



Commission des Institutions

Mémoire de l'Association canadienne de protection médicale

Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile

18 novembre 2011

A handwritten signature in black ink, appearing to read "John E. Gray".

D^r John E. Gray
Directeur général

PLAN

1) Résumé de la position

2) Présentation : l'Association canadienne de protection médicale (ACPM)

- a) Les membres de l'ACPM et ses activités au Québec
- b) La mission de l'ACPM
- c) L'engagement de l'ACPM à augmenter l'accès à la justice et l'efficacité du système de justice civile

3) Argumentation

- a) L'accès à la justice signifie plus que la simple réduction des coûts et des délais
- b) L'ACPM est en accord avec plusieurs aspects de la réforme proposée
 - i) Accent sur les méthodes alternatives de résolution des conflits
 - ii) Protocole de l'instance
 - iii) La gestion judiciaire de l'instance
 - iv) Limites à la durée de l'interrogatoire oral préalable
 - v) Contrôle efficace de la preuve d'expert
- c) La preuve d'expert : un élément nécessaire dans plusieurs dossiers
- d) La discrétion d'imposer l'expert unique
 - i) Les difficultés avec l'expert unique
 - (1) L'expert unique usurpe le rôle du juge au procès
 - (2) Changements fondamentaux au système contradictoire et limites au droit à une défense adéquate
 - (3) Les difficultés à identifier l'expert unique
 - (4) L'expert unique ne réduira pas nécessairement les coûts aux parties
 - (5) Les difficultés relatives à la preuve recueillie par l'expert unique
 - (6) La valeur du débat contradictoire dans l'avancement de la médecine
 - ii) L'expert unique et la réforme dans d'autres tribunaux
 - (1) Ontario
 - (2) Cour fédérale du Canada
 - (3) Royaume-Uni
- e) Le rapport d'expert et l'interrogatoire
- f) Le droit à un appel
- g) La proportionnalité
- h) L'usage approprié de l'expert unique

4) Conclusion

1) RÉSUMÉ DE LA POSITION

L'Association canadienne de protection médicale (l'ACPM) est un organisme à but non lucratif géré par des médecins pour les médecins. L'ACPM est le fournisseur principal d'aide médico-légale aux médecins québécois et canadiens.

L'ACPM tente toujours de régler rapidement les disputes qui opposent les médecins membres et leurs patients. Environ 93 % des réclamations contre les médecins sont résolues sans qu'un procès soit nécessaire. Malgré tout, dans une minorité des dossiers, la résolution des différends entre les parties exige la tenue d'un procès. Dans ces cas, les procès sont très complexes et les deux parties doivent faire usage de la panoplie complète des moyens prévus par le système contradictoire, y compris le débat entre experts, pour faire valoir leurs positions de façon adéquate.

En tant qu'usager des ressources judiciaires du Québec, l'ACPM est préoccupée de l'augmentation constante des coûts associés à la justice civile. L'ACPM accueille favorablement l'initiative du ministre de la Justice et est d'accord avec beaucoup d'éléments de la réforme proposée par l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* (« Avant-projet »).

L'ACPM est préoccupée, toutefois, à l'égard de certains aspects de la réforme, notamment la discrétion qui donnée aux juges d'imposer l'expert unique dans les dossiers civils, qui pourrait entraîner des conséquences négatives involontaires sur certains types de dossiers devant les tribunaux.

La preuve d'expert est nécessaire dans une multitude de circonstances différentes. Bien que, dans certains domaines, la divergence d'opinions entre experts ne saurait être très grande, dans d'autres, en médecine, par exemple, plusieurs écoles de pensées existent. Aussi, en matière de responsabilité professionnelle, la jurisprudence indique que le tribunal ne peut conclure à un manquement du défendeur sans une preuve d'expert appropriée. Dans ces dossiers, un expert unique deviendrait donc l'arbitre ultime des questions en litige principales entre les parties, usurpant ainsi le rôle du juge. Alors que la discrétion d'imposer un expert unique pourrait être un outil précieux dans certaines circonstances, on ne pourrait donc appliquer la même pratique sans risque de conséquences fâcheuses dans d'autres dossiers.

L'Avant-projet se fonde sur le principe de proportionnalité pour déterminer plusieurs aspects de la procédure, notamment l'exercice de la discrétion du tribunal pour imposer l'expert unique. La proportionnalité, toutefois, est définie de façon très vague dans l'Avant-projet. L'ACPM croit que la proportionnalité devrait être mieux définie.

Pour empêcher les conséquences négatives potentielles que craint l'ACPM, il serait possible d'exclure certains domaines de l'application de la discrétion d'imposer l'expert unique, par exemple la détermination de la faute et de la causalité en matière de responsabilité professionnelle.

L'option privilégiée par l'ACPM, toutefois, serait de modifier le texte de l'Avant-projet de façon à inclure la liste des facteurs que le tribunal devrait considérer avant de déterminer l'imposition d'un expert unique. De telles balises existent au Royaume-Uni, où la possibilité d'imposer l'expert unique existe depuis plusieurs années. Cette solution aurait l'avantage d'être en tous points conforme à l'approche plus pédagogique utilisée dans la rédaction du nouveau *Code de procédure civile*.

2) PRÉSENTATION : L'ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE

L'Association canadienne de protection médicale (« l'ACPM ») est reconnaissante de l'occasion qui lui est fournie de faire des commentaires sur l'Avant-projet. L'ACPM croit que sa perspective et son expérience lui permettent de faire des commentaires constructifs quant au projet de réforme de la procédure civile. L'ACPM serait reconnaissante de pouvoir aussi avoir la chance d'être invitée aux consultations publiques devant la Commission des institutions.

L'ACPM est un organisme sans but lucratif, géré par des médecins pour les médecins. L'ACPM est le fournisseur principal d'aide médico-légale aux médecins canadiens et québécois. Vu sa portée pancanadienne et son existence depuis plus de 100 ans, l'ACPM a acquis une connaissance importante de la procédure civile, au Canada et au Québec. L'ACPM a aussi acquis une connaissance privilégiée du droit québécois en dialoguant de façon constante avec les avocats québécois qui sont mandatés par l'Association pour représenter les médecins dans cette province. En raison de ses activités dans les trois territoires et les 10 provinces canadiennes, l'ACPM s'est familiarisée avec les questions d'accès à la justice et a participé activement aux projets de réforme de la procédure civile partout au pays. Enfin, l'ACPM est membre d'associations regroupant des organismes semblables à l'étranger. Elle reçoit ainsi de l'information intéressante concernant les projets de réformes de la justice civile en cours dans d'autres pays.

C'est forte de cette expérience que l'ACPM soumet les présents commentaires sur la réforme de la procédure civile prévue par l'Avant-projet. L'ACPM croit fermement que les réformes proposées auront un impact positif sur l'accès à la justice. L'ACPM accueille favorablement tout changement au système qui en augmentera l'efficacité tout en maintenant l'équité pour les justiciables.

a) Les membres de l'ACPM et ses activités au Québec

En tant que société à caractère mutuel, vouée à la défense des médecins lorsque ceux-ci font l'objet de demandes en justice, l'ACPM a, sans contredit, une grande expérience avec le système de justice québécois.

En 2010 (la dernière année pour laquelle les données sont disponibles), l'ACPM comptait 16 972 médecins membres pratiquant au Québec. Dans cette province, en 2010, 193 menaces d'action en justice contre des médecins n'ont pas mené à une action en justice, alors que 149 nouveaux dossiers ont été portés devant les tribunaux. Pendant la même année, 93 poursuites contre des membres québécois ont été réglées, comme l'ont été 16 menaces de poursuites. Des jugements ont été obtenus dans 22 dossiers comptant des membres de l'ACPM. De ceux-ci, 5 jugements étaient pour les demandeurs et 17 pour les médecins. Les statistiques pour 2011 ne sont pas encore disponibles, mais les observations jusqu'à ce jour n'indiquent pas de changement dans cette tendance.

b) La mission de l'ACPM

La mission de l'ACPM est de protéger l'intégrité professionnelle des médecins et de contribuer à un système de soins de santé de qualité, par la promotion de soins médicaux plus sécuritaires au Canada. La façon la plus visible par laquelle l'ACPM met cette mission en application est en fournissant une représentation juridique à ses membres, et en compensant le patient de façon

appropriée et en temps opportun lorsqu'il est prouvé que celui-ci a subi un préjudice causé par la faute professionnelle d'un médecin membre. L'ACPM est d'avis que les médecins fournissent des soins de santé plus efficaces et plus sécuritaires lorsqu'ils savent qu'ils bénéficieront d'une protection adéquate en cas de difficultés médico-légales et que leur réputation sera maintenue en défendant les actions intentées contre eux. L'ACPM croit aussi que les patients dont les allégations contre les médecins sont justifiées devraient être compensés adéquatement, le plus rapidement possible.

La représentation des médecins aux prises avec des difficultés médico-légales n'est toutefois pas la seule activité de l'ACPM. Celle-ci est aussi très active dans des initiatives dont le but est de promouvoir la sécurité dans les soins de santé. En 2010, l'ACPM a fait plus d'une centaine de représentations écrites à des gouvernements, collèges, agences et autres intervenants clés en santé. Au Québec, l'ACPM collabore avec les trois fédérations médicales (FMSQ, FMOQ et FMRQ), le Collège des médecins du Québec, le ministère de la Santé et des Services sociaux, l'Association québécoise des établissements de santé et de services sociaux (AQESSS) et bien d'autres pour l'identification des risques et l'élaboration de programmes de gestion des risques, notamment par l'offre de séances de développement professionnel. L'ACPM est membre du Conseil québécois du développement professionnel continu des médecins. D'un bout à l'autre du pays, l'ACPM a livré en 2010, environ 475 présentations et programmes d'éducation accrédités, à plus de 25 000 professionnels de la santé. Au Québec, l'ACPM a fait plus de 150 présentations à des médecins.

c) L'engagement de l'ACPM à augmenter l'accès à la justice et l'efficacité du système de justice civile

Depuis longtemps, l'ACPM est engagée à l'amélioration du système de gestion des demandes médico-légales, pour encourager une résolution plus rapide des différends, augmenter l'accès à la justice, contrôler les coûts et assurer le respect des droits des patients et des médecins.

L'ACPM analyse et revoit les demandes faites contre ses membres de façon diligente. Lorsque les soins qui ont été prodigués sont médicalement appropriés, l'ACPM défendra l'action, jusqu'au procès si nécessaire. L'ACPM ne règlera pas un dossier pour des raisons uniquement économiques, puisqu'un règlement pourrait avoir des conséquences indélébiles sur le dossier professionnel du médecin et sur sa réputation. Un règlement fondé uniquement sur des raisons économiques pourrait également causer une augmentation importante des coûts liés à la protection contre la responsabilité professionnelle des médecins, coûts qui seront, en fin de compte, portés par la société en général. Finalement, le règlement de causes lorsque les soins étaient appropriés pourrait encourager les médecins à adopter des pratiques défensives, au dépens de la médecine fondée sur des données probantes.

Dans tous les dossiers, les avocats représentant les membres de l'ACPM tentent de résoudre l'affaire avant qu'un procès soit nécessaire, en favorisant un dialogue constructif avec les avocats représentant les parties adverses, pour démontrer que le médecin défendeur a agi en conformité avec les règles de l'art, ou, dans le cas contraire, pour trouver une façon adéquate de compenser le patient. Les avocats au service des membres de l'ACPM font usage de méthodes alternatives de résolution de conflits. Ils négocient de bonne foi avec les avocats adverses, et dans les cas appropriés, ont recours à la médiation ou à l'arbitrage. Puisque le barreau des avocats représentant les demandeurs est relativement petit, les avocats de l'ACPM

ont établi des relations de travail positives avec les avocats représentant les patients, facilitant ainsi la résolution des dossiers.

Au Québec, les avocats mandatés par l'ACPM et certains avocats représentant fréquemment les demandeurs ont élaboré un protocole d'entente préjudiciaire permettant la recherche et l'analyse des faits sous-jacents à la demande et, souvent, à la résolution extrajudiciaire des dossiers. Lorsque la résolution n'est pas possible, le protocole d'entente permet aux parties de déposer la preuve recueillie au tribunal, évitant ainsi le chevauchement et réduisant d'autant les coûts du processus judiciaire. Ces protocoles d'ententes ont reçu des commentaires favorables de la magistrature québécoise. Ils ont été utilisés dans près d'une centaine de dossiers jusqu'à maintenant, et l'expérience a été généralement très positive.

En raison des efforts de l'ACPM pour diminuer le contentieux, environ 93 % des litiges en responsabilité médicale sont réglés avant le procès, menant soit à une compensation aux demandeurs, soit à l'abandon de l'action contre le médecin défendeur. Les 7 % des dossiers qui ne peuvent être réglés représentent généralement des dossiers complexes, peu importe la valeur monétaire de ceux-ci. Dans cette minorité des litiges, un procès est nécessaire pour permettre aux parties d'atteindre une résolution juste des différends.

3) ARGUMENTATION

a) L'accès à la justice signifie plus que la simple réduction des coûts et des délais

Comme mentionné précédemment, l'ACPM s'est engagée à améliorer l'efficacité de l'appareil judiciaire et l'accès à la justice, tant pour les patients que pour les médecins. L'ACPM accueille favorablement l'initiative du ministre de la Justice. L'ACPM croit toutefois que certains aspects de la réforme proposée au *Code de procédure civile*, notamment à l'égard de la preuve d'expert, pourraient comporter, dans certains dossiers, des conséquences négatives involontaires sur l'accès à la justice.

La réduction des coûts et des délais sont des éléments essentiels à la recherche de l'accès à la justice. Ils ne sont pas, toutefois, les seuls éléments qui doivent être considérés.

Une partie peut prétendre avoir accès à la justice quand celle-ci peut bénéficier d'une audience juste et équitable, devant un juge indépendant. Il n'y a pas de justice si une partie n'a pas l'occasion de faire valoir sa cause.

Dans la recherche d'un meilleur accès à la justice, il est donc essentiel de ne pas sacrifier la justice naturelle au profit d'une réduction des coûts et des délais.

Il est tout à fait justifiable d'encourager les parties à un recours civil, d'évaluer attentivement leur position et de bien peser les risques à pousser l'action jusqu'au procès. Le tribunal devrait tirer avantage de chaque occasion d'aider les parties dans cette analyse. La procédure avant et pendant le procès devrait être simplifiée pour encourager une résolution efficace des disputes. Dans certains cas, toutefois, les intérêts des parties ou les questions en litige dans l'action justifieront un procès.

Il est important de reconnaître que toute amélioration au système de justice civile doit être fondée sur les valeurs intrinsèques au système et non pas seulement sur la quantification des montants en jeu. Pour les parties en litige, l'évaluation de la valeur d'un dossier est très rarement limitée à la seule valeur monétaire de celui-ci. Souvent, la vraie valeur d'une action en cours provient de l'occasion qu'ont les parties de « raconter leur histoire »¹. Lord Woolf, dans son rapport *Access to Justice: Final Report*, qui a ouvert la porte à la réforme de la justice civile au Royaume-Uni, a fait les commentaires suivants quant à l'application de ce principe aux professionnels de la santé :

Les médecins et les autres professionnels de la santé s'accordent avec les patients quant à leur désir d'obtenir une résolution rapide des disputes, mais ceci n'est pas toujours compatible avec leur volonté, qui peut être compréhensible, de voir leur conduite évaluée de manière juste au moyen d'un processus leur permettant de faire valoir leurs commentaires lors de l'instruction. Les médecins, en particulier, désirent aussi... un système économique qui n'encouragera pas la fiducie du National Health Service à régler les dossiers à leur insu sans égard à la responsabilité.² [notre traduction]

¹ Crolla, *The Value of a Good Defence*, Le Journal The Advocate Society, août 2000, p. 10

² *Access to Justice: Final Report (Final Report to the Lord Chancellor on the Justice System in England and Wales)*, The Right Honourable the Lord Woolf, Master of the Rolls (London: Lord Chancellor, 1996)

L'ACPM est d'avis que le procès ne devrait pas être vu comme un gaspillage malheureux des ressources judiciaires, mais plutôt comme un recours final et essentiel des parties à un arbitre juste et impartial pour résoudre leur dispute. Quels que soient les gains faits au niveau de l'accès ou de l'économie, toute réforme de la procédure civile et de la charge judiciaire causerait vraisemblablement un préjudice plus considérable à la société si elle menait à une perte de confiance du public dans le système ou à un sentiment que le processus n'est pas équitable.

b) L'ACPM est en accord avec plusieurs aspects de la réforme proposée

Les réformes de la procédure civile ont eu lieu ou ont été proposées dans plusieurs provinces et territoires du Canada et dans d'autres pays qui ont adopté un système de justice contradictoire. L'avant-projet intègre au *Code de procédure civile* plusieurs mesures qui se sont avérées positives et efficaces ailleurs. L'ACPM est d'avis que plusieurs aspects de la réforme proposée auront un impact positif au Québec.

i) Accent sur les méthodes alternatives de résolution des conflits

Dans le livre I, titre I, l'Avant-projet reconnaît et encourage le recours aux méthodes alternatives de résolutions des conflits. Comme décrit plus haut, l'ACPM a élaboré un protocole d'entente préjudiciaire avec certains avocats qui représentent les demandeurs pour tenter de régler les différends relatifs aux soins médicaux. Cette initiative s'est avérée très positive. La reconnaissance des méthodes alternatives de résolution des conflits à l'Avant-projet mènera probablement à l'augmentation des circonstances dans lesquelles de tels arrangements seront utilisés à l'avenir, réduisant ainsi le nombre de dossiers devant les tribunaux. L'ACPM appuie donc cette proposition d'amendement au *Code de procédure civile*.

Les parties qui ont tenté de résoudre leurs différends dans un processus extrajudiciaire ne devraient toutefois pas être pénalisées dans les cas où un règlement n'est pas intervenu et que ceux-ci doivent réintégrer le système judiciaire pour régler leur dispute. Pour cette raison, l'ACPM croit que l'Avant-projet devrait préciser que la gestion de l'instance et la détermination d'une date de procès doivent prendre en compte les efforts des parties de régler leur dispute à l'extérieur du processus judiciaire.

ii) Protocole de l'instance

L'article 144 de l'Avant-projet oblige les parties à collaborer au développement conjoint d'un protocole de l'instance.

L'ACPM est tout à fait d'accord que les parties sont les mieux placées pour définir la procédure et les étapes nécessaires à la résolution de leurs différends. L'obligation d'établir un protocole de l'instance encouragera les parties à rapidement définir les questions en litige et à adapter la procédure à la nature de leur litige.

Il est important, toutefois, que l'élaboration d'un protocole de l'instance soit assez flexible pour ne pas imposer un lourd fardeau additionnel aux parties. Si tel était le cas, le développement du protocole de l'instance aurait l'effet d'augmenter considérablement le coût de l'action et constituerait donc un obstacle à l'accès à la justice.

iii) La gestion judiciaire de l'instance

La gestion judiciaire de l'instance est un outil essentiel pour faire progresser les dossiers vers une résolution. Les juges ont le rôle crucial de s'assurer que les parties et leurs avocats font un usage efficace des ressources disponibles. Évidemment, les tribunaux voudront s'assurer que leur gestion ne soit pas perçue, par le public ou par les tribunaux d'appel, comme étant arbitraire ou injuste. Un équilibre délicat existera toujours entre, d'une part, le désir d'encourager les parties à choisir la façon dont elles mèneront l'action, et d'autre part, le besoin de s'assurer que la procédure est efficace.

La gestion judiciaire de l'instance devrait aider les parties à atteindre l'étape du procès efficacement, sans retard indu ou à l'inverse, sans être inutilement pressées par le temps. Le système actuel pousse les parties à préparer leur dossier dans les 180 jours du commencement de l'action. Une fois les étapes complétées, toutefois, les parties doivent souvent attendre plus d'un an avant que le procès puisse commencer. Cette façon de précipiter les parties pour ensuite les faire attendre de longues périodes ne mène pas à une résolution efficace des affaires en justice. L'ACPM aimerait que des dates de procès soient établies très tôt dans la procédure, pour que les parties puissent travailler vers une échéance tangible. Un protocole de l'instance ajusté aux circonstances de l'affaire et une gestion de l'instance active par le tribunal contribueraient à la détermination d'une date de procès réaliste.

L'article 174 de l'Avant-projet, qui prévoit que les parties ne recevront l'avis de procès que deux mois avant celui-ci, préoccupe l'ACPM. Une période d'avis si courte causerait vraisemblablement des difficultés dans les affaires en responsabilité médicale. L'horaire des médecins, défenseurs et experts, est souvent prévu de quatre à six mois à l'avance et un avis de deux mois les forcerait à annuler des rendez-vous médicaux au détriment de leurs patients. Quant aux procureurs, un avis de deux mois ou moins exigerait que ceux-ci mettent de côté leurs autres dossiers, pour concentrer leur attention sur celui pour lequel un avis de procès a été reçu, causant des difficultés avec les échéances prévues dans la gestion d'autres instances.

L'ACPM recommande la détermination de dates de procès fixes dans les dossiers complexes, ou à tout le moins une période d'avis plus longue que celle prévue à l'article 174 de l'Avant-projet.

iv) Limites à la durée de l'interrogatoire oral préalable

En général, les interrogatoires au préalable dans les dossiers qui impliquent les membres de l'ACPM ne constituent pas une source de dispute ou de retard. Il est assez rare que l'interrogatoire d'un témoin prenne plus qu'une journée, bien que, dans certains dossiers plus complexes, un deuxième interrogatoire puisse être nécessaire pour mettre à jour l'information médicale du demandeur ou l'information relative aux dommages.

L'ACPM n'a aucune objection aux réformes suggérées relativement à l'interrogatoire oral préalable à l'instruction, mais ne croit pas que ces réformes auront un impact important sur les dossiers en responsabilité professionnelle des médecins.

v) Contrôle efficace de la preuve d'expert

Bien que certains aspects de la réforme à l'égard de la preuve d'expert préoccupent l'ACPM,

celle-ci est d'accord que certaines réformes sont nécessaires pour augmenter l'efficacité du processus.

L'ACPM est d'accord avec l'affirmation, à l'article 229 de l'Avant-projet, que le rôle de l'expert est d'éclairer le tribunal et que cette mission prime les intérêts des parties. Plusieurs provinces et plusieurs organismes médicaux ont récemment énoncé des règles exigeant que les experts fassent des affirmations semblables par écrit, leur rappelant ainsi leurs obligations professionnelles.

L'ACPM est aussi d'accord avec l'exigence prévue à l'article 232 que les rapports d'experts soient détaillés et motivés, et qu'il y soit fait mention des instructions reçues des parties.

Finalement, l'ACPM est généralement d'accord que des limites soient imposées, dans la plupart des dossiers, au nombre d'experts pouvant témoigner sur chaque question en litige, comme prévu à l'article 226 de l'Avant-projet. L'ACPM a remarqué une tendance vers l'augmentation