

White Burgess Langille Inman, carrying on business as WBLI Chartered Accountants and R. Brian Burgess *Appellants*

v.

Abbott and Haliburton Company Limited, A.W. Allen & Son Limited, Berwick Building Supplies Limited, Bishop's Falls Building Supplies Limited, Arthur Boudreau & Fils Ltée, Brennan Contractors & Supplies Ltd., F. J. Brideau & Fils Limitée, Cabot Building Supplies Company (1988) Limited, Robert Churchill Building Supplies Limited, CDL Holdings Limited, formerly Chester Dawe Limited, Fraser Supplies (1980) Ltd., R. D. Gillis Building Supplies Limited, Yvon Godin Ltd., Truro Wood Industries Limited/Home Care Properties Limited, Hann's Hardware and Sporting Goods Limited, Harbour Breton Building Supplies Limited, Hillier's Trades Limited, Hubcraft Building Supplies Limited, Lumbermart Limited, Maple Leaf Farm Supplies Limited, S.W. Mifflin Ltd., Nauss Brothers Limited, O'Leary Farmers' Co-operative Ass'n. Ltd., Pellerin Building Supplies Inc., Pleasant Supplies Incorporated, J. I. Pritchett & Sons Limited, Centre Multi-Décor de Richibucto Ltée, U. J. Robichaud & Sons Woodworkers Limited, Quincaillerie Saint-Louis Ltée, R & J Swinamer's Supplies Limited, 508686 N.B. INC. operating as T.N.T. Insulation and Building Supplies, Taylor Lumber and Building Supplies Limited, Two by Four Lumber Sales Ltd., Walbourne Enterprises Ltd., Western Bay Hardware Limited, White's Construction Limited, D. J. Williams and Sons Limited and Woodland Building Supplies Limited *Respondents*

and

Attorney General of Canada and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveniers*

White Burgess Langille Inman, faisant affaire sous la raison sociale WBLI Chartered Accountants et R. Brian Burgess *Appelants*

c.

Abbott and Haliburton Company Limited, A.W. Allen & Son Limited, Berwick Building Supplies Limited, Bishop's Falls Building Supplies Limited, Arthur Boudreau & Fils Ltée, Brennan Contractors & Supplies Ltd., F. J. Brideau & Fils Limitée, Cabot Building Supplies Company (1988) Limited, Robert Churchill Building Supplies Limited, CDL Holdings Limited, auparavant Chester Dawe Limited, Fraser Supplies (1980) Ltd., R. D. Gillis Building Supplies Limited, Yvon Godin Ltd., Truro Wood Industries Limited/Home Care Properties Limited, Hann's Hardware and Sporting Goods Limited, Harbour Breton Building Supplies Limited, Hillier's Trades Limited, Hubcraft Building Supplies Limited, Lumbermart Limited, Maple Leaf Farm Supplies Limited, S.W. Mifflin Ltd., Nauss Brothers Limited, O'Leary Farmers' Co-operative Ass'n. Ltd., Pellerin Building Supplies Inc., Pleasant Supplies Incorporated, J. I. Pritchett & Sons Limited, Centre Multi-Décor de Richibucto Ltée, U. J. Robichaud & Sons Woodworkers Limited, Quincaillerie Saint-Louis Ltée, R & J Swinamer's Supplies Limited, 508686 N.B. INC. faisant affaire sous la raison sociale T.N.T. Insulation and Building Supplies, Taylor Lumber and Building Supplies Limited, Two by Four Lumber Sales Ltd., Walbourne Enterprises Ltd., Western Bay Hardware Limited, White's Construction Limited, D. J. Williams and Sons Limited et Woodland Building Supplies Limited *Intimées*

et

Procureur général du Canada et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

INDEXED AS: WHITE BURGESS LANGILLE INMAN v. ABBOTT AND HALIBURTON Co.

2015 SCC 23

File No.: 35492.

2014: October 7; 2015: April 30.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Evidence — Admissibility — Expert evidence — Basic standards for admissibility — Qualified expert — Independence and impartiality — Nature of expert's duty to court — How expert's duty relates to admissibility of expert's evidence — Forensic accountant providing opinion on whether former auditors were negligent in performance of duties — Former auditors applying to strike out expert's affidavit on grounds she was not impartial expert witness — Whether elements of expert's duty to court go to admissibility of evidence rather than simply to its weight — If so, whether there is a threshold admissibility requirement in relation to independence and impartiality.

The shareholders started a professional negligence action against the former auditors of their company after they had retained a different accounting firm, the Kentville office of GT, to perform various accounting tasks and which in their view revealed problems with the former auditors' work. The auditors brought a motion for summary judgment seeking to have the shareholders' action dismissed. In response, the shareholders retained M, a forensic accounting partner at the Halifax office of GT, to review all the relevant materials and to prepare a report of her findings. Her affidavit set out her findings, including her opinion that the auditors had not complied with their professional obligations to the shareholders. The auditors applied to strike out M's affidavit on the grounds that she was not an impartial expert witness.

The motions judge essentially agreed with the auditors and struck out M's affidavit in its entirety. The majority of the Court of Appeal concluded that the motions judge erred in excluding M's affidavit and allowed the appeal.

RÉPERTORIÉ : WHITE BURGESS LANGILLE INMAN c. ABBOTT AND HALIBURTON Co.

2015 CSC 23

N° du greffe : 35492.

2014 : 7 octobre; 2015 : 30 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Wagner et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Preuve — Admissibilité — Preuve d'expert — Normes fondamentales d'admissibilité — Expert qualifié — Indépendance et impartialité — Nature de l'obligation de l'expert envers le tribunal — Rapport entre l'obligation de l'expert et l'admissibilité de son témoignage — Opinion d'une juricomptable sur la négligence possible des vérificateurs précédents dans l'exercice de leurs fonctions — Requête en radiation de l'affidavit de l'expert présentée par les vérificateurs précédents au motif que l'expert n'était pas un témoin expert impartial — Les éléments de l'obligation de l'expert envers le tribunal jouent-ils au regard de l'admissibilité du témoignage plutôt que simplement de la valeur probante de celui-ci? — Dans l'affirmative, l'indépendance et l'impartialité constituent-elles un critère d'admissibilité?

Les actionnaires ont intenté une action pour négligence professionnelle contre les anciens vérificateurs de leur compagnie après avoir engagé un autre cabinet comptable, GT, de Kentville, pour effectuer diverses tâches comptables, qui, selon eux, avaient révélé des erreurs par les vérificateurs précédents. Les vérificateurs ont présenté une requête en jugement sommaire visant à faire rejeter l'action. En réponse, les actionnaires ont fait appel à M, une associée en juricomptabilité du cabinet GT de Halifax, pour qu'elle examine tous les documents pertinents et rédige un rapport de ses constatations. Son affidavit expose ces dernières, notamment que les vérificateurs, selon elle, ne se sont pas acquittés de leurs obligations professionnelles envers les actionnaires. Les vérificateurs ont présenté une requête en radiation de l'affidavit de M au motif qu'elle n'était pas un témoin expert impartial.

Le juge des requêtes s'est dit d'accord avec les vérificateurs pour l'essentiel et a radié intégralement l'affidavit de M. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que le juge des requêtes avait eu tort d'exclure l'affidavit de M et ont accueilli l'appel.

Held: The appeal should be dismissed.

The inquiry for determining the admissibility of expert opinion evidence is divided into two steps. At the first step, the proponent of the evidence must establish the threshold requirements of admissibility. These are the four factors set out in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9 (relevance, necessity, absence of an exclusionary rule and a properly qualified expert). Evidence that does not meet these threshold requirements should be excluded. At the second discretionary gatekeeping step, the trial judge must decide whether expert evidence that meets the preconditions to admissibility is sufficiently beneficial to the trial process to warrant its admission despite the potential harm to the trial process that may flow from the admission of the expert evidence.

Expert witnesses have a duty to the court to give fair, objective and non-partisan opinion evidence. They must be aware of this duty and able and willing to carry it out. The expert's opinion must be impartial in the sense that it reflects an objective assessment of the questions at hand. It must be independent in the sense that it is the product of the expert's independent judgment, uninfluenced by who has retained him or her or the outcome of the litigation. It must be unbiased in the sense that it does not unfairly favour one party's position over another. The acid test is whether the expert's opinion would not change regardless of which party retained him or her. These concepts, of course, must be applied to the realities of adversary litigation.

Concerns related to the expert's duty to the court and his or her willingness and capacity to comply with it are best addressed initially in the "qualified expert" element of the *Mohan* framework. A proposed expert witness who is unable or unwilling to fulfill his or her duty to the court is not properly qualified to perform the role of an expert. If the expert witness does not meet this threshold admissibility requirement, his or her evidence should not be admitted. Once this threshold is met, however, remaining concerns about an expert witness's compliance with his or her duty should be considered as part of the overall cost-benefit analysis which the judge conducts to carry out his or her gatekeeping role.

Imposing this additional threshold requirement is not intended to and should not result in trials becoming longer or more complex. The trial judge must determine, having regard to both the particular circumstances of the proposed expert and the substance of the proposed evidence, whether the expert is able and willing to carry out his or her primary duty to the court. Absent challenge, the

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La démarche qui permet de déterminer l'admissibilité du témoignage d'opinion de l'expert est scindée en deux. Dans un premier temps, celui qui veut présenter le témoignage doit démontrer qu'il satisfait aux critères d'admissibilité, soit les quatre critères énoncés dans l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, à savoir la pertinence, la nécessité, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert. Tout témoignage qui ne satisfait pas à ces critères devrait être exclu. Dans un deuxième temps, le juge-gardien exerce son pouvoir discrétionnaire en déterminant si le témoignage d'expert qui satisfait aux conditions préalables à l'admissibilité est assez avantageux pour le procès pour justifier son admission malgré le préjudice potentiel, pour le procès, qui peut découler de son admission.

L'expert a l'obligation envers le tribunal de donner un témoignage d'opinion qui soit juste, objectif et impartial. Il doit être conscient de cette obligation et pouvoir et vouloir s'en acquitter. 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.

C'est sous le volet « qualification suffisante de l'expert » du cadre établi par l'arrêt *Mohan* qu'il convient d'abord d'examiner les préoccupations concernant l'obligation de l'expert envers le tribunal et s'il peut ou veut s'en acquitter. Le témoin expert proposé qui ne peut ou ne veut s'acquitter de son obligation envers le tribunal ne possède pas la qualification suffisante pour exercer ce rôle. S'il ne satisfait pas à ce critère d'admissibilité, son témoignage ne devrait pas être admis. Or, dès lors qu'il y est satisfait, toute réserve qui demeure quant à savoir si l'expert s'est conformé à son obligation devrait être examinée dans le cadre de l'analyse coût-bénéfices qu'effectue le juge dans l'exercice de son rôle de gardien.

L'idée, en imposant ce critère supplémentaire, n'est pas de prolonger ni de complexifier les procès et il ne devrait pas en résulter un tel effet. Le juge de première instance doit déterminer, compte tenu tant de la situation particulière de l'expert que de la teneur du témoignage proposé, si l'expert peut ou veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. En l'absence d'une

expert's attestation or testimony recognizing and accepting the duty will generally be sufficient to establish that this threshold is met. However, if a party opposing admissibility shows that there is a realistic concern that the expert is unable and/or unwilling to comply with his or her duty, the proponent of the evidence has the burden of establishing its admissibility. Exclusion at the threshold stage of the analysis should occur only in very clear cases in which the proposed expert is unable or unwilling to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. Anything less than clear unwillingness or inability to do so should not lead to exclusion, but be taken into account in the overall weighing of costs and benefits of receiving the evidence.

The concept of apparent bias is not relevant to the question of whether or not an expert witness will be unable or unwilling to fulfill its primary duty to the court. When looking at an expert's interest or relationship with a party, the question is not whether a reasonable observer would think that the expert is not independent. The question is whether the relationship or interest results in the expert being unable or unwilling to carry out his or her primary duty to the court to provide fair, non-partisan and objective assistance.

In this case, there was no basis disclosed in the record to find that M's evidence should be excluded because she was not able and willing to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. The majority of the Court of Appeal was correct in concluding that the motions judge committed a palpable and overriding error in determining that M was in a conflict of interest that prevented her from giving impartial and objective evidence.

Cases Cited

Applied: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; **adopted:** *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, leave to appeal refused, [2010] 2 S.C.R. v; **referred to:** *Lord Abinger v. Ashton* (1873), L.R. 17 Eq. 358; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290; *R. v. C. (M.)*, 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th)

contestation, il est généralement satisfait au critère dès lors que l'expert, dans son attestation ou sa déposition, reconnaît son obligation et l'accepte. Toutefois, si la partie qui s'oppose à l'admission démontre un motif réaliste de croire que l'expert ne peut ou ne veut s'acquitter de son obligation, il revient à la partie qui produit la preuve d'en établir l'admissibilité. 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.

La notion d'apparence de parti pris n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si le témoin expert pourra ou voudra s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Lorsque l'on se penche sur l'intérêt d'un expert ou sur ses rapports avec une partie, il ne s'agit pas de se demander si un observateur raisonnable penserait que l'expert est indépendant ou non; il s'agit plutôt de déterminer si la relation de l'expert avec une partie ou son intérêt fait en sorte qu'il ne peut ou ne veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal, en l'occurrence apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale.

