le fardeau de la partie invoquant l'expertise au niveau du critère de *Mohan*¹⁸.

L'analyse de l'impartialité et de l'indépendance de l'expert qui se fera ensuite sera subjective. Elle portera sur le contenu de son rapport et de son témoignage, son attitude envers la Cour et les parties lors de son témoignage ainsi que les faits entourant sa pratique dans son domaine ou sa relation directe ou indirecte avec les parties. Le fardeau lié de démontrer qu'un expert ne veut ou ne peut s'acquitter de ses obligations sera celui de la partie s'opposant à l'admission du témoignage. Si celui-ci est rempli, il incombera à la partie présentant le témoignage de démontrer que les critères d'admissibilité sont remplis selon la prépondérance des probabilités¹⁹.

2.3 Admissibilité ou force probante ?

La Cour suprême, dans *White Burgess*, devait déterminer si l'impartialité et l'indépendance d'un expert jouent au regard de l'admissibilité du témoignage plutôt que simplement de la valeur probante de celui-ci et, dans l'affirmative, si l'indépendance et l'impartialité constituent en soi un critère d'admissibilité²⁰. Autrement dit, les intérêts d'un expert peuvent-ils à eux seuls mener au rejet d'une expertise?

¹⁶ *Ibid* aux para 28 à 31.

¹⁷ *Ibid* au para 53.

¹⁸ *Ibid* au para 48. Voir aussi *Règles de la Cour du Banc de la Reine* en Saskatchewan, règle 5-37; *Règles de procédure*, Y.D. 2009/65, règle 34(23); *Règles de procédure civile*, RRO 1990, Règl. 194, règles 4.1.01(1), (2), 53.03(2.1); *Règles de procédure civile* (Nouvelle-Écosse), règles 55.01(2), 55.04(1)a, b, c); *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 52.2(1)c); *Rules of Civil Procedure* (Île-du-Prince-Édouard), règle 53.03(3)(g); *Supreme Court Civil Rules BC Reg. 168/2009*, règles 11-2(1), (2); *Code de procédure civile*, RLRQ, c C-25.01, art 22.

¹⁹ Voir *White Burgess*, *supra* note 1 au para 48.

²⁰ *Ibid* au para 33.

La Cour suprême s'était partiellement prononcée sur ces questions dans une décision parue quelques mois avant *White Burgess*. Elle y confirmait que la partialité d'un expert peut à la fois affecter l'admissibilité et la force probante de son témoignage²¹ :

Il est acquis que l'expert doit fournir une opinion indépendante, impartiale et objective, en vue d'aider le décideur. Par contre, ces facteurs influencent généralement la valeur probante de l'opinion de l'expert et ne sont pas toujours des obstacles incontournables à l'admissibilité de son témoignage. Ils ne rendent pas non plus le témoin expert nécessairement « inhabile ». [...] (références omises)

En appliquant le test de *Mohan*, l'intérêt d'un expert peut rendre son témoignage inadmissible dans deux cas :

- Lorsque l'intérêt affecte la qualification suffisante de l'expert sous le premier volet du test de *Mohan* en ce que l'expert ne peut ou ne veut s'acquitter de cette obligation d'impartialité et d'indépendance²². La preuve sera alors exclue d'office.
- Lorsque le juge décide d'exercer sa discrétion sous le deuxième volet du test en faveur du rejet de la preuve puisqu'un tel intérêt est à considérer dans la pondération du préjudice causé par l'expertise²³. Ceci se fera généralement après avoir entendu la preuve²⁴.

Dans les autres cas, l'intérêt de l'expert ne pourra affecter que la force probante de son témoignage. La Cour mentionne d'ailleurs qu'il « sera très rare que le témoignage de l'expert proposé soit jugé inadmissible au motif qu'il ne satisfait pas au critère »²⁵ d'impartialité et d'indépendance.

Quels facteurs peuvent alors permettre de déterminer si la partialité d'un expert est suffisante pour entrer dans les deux cas de figure ci-haut et rendre sa preuve inadmissible? La simple existence d'un intérêt ou d'un rapport ne sera pas suffisant en soi pour rendre la preuve inadmissible : « la notion d'apparence de parti pris n'est pas pertinente ». C'est plutôt la nature et le degré de ceux-ci qui seront déterminants²⁶ :

Pour qu'un témoignage d'expert soit inadmissible, il faut plus qu'une simple apparence de partialité. La question n'est pas de savoir si une personne raisonnable considérerait que l'expert n'est pas indépendant. Il faut plutôt déterminer si le manque d'indépendance de l'expert le rend de fait incapable de fournir une opinion impartiale dans les circonstances propres à l'instance. [références omises]

²¹ *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, [2015] 2 RCS 3 au para 106 [*Mouvement laïque*].

²² Voir *White Burgess*, *supra* note 1 au para 53.

²³ *Ibid* au para 54.

²⁴ Voir *White Burgess*, *supra* note 1 au para 49 *in fine*.

²⁵ *Ibid* au para 49.

²⁶ Voir *Mouvement laïque*, *supra* note 21 au para 106.

Il s'agira donc d'un test subjectif plutôt qu'objectif. On analysera en fait « la nature et le degré de l'intérêt ou des rapports qu'a l'expert » avec une partie ou le litige pour déterminer si celui-ci ne fait en sorte qu'il « ne peut ou ne veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal », soit d'« apporter une aide juste, objective et impartiale »²⁷.

Le rejet par la Cour de l'analyse objective de la nature et du degré de l'intérêt en faveur d'une analyse subjective fait en sorte qu'un simple état de faits, sans un degré élevé d'intérêt, ne sera pas suffisant pour exclure la preuve (bien que celui-ci puisse affecter la crédibilité de l'expert). Les exclusions d'office seront rares²⁸ :

Dans la plupart des cas, l'existence d'une simple relation d'emploi entre l'expert et la partie qui le cite n'emporte pas l'inadmissibilité de la preuve. En revanche, un intérêt financier direct dans l'issue du litige suscite des préoccupations. Il en va ainsi des liens familiaux étroits avec une partie et des situations où l'expert proposé s'expose à une responsabilité professionnelle si le tribunal ne retient pas son opinion. De même, l'expert qui, dans sa déposition ou d'une autre manière, se fait le défenseur d'une partie ne peut ou ne veut manifestement pas s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Je tiens à souligner que la décision d'exclure le témoignage à la première étape de l'analyse pour non-conformité aux critères d'admissibilité ne devrait être prise que dans les cas manifestes où l'expert proposé ne peut ou ne veut fournir une preuve juste, objective et impartiale. Dans les autres cas, le témoignage ne devrait pas être exclu d'office, et son admissibilité sera déterminée à l'issue d'une pondération globale du coût et des bénéfices de son admission.

3. Application des principes généraux : exemples jurisprudentiels

Plusieurs décisions rendues après la publication de *White Burgess* permettent de constater l'intensité des conflits d'intérêts pouvant mener à l'inadmissibilité d'un témoin expert. Le premier type de cas est lorsque « l'intérêt de l'expert dans le procès ou ses liens avec l'une des parties » sont trop importants²⁹ :

- il est l'avocat d'une partie dans une affaire connexe et dans laquelle il avait monté un dossier en vue d'une poursuite pour négligence contre cette cliente;
- il est l'avocat d'une partie dans une instance connexe aux États-Unis;
- il est le père de l'avocat d'une partie;

²⁷ Voir *White Burgess*, *supra* note 1 aux para 49 et 50.

²⁸ *Ibid* au para 49.

²⁹ *Ibid* au para 37 citant *Fellowes, McNeil c Kansa General International Insurance Co*, 1998 CanLII 14856 (ON SC); *Royal Trust Corp of Canada c Fisherman*, 2000 CanLII 22384 (ON SC); *R c Docherty*, 2010 ONSC 3628 (CanLII); *Ocean c Economical Mutual Insurance Co*, 2010 NSSC 315; *Handley c Punnett*, 2003 BCSC 294; *Bank of Montreal c Citak*, 2001 CanLII 12419 (QC CQ), [2001] OJ 1096 (ON SC); *Dean Construction C c M J Dixon Construction Ltd*, 2011 ONSC 4629; *Hutchingame c Johnstone*, 2006 BCSC 271.

- il est une partie au litige;
- une partie importante de sa rémunération dépend de l'issue du procès;
- sa responsabilité risque d'être engagée selon l'issue du procès.

Le deuxième type de cas est lorsque « l'attitude ou le comportement de l'expert, qui s'était fait le défenseur d'une partie, a justifié l'exclusion »³⁰.

La preuve d'expert dans les dossiers de propriété intellectuelle n'en diffère pas³¹. L'étude de la réception de la décision de la Cour suprême dans les dossiers de propriété intellectuelle le confirme : il en faut aussi beaucoup pour qu'un témoignage d'expert soit inadmissible à cause des intérêts de ce dernier.

De façon générale, la Cour fédérale a confirmé que la présentation d'un même expert dans plusieurs causes de propriété intellectuelle pour une même partie ne créera pas de conflit d'intérêt suffisant pour considérer que celui-ci n'a pas la volonté ou la capacité de fournir une preuve juste, objective et impartiale conformément à son obligation³² :

The Court finds, after having listened to the submissions about the experts, insufficient evidence to sustain any credible presumption of bias. Suffice it to say that pharmaceutical experts often appear before the Court for the same party, and may have even been previously employed by that party. But this does not mean that they lack independence, and it certainly does not mean they are not impartial: to suggest that their opinions have been tainted by prior work or affiliations can only hold water with compelling evidence of the same.

Ces litiges de brevets dans le domaine pharmaceutique ne sont d'ailleurs pas les seuls où la quantité de dossiers devant la Cour entraîne l'embauche d'un même expert par une même partie à plusieurs reprises. Pensons seulement aux dossiers devant la Commission du droit d'auteur où les questions en litige dans un domaine de niche font en sorte que les membres de la Commission voient souvent des visages familiers³³.

Le fait qu'un expert soit l'ancien employé de la partie l'embauchant a aussi été considéré à plusieurs reprises comme n'étant pas la preuve d'un biais dans son opinion³⁴. Cette conclusion a été maintenue même lorsque le rôle de cet ancien employé au sein de l'entreprise avait été important.

³⁰ Voir *White Burgess*, supra note 1 au para 37 citant *Alfano c Piersanti*, 2012 ONCA 297; *Kirby Lowbed Services Ltd c Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould c Western Coal Corp*, 2012 ONSC 5184.

³¹ Comme le disait le juge Rothstein au paragraphe 75 de *Masterpiece*, supra note 13 : « La présentation d'une preuve d'expert dans les affaires portant sur des marques de commerce ne diffère pas de la présentation d'une telle preuve dans d'autres contextes. »

³² *Astrazeneca Canada Inc c Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2017 CF 142 au para 72.

³³ Le risque de contradiction avec des déclarations antérieures faites sous serment lors du témoignage au procès est toutefois plus grand.

³⁴ *Gophysical Service Incorporated c Encana Corporation*, 2016 ABQB 230 au para 20 ; confirmé 2017 ABCA 125; *Astrazeneca Canada Inc c Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2017 CF 142 au para 72.

Dans *Eli Lilly Canada Inc c Apotex Inc*³⁵, la Cour fédérale a admis à titre d'expert un urologue témoignant sur le sildénafil alors que celui-ci avait collaboré aux essais cliniques et avait été l'instigateur principal d'études cliniques réalisées par la partie l'embauchant à titre d'expert dans le litige. Ces tests concernaient directement le brevet en litige à propos duquel l'expert témoignait. Il avait aussi fait partie du conseil consultatif de l'entreprise et participé aux points de presse de celle-ci lors de la présentation du médicament issu du brevet en litige, étant alors assis aux côtés des cadres supérieurs de l'entreprise à titre de membre de l'équipe de direction de la société.

La partie adverse a contesté l'admission de ce témoignage sur la base de la relation étroite entre la partie et son expert. Le tribunal a conclu que la Cour suprême dans *White Burgess* enseignait qu'une telle preuve est admissible sans égard à la relation de l'expert avec la partie³⁶. Le fait que son opinion ait été « vigoureusement mise à l'épreuve par les avocats » en contre-interrogatoire joua aussi en la faveur de l'admission de la preuve de l'expert. Au final, une part importante de la décision sur le fond reposa sur son témoignage.

Dans *Pollard Banknote Limited c BaBN Technologies Corp*³⁷, un expert avait auparavant été président de la partie produisant son témoignage et assistant du PDG de sa société mère. À ce titre, il avait par le passé signé des licences avec des tiers sur le brevet même à propos duquel il devait témoigner. En contre-interrogatoire, il lui fut nécessaire de témoigner sur sa relation financière actuelle avec la compagnie et de préciser à quel degré il avait été impliqué dans le litige avant sa retraite.

En admettant son témoignage, la Cour fédérale mentionna notamment qu'aucun des exemples donnés par la Cour suprême dans *White Burgess* ne s'appliquait à cet expert³⁸. La Cour fédérale conclut donc qu'il n'avait pas manifesté de biais ou de manque d'indépendance et que son témoignage était admissible. Le raisonnement de la Cour fédérale dans cette affaire pourrait d'ailleurs laisser croire que les exemples donnés par la Cour suprême sont persuasifs plutôt qu'illustratifs.

Tant dans *Pollard* que *Eli Lilly*, le jugement au mérite reposa grandement sur ces expertises contestées.

Dans *Arctic Cat Inc c Bombardier Recreational Products Inc*³⁹, la Cour fédérale a réitéré que *White Burgess* devait être lue en gardant en tête les réalités du litige et le

³⁵ *Eli Lilly Canada Inc c Apotex Inc*, 2015 CF 875 [*Eli Lilly*].

³⁶ *Ibid* au para 165.

³⁷ 2016 CF 883; désistement d'appel produit le 13 février 2017 [*Pollard*].

³⁸ *Ibid* au para 63.

³⁹ 2016 CF 1047 [*Arctic Cat*]. Au moment de la rédaction du présent article, la procédure d'appel de cette décision était en cours dans le dossier A-395-16.

contexte dans lequel les témoins experts témoignent⁴⁰ : « Different opinions do not show a lack of impartiality »⁴¹. « Advocating for a party and advocating for an opinion firmly held are two different things »⁴². Cette décision étudie d'ailleurs plusieurs faits pouvant laisser croire à un intérêt important de l'expert et susceptibles de se répéter dans d'autres dossiers de propriété intellectuelle.

La partie demanderesse y plaidait qu'un expert n'était pas crédible et que son témoignage devait être rejeté puisqu'il avait eu un rôle périphérique dans un projet universitaire commandité par la partie au litige l'ayant embauché à titre d'expert. Il avait aussi agi dans un litige aux États-Unis impliquant la partie demanderesse pour le brevet américain équivalent au brevet canadien et à propos duquel il témoignait devant la Cour fédérale. La Cour considéra fortement l'attitude de l'expert pendant son témoignage pour conclure que ces faits étaient insuffisants pour entraîner le rejet de l'expertise⁴³ :

[...] Ni l'une ni l'autre de ces deux allégations n'était guère convaincante. Elles ne portaient pas sur les concepts d'impartialité, d'indépendance et d'absence de parti pris décrits par la Cour suprême. Après avoir examiné les rapports déposés en l'espèce par l'expert ainsi que son comportement à la barre des témoins, il était franc et coopératif, peut-être même plus que le D^r Checkel, nul doute que son évaluation était objective, ou que l'opinion qu'il a exprimée n'était pas issue de son jugement indépendant, sans égard à la partie qui avait retenu ses services. Il s'est montré prêt à expliquer son évaluation, notamment son examen méticuleux et complet des revendications. Il n'a jamais hésité à coopérer avec les personnes l'interrogeant ou la Cour. Le D^r Bower n'était pas moins impartial et indépendant que le D^r Checkel ou M. Carter. Je ne mettrais pas en doute leur intégrité au motif qu'ils ont un point de vue différent de celui du D^r Bower et, plus précisément, du D^r Ugone. L'inverse est tout aussi vrai. Ce sont tous des experts qui sont arrivés à une conclusion et rien n'indique que leur position est adaptée au cas par cas.

⁴⁰ Voir aussi *Arctic Cat*, *supra* note 39 au para 133, où après avoir analysé les objections de la demanderesse à la preuve d'expert de la partie adverse, la Cour conclut que :

À mon avis, les prétentions d'AC à l'encontre du D^r Bower et du D^r Ugone ne constituent rien de plus que l'expression d'un désaccord à l'égard des opinions exprimées par ces deux experts. Comme la Cour suprême l'a mentionné dans l'arrêt *White Burgess Langille Inman*, précité, cela fait partie de la réalité du système de justice contradictoire que les experts, même les plus qualifiés, puissent en arriver à des conclusions qui ne concordent pas. C'est donc au juge qui préside d'avoir recours à l'expertise offerte pour décider quelle opinion a davantage de poids. Dans une affaire de brevet, nous disposons au moins du texte du brevet, qui est éclairci avec l'aide d'experts

⁴¹ Voir *Arctic Cat*, *supra* note 39 au para 116.

⁴² *Ibid* au para 128.

⁴³ *Ibid* au para 118.

La partie demanderesse invoquait aussi que le fait que l'expert ait trouvé de l'art antérieur invalidant le brevet en litige démontrait le biais de l'expert. La Cour rejeta cette prétention⁴⁴:

[...] Ceci est un objectif louable en soi et personne ne devrait être blâmé pour avoir mené des recherches que j'ai jugé diligentes. Le fait que le D^r Bower, une fois que ses services ont été retenus, ait mené d'autres recherches ne peut être critiqué. Bien au contraire. On devrait s'attendre à ce qu'il y ait des recherches pour déterminer la portée de l'antériorité. Ce serait une toute autre affaire si le D^r Bower avait découvert une antériorité qui nuirait à sa position et qu'il l'avait cachée à la Cour. La Cour n'a pas jugé que c'était particulièrement remarquable le fait que [TRADUCTION] « l'interprétation du Dr Checkel est indépendante de l'antériorité invoquée. [...]

Finalement, la partie demanderesse soulevait que ce même expert avait exprimé des vues opposées quant aux qualifications de la personne versée dans l'art dans un rapport produit dans un litige sur un brevet équivalent aux États-Unis. Encore une fois, le témoignage candide de l'expert eut un impact important sur les conclusions de la Cour quant à son admissibilité⁴⁵ :

[...] Il est certainement vrai qu'il a exprimé un point de vue différent dans un rapport qu'il a rédigé dans l'affaire américaine *Polaris c. Arctic Cat*, il y a environ 13 ans de cela. Comme il l'a honnêtement avoué au procès, il avait oublié les détails de son implication dans cette affaire qui, en fait, ne l'a jamais amené à témoigner en cour puisqu'il y a eu un règlement hors cour. Contrairement à ce qu'a fait valoir AC, le D^r Bower n'a pas démontré qu'il tentait d'ignorer sa propre preuve, mais plutôt qu'il l'avait oubliée..

[...] Il s'ensuit que la Cour est d'avis que la définition de personne versée dans l'art présentée par le D^r Bower en l'espèce ne le rend pas moins qualifié, ni moins objectif ou indépendant. Je suis arrivé à la conclusion que sa crédibilité, et le poids de la preuve qu'il a soumise, ne devraient pas être minimisés au simple motif qu'il a changé d'avis quant à la définition de la personne versée dans l'art. Comme il a été indiqué précédemment, il avait oublié le litige mettant en cause *Polaris*. À mon avis, changer d'opinion ne doit pas être retenu contre un expert, à moins qu'on puisse inférer que ce changement d'opinion sert des fins malveillantes, ce qui n'a pas été démontré en l'espèce. AC a fait valoir que par ce changement d'avis, ou d'opinion, l'expert montrait qu'il était prêt à changer d'opinion en fonction de la personne qui retient ses services. Je ne suis pas d'accord. Dans le litige américain *Polaris c. AC*, *Polaris* se trouvait dans la même position que celle où se trouve actuellement BRP, soit dans le camp opposé à AC.

⁴⁴ *Ibid* au para 119.

⁴⁵ *Ibid* aux para 121 et 123.

Dans un certain sens, Polaris et BRP semblent être dans le même camp, comme la conversation entre M. Strickland et l'avocat américain de Polaris en témoigne. Le fait que le D^r Bower définirait différemment la personne versée dans l'art ne peut refléter une prédilection de l'expert à changer d'avis selon la personne qui l'engage puisque les deux clients sont en fait confrontés à des difficultés semblables.

Le fait que le témoignage à l'audience ait eu un aussi gros impact sur l'évaluation de ce témoignage par la Cour justifie d'ailleurs l'approche de la Cour suprême dans *White Burgess* : à moins que l'intérêt soit manifeste et important au point de justifier le rejet d'office de la preuve, la Cour entendra généralement le témoignage⁴⁶ avant de décider si elle exercera sa discrétion en faveur de son exclusion.

Un scénario similaire a pu être vu dans *Dow Chemical Company c Nova Chemicals Corporation*⁴⁷ où un témoin expert, qui agissait aussi comme témoin de faits dans le même dossier, avait agi comme consultant pour l'avocat de la partie l'embauchant. Son contrat comme consultant était encore en vigueur au moment de son témoignage comme expert au procès. Il avait aussi participé aux essais cliniques liés à l'invention du brevet. Dans un litige parallèle aux États-Unis, il avait témoigné à titre de représentant de cette même partie. Encore une fois, le témoignage de l'expert fut décisif : ses réponses franches menèrent la Cour à conclure qu'il acceptait son obligation de fournir un témoignage juste, objectif et non partisan et son témoignage fut admis⁴⁸.

Il reste que l'effet inverse peut aussi être vu. Dans *Uponor AB c Heatlink Group Inc*⁴⁹, la Cour, sans mentionner de fait ayant pu en soi motiver le rejet d'office d'un expert, admettait la preuve en lui octroyant peu ou pas de force probante puisque le témoignage de l'expert au procès « was not only “shredded on cross-examination”, but his opinion strayed into assuming the role of advocate, and was neither independent nor unbiased »⁵⁰.

Cette approche d'entendre tout de même la preuve avant de statuer sur l'impartialité et l'indépendance de l'expert s'est avérée justifiée vu l'importance décisive des témoignages au procès, mais il demeure qu'elle est en contradiction avec la recommandation du juge Rothstein dans *Masterpiece* de déterminer l'admissibilité d'une preuve d'expert au stade de la gestion de l'instance afin d'éviter des frais inutiles⁵¹. Il semble que *White Burgess* vienne apporter un bémol à cette

⁴⁶ Voir *White Burgess*, supra note 1 au para 49 in fine.

⁴⁷ 2017 CF 350.

⁴⁸ *Dow Chemical Company c Nova Chemicals Corporation*, 2017 CF 350 aux paras 26 à 34.

⁴⁹ 2016 CF 320; procédure d'appel discontinuée le 15 avril 2016.

⁵⁰ *Uponor AB c Heatlink Group Inc*, 2016 CF 320 au para 141.

⁵¹ Voir *Masterpiece*, supra note 13 au para 77. Cette approche est aussi favorisée par plusieurs règles de procédure qui exigent que l'inadmissibilité d'un témoin expert soit soulevée dans des délais restreints suivant la connaissance du motif d'opposition au rapport.

recommandation : en ce qui concerne la contestation de l'admissibilité basée sur l'indépendance et l'impartialité de l'expert, ce n'est que dans les cas clairs où la nature et le degré de l'intérêt de l'expert sont importants que la preuve sera déclarée inadmissible au stade de la gestion de l'instance. Autrement, à moins d'autres bases d'inadmissibilité selon les critères de *Mohan*, le juge entendra le témoignage au procès avant d'en décider le sort.

4. Conclusion

White Burgess est une décision qu'on pourrait qualifier de théorique. Par exemple, le fait que l'indépendance et l'impartialité de l'expert entrent en ligne de compte au critère de la qualification suffisante de l'expert plutôt qu'un autre critère de *Mohan* n'a pas eu pour l'instant d'impact significatif dans la jurisprudence et ne risque pas d'en avoir.

Ce sont plutôt ses conséquences dans la pratique qui sont importantes.

Dans un premier temps, le fait que la Cour suprême ait clarifié que seuls les intérêts d'experts de nature et de degré importants peuvent entraîner le rejet d'office d'un témoignage a eu pour effet de rendre l'issue des débats sur l'admissibilité de rapports d'experts au stade de la gestion de l'instance moins incertaine. Bien que cela ne semble pas avoir eu pour effet de diminuer ce type de contestation, les praticiens sont maintenant avisés que le rejet d'office pour conflit d'intérêt est rare.

Dans un deuxième temps, le fait que la Cour suprême ait clarifié que les intérêts d'un expert s'examinent d'un point de vue subjectif et non objectif a jusqu'à maintenant été d'une certaine utilité pour les tribunaux qui désiraient admettre la preuve après avoir constaté qu'un témoin expert était parfaitement indépendant et impartial lors de son interrogatoire (et, surtout, lors de son contre-interrogatoire), malgré la présence de faits ou de liens pouvant laisser croire à la présence d'un conflit d'intérêt. Ceci s'est principalement vu dans les décisions en matière de brevets, ce qui peut être expliqué par le nombre parfois limité d'experts dans un domaine au Canada et par la durée importante de l'élaboration d'inventions combinée à leur durée de protection. Ces deux éléments font en sorte que, au cours d'une période pertinente dans un litige de brevets, les parties ont de bonnes chances d'avoir été en contact avec l'un ou plusieurs des experts appelés à témoigner. Des liens étroits, mais qui ne le sont pas au point d'affecter la capacité de témoigner de l'expert, pourront ne pas avoir d'impact sur la valeur probante du témoignage si l'expert témoigne candidement.