En l'espèce, le dossier ne révèle aucun élément qui permette de conclure que le témoignage de M devrait être exclu parce que celle-ci ne pouvait ou ne voulait rendre devant le tribunal un témoignage juste, objectif et impartial. La majorité de la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge des requêtes avait commis une erreur manifeste et dominante en estimant que M était dans une situation de conflit d'intérêts qui l'empêchait de rendre un témoignage objectif et impartial.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; **arrêt adopté :** *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, autorisation d'appel refusée, [2010] 2 R.C.S. v; **arrêts mentionnés :** *Lord Abinger c. Ashton* (1873), L.R. 17 Eq. 358; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290; *R. c.*

396; *National Justice Compania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68, rev'd [1995] 1 Lloyd's Rep. 455; *Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456; *Royal Trust Corp. of Canada v. Fisherman* (2000), 49 O.R. (3d) 187; *R. v. Docherty*, 2010 ONSC 3628; *Ocean v. Economical Mutual Insurance Co.*, 2010 NSSC 315, 293 N.S.R. (2d) 394; *Handley v. Punnett*, 2003 BCSC 294; *Bank of Montreal v. Citak*, [2001] O.J. No. 1096 (QL); *Dean Construction Co. v. M.J. Dixon Construction Ltd.*, 2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240; *Hutchingame v. Johnstone*, 2006 BCSC 271; *Alfano v. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Kirby Lowbed Services Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould v. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19; *United City Properties Ltd. v. Tong*, 2010 BCSC 111; *R. v. INCO Ltd.* (2006), 80 O.R. (3d) 594; *R. v. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115; *Gallant v. Brake-Patten*, 2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77; *R. v. Violette*, 2008 BCSC 920; *Armchair Passenger Transport Ltd. v. Helical Bar Plc*, [2003] EWHC 367; *R. (Factortame Ltd.) v. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932, [2003] Q.B. 381; *Gallaher International Ltd. v. Tlais Enterprises Ltd.*, [2007] EWHC 464; *Meat Corp. of Namibia Ltd. v. Dawn Meats (U.K.) Ltd.*, [2011] EWHC 474; *Matchbet Ltd. v. Openbet Retail Ltd.*, [2013] EWHC 3067; *FGT Custodians Pty. Ltd. v. Fagenblat*, [2003] VSCA 33; *Collins Thomson v. Clayton*, [2002] NSWSC 366; *Kirch Communications Pty Ltd. v. Gene Engineering Pty Ltd.*, [2002] NSWSC 485; *SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. v. Chipman*, [2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500; *Rodriguez v. Pacificare of Texas, Inc.*, 980 F.2d 1014 (1993); *Tagatz v. Marquette University*, 861 F.2d 1040 (1988); *Apple Inc. v. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286 (2014); *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2010 ONSC 166; *R. v. Demetrius*, 2009 CanLII 22797; *International Hi-Tech Industries Inc. v. FANUC Robotics Canada Ltd.*, 2006 BCSC 2011; *Casurina Ltd. Partnership v. Rio Algom Ltd.* (2002), 28 B.L.R. (3d) 44; *Prairie Well Servicing Ltd. v. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284; *Deemar v. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97; *Coady v. Burton Canada Co.*, 2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348; *Fougere v. Blunden Construction Ltd.*, 2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385.

Statutes and Regulations Cited

Act to establish the new Code of Civil Procedure, S.Q. 2014, c. 1, arts. 22, 235 [not yet in force].
Civil Procedure Rules (Nova Scotia), rr. 55.01(2), 55.04 (1)(a), (b), (c).

C. (M.), 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396; *National Justice Compania Naviera S.A. c. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68, inf. par [1995] 1 Lloyd's Rep. 455; *Fellowes, McNeil c. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456; *Royal Trust Corp. of Canada c. Fisherman* (2000), 49 O.R. (3d) 187; *R. c. Docherty*, 2010 ONSC 3628; *Ocean c. Economical Mutual Insurance Co.*, 2010 NSSC 315, 293 N.S.R. (2d) 394; *Handley c. Punnett*, 2003 BCSC 294; *Bank of Montreal c. Citak*, [2001] O.J. No. 1096 (QL); *Dean Construction Co. c. M.J. Dixon Construction Ltd.*, 2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240; *Hutchingame c. Johnstone*, 2006 BCSC 271; *Alfano c. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Kirby Lowbed Services Ltd. c. Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould c. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19; *United City Properties Ltd. c. Tong*, 2010 BCSC 111; *R. c. INCO Ltd.* (2006), 80 O.R. (3d) 594; *R. c. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115; *Gallant c. Brake-Patten*, 2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77; *R. c. Violette*, 2008 BCSC 920; *Armchair Passenger Transport Ltd. c. Helical Bar Plc*, [2003] EWHC 367; *R. (Factortame Ltd.) c. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932, [2003] Q.B. 381; *Gallaher International Ltd. c. Tlais Enterprises Ltd.*, [2007] EWHC 464; *Meat Corp. of Namibia Ltd. c. Dawn Meats (U.K.) Ltd.*, [2011] EWHC 474; *Matchbet Ltd. c. Openbet Retail Ltd.*, [2013] EWHC 3067; *FGT Custodians Pty. Ltd. c. Fagenblat*, [2003] VSCA 33; *Collins Thomson c. Clayton*, [2002] NSWSC 366; *Kirch Communications Pty Ltd. c. Gene Engineering Pty Ltd.*, [2002] NSWSC 485; *SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. c. Chipman*, [2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500; *Rodriguez c. Pacificare of Texas, Inc.*, 980 F.2d 1014 (1993); *Tagatz c. Marquette University*, 861 F.2d 1040 (1988); *Apple Inc. c. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286 (2014); *Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas*, 2010 ONSC 166; *R. c. Demetrius*, 2009 CanLII 22797; *International Hi-Tech Industries Inc. c. FANUC Robotics Canada Ltd.*, 2006 BCSC 2011; *Casurina Ltd. Partnership c. Rio Algom Ltd.* (2002), 28 B.L.R. (3d) 44; *Prairie Well Servicing Ltd. c. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284; *Deemar c. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97; *Coady c. Burton Canada Co.*, 2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348; *Fougere c. Blunden Construction Ltd.*, 2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385.

Lois et règlements cités

Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, L.Q. 2014, c. 1, art. 22, 235 [non en vigueur].
Règles de la Cour du Banc de la Reine (Saskatchewan), règle 5-37.

Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 52.2(1)(c).
Queen's Bench Rules (Saskatchewan), r. 5-37.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 4.1.01(1), (2), 53.03(2.1).
Rules of Civil Procedure (Prince Edward Island), r. 53.03(3)(g).
Rules of Court, Y.O.I.C. 2009/65, r. 34(23).
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, rr. 11-2(1), (2).

Authors Cited

Anderson, Glenn R. *Expert Evidence*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
 Béchard, Donald, avec la collaboration de Jessica Béchard. *L'expert*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2011.
Canadian Encyclopedic Digest, Ontario 4th ed., vol. 24. Toronto: Carswell, 2014 (loose-leaf updated 2014, release 6).
 Chamberland, Luc. *Le nouveau Code de procédure civile commenté*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2014.
Corpus Juris Secundum, vol. 32. Eagan, Minn.: Thomson West, 2008.
Cross and Tapper on Evidence, 12th ed. by Colin Tapper. Oxford: Oxford University Press, 2010.
 Freckelton, Ian, and Hugh Selby. *Expert Evidence: Law, Practice, Procedure and Advocacy*, 5th ed. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2013.
Halsbury's Laws of Canada: Evidence, 2014 Reissue, contributed by Hamish C. Stewart. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
 Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
McWilliams' Canadian Criminal Evidence, 5th ed. by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated 2014, release 5).
 Michell, Paul, and Renu Mandhane. "The Uncertain Duty of the Expert Witness" (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635.
 Ontario. *Civil Justice Reform Project: Summary of Findings & Recommendations* (Osborne Report). Toronto: Ministry of Attorney General, 2007.
 Ontario. *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report* (Goudge Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 2008.
 Ontario. *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (Kaufman Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.

Règles de procédure, Y.D. 2009/65, règle 34(23).
Règles de procédure civile, R.R.O. 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, B.C. Reg. 168/2009, règles 11-2(1), (2).

Doctrine et autres documents cités

Anderson, Glenn R. *Expert Evidence*, 3rd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
 Béchard, Donald, avec la collaboration de Jessica Béchard. *L'expert*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011.
Canadian Encyclopedic Digest, Ontario 4th ed., vol. 24. Toronto, Carswell, 2014 (loose-leaf updated 2014, release 6).
 Chamberland, Luc. *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
Corpus Juris Secundum, vol. 32, Eagan (Minn.), Thomson West, 2008.
Cross and Tapper on Evidence, 12th ed. by Colin Tapper, Oxford, Oxford University Press, 2010.
 Freckelton, Ian, and Hugh Selby. *Expert Evidence : Law, Practice, Procedure and Advocacy*, 5th ed., Pyrmont (N.S.W.), Lawbook Co., 2013.
Halsbury's Laws of Canada : Evidence, 2014 Reissue, contributed by Hamish C. Stewart, Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
 Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
McWilliams' Canadian Criminal Evidence, 5th ed. by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds., Toronto, Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated 2014, release 5).
 Michell, Paul, and Renu Mandhane. « The Uncertain Duty of the Expert Witness » (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635.
 Ontario. *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (Rapport Kaufman), Toronto, Ministère du Procureur général, 1998.
 Ontario. *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations* (Rapport Osborne), Toronto, Ministère du Procureur général, 2007.

Paciocco, David. “Taking a ‘Gouge’ out of Bluster and Blarney: an ‘Evidence-Based Approach’ to Expert Testimony” (2009), 13 *Can. Crim. L.R.* 135.

Paciocco, David M. “Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 565.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.

Phipson on Evidence, 18th ed. by Hodge M. Malek et al., eds. London: Sweet & Maxwell, 2013.

Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Thayer, James Bradley. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Boston: Little, Brown and Co., 1898 (reprinted South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, Inc., 1969).

United Kingdom. *Access to Justice: Final Report* (Woolf Report). London: HMSO, 1996.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J. and Oland and Beveridge J.J.A.), 2013 NSCA 66, 330 N.S.R. (2d) 301, 361 D.L.R. (4th) 659, 36 C.P.C. (7th) 22, [2013] N.S.J. No. 259 (QL), 2013 CarswellNS 360 (WL Can.), setting aside in part a decision of Pickup J., 2012 NSSC 210, 317 N.S.R. (2d) 283, 26 C.P.C. (7th) 280, [2012] N.S.J. No. 289 (QL), 2012 CarswellNS 376 (WL Can.). Appeal dismissed.

Alan D’Silva, James Wilson and Aaron Kreaden, for the appellants.

Jon Laxer and Brian F. P. Murphy, for the respondents.

Michael H. Morris, for the intervener the Attorney General of Canada.

Matthew Gourlay, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Ontario. *Rapport de la Commission d’enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario* (Rapport Gouge), Toronto, Ministère du Procureur général, 2008.

Paciocco, David. « Taking a “Gouge” out of Bluster and Blarney : an “Evidence-Based Approach” to Expert Testimony » (2009), 13 *Rev. can. D.P.* 135.

Paciocco, David M. « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 565.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

Phipson on Evidence, 18th ed. by Hodge M. Malek et al., eds., London, Sweet & Maxwell, 2013.

Royaume-Uni. *Access to Justice : Final Report* (Woolf Report), London, HMSO, 1996.

Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.

Thayer, James Bradley. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1898 (reprinted South Hackensack (N.J.), Rothman Reprints, Inc., 1969).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Oland et Beveridge), 2013 NSCA 66, 330 N.S.R. (2d) 301, 361 D.L.R. (4th) 659, 36 C.P.C. (7th) 22, [2013] N.S.J. No. 259 (QL), 2013 CarswellNS 360 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Pickup, 2012 NSSC 210, 317 N.S.R. (2d) 283, 26 C.P.C. (7th) 280, [2012] N.S.J. No. 289 (QL), 2012 CarswellNS 376 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Alan D’Silva, James Wilson et Aaron Kreaden, pour les appelants.

Jon Laxer et Brian F. P. Murphy, pour les intimées.

Michael H. Morris, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Matthew Gourlay, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu
par

CROMWELL J. —

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction and Issues

I. Introduction et questions en litige

[1] Expert opinion evidence can be a key element in the search for truth, but it may also pose special dangers. To guard against them, the Court over the last 20 years or so has progressively tightened the rules of admissibility and enhanced the trial judge's gatekeeping role. These developments seek to ensure that expert opinion evidence meets certain basic standards before it is admitted. The question on this appeal is whether one of these basic standards for admissibility should relate to the proposed expert's independence and impartiality. In my view, it should.

[1] Le témoignage d'expert peut constituer la pièce maîtresse dans la recherche de la vérité tout comme il peut présenter des dangers particuliers. Pour se prémunir contre ces dangers, la Cour depuis une vingtaine d'années resserre graduellement les règles d'admissibilité et renforce le rôle de gardien du juge de première instance. Ainsi, l'admission du témoignage d'expert est subordonnée au respect de certaines normes fondamentales. La question à trancher dans le cadre du présent pourvoi est de savoir si l'indépendance et l'impartialité de l'expert que l'on se propose de citer comme témoin devraient compter au nombre de ces normes fondamentales d'admissibilité. À mon avis elles devraient l'être.

[2] Expert witnesses have a special duty to the court to provide fair, objective and non-partisan assistance. A proposed expert witness who is unable or unwilling to comply with this duty is not qualified to give expert opinion evidence and should not be permitted to do so. Less fundamental concerns about an expert's independence and impartiality should be taken into account in the broader, overall weighing of the costs and benefits of receiving the evidence.

[2] Le témoin expert a l'obligation particulière d'apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale. La personne que l'on se propose de citer à ce titre, mais qui ne peut ou ne veut se conformer à cette obligation, n'a pas la qualification pour témoigner à titre d'expert et ne devrait pas y être autorisée. Des réserves moins fondamentales quant à l'indépendance et à l'impartialité de l'expert devraient jouer dans l'analyse globale des coûts et des bénéfices de l'admission du témoignage.

[3] Applying these principles, I agree with the conclusion reached by the majority of the Nova Scotia Court of Appeal and would therefore dismiss this appeal with costs.

[3] Appliquant ces principes, je partage la conclusion à laquelle sont parvenus les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et suis d'avis de rejeter le présent pourvoi avec dépens.

II. Overview of the Facts and Judicial History

II. Rappel des faits et historique judiciaire

A. Facts and Proceedings

A. Les faits et la procédure

[4] The appeal arises out of a professional negligence action by the respondents (who I will call the shareholders) against the appellants, the former auditors of their company (I will refer to them as the auditors). The shareholders started the action after they had retained a different accounting firm, the

[4] Le présent pourvoi découle d'une action pour négligence professionnelle intentée par les intimées (ci-après « les actionnaires ») contre les appelants, les anciens vérificateurs de leur compagnie (ci-après « les vérificateurs »). Les actionnaires ont intenté cette poursuite après avoir engagé un autre cabinet

Kentville office of Grant Thornton LLP, to perform various accounting tasks and which in their view revealed problems with the auditors' previous work. The central allegation in the action is that the auditors' failure to apply generally accepted auditing and accounting standards while carrying out their functions caused financial loss to the shareholders. The main question in the action boils down to whether the auditors were negligent in the performance of their professional duties.

[5] The auditors brought a motion for summary judgment in August of 2010, seeking to have the shareholders' action dismissed. In response, the shareholders retained Susan MacMillan, a forensic accounting partner at the Halifax office of Grant Thornton, to review all the relevant materials, including the documents filed in the action, and to prepare a report of her findings. Her affidavit set out her findings, including her opinion that the auditors had not complied with their professional obligations to the shareholders. The auditors applied to strike out Ms. MacMillan's affidavit on the grounds that she was not an impartial expert witness. They argued that the action comes down to a battle of opinion between two accounting firms — the auditors' and the expert witness's. Ms. MacMillan's firm could be exposed to liability if its approach was not accepted by the court and, as a partner, Ms. MacMillan could be personally liable. Her potential liability if her opinion were not accepted gives her a personal financial interest in the outcome of the litigations and this, in the auditors' submission, ought to disqualify her from testifying.

[6] The proceedings since have been neither summary nor resulted in a judgment. Instead, the litigation has been focused on the expert evidence issue; the summary judgment application has not yet been heard on its merits.

comptable, Grant Thornton srl, de Kentville, pour effectuer diverses tâches comptables, qui, selon eux, avaient révélé des erreurs par les vérificateurs précédents. Les actionnaires reprochent essentiellement aux vérificateurs de ne pas avoir appliqué les normes de vérification et comptables généralement reconnues et de leur avoir ainsi causé une perte. La principale question dans le cadre de l'action est de savoir si les vérificateurs ont fait preuve de négligence dans l'exercice de leurs fonctions.

[5] En août 2010, les vérificateurs ont présenté une requête en jugement sommaire visant à faire rejeter l'action. En réponse, les actionnaires ont fait appel à M^{me} Susan MacMillan, une associée en juricomptabilité du cabinet Grant Thornton de Halifax, pour qu'elle examine tous les documents pertinents, notamment ceux déposés dans le cadre de l'action, et rédige un rapport de ses constatations. Son affidavit expose ces dernières, notamment que les vérificateurs, selon elle, ne se sont pas acquittés de leurs obligations professionnelles envers les actionnaires. Les vérificateurs ont présenté une requête en radiation de l'affidavit de M^{me} MacMillan au motif qu'elle n'était pas un témoin expert impartial. Ils ont fait valoir que l'action se résumait à une bataille d'opinions entre deux cabinets comptables, en l'occurrence celui des vérificateurs et celui du témoin expert. Le cabinet de M^{me} MacMillan pourrait être tenu responsable si sa démarche n'était pas acceptée par le tribunal et, en tant qu'associée, M^{me} MacMillan pourrait être tenue personnellement responsable. Sa responsabilité potentielle — si son opinion n'était pas acceptée — se traduit par un intérêt financier personnel dans le règlement du litige; or, de l'avis des vérificateurs, cela devrait suffire à la rendre inhabile à témoigner.

[6] Depuis, l'instance a été tout sauf sommaire et ne s'est toujours pas soldée par un jugement. Le litige a plutôt porté sur la question du témoignage de l'expert; la requête en jugement sommaire n'a pas encore été entendue sur le fond.

B. *Judgments Below*

- (1) Nova Scotia Supreme Court: 2012 NSSC 210, 317 N.S.R. (2d) 283 (Pickup J.)

[7] Pickup J. essentially agreed with the auditors and struck out the MacMillan affidavit in its entirety: para. 106. He found that, in order to be admissible, an expert's evidence "must be, and be seen to be, independent and impartial": para. 99. Applying that test, he concluded that this was one of those "... does not meet the threshold requirements for admissibility": para. 101.

- (2) Nova Scotia Court of Appeal: 2013 NSCA 66, 330 N.S.R. (2d) 301 (Beveridge J.A., Oland J.A. Concurring; MacDonald C.J.N.S. Dissenting)

[8] The majority of the Court of Appeal concluded that the motions judge erred in excluding Ms. MacMillan's affidavit. Beveridge J.A. wrote that while the court has discretion to exclude expert evidence due to actual bias or partiality, the test adopted by the motions judge — that an expert "must be, and be seen to be, independent and impartial" — was wrong in law. He ought not to have ruled her evidence inadmissible and struck out her affidavit.

[9] MacDonald C.J.N.S., dissenting, would have upheld the motions judge's decision because he had properly articulated and applied the relevant legal principles.

III. Analysis

A. *Overview*

[10] In my view, expert witnesses have a duty to the court to give fair, objective and non-partisan opinion evidence. They must be aware of this duty and able and willing to carry it out. If they do not meet this threshold requirement, their evidence should not be admitted. Once this threshold is met,

B. *Les juridictions inférieures*

- (1) Cour suprême de la Nouvelle-Écosse : 2012 NSSC 210, 317 N.S.R. (2d) 283 (le juge Pickup)

[7] Le juge Pickup s'est dit d'accord avec les vérificateurs pour l'essentiel et a radié intégralement l'affidavit de M^{me} MacMillan (par. 106). Il était d'avis que, pour être admissible, le témoignage de l'expert [TRADUCTION] « doit être indépendant et impartial et être perçu comme tel » (par. 99) et, partant, a conclu qu'il s'agissait de l'un des « cas les plus évidents où la fiabilité de l'expert [...] ne satisfait pas aux critères d'admissibilité » (par. 101).

- (2) Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse : 2013 NSCA 66, 330 N.S.R. (2d) 301 (le juge Beveridge, avec l'appui de la juge Oland; le juge en chef MacDonald est dissident)

[8] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que le juge des requêtes avait eu tort d'exclure l'affidavit de M^{me} MacMillan. Le juge Beveridge a écrit que, si le tribunal peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, écarter le témoignage de l'expert pour cause de partialité réelle, le critère retenu par le juge des requêtes, en l'occurrence que l'expert « doit être indépendant et impartial et être perçu comme tel », était mal fondé en droit. Il n'aurait pas dû déclarer inadmissible le témoignage de M^{me} MacMillan ni radier son affidavit.

[9] Le juge en chef MacDonald, dissident, était d'avis de confirmer la décision du juge des requêtes, parce que ce dernier avait selon lui exposé et appliqué correctement les principes juridiques pertinents.

III. Analyse

A. *Aperçu*

[10] Selon moi, l'expert a l'obligation envers le tribunal de donner un témoignage d'opinion qui soit juste, objectif et impartial. Il doit être conscient de cette obligation et pouvoir et vouloir s'en acquitter. S'il ne satisfait pas à ce critère, son témoignage ne devrait pas être admis. Or, dès lors qu'il y est satisfait,

however, concerns about an expert witness's independence or impartiality should be considered as part of the overall weighing of the costs and benefits of admitting the evidence. This common law approach is, of course, subject to statutory and related provisions which may establish different rules of admissibility.

B. *Expert Witness Independence and Impartiality*

[11] There have been long-standing concerns about whether expert witnesses hired by the parties are impartial in the sense that they are expressing their own unbiased professional opinion and whether they are independent in the sense that their opinion is the product of their own, independent conclusions based on their own knowledge and judgment: see, e.g., G. R. Anderson, *Expert Evidence* (3rd ed. 2014), at p. 509; S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4th ed. 2014), at p. 783. As Sir George Jessel, M.R., put it in the 1870s, “[u]ndoubtedly there is a natural bias to do something serviceable for those who employ you and adequately remunerate you. It is very natural, and it is so effectual, that we constantly see persons, instead of considering themselves witnesses, rather consider themselves as the paid agents of the person who employs them”: *Lord Abinger v. Ashton* (1873), L.R. 17 Eq. 358, at p. 374.

[12] Recent experience has only exacerbated these concerns; we are now all too aware that an expert's lack of independence and impartiality can result in egregious miscarriages of justice: *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, at para. 52. As observed by Beveridge J.A. in this case, *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998) authored by the Honourable Fred Kaufman and the *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report* (2008) conducted by the Honourable Stephen T. Goudge provide two striking examples where “[s]eemingly solid and impartial, but flawed, forensic scientific opinion has played a prominent role in miscarriages of justice”: para. 105. Other reports outline the critical need for impartial and independent expert evidence in civil litigation: *ibid.*, at para. 106; see the Right

les réserves quant à l'indépendance ou à l'impartialité du témoin expert devraient être examinées dans l'évaluation globale des coûts et des bénéfices de l'admission du témoignage. Cette démarche issue de la common law cède le pas bien sûr aux dispositions législatives et connexes établissant dans certains cas des règles d'admissibilité différentes.

B. *Impartialité et indépendance du témoin expert*

[11] Les préoccupations quant à savoir si les témoins experts retenus par les parties sont impartiaux — c'est-à-dire s'ils expriment leur opinion professionnelle sans parti pris — et indépendants — c'est-à-dire si leur opinion est le fruit des conclusions auxquelles ils sont parvenus de façon indépendante en se fondant sur leurs propres connaissances et jugement — ne datent pas d'hier (voir, p. ex., G. R. Anderson, *Expert Evidence* (3^e éd. 2014), p. 509; S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4^e éd. 2014), p. 783). Comme le soulignait Sir George Jessel, maître des rôles, dans les années 1870, [TRADUCTION] « [i]l 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 » (*Lord Abinger c. Ashton* (1873), L.R. 17 Eq. 358, p. 374).

[12] L'expérience récente n'a fait qu'aviver ces préoccupations; nous savons que trop bien que le manque d'indépendance et d'impartialité d'un expert peut donner lieu à de très graves erreurs judiciaires (*R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 52). Comme l'a souligné le juge Beveridge dans la présente affaire, la *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (1998), rédigé par l'honorable Fred Kaufman, et le *Rapport de la Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario* (2008), de l'honorable Stephen T. Goudge, donnent deux exemples concrets de cas où [TRADUCTION] « [l]'opinion apparemment solide et impartiale, mais erronée, d'un scientifique expert a joué un rôle de premier plan dans des erreurs judiciaires » (par. 105). D'autres rapports mettent en évidence la nécessité cruciale que l'expert

Honourable Lord Woolf, *Access to Justice: Final Report* (1996); the Honourable Coulter A. Osborne, *Civil Justice Reform Project: Summary of Findings & Recommendations* (2007).

[13] To decide how our law of evidence should best respond to these concerns, we must confront several questions: Should concerns about potentially biased expert opinion go to admissibility or only to weight?; If to admissibility, should these concerns be addressed by a threshold requirement for admissibility, by a judicial discretion to exclude, or both?; At what point do these concerns justify exclusion of the evidence?; And finally, how is our response to these concerns integrated into the existing legal framework governing the admissibility of expert opinion evidence? To answer these questions, we must first consider the existing legal framework governing admissibility, identify the duties that an expert witness has to the court and then turn to how those duties are best reflected in that legal framework.

C. *The Legal Framework*

(1) The Exclusionary Rule for Opinion Evidence

[14] To the modern general rule that all relevant evidence is admissible there are many qualifications. One of them relates to opinion evidence, which is the subject of a complicated exclusionary rule. Witnesses are to testify as to the facts which they perceived, not as to the inferences — that is, the opinions — that they drew from them. As one great evidence scholar put it long ago, it is “for the jury to form opinions, and draw inferences and conclusions, and not for the witness”: J. B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1898; reprinted 1969), at p. 524; see also C. Tapper, *Cross and Tapper on Evidence* (12th ed. 2010), at p. 530. While various rationales have been offered for this exclusionary rule, the most convincing is probably that these ready-formed inferences are not helpful to the trier of fact and might even be misleading: see, e.g., *Graat v. The Queen*, [1982] 2

soit impartial et indépendant dans les procès civils (*ibid.*, par. 106; voir le très honorable lord Woolf, *Access to Justice : Final Report* (1996); l’honorable Coulter A. Osborne, *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations* (2007)).

[13] Pour déterminer la meilleure solution en droit de la preuve à ces préoccupations, il nous faut nous poser plusieurs questions. Est-ce que les réserves au sujet du parti pris possible d’un expert jouent au regard de l’admissibilité de son témoignage ou seulement de la valeur probante de ce dernier? Dans le premier cas, devrait-on y répondre par un critère d’admissibilité, par un pouvoir discrétionnaire permettant d’écarter la preuve ou les deux? Quand justifient-elles que soit exclu un témoignage? Enfin, comment la solution s’inscrit-elle dans le cadre juridique actuel régissant l’admissibilité des témoignages d’experts? Pour répondre à ces questions, nous devons d’abord nous pencher sur ce cadre juridique, circonscrire les obligations du témoin envers le tribunal, puis voir comment ces dernières s’intègrent le mieux dans le cadre juridique.

C. *Le cadre juridique*

(1) La règle d’exclusion des témoignages d’opinion

[14] La règle générale moderne selon laquelle toute preuve pertinente est admissible est assortie de nombreuses exceptions. L’une d’elles a trait au témoignage d’opinion, lequel fait l’objet d’une règle d’exclusion complexe. La déposition des témoins doit relater les faits qu’ils ont perçus, et non présenter les inférences, ou opinions, qu’ils en tirent. Comme l’a dit il y a longtemps un éminent spécialiste de la preuve, [TRADUCTION] « c’est au jury de se faire une opinion et de tirer des inférences et des conclusions, pas au témoin » (J. B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1898; réimprimé 1969), p. 524; voir également C. Tapper, *Cross and Tapper on Evidence* (12^e éd. 2010), p. 530). Même si plusieurs raisons ont été avancées pour expliquer cette règle d’exclusion, la plus convaincante est probablement celle selon laquelle ces inférences toutes faites ne sont

S.C.R. 819, at p. 836; *Halsbury's Laws of Canada: Evidence* (2014 Reissue), at para. HEV-137 “General rule against opinion evidence”.

[15] Not all opinion evidence is excluded, however. Most relevant for this case is the exception for expert opinion evidence on matters requiring specialized knowledge. As Prof. Tapper put it, “the law recognizes that, so far as matters calling for special knowledge or skill are concerned, judges and jurors are not necessarily equipped to draw true inferences from facts stated by witnesses. A witness is therefore allowed to state his opinion about such matters, provided he is expert in them”: p. 530; see also *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 42.

(2) The Current Legal Framework for Expert Opinion Evidence

[16] Since at least the mid-1990s, the Court has responded to a number of concerns about the impact on the litigation process of expert evidence of dubious value. The jurisprudence has clarified and tightened the threshold requirements for admissibility, added new requirements in order to assure reliability, particularly of novel scientific evidence, and emphasized the important role that judges should play as “gatekeepers” to screen out proposed evidence whose value does not justify the risk of confusion, time and expense that may result from its admission.

[17] We can take as the starting point for these developments the Court’s decision in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. That case described the potential dangers of expert evidence and established a four-part threshold test for admissibility. The dangers are well known. One is that the trier of fact will inappropriately defer to the expert’s opinion rather

pas utiles au juge des faits et peuvent même l’induire en erreur (voir, p. ex., *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, p. 836; *Halsbury's Laws of Canada : Evidence* (2014 réédition), par. HEV-137 « General rule against opinion evidence »).

[15] Cependant, ce ne sont pas tous les témoignages d’opinion qui sont exclus. L’exception qui nous intéresse plus particulièrement dans le présent pourvoi est celle qui s’applique au témoignage d’opinion d’un expert sur des questions qui exigent des connaissances spécialisées. Pour reprendre les propos du professeur Tapper, [TRADUCTION] « le droit reconnaît que, dans la mesure où les questions exigent des connaissances ou des compétences particulières, les juges et les jurés ne sont pas forcément en mesure de tirer une véritable conclusion d’après les faits relatés par les témoins. Le témoin est par conséquent admis à faire part de son opinion sur ces questions, pourvu qu’il soit un expert en la matière » (p. 530; voir également *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 42).

(2) Le cadre juridique actuel régissant le témoignage d’opinion d’un expert

[16] Depuis au moins le milieu des années 1990, la Cour a répondu à nombre de préoccupations concernant l’incidence d’une preuve d’expert d’une valeur douteuse sur le déroulement de l’instance. La jurisprudence a clarifié et resserré les critères d’admissibilité, établi de nouvelles exigences de fiabilité, notamment en ce qui concerne la preuve issue de sciences nouvelles, et renforcé l’important rôle de « gardien » du juge qui consiste à écarter d’emblée les témoignages dont la valeur ne justifie pas la confusion, la lenteur et les frais que leur admission risque de causer.

[17] Nous pouvons prendre comme point de départ de cette nouvelle tendance la décision de la Cour dans l’affaire *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. Cet arrêt a mis en lumière les dangers du témoignage d’expert et établi un critère à quatre volets pour en évaluer l’admissibilité. Ces dangers sont bien connus. Il y a notamment le risque que le juge des faits

than carefully evaluate it. As Sopinka J. observed in *Mohan*:

There is a danger that expert evidence will be misused and will distort the fact-finding process. Dressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents, this evidence is apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves. [p. 21]

(See also *D.D.*, at para. 53; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at paras. 25-26; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, at para. 46.)

[18] The point is to preserve trial by judge and jury, not devolve to trial by expert. There is a risk that the jury “will be unable to make an effective and critical assessment of the evidence”: *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, at para. 90, leave to appeal refused, [2010] 2 S.C.R. v. The trier of fact must be able to use its “informed judgment”, not simply decide on the basis of an “act of faith” in the expert’s opinion: *J.-L.J.*, at para. 56. The risk of “attornment to the opinion of the expert” is also exacerbated by the fact that expert evidence is resistant to effective cross-examination by counsel who are not experts in that field: *D.D.*, at para. 54. The cases address a number of other related concerns: the potential prejudice created by the expert’s reliance on unproven material not subject to cross-examination (*D.D.*, at para. 55); the risk of admitting “junk science” (*J.-L.J.*, at para. 25); and the risk that a “contest of experts” distracts rather than assists the trier of fact (*Mohan*, at p. 24). Another well-known danger associated with the admissibility of expert evidence is that it may lead to an inordinate expenditure of time and money: *Mohan*, at p. 21; *D.D.*, at para. 56; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387, at para. 76.

[19] To address these dangers, *Mohan* established a basic structure for the law relating to the admissibility

s’en remettrait inconsidérément à l’opinion de l’expert au lieu de l’évaluer avec circonspection. Comme le souligne le juge Sopinka dans l’arrêt *Mohan* :

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. [p. 21]

(Voir également *D.D.*, par. 53; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 25-26; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, par. 46.)

[18] Il s’agit de préserver le procès devant juge et jury, et non pas d’y substituer le procès instruit par des experts. Il y a un risque que le jury [TRADUCTION] « soit incapable de faire un examen critique et efficace de la preuve » (*R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 90, autorisation d’appel refusée, [2010] 2 R.C.S. v). Le juge des faits doit faire appel à son « jugement éclairé » plutôt que simplement trancher la question sur le fondement d’un « acte de confiance » à l’égard de l’opinion de l’expert (*J.-L.J.*, par. 56). Le danger de « s’en remettre à l’opinion de l’expert » est également exacerbé par le fait que la preuve d’expert est imperméable au contre-interrogatoire efficace par des avocats qui ne sont pas des experts dans ce domaine (*D.D.*, par. 54). La jurisprudence aborde un certain nombre d’autres problèmes connexes : le préjudice qui pourrait éventuellement découler d’une opinion d’expert fondée sur des informations qui ne sont pas attestées sous serment et qui ne peuvent pas faire l’objet d’un contre-interrogatoire (*D.D.*, par. 55); le danger d’admettre en preuve de la « science de pacotille » (*J.-L.J.*, par. 25); le risque qu’un « concours d’experts » ne distraie le juge des faits au lieu de l’aider (*Mohan*, p. 24). Un autre danger bien connu associé à l’admission de la preuve d’expert est le fait qu’elle peut exiger un délai et des frais démesurés (*Mohan*, p. 21; *D.D.*, par. 56; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387, par. 76).

[19] Pour parer à ces dangers, la Cour dans l’arrêt *Mohan* a établi une structure de base à deux volets

of expert opinion evidence. That structure has two main components. First, there are four threshold requirements that the proponent of the evidence must establish in order for proposed expert opinion evidence to be admissible: (1) relevance; (2) necessity in assisting the trier of fact; (3) absence of an exclusionary rule; and (4) a properly qualified expert (*Mohan*, at pp. 20-25; see also *Sekhon*, at para. 43). *Mohan* also underlined the important role of trial judges in assessing whether otherwise admissible expert evidence should be excluded because its probative value was overborne by its prejudicial effect — a residual discretion to exclude evidence based on a cost-benefit analysis: p. 21. This is the second component, which the subsequent jurisprudence has further emphasized: Lederman, Bryant and Fuerst, at pp. 789-90; *J.-L.J.*, at para. 28.

[20] *Mohan* and the jurisprudence since, however, have not explicitly addressed how this “cost-benefit” component fits into the overall analysis. The reasons in *Mohan* engaged in a cost-benefit analysis with respect to particular elements of the four threshold requirements, but they also noted that the cost-benefit analysis could be an aspect of exercising the overall discretion to exclude evidence whose probative value does not justify its admission in light of its potentially prejudicial effects: p. 21. The jurisprudence since *Mohan* has also focused on particular aspects of expert opinion evidence, but again without always being explicit about where additional concerns fit into the analysis. The unmistakable overall trend of the jurisprudence, however, has been to tighten the admissibility requirements and to enhance the judge’s gatekeeping role.

[21] So, for example, the necessity threshold criterion was emphasized in cases such as *D.D.* The majority underlined that the necessity requirement exists “to ensure that the dangers associated with expert evidence are not lightly tolerated” and that “[m]ere relevance or ‘helpfulness’ is not enough”: para. 46. Other cases have addressed the reliability of the science underlying an opinion and indeed technical evidence in general: *J.-L.J.*; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239. The question remains, however, as to where the cost-benefit analysis

définissant les règles d’admissibilité du témoignage d’opinion d’un expert. En premier lieu, celui qui cherche à faire admettre une preuve d’opinion émanant d’un expert doit démontrer qu’elle satisfait à quatre critères : (1) la pertinence; (2) la nécessité d’aider le juge des faits; (3) l’absence de toute règle d’exclusion; (4) la qualification suffisante de l’expert (*Mohan*, p. 20-25; voir également *Sekhon*, par. 43). L’arrêt *Mohan* insiste par ailleurs sur le rôle important du juge du procès pour déterminer si une preuve d’expert par ailleurs admissible devrait être exclue parce que sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable — un pouvoir discrétionnaire résiduel permettant d’exclure une preuve à l’issue d’une analyse coût-bénéfices (p. 21). Il s’agit du second volet de la structure, mis en évidence par la jurisprudence ultérieure (Lederman, Bryant et Fuerst, p. 789-790; *J.-L.J.*, par. 28).

[20] L’arrêt *Mohan* et la jurisprudence ultérieure ne précisent toutefois pas comment cette analyse « du coût et des bénéfices » s’inscrit dans l’analyse globale. La Cour dans cet arrêt procède à l’analyse coût-bénéfices relativement à certains des quatre critères, mais elle fait aussi observer qu’une telle analyse peut relever de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire général qui permet d’exclure une preuve dont la valeur probante ne justifie pas son admission, compte tenu de ses effets potentiellement préjudiciables (p. 21). Depuis l’arrêt *Mohan*, la jurisprudence s’est également intéressée à des aspects particuliers du témoignage d’opinion d’un expert, mais souvent sans expliciter la place qu’occupent ces autres préoccupations dans l’analyse. Cependant, la jurisprudence, dans son ensemble, tend indubitablement à resserrer les critères d’admissibilité et à renforcer le rôle de gardien du juge.

[21] Par exemple, le critère de nécessité a été mis en évidence dans des décisions telles que *D.D.* La majorité y souligne que l’exigence de nécessité « vise à ce que les dangers liés à la preuve d’expert ne soient pas traités à la légère », ajoutant que « [l]a simple pertinence ou “utilité” ne suffit pas » (par. 46). D’autres décisions ont abordé la fiabilité des principes scientifiques à la base d’une opinion et, en fait, des éléments de preuve techniques en général (*J.-L.J.*; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239). Toutefois, on ne sait toujours pas où exactement,

and concerns such as those about reliability fit into the overall analysis.

[22] *Abbey* (ONCA) introduced helpful analytical clarity by dividing the inquiry into two steps. With minor adjustments, I would adopt that approach.

[23] At the first step, the proponent of the evidence must establish the threshold requirements of admissibility. These are the four *Mohan* factors (relevance, necessity, absence of an exclusionary rule and a properly qualified expert) and in addition, in the case of an opinion based on novel or contested science or science used for a novel purpose, the reliability of the underlying science for that purpose: *J.-L.J.*, at paras. 33, 35-36 and 47; *Trochym*, at para. 27; Lederman, Bryant and Fuerst, at pp. 788-89 and 800-801. Relevance at this threshold stage refers to logical relevance: *Abbey* (ONCA), at para. 82; *J.-L.J.*, at para. 47. Evidence that does not meet these threshold requirements should be excluded. Note that I would retain necessity as a threshold requirement: *D.D.*, at para. 57; see D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at pp. 209-10; *R. v. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290, at para. 13; *R. v. C. (M.)*, 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396, at para. 72.

[24] At the second discretionary gatekeeping step, the judge balances the potential risks and benefits of admitting the evidence in order to decide whether the potential benefits justify the risks. The required balancing exercise has been described in various ways. In *Mohan*, Sopinka J. spoke of the “reliability versus effect factor” (p. 21), while in *J.-L.J.*, Binnie J. spoke about “relevance, reliability and necessity” being “measured against the counterweights of consumption of time, prejudice and confusion”: para. 47. Doherty J.A. summed it up well in *Abbey*, stating that the “trial judge must decide whether expert evidence that meets the preconditions to admissibility is sufficiently beneficial to the trial process to warrant its admission despite the potential harm to the trial process that may flow from the admission of the expert evidence”: para. 76.

dans l’analyse globale, s’inscrivent l’analyse coût-bénéfices et les préoccupations comme celles relatives à la fiabilité.

[22] L’arrêt *Abbey* (ONCA) a apporté des précisions utiles en scindant la démarche en deux temps. Je suis d’avis de l’adopter, à peu de choses près.

[23] Dans un premier temps, celui qui veut présenter le témoignage doit démontrer qu’il satisfait aux critères d’admissibilité, soit les quatre critères énoncés dans l’arrêt *Mohan*, à savoir la pertinence, la nécessité, l’absence de toute règle d’exclusion et la qualification suffisante de l’expert. De plus, dans le cas d’une opinion fondée sur une science nouvelle ou contestée ou sur une science utilisée à des fins nouvelles, la fiabilité des principes scientifiques étayant la preuve doit être démontrée (*J.-L.J.*, par. 33, 35-36 et 47; *Trochym*, par. 27; Lederman, Bryant et Fuerst, p. 788-789 et 800-801). Le critère de la pertinence, à ce stade, s’entend de la pertinence logique (*Abbey* (ONCA), par. 82; *J.-L.J.*, par. 47). Tout témoignage qui ne satisfait pas à ces critères devrait être exclu. Il est à noter qu’à mon avis, la nécessité demeure un critère (*D.D.*, par. 57; voir D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7^e éd. 2015), p. 209-210; *R. c. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290, par. 13; *R. c. C. (M.)*, 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396, par. 72).

[24] Dans un deuxième temps, le juge-gardien exerce son pouvoir discrétionnaire en soutesant les risques et les bénéfices éventuels que présente l’admission du témoignage, afin de décider si les premiers sont justifiés par les seconds. Cet exercice nécessaire de pondération a été décrit de plusieurs façons. Dans l’arrêt *Mohan*, le juge Sopinka parle du « facteur fiabilité-effet » (p. 21), tandis que, dans l’arrêt *J.-L.J.*, le juge Binnie renvoie à « la pertinence, la fiabilité et la nécessité par rapport au délai, au préjudice, à la confusion qui peuvent résulter » (par. 47). Le juge Doherty résume bien la question dans l’arrêt *Abbey*, lorsqu’il explique que [TRADUCTION] « le juge du procès doit décider si le témoignage d’expert qui satisfait aux conditions préalables à l’admissibilité est assez avantageux pour le procès pour justifier son admission malgré le préjudice potentiel, pour le procès, qui peut découler de son admission » (par. 76).

[25] With this delineation of the analytical framework, we can turn to the nature of an expert's duty to the court and where it fits into that framework.

D. *The Expert's Duty to the Court or Tribunal*

[26] There is little controversy about the broad outlines of the expert witness's duty to the court. As Anderson writes, "[t]he duty to provide independent assistance to the Court by way of objective unbiased opinion has been stated many times by common law courts around the world": p. 227. I would add that a similar duty exists in the civil law of Quebec: J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at para. 468; D. Béchar, with the collaboration of J. Béchar, *L'expert* (2011), c. 9; *An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, S.Q. 2014, c. 1, art. 22 (not yet in force); L. Chamberland, *Le nouveau Code de procédure civile commenté* (2014), at pp. 14 and 121.

[27] One influential statement of the elements of this duty are found in the English case *National Justice Compania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 (Q.B.). Following an 87-day trial, Cresswell J. believed that a misunderstanding of the duties and responsibilities of expert witnesses contributed to the length of the trial. He listed in *obiter dictum* duties and responsibilities of experts, the first two of which have particularly influenced the development of Canadian law:

1. Expert evidence presented to the Court should be, and should be seen to be, the independent product of the expert uninfluenced as to form or content by the exigencies of litigation

2. An expert witness should provide independent assistance to the Court by way of objective unbiased opinion in relation to matters within his [or her] expertise An expert witness in the High Court should

[25] Le cadre analytique ainsi délimité, penchons-nous sur la nature de l'obligation de l'expert envers le tribunal et voyons comment elle s'inscrit dans ce cadre.

D. *L'obligation de l'expert envers le tribunal*

[26] Les grandes lignes de l'obligation du témoin expert envers le tribunal sont peu contestées. Comme Anderson l'écrit : [TRADUCTION] « L'obligation de fournir une aide indépendante au tribunal sous la forme d'avis objectif et exempt de parti pris a été énoncée à de nombreuses reprises par les tribunaux de common law un peu partout dans le monde » (p. 227). J'ajouterais qu'une obligation semblable existe en droit civil québécois (J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4^e éd. 2008), par. 468; D. Béchar, avec la collaboration de J. Béchar, *L'expert* (2011), c. 9; *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 22 (non en vigueur); L. Chamberland, *Le nouveau Code de procédure civile commenté* (2014), p. 14 et 121).

[27] On trouve dans l'arrêt anglais *National Justice Compania Naviera S.A. c. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 (Q.B.), un énoncé des éléments de cette obligation qui fait autorité. Au terme d'un procès de 87 jours, le juge Cresswell a conclu qu'une méconnaissance des obligations et responsabilités des témoins experts avait contribué à prolonger le procès. Il a dressé, dans une remarque incidente, une liste des obligations et responsabilités des experts, dont les deux premiers points ont particulièrement influencé l'évolution du droit canadien :

[TRADUCTION]

1. Le témoignage de l'expert présenté à la Cour devrait être le produit indépendant de l'expert n'ayant subi quant à la forme ou au fond aucune influence dictée par les exigences du litige et être perçu comme tel . . .

2. Le rôle du témoin expert consiste à fournir une aide indépendante au tribunal sous la forme d'avis objectif et exempt de parti pris sur des questions relevant de son champ d'expertise [. . .] La personne qui témoigne

never assume the role of an advocate. [Emphasis added; citation omitted; p. 81.]

(These duties were endorsed on appeal: [1995] 1 Lloyd's Rep. 455 (C.A.), at p. 496.)

[28] Many provinces and territories have provided explicit guidance related to the duty of expert witnesses. In Nova Scotia, for example, the *Civil Procedure Rules* require that an expert's report be signed by the expert who must make (among others) the following representations to the court: that the expert is providing an objective opinion for the assistance of the court; that the expert is prepared to apply independent judgment when assisting the court; and that the report includes everything the expert regards as relevant to the expressed opinion and draws attention to anything that could reasonably lead to a different conclusion (r. 55.04(1)(a), (b) and (c)). While these requirements do not affect the rules of evidence by which expert opinion is determined to be admissible or inadmissible, they provide a convenient summary of a fairly broadly shared sense of the duties of an expert witness to the court.

[29] There are similar descriptions of the expert's duty in the civil procedure rules in other Canadian jurisdictions: Anderson, at p. 227; *The Queen's Bench Rules* (Saskatchewan), r. 5-37; *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 11-2(1); *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 4.1.01(1); *Rules of Court*, Y.O.I.C. 2009/65, r. 34(23); *An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, art. 22. Moreover, the rules in Saskatchewan, British Columbia, Ontario, Nova Scotia, Prince Edward Island, Quebec and the Federal Courts require experts to certify that they are aware of and will comply with their duty to the court: Anderson, at p. 228; Saskatchewan *Queen's Bench Rules*, r. 5-37(3); British Columbia *Supreme Court Civil Rules*, r. 11-2(2); Ontario *Rules of Civil Procedure*, r. 53.03(2.1); Nova Scotia *Civil Procedure Rules*, r. 55.04(1)(a); Prince Edward Island *Rules of Civil Procedure*, r. 53.03(3)(g); *An Act to establish the new Code of*

comme expert devant la Haute Cour ne doit jamais s'arroger le rôle de défenseur. [Je souligne; référence omise; p. 81.]

(La Cour d'appel a confirmé ces obligations ([1995] 1 Lloyd's Rep. 455 (C.A.), p. 496.)

[28] Plusieurs provinces et territoires ont des directives expresses en ce qui concerne l'obligation du témoin expert. En Nouvelle-Écosse, par exemple, les *Règles de procédure civile* prévoient que le rapport d'expert, signé par ce dernier, déclare notamment qu'il fournit une opinion objective pour prêter assistance à la cour; qu'il est disposé à se former un jugement indépendant dans l'assistance qu'il prête à la cour; que son rapport comprend tout ce qu'il considère comme pertinent par rapport à l'opinion exprimée et attire l'attention sur tout ce qui pourrait mener raisonnablement à une conclusion différente (al. 55.04(1)a, b) et c)). Même si ces exigences n'ont aucune incidence sur les règles de preuve sur l'admissibilité d'une opinion d'expert, elles résument bien la conception assez largement partagée de l'obligation d'un témoin expert envers le tribunal.

[29] L'obligation de l'expert est définie de façon similaire dans les règles de procédure civile d'autres provinces et territoires du Canada (Anderson, p. 227; *Règles de la Cour du Banc de la Reine* de la Saskatchewan, règle 5-37; *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, par. 11-2(1); *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 4.1.01(1); *Règles de procédure*, Y.D. 2009/65, par. 34(23); *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, art. 22). De plus, les règles de la Saskatchewan, de la Colombie-Britannique, de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Québec et des Cours fédérales en la matière exigent que les experts certifient qu'ils sont informés de leur obligation envers le tribunal et s'en acquitteront (Anderson, p. 228; *Règles de la Cour du Banc de la Reine* de la Saskatchewan, par. 5-37(3); *Supreme Court Civil Rules* de la Colombie-Britannique, par. 11-2(2); *Règles de procédure civile* de l'Ontario,

Civil Procedure, art. 235 (not yet in force); *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 52.2(1)(c).

[30] The formulation in the Ontario *Rules of Civil Procedure* is perhaps the most succinct and complete statement of the expert's duty to the court: to provide opinion evidence that is fair, objective and non-partisan (r. 4.1.01(1)(a)). The *Rules* are also explicit that this duty to the court prevails over any obligation owed by the expert to a party: r. 4.1.01(2). Likewise, the newly adopted *Act to establish the new Code of Civil Procedure of Quebec* explicitly provides, as a guiding principle, that the expert's duty to the court overrides the parties' interests, and that the expert must fulfill his or her primary duty to the court "objectively, impartially and thoroughly": art. 22; Chamberland, at pp. 14 and 121.

[31] Many of the relevant rules of court simply reflect the duty that an expert witness owes to the court at common law: Anderson, at p. 227. In my opinion, this is true of the Nova Scotia rules that apply in this case. Of course, it is always open to each jurisdiction to impose different rules of admissibility, but in the absence of a clear indication to that effect, the common law rules apply in common law cases. I note that in Nova Scotia, the *Civil Procedure Rules* explicitly provide that they do not change the rules of evidence by which the admissibility of expert opinion evidence is determined: r. 55.01(2).

[32] Underlying the various formulations of the duty are three related concepts: impartiality, independence and absence of bias. The expert's opinion must be impartial in the sense that it reflects an objective assessment of the questions at hand. It must be independent in the sense that it is the product of the expert's independent judgment, uninfluenced by who has retained him or her or the outcome of the litigation. It must be unbiased in the sense that it does not unfairly favour one party's

par. 53.03(2.1); *Règles de procédure civile* de la Nouvelle-Écosse, al. 55.04(1)a); *Rules of Civil Procedure* de l'Île-du-Prince-Édouard, al. 53.03(3)(g); *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, art. 235 (non en vigueur); *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, al. 52.2(1)(c)).

[30] Les *Règles de procédure civile* de l'Ontario énoncent sans doute le plus succinctement et complètement l'obligation de l'expert envers le tribunal, en l'occurrence celle de rendre un témoignage d'opinion qui soit équitable, objectif et impartial (al. 4.1.01(1)a)). Les *Règles* prévoient également expressément que cette obligation l'emporte sur toute obligation de l'expert envers la partie qui l'a engagé (par. 4.1.01(2)). De même, la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* du Québec prévoit expressément, parmi ses principes directeurs, que la mission première de l'expert envers le tribunal prime les intérêts des parties et qu'il doit l'accomplir « avec objectivité, impartialité et rigueur » (art. 22; Chamberland, p. 14 et 121).

[31] Bon nombre de règles de procédure ne font que reprendre l'obligation à laquelle le témoin expert est tenu envers le tribunal en common law (Anderson, p. 227). À mon avis, c'est le cas des *Règles* de la Nouvelle-Écosse en la matière. Bien sûr, il est loisible à chaque province ou territoire d'établir des règles d'admissibilité différentes, mais à défaut d'indication claire en ce sens, ce sont les règles de la common law qui s'appliquent dans les affaires de common law. Je souligne qu'en Nouvelle-Écosse, les *Règles de procédure civile* disposent expressément qu'elles n'ont aucune incidence sur les règles de preuve servant à déterminer si l'opinion d'expert est admissible (par. 55.01(2)).

[32] 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

position over another. The acid test is whether the expert's opinion would not change regardless of which party retained him or her: P. Michell and R. Mandhane, "The Uncertain Duty of the Expert Witness" (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635, at pp. 638-39. These concepts, of course, must be applied to the realities of adversary litigation. Experts are generally retained, instructed and paid by one of the adversaries. These facts alone do not undermine the expert's independence, impartiality and freedom from bias.

E. *The Expert's Duties and Admissibility*

[33] As we have seen, there is a broad consensus about the nature of an expert's duty to the court. There is no such consensus, however, about how that duty relates to the admissibility of an expert's evidence. There are two main questions: Should the elements of this duty go to admissibility of the evidence rather than simply to its weight?; And, if so, is there a threshold admissibility requirement in relation to independence and impartiality?

[34] In this section, I will explain my view that the answer to both questions is yes: a proposed expert's independence and impartiality go to admissibility and not simply to weight and there is a threshold admissibility requirement in relation to this duty. Once that threshold is met, remaining concerns about the expert's compliance with his or her duty should be considered as part of the overall cost-benefit analysis which the judge conducts to carry out his or her gatekeeping role.

(1) Admissibility or Only Weight?

(a) *The Canadian Law*

[35] The weight of authority strongly supports the conclusion that at a certain point, expert evidence should be ruled inadmissible due to the expert's lack of impartiality and/or independence.

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 (P. Michell et R. Mandhane, « The Uncertain Duty of the Expert Witness » (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635, p. 638-639). 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.

E. *Les obligations de l'expert et l'admissibilité de son témoignage*

[33] Comme nous l'avons vu, il existe un large consensus quant à la nature de l'obligation de l'expert envers le tribunal. Il n'en va toutefois pas de même du rapport entre cette obligation et l'admissibilité du témoignage de l'expert. Deux questions importantes se posent : les éléments de l'obligation de l'expert jouent-ils au regard de l'admissibilité du témoignage plutôt que simplement de la valeur probante de celui-ci et, dans l'affirmative, l'indépendance et l'impartialité constituent-elles un critère d'admissibilité?

[34] Dans la présente section, j'explique pourquoi je réponds par l'affirmative à ces deux questions : l'indépendance et l'impartialité de l'expert proposé jouent au regard de l'admissibilité de son témoignage plutôt que simplement de la valeur probante de celui-ci, et l'obligation de l'expert constitue un critère d'admissibilité. Une fois qu'il est satisfait à ce critère, toute réserve qui demeure quant à savoir si l'expert s'est conformé à son obligation devrait être examinée dans le cadre de l'analyse coût-bénéfices qu'effectue le juge dans l'exercice de son rôle de gardien.

(1) Admissibilité ou valeur probante?

a) *Le droit canadien*

[35] La jurisprudence dominante appuie solidement la conclusion qu'il convient, à un certain point, de juger inadmissible le témoignage de l'expert qui fait preuve d'un manque d'indépendance ou d'impartialité.

[36] Our Court has confirmed this position in a recent decision that was not available to the courts below:

It is well established that an expert's opinion must be independent, impartial and objective, and given with a view to providing assistance to the decision maker (J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at No. 468; D. Béchar, with the collaboration of J. Béchar, *L'expert* (2011), chap. 9; *An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, S.Q. 2014, c. 1, s. 22 (not yet in force)). However, these factors generally have an impact on the probative value of the expert's opinion and are not always insurmountable barriers to the admissibility of his or her testimony. Nor do they necessarily "disqualify" the expert (L. Ducharme and C.-M. Panaccio, *L'administration de la preuve* (4th ed. 2010), at Nos. 590-91 and 605). For expert testimony to be inadmissible, more than a simple appearance of bias is necessary. The question is not whether a reasonable person would consider that the expert is not independent. Rather, what must be determined is whether the expert's lack of independence renders him or her incapable of giving an impartial opinion in the specific circumstances of the case (D. M. Paciocco, "Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts" (2009), 34 *Queen's L.J.* 565, at pp. 598-99).

(*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 106)

[37] I will refer to a number of other cases that support this view. I do so by way of illustration and without commenting on the outcome of particular cases. An expert's interest in the litigation or relationship to the parties has led to exclusion in a number of cases: see, e.g., *Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456 (Gen. Div.) (proposed expert was the defendant's lawyer in related matters and had investigated from the outset of his retainer the matter of a potential negligence claim against the plaintiff); *Royal Trust Corp. of Canada v. Fisherman* (2000), 49 O.R. (3d) 187 (S.C.J.) (expert was the party's lawyer in related U.S. proceedings); *R. v. Docherty*, 2010 ONSC 3628 (expert was the defence counsel's father); *Ocean v. Economical Mutual Insurance Co.*, 2010 NSSC 315, 293 N.S.R. (2d) 394 (expert was also a party to the litigation); *Handley v. Punnett*,

[36] La Cour vient de confirmer cette position dans un arrêt dont ne disposaient pas les juridictions inférieures :

Il est acquis que l'expert doit fournir une opinion indépendante, impartiale et objective, en vue d'aider le décideur (J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4^e éd. 2008), n^o 468; D. Béchar, avec la collaboration de J. Béchar, *L'expert* (2011), chap. 9; *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 22 (non encore en vigueur)). 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 » (L. Ducharme et C.-M. Panaccio, *L'administration de la preuve* (4^e éd. 2010), n^{os} 590-591 et 605). 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 (D. M. Paciocco, « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009), 34 *Queen's L.J.* 565, p. 598-599).

(*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 106)

[37] Je renvoie à plusieurs autres affaires pour étayer mon opinion. Je procède ainsi pour illustrer mon propos, sans émettre d'avis sur l'issue des affaires en question. Dans certaines, l'intérêt de l'expert dans le procès ou ses liens avec l'une des parties ont mené à l'exclusion (voir, p. ex., *Fellowes, McNeil c. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456 (Div. gén.) (l'expert proposé était l'avocat de la défenderesse dans une affaire connexe et, dès le début de son mandat, il avait monté un dossier en vue d'une poursuite pour négligence contre la demanderesse); *Royal Trust Corp. of Canada c. Fisherman* (2000), 49 O.R. (3d) 187 (C.S.J.) (l'expert était l'avocat d'une des parties dans une instance connexe introduite aux États-Unis); *R. c. Docherty*, 2010 ONSC 3628 (l'expert était le père de l'avocat de la défense); *Ocean c. Economical Mutual Insurance Co.*, 2010 NSSC

2003 BCSC 294 (expert was also a party to the litigation); *Bank of Montreal v. Citak*, [2001] O.J. No. 1096 (QL) (S.C.J.) (expert was effectively a “co-venturer” in the case due in part to the fact that 40 percent of his remuneration was contingent upon success at trial: para. 7); *Dean Construction Co. v. M.J. Dixon Construction Ltd.*, 2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240 (expert’s retainer agreement was inappropriate); *Hutchingame v. Johnstone*, 2006 BCSC 271 (expert stood to incur liability depending on the result of the trial). In other cases, the expert’s stance or behaviour as an advocate has justified exclusion: see, e.g., *Alfano v. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Kirby Lowbed Services Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould v. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19.

[38] Many other cases have accepted, in principle, that lack of independence or impartiality can lead to exclusion, but have ruled that the expert evidence did not warrant rejection on the particular facts: see, e.g., *United City Properties Ltd. v. Tong*, 2010 BCSC 111; *R. v. INCO Ltd.* (2006), 80 O.R. (3d) 594 (S.C.J.). This was the position of the Court of Appeal in this case: para. 109; see also para. 121.

[39] Some Canadian courts, however, have treated these matters as going exclusively to weight rather than to admissibility. The most often cited cases for this proposition are probably *R. v. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115, and *Gallant v. Brake-Patten*, 2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77. *Klassen* holds as admissible any expert evidence meeting the criteria from *Mohan*, with bias only becoming a factor as to the weight to be given to the evidence: see also *R. v. Violette*, 2008 BCSC 920. Similarly, the court in *Gallant* determined that a challenge to expert evidence that is based on the expert having a connection to a party or an issue in the case

315, 293 N.S.R. (2d) 394 (l’expert était également partie au litige); *Handley c. Punnett*, 2003 BCSC 294 (l’expert était également partie au litige); *Bank of Montreal c. Citak*, [2001] O.J. No. 1096 (QL) (C.S.J.) (l’expert était effectivement « coentrepreneur » dans cette affaire, notamment en raison du fait que 40 p. 100 de sa rémunération dépendait de l’issue favorable du procès (par. 7)); *Dean Construction Co. c. M.J. Dixon Construction Ltd.*, 2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240 (les termes du mandat de l’expert étaient discutables); *Hutchingame c. Johnstone*, 2006 BCSC 271 (la responsabilité de l’expert risquait d’être engagée, selon l’issue du procès)). Dans d’autres affaires, l’attitude ou le comportement de l’expert, qui s’était fait le défenseur d’une partie, a justifié l’exclusion (voir, p. ex., *Alfano c. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Kirby Lowbed Services Ltd. c. Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould c. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19).

[38] Dans un grand nombre d’autres affaires, les tribunaux, tout en acceptant en principe qu’un manque d’indépendance ou d’impartialité pouvait mener à l’exclusion du témoignage de l’expert, ont néanmoins estimé qu’il n’y avait pas lieu d’écarter ce témoignage eu égard aux faits particuliers de l’espèce (voir, p. ex., *United City Properties Ltd. c. Tong*, 2010 BCSC 111; *R. c. INCO Ltd.* (2006), 80 O.R. (3d) 594 (C.S.J.)). C’est le point de vue qu’a adopté la Cour d’appel dans le cas qui nous occupe (par. 109; voir également par. 121).

[39] Toutefois, certains tribunaux canadiens étaient d’avis que ces questions jouaient exclusivement au regard de la valeur de la preuve, et non au regard de son admissibilité. Les décisions les plus souvent citées à cet égard sont sans doute *R. c. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115, et *Gallant c. Brake-Patten*, 2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77. Dans la première, le tribunal a déclaré admissible tout témoignage d’expert qui satisfaisait aux critères énoncés dans l’arrêt *Mohan* et précisé que le parti pris n’entraînait en jeu que lorsqu’il s’agissait de déterminer la valeur probante du témoignage de l’expert (voir également

or a possible predetermined position on the case cannot take place at the admissibility stage: para. 89.

[40] I conclude that the dominant approach in Canadian common law is to treat independence and impartiality as bearing not just on the weight but also on the admissibility of the evidence. I note that while the shareholders submit that issues regarding expert independence should go only to weight, they rely on cases such as *INCO* that specifically accept that a finding of lack of independence or impartiality can lead to inadmissibility in certain circumstances: R.F., at paras. 52-53.

(b) *Other Jurisdictions*

[41] Outside Canada, the concerns related to independence and impartiality have been addressed in a number of ways. Some are similar to the approach in Canadian law.

[42] For example, summarizing the applicable principles in British law, Nelson J. in *Armchair Passenger Transport Ltd. v. Helical Bar Plc*, [2003] EWHC 367 (Q.B.), underlined that when an expert has an interest or connection with the litigation or a party thereto, exclusion will be warranted if it is determined that the expert is unwilling or unable to carry out his or her primary duty to the court: see also H. M. Malek et al., eds., *Phipson on Evidence* (18th ed. 2013), at pp. 1158-59. The mere fact of an interest or connection will not disqualify, but it nonetheless may do so in light of the nature and extent of the interest or connection in particular circumstances. As Lord Phillips of Worth Matravers, M.R., put it in a leading case, “[i]t is always desirable that an expert should have no actual or apparent interest in the outcome of the proceedings in which he gives evidence, but such disinterest is not automatically a precondition to the admissibility of his evidence”: *R. (Factortame Ltd.) v. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932, [2003]

R. c. Violette, 2008 BCSC 920). De même, dans la deuxième, la cour a statué que la contestation du témoignage de l’expert fondée sur l’existence d’un rapport entre ce dernier et l’une des parties ou une question en litige ou sur une préconception de sa part ne pouvait être formulée à l’étape de l’admissibilité (par. 89).

[40] Je conclus que selon la conception prédominante en common law canadienne, l’indépendance et l’impartialité ont une incidence non seulement sur la valeur de la preuve, mais aussi sur son admissibilité. Je signale que, même s’ils soutiennent que les questions concernant l’indépendance de l’expert ne devraient jouer qu’au regard de la valeur probante, les actionnaires invoquent des affaires comme *INCO*, dans laquelle le tribunal reconnaît expressément qu’une conclusion quant au manque d’indépendance ou d’impartialité peut entraîner l’inadmissibilité dans certaines circonstances (m.i., par. 52-53).

b) *Ailleurs dans le monde*

[41] À l’extérieur du Canada, les questions d’indépendance et d’impartialité ont été abordées de diverses façons, dont certaines s’apparentent à la démarche canadienne.

[42] Par exemple, résumant les principes applicables en droit britannique, le juge Nelson, dans l’arrêt *Armchair Passenger Transport Ltd. c. Helical Bar Plc*, [2003] EWHC 367 (Q.B.), a souligné que lorsque l’expert a un intérêt dans un litige ou un rapport avec celui-ci ou avec une partie, l’exclusion est justifiée s’il est établi que l’expert ne peut ou ne veut pas s’acquitter de sa principale obligation envers la cour (voir également H. M. Malek et autres, dir., *Phipson on Evidence* (18^e éd. 2013), p. 1158-1159). Le simple fait d’avoir un intérêt ou un rapport ne rend pas quelqu’un inhabile à témoigner, sauf dans certaines circonstances, selon la nature et l’importance de l’intérêt ou du rapport. Comme lord Phillips de Worth Matravers, maître des rôles, l’explique dans un arrêt de principe : [TRADUCTION] « Il est toujours souhaitable qu’un expert n’ait aucun intérêt réel ou apparent dans l’issue d’un procès dans lequel il témoigne, mais une telle neutralité n’est pas automatiquement essentielle à l’admissibilité de son témoignage »

Q.B. 381, at para. 70; see also *Gallaher International Ltd. v. Tlais Enterprises Ltd.*, [2007] EWHC 464 (Comm.); *Meat Corp. of Namibia Ltd. v. Dawn Meats (U.K.) Ltd.*, [2011] EWHC 474 (Ch. D.); *Matchbet Ltd. v. Openbet Retail Ltd.*, [2013] EWHC 3067 (Ch. D.), at paras. 312-17.

[43] In Australia, the expert's objectivity and impartiality will generally go to weight, not to admissibility: I. Freckelton and H. Selby, *Expert Evidence: Law, Practice, Procedure and Advocacy* (5th ed. 2013), at p. 35. As the Court of Appeal of the State of Victoria put it: "... to the extent that it is desirable that expert witnesses should be under a duty to assist the Court, that has not been held and should not be held as disqualifying, in itself, an 'interested' witness from being competent to give expert evidence" (*FGT Custodians Pty. Ltd. v. Fagenblat*, [2003] VSCA 33, at para. 26 (AustLII); see also Freckelton and Selby, at pp. 186-88; *Collins Thomson v. Clayton*, [2002] NSWSC 366; *Kirch Communications Pty Ltd. v. Gene Engineering Pty Ltd.*, [2002] NSWSC 485; *SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. v. Chipman*, [2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500).

[44] In the United States, at the federal level, the independence of the expert is a consideration that goes to the weight of the evidence, and a party may testify as an expert in his own case: *Rodriguez v. Pacificare of Texas, Inc.*, 980 F.2d 1014 (5th Cir. 1993), at p. 1019; *Tagatz v. Marquette University*, 861 F.2d 1040 (7th Cir. 1988); *Apple Inc. v. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286 (Fed. Cir. 2014), at p. 1321. This also seems to be a fair characterization of the situation in the states (*Corpus Juris Secundum*, vol. 32 (2008), at p. 325: "The bias or interest of the witness does not affect his or her qualification, but only the weight to be given the testimony.").

(c) *Conclusion*

[45] Following what I take to be the dominant view in the Canadian cases, I would hold that an expert's lack of independence and impartiality goes to the admissibility of the evidence in addition to being considered in relation to the weight to be given to

(*R. (Factortame Ltd.) c. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932, [2003] Q.B. 381, par. 70; voir également *Gallaher International Ltd. c. Tlais Enterprises Ltd.*, [2007] EWHC 464 (Comm.); *Meat Corp. of Namibia Ltd. c. Dawn Meats (U.K.) Ltd.*, [2011] EWHC 474 (Ch. D.); *Matchbet Ltd. c. Openbet Retail Ltd.*, [2013] EWHC 3067 (Ch. D.), par. 312-317).

[43] En Australie, l'objectivité et l'impartialité de l'expert jouent généralement au regard de la valeur de la preuve, et non de son admissibilité (I. Freckelton et H. Selby, *Expert Evidence : Law, Practice, Procedure and Advocacy* (5^e éd. 2013), p. 35). Pour reprendre les propos de la Cour d'appel de l'État de Victoria : [TRADUCTION] « ... dans la mesure où il est souhaitable que les témoins experts aient l'obligation d'aider le tribunal, on ne devrait pas juger inhabile à témoigner un expert du seul fait qu'il est "intéressé" » (*FGT Custodians Pty. Ltd. c. Fagenblat*, [2003] VSCA 33, par. 26 (AustLII); voir également Freckelton et Selby, p. 186-188; *Collins Thomson c. Clayton*, [2002] NSWSC 366; *Kirch Communications Pty Ltd. c. Gene Engineering Pty Ltd.*, [2002] NSWSC 485; *SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. c. Chipman*, [2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500).

[44] Aux États-Unis, au niveau fédéral, l'indépendance de l'expert joue au regard de la valeur de la preuve, et une partie peut témoigner à son propre procès à titre d'expert (*Rodriguez c. Pacificare of Texas, Inc.*, 980 F.2d 1014 (5th Cir. 1993), p. 1019; *Tagatz c. Marquette University*, 861 F.2d 1040 (7th Cir. 1988); *Apple Inc. c. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286 (Fed. Cir. 2014), p. 1321). Il semble que la situation soit à peu près la même à l'échelle des États (*Corpus Juris Secundum*, vol. 32 (2008), p. 325 : [TRADUCTION] « Le parti pris ou l'intérêt du témoin n'influe pas sur son habilité à témoigner, mais seulement sur la valeur probante de son témoignage. »).

c) *Conclusion*

[45] Conformément à ce qui me semble le courant prédominant dans la jurisprudence canadienne, je suis d'avis que le manque d'indépendance et d'impartialité d'un expert joue au regard tant de l'admissibilité de son témoignage que de la valeur du

the evidence if admitted. That approach seems to me to be more in line with the basic structure of our law relating to expert evidence and with the importance our jurisprudence has attached to the gate-keeping role of trial judges. Binnie J. summed up the Canadian approach well in *J.-L.J.*: “The admissibility of the expert evidence should be scrutinized at the time it is proffered, and not allowed too easy an entry on the basis that all of the frailties could go at the end of the day to weight rather than admissibility” (para. 28).

(2) The Appropriate Threshold

[46] I have already described the duty owed by an expert witness to the court: the expert must be fair, objective and non-partisan. As I see it, the appropriate threshold for admissibility flows from this duty. I agree with Prof. (now Justice of the Ontario Court of Justice) Paciocco that “the common law has come to accept . . . that expert witnesses have a duty to assist the court that overrides their obligation to the party calling them. If a witness is unable or unwilling to fulfill that duty, they do not qualify to perform the role of an expert and should be excluded”: “Taking a ‘Goudge’ out of Bluster and Blarney: an ‘Evidence-Based Approach’ to Expert Testimony” (2009), 13 *Can. Crim. L.R.* 135, at p. 152 (footnote omitted). The expert witnesses must, therefore, be aware of this primary duty to the court and able and willing to carry it out.

[47] Imposing this additional threshold requirement is not intended to and should not result in trials becoming longer or more complex. As Prof. Paciocco aptly observed, “if inquiries about bias or partiality become routine during *Mohan voir dire*s, trial testimony will become nothing more than an inefficient reprise of the admissibility hearing”: “Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 565 (“Jukebox”), at p. 597. While I would not go so far as to hold that the expert’s independence and impartiality should be presumed absent challenge, my

témoignage, s’il est admis. Cette façon de voir semble s’accorder davantage avec l’économie générale de notre droit en ce qui concerne les témoignages d’experts et l’importance que notre jurisprudence accorde au rôle de gardien exercé par les juges de première instance. Le juge Binnie cerne bien l’optique canadienne dans l’arrêt *J.-L.J.* : « La question de l’admissibilité d’une preuve d’expert devrait être examinée minutieusement au moment où elle est soulevée, et cette preuve ne devrait pas être admise trop facilement pour le motif que toutes ses faiblesses peuvent en fin de compte avoir une incidence sur son poids plutôt que sur son admissibilité » (par. 28).

(2) Teneur du critère

[46] J’ai déjà exposé l’obligation du témoin expert envers le tribunal : il doit être juste, objectif et impartial. Selon moi, le critère d’admissibilité découle de cette obligation. Je suis d’accord avec le professeur Paciocco (maintenant juge de la Cour de justice de l’Ontario), selon qui [TRADUCTION] « la common law en est venue à concevoir [. . .] que les témoins experts ont l’obligation d’aider le tribunal, qui l’emporte sur celle qu’ils doivent à la partie qui les cite. Le témoin qui ne peut ou ne veut s’acquitter de cette obligation n’est pas habile à exercer son rôle d’expert et devrait être exclu » (« Taking a “Goudge” out of Bluster and Blarney : an “Evidence-Based Approach” to Expert Testimony » (2009), 13 *Rev. can. D.P.* 135, p. 152 (note de bas de page omise)). Par conséquent, les témoins experts doivent être conscients de leur obligation principale envers le tribunal et pouvoir et vouloir s’en acquitter.

[47] L’idée, en imposant ce critère supplémentaire, n’est pas de prolonger ni de complexifier les procès et il ne devrait pas en résulter un tel effet. Comme le souligne le professeur Paciocco, à raison : [TRADUCTION] « . . . si les débats sur la partialité deviennent chose courante pendant un voir-dire de type *Mohan*, le témoignage qui sera donné au procès ne sera plus qu’une répétition inefficace de l’audience sur l’admissibilité » (« Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 565 (« Jukebox »), p. 597). Sans aller jusqu’à affirmer qu’il faut présumer l’indépendance

view is that absent such challenge, the expert's attestation or testimony recognizing and accepting the duty will generally be sufficient to establish that this threshold is met.

[48] Once the expert attests or testifies on oath to this effect, the burden is on the party opposing the admission of the evidence to show that there is a realistic concern that the expert's evidence should not be received because the expert is unable and/or unwilling to comply with that duty. If the opponent does so, the burden to establish on a balance of probabilities this aspect of the admissibility threshold remains on the party proposing to call the evidence. If this is not done, the evidence, or those parts of it that are tainted by a lack of independence or impartiality, should be excluded. This approach conforms to the general rule under the *Mohan* framework, and elsewhere in the law of evidence, that the proponent of the evidence has the burden of establishing its admissibility.

[49] This threshold requirement is not particularly onerous and it will likely be quite rare that a proposed expert's evidence would be ruled inadmissible for failing to meet it. The trial judge must determine, having regard to both the particular circumstances of the proposed expert and the substance of the proposed evidence, whether the expert is able and willing to carry out his or her primary duty to the court. For example, it is the nature and extent of the interest or connection with the litigation or a party thereto which matters, not the mere fact of the interest or connection; the existence of some interest or a relationship does not automatically render the evidence of the proposed expert inadmissible. In most cases, a mere employment relationship with the party calling the evidence will be insufficient to do so. On the other hand, a direct financial interest in the outcome of the litigation will be of more concern. The same can be said in the case of a very close familial relationship with one of the parties or situations in which the proposed expert will probably incur professional liability if his or her opinion is not accepted by the court. Similarly, an expert who, in his or her proposed evidence or otherwise,

et l'impartialité de l'expert si elles ne sont pas contestées, je pense qu'en l'absence d'une telle contestation, il est généralement satisfait au critère dès lors que l'expert, dans son attestation ou sa déposition, reconnaît son obligation et l'accepte.

[48] Une fois que l'expert a produit cette attestation ou a déposé sous serment en ce sens, il incombe à la partie qui s'oppose à l'admission du témoignage de démontrer un motif réaliste de le juger inadmissible au motif que l'expert ne peut ou ne veut s'acquitter de son obligation. Si elle réussit, la charge de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'il a été satisfait à ce critère d'admissibilité incombe toujours à la partie qui entend présenter le témoignage. Si elle n'y parvient pas, le témoignage, ou les parties de celui-ci qui sont viciées par un manque d'indépendance ou d'impartialité, devrait être exclu. Cette démarche est conforme à la règle générale du cadre établi dans l'arrêt *Mohan*, et généralement en droit de la preuve, selon laquelle il revient à la partie qui produit la preuve d'en établir l'admissibilité.

[49] Ce critère n'est pas particulièrement exigeant, et il sera probablement très rare que le témoignage de l'expert proposé soit jugé inadmissible au motif qu'il ne satisfait pas au critère. Le juge de première instance doit déterminer, compte tenu tant de la situation particulière de l'expert que de la teneur du témoignage proposé, si l'expert peut ou veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Par exemple, c'est la nature et le degré de l'intérêt ou des rapports qu'a l'expert avec l'instance ou une partie qui importent, et non leur simple existence : un intérêt ou un rapport quelconque ne rend pas d'emblée la preuve de l'expert proposé inadmissible. 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

assumes the role of an advocate for a party is clearly unwilling and/or unable to carry out the primary duty to the court. I emphasize that exclusion at the threshold stage of the analysis should occur only in very clear cases in which the proposed expert is unable or unwilling to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. Anything less than clear unwillingness or inability to do so should not lead to exclusion, but be taken into account in the overall weighing of costs and benefits of receiving the evidence.

[50] As discussed in the English case law, the decision as to whether an expert should be permitted to give evidence despite having an interest or connection with the litigation is a matter of fact and degree. The concept of apparent bias is not relevant to the question of whether or not an expert witness will be unable or unwilling to fulfill its primary duty to the court. When looking at an expert's interest or relationship with a party, the question is not whether a reasonable observer would think that the expert is not independent. The question is whether the relationship or interest results in the expert being unable or unwilling to carry out his or her primary duty to the court to provide fair, non-partisan and objective assistance.

[51] Having established the analytical framework, described the expert's duty and determined that compliance with this duty goes to admissibility and not simply to weight, I turn now to where this duty fits into the analytical framework for admission of expert opinion evidence.

F. *Situating the Analysis in the Mohan Framework*

(1) The Threshold Inquiry

[52] Courts have addressed independence and impartiality at various points of the admissibility test. Almost every branch of the *Mohan* framework has been adapted to incorporate bias concerns one

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.

[50] Comme nous l'avons vu en examinant la jurisprudence anglaise, la décision de permettre ou non à un expert de témoigner malgré son intérêt dans un litige ou son rapport avec celui-ci dépend de leur importance et des faits. La notion d'apparence de parti pris n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si le témoin expert pourra ou voudra s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Lorsque l'on se penche sur l'intérêt d'un expert ou sur ses rapports avec une partie, il ne s'agit pas de se demander si un observateur raisonnable penserait que l'expert est indépendant ou non; il s'agit plutôt de déterminer si la relation de l'expert avec une partie ou son intérêt fait en sorte qu'il ne peut ou ne veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal, en l'occurrence apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale.

[51] Nous avons posé le cadre analytique, défini l'obligation de l'expert et établi que le respect de cette dernière joue au regard de l'admissibilité, et non simplement de la valeur probante. Voyons ensuite où cette obligation s'inscrit dans le cadre analytique régissant l'admissibilité du témoignage d'opinion d'un expert.

F. *L'analyse au sein du cadre établi par l'arrêt Mohan*

(1) L'analyse fondée sur les critères d'admissibilité

[52] Les tribunaux ont abordé la question de l'indépendance et de l'impartialité à divers stades de l'examen des critères d'admissibilité. Presque tous les volets du cadre établi par l'arrêt *Mohan* ont servi

way or another: the proper qualifications component (see, e.g., *Bank of Montreal*; *Dean Construction*; *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2010 ONSC 166; *R. v. Demetrius*, 2009 CanLII 22797 (Ont. S.C.J.)); the necessity component (see, e.g., *Docherty*; *Alfano*); and during the discretionary cost-benefit analysis (see, e.g., *United City Properties*; *Abbey* (ONCA)). On other occasions, courts have found it to be a stand-alone requirement: see, e.g., *Docherty*; *International Hi-Tech Industries Inc. v. FANUC Robotics Canada Ltd.*, 2006 BCSC 2011; *Casurina Ltd. Partnership v. Rio Algom Ltd.* (2002), 28 B.L.R. (3d) 44 (Ont. S.C.J.); *Prairie Well Servicing Ltd. v. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284. Some clarification of this point will therefore be useful.

[53] In my opinion, concerns related to the expert's duty to the court and his or her willingness and capacity to comply with it are best addressed initially in the "qualified expert" element of the *Mohan* framework: S. C. Hill, D. M. Tanovich and L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5th ed. (loose-leaf)), at 12:30.20.50; see also *Deemar v. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97, at para. 21; Lederman, Bryant and Fuerst, at pp. 826-27; *Halsbury's Laws of Canada: Evidence*, at para. HEV-152 "Partiality"; *The Canadian Encyclopedic Digest* (Ont. 4th ed. (loose-leaf)), vol. 24, Title 62 — Evidence, at §469. A proposed expert witness who is unable or unwilling to fulfill this duty to the court is not properly qualified to perform the role of an expert. Situating this concern in the "properly qualified expert" ensures that the courts will focus expressly on the important risks associated with biased experts: Hill, Tanovich and Strezos, at 12:30.20.50; Paciocco, "Jukebox", at p. 595.

(2) The Gatekeeping Exclusionary Discretion

[54] Finding that expert evidence meets the basic threshold does not end the inquiry. Consistent with the structure of the analysis developed following *Mohan* which I have discussed earlier, the judge

à l'examen des préoccupations relatives au parti pris : la qualification requise (voir, p. ex., *Bank of Montreal*; *Dean Construction*; *Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas*, 2010 ONSC 166; *R. c. Demetrius*, 2009 CanLII 22797 (C.S.J. Ont.)); la nécessité (voir, p. ex., *Docherty*; *Alfano*); et l'analyse coût-bénéfices, qui appelle l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (voir, p. ex., *United City Properties*; *Abbey* (ONCA)). À d'autres occasions, les tribunaux en ont fait un critère distinct (voir, p. ex., *Docherty*; *International Hi-Tech Industries Inc. c. FANUC Robotics Canada Ltd.*, 2006 BCSC 2011; *Casurina Ltd. Partnership c. Rio Algom Ltd.* (2002), 28 B.L.R. (3d) 44 (C.S.J. Ont.); *Prairie Well Servicing Ltd. c. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284). Des précisions s'imposent donc.

[53] À mon avis, c'est sous le volet « qualification suffisante de l'expert » du cadre établi par l'arrêt *Mohan* qu'il convient d'abord d'examiner les préoccupations concernant l'obligation de l'expert envers le tribunal et s'il peut ou veut s'en acquitter (S. C. Hill, D. M. Tanovich et L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5^e éd. (feuilles mobiles)), 12:30.20.50; voir également *Deemar c. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97, par. 21; Lederman, Bryant et Fuerst, p. 826-827; *Halsbury's Laws of Canada : Evidence*, par. HEV-152 « Partiality »; *The Canadian Encyclopedic Digest* (Ont. 4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 24, titre 62 — Evidence, §469). 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. En abordant cette préoccupation sous le volet de la « qualification suffisante de l'expert », les tribunaux pourront s'attacher à évaluer les risques importants que présentent les experts qui ont un parti pris (Hill, Tanovich et Strezos, 12:30.20.50; Paciocco, « Jukebox », p. 595).

(2) Le pouvoir discrétionnaire du juge en tant que « gardien »

[54] La constatation que le témoignage de l'expert satisfait aux critères ne met pas fin à l'analyse. Conformément au cadre établi dans la foulée de l'arrêt *Mohan* dont nous avons discuté précédemment,

must still take concerns about the expert's independence and impartiality into account in weighing the evidence at the gatekeeping stage. At this point, relevance, necessity, reliability and absence of bias can helpfully be seen as part of a sliding scale where a basic level must first be achieved in order to meet the admissibility threshold and thereafter continue to play a role in weighing the overall competing considerations in admitting the evidence. At the end of the day, the judge must be satisfied that the potential helpfulness of the evidence is not outweighed by the risk of the dangers materializing that are associated with expert evidence.

G. *Expert Evidence and Summary Judgment*

[55] I must say a brief word about the procedural context in which this case originates — a summary judgment motion. (I note that these comments relate to the summary judgment regime under the Nova Scotia rules and that different considerations may arise under different rules.) It is common ground that the court hearing the motion can consider only admissible evidence. However, under the Nova Scotia jurisprudence, which is not questioned on this appeal, it is not the role of a judge hearing a summary judgment motion in Nova Scotia to weigh the evidence, draw reasonable inferences from evidence or settle matters of credibility: *Coady v. Burton Canada Co.*, 2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348, at paras. 42-44, 87 and 98; *Fougere v. Blunden Construction Ltd.*, 2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385, at paras. 6 and 12. Taking these two principles together, the result in my view is this. A motions judge hearing a summary judgment application under the Nova Scotia rules must be satisfied that proposed expert evidence meets the threshold requirements for admissibility at the first step of the analysis, but should generally not engage in the second step cost-benefit analysis. That cost-benefit analysis, in anything other than the most obvious cases of inadmissibility, inevitably involves assigning weight — or at least potential weight — to the evidence.

le juge doit encore tenir compte des réserves émises quant à l'indépendance et à l'impartialité de l'expert lorsqu'il évalue la preuve à l'étape où il exerce son rôle de gardien. Il peut être utile de concevoir la pertinence, la nécessité, la fiabilité et l'absence de parti pris comme autant d'éléments d'un examen en deux temps, qui entrent en ligne de compte à la première étape, celle qui sert à déterminer s'il est satisfait aux critères d'admissibilité, et jouent également un rôle à la deuxième, dans la pondération des considérations concurrentes globales relatives à l'admissibilité. Au bout du compte, le juge doit être convaincu que les risques liés au témoignage de l'expert ne l'emportent pas sur l'utilité possible de celui-ci.

G. *Témoignage d'expert et jugement sommaire*

[55] Je me dois de glisser quelques mots sur le contexte procédural dans lequel s'inscrit le présent pourvoi, en l'occurrence celui d'une requête en jugement sommaire. (Mes commentaires concernent le régime des jugements sommaires établi par les règles de la Nouvelle-Écosse. Je reconnais que d'autres considérations sont susceptibles de jouer dans un autre régime.) Il est bien reconnu que le tribunal saisi de la requête ne peut examiner que la preuve admissible. Cependant, suivant la jurisprudence néo-écossaise, qui n'est pas remise en question dans le présent pourvoi, il n'appartient pas au juge saisi d'une requête en jugement sommaire, en Nouvelle-Écosse, de soupeser la preuve, de tirer des inférences raisonnables de celle-ci ou de trancher des questions de crédibilité (*Coady c. Burton Canada Co.*, 2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348, par. 42-44, 87 et 98; *Fougere c. Blunden Construction Ltd.*, 2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385, par. 6 et 12). Si l'on considère ces deux principes ensemble, le résultat est à mon avis le suivant. Le juge saisi d'une requête en jugement sommaire en vertu des règles de procédure de la Nouvelle-Écosse doit être convaincu que le témoignage de l'expert proposé satisfait aux critères d'admissibilité à la première étape de l'analyse; en règle générale, il doit toutefois se garder de passer à la seconde étape, celle de l'analyse coût-bénéfices. Cette analyse, sauf dans les cas d'inadmissibilité les plus manifestes, appelle inévitablement l'attribution d'une valeur — ou, à tout le moins, d'une valeur possible — à la preuve.

H. *Application*

[56] I turn to the application of these principles to the facts of the case. In my respectful view, the record amply sustains the result reached by the majority of the Court of Appeal that Ms. MacMillan's evidence was admissible on the summary judgment application. Of course, the framework which I have set out in these reasons was not available to either the motions judge or to the Court of Appeal.

[57] There was no finding by the motions judge that Ms. MacMillan was in fact biased or not impartial or that she was acting as an advocate for the shareholders: C.A. reasons, at para. 122. On the contrary, she specifically recognized that she was aware of the standards and requirements that experts be independent. She was aware of the precise guidelines in the accounting industry concerning accountants acting as expert witnesses. She testified that she owed an ultimate duty to the court in testifying as an expert witness: A.R., vol. III, at pp. 75-76; C.A. reasons, at para. 134. To the extent that the motions judge was concerned about the "appearance" of impartiality, this factor plays no part in the test for admissibility, as I have explained earlier.

[58] The auditors' claim that Ms. MacMillan lacks objectivity rests on two main points which I will address in turn.

[59] First, the auditors say that the earlier work done for the shareholders by the Kentville office of Grant Thornton "served as a catalyst and foundation for the claim of negligence" against the auditors and that this "precluded [Grant Thornton] from acting as 'independent' experts in this case": A.F., at paras. 17 and 19. Ms. MacMillan, the auditors submit, was in an "irreconcilable conflict of interest, in that she would inevitably have to opine on, and choose between, the actions taken and standard of care exercised by her own partners at Grant Thornton" and those of the auditors: A.F., at para. 21. This first submission, however, must be rejected.

H. *Application*

[56] J'aborde maintenant l'application de ces principes aux faits de l'espèce. À mon humble avis, le dossier appuie largement la conclusion à laquelle est parvenue la majorité de la Cour d'appel que le témoignage de M^{me} MacMillan était admissible pour l'instruction de la requête en jugement sommaire. Bien sûr, ni le juge des requêtes ni la Cour d'appel ne disposaient du cadre que j'établis dans les présents motifs.

[57] Le juge des requêtes n'a pas conclu que M^{me} MacMillan avait un parti pris, qu'elle n'était pas impartiale ou qu'elle se faisait le défenseur des actionnaires (motifs de la C.A., par. 122). Au contraire, M^{me} MacMillan a reconnu expressément connaître les normes et exigences voulant que l'expert soit indépendant. Elle était également au fait des directives précises dans le milieu de la comptabilité applicables aux comptables cités comme témoins experts. Elle était consciente à titre de témoin expert de sa principale obligation envers le tribunal (d.a., vol. III, p. 75-76; motifs de la C.A., par. 134). Même si, selon le juge des requêtes, il faut une « apparence » d'impartialité, ce facteur ne constitue pas un critère d'admissibilité, comme je l'explique précédemment.

[58] La prétention des vérificateurs selon laquelle M^{me} MacMillan manquerait d'objectivité repose sur deux principaux points que j'aborde successivement.

[59] D'abord, les vérificateurs soutiennent que le travail fait antérieurement à l'intention des actionnaires par le bureau de Grant Thornton à Kentville [TRADUCTION] « a servi de catalyseur et de fondement à l'action pour négligence » intentée contre les vérificateurs et que cela « empêche [Grant Thornton] d'agir comme expert "indépendant" en l'espèce » (m.a., par. 17 et 19). Selon les vérificateurs, M^{me} MacMillan se trouvait dans « une situation de conflit d'intérêts irréductible qui la forçait inévitablement à commenter et approuver les mesures prises et la norme de diligence observée soit par ses propres partenaires chez Grant Thornton » soit par les vérificateurs (m.a., par. 21). Ce premier argument doit cependant être rejeté.

[60] The fact that one professional firm discovers what it thinks is or may be professional negligence does not, on its own, disqualify it from offering that opinion as an expert witness. Provided that the initial work is done independently and impartially and the person put forward as an expert understands and is able to comply with the duty to provide fair, objective and non-partisan assistance to the court, the expert meets the threshold qualification in that regard. There is no suggestion here that Grant Thornton was hired to take a position dictated to it by the shareholders or that there was anything more than a speculative possibility of Grant Thornton incurring liability to them if the firm's opinion was not ultimately accepted by the court. There was no finding that Ms. MacMillan was, in fact, biased or not impartial, or that she was acting as an advocate for the shareholders. The auditors' submission that she somehow "admitted" on her cross-examination that she was in an "irreconcilable conflict" is not borne out by a fair reading of her evidence in context: A.R., vol. III, at pp. 139-45. On the contrary, her evidence was clear that she understood her role as an expert and her duty to the court: *ibid.*, at pp. 75-76.

[61] The auditors' second main point was that Ms. MacMillan was not independent because she had "incorporated" some of the work done by the Kentville office of her firm. This contention is also ill founded. To begin, I do not accept that an expert lacks the threshold qualification in relation to the duty to give fair, objective and non-partisan evidence simply because the expert relies on the work of other professionals in reaching his or her own opinion. Moreover, as Beveridge J.A. concluded, what was "incorporated" was essentially an exercise in arithmetic that had nothing to do with any accounting opinion expressed by the Kentville office: C.A. reasons, at paras. 146-49.

[62] There was no basis disclosed in this record to find that Ms. MacMillan's evidence should be

[60] Le cabinet professionnel qui découvre ce qu'il estime être une négligence professionnelle ou ce qui pourrait l'être n'est pas d'emblée interdit de donner son opinion en tant que témoin expert. Dès lors que le travail initial est fait de façon indépendante et impartiale et que l'expert proposé comprend son obligation d'apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale et qu'il peut s'acquitter de cette obligation, il est satisfait au critère relatif à la qualification sur ce plan. Or, rien ne permet de penser ici que le cabinet Grant Thornton a été engagé pour exprimer un point de vue dicté par les actionnaires, ni qu'il y ait eu plus qu'une hypothétique possibilité que le cabinet soit tenu responsable envers ces derniers si, en fin de compte, le tribunal n'avait pas retenu son opinion. Le juge n'a pas conclu que M^{me} MacMillan avait un parti pris, qu'elle a manqué d'impartialité ou qu'elle s'était faite le défenseur des actionnaires. De plus, l'argument des vérificateurs selon lequel M^{me} MacMillan a en quelque sorte « admis » en contre-interrogatoire se trouver dans une situation de « conflit d'intérêts irréductible » n'est pas corroboré par une interprétation raisonnable de son témoignage dans son contexte (d.a., vol. III, p. 139-145). Au contraire, il ressort clairement de son témoignage qu'elle comprenait son rôle d'expert et son obligation envers le tribunal (*ibid.*, p. 75-76).

[61] Deuxièmement, M^{me} MacMillan ne serait pas indépendante, puisqu'elle avait « incorporé » une partie du travail fait par son cabinet au bureau de Kentville. Cette prétention est également non fondée. D'abord, je n'accepte pas qu'un expert ne satisfasse pas au critère de la qualification suffisante, dans la mesure où il est question de son obligation de rendre un témoignage juste, objectif et impartial, simplement parce qu'il se fonde sur le travail d'autres professionnels pour se faire une opinion. De plus, comme le juge Beveridge l'a conclu, ce qui a été « incorporé » consistait essentiellement en un exercice arithmétique qui n'avait rien à voir avec quelque opinion comptable qu'aurait exprimée le bureau de Kentville (motifs de la C.A., par. 146-149).

[62] Le présent dossier ne révèle aucun élément qui permette de conclure que le témoignage de

excluded because she was not able and willing to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. I agree with the majority of the Court of Appeal who concluded that the motions judge committed a palpable and overriding error in determining that Ms. MacMillan was in a conflict of interest that prevented her from giving impartial and objective evidence: paras. 136-50.

IV. Disposition

[63] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Stikeman Elliott, Toronto.

Solicitors for the respondents: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Groupe Murphy Group, Moncton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Henein Hutchison, Toronto.

M^{me} MacMillan devrait être exclu parce que celle-ci ne pouvait ou ne voulait rendre devant le tribunal un témoignage juste, objectif et impartial. Je conviens avec la majorité de la Cour d'appel que le juge des requêtes a commis une erreur manifeste et dominante en estimant que M^{me} MacMillan était dans une situation de conflit d'intérêts qui l'empêchait de rendre un témoignage objectif et impartial (par. 136-150).

IV. Dispositif

[63] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Stikeman Elliott, Toronto.

Procureurs des intimées : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Groupe Murphy Group, Moncton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Henein Hutchison, Toronto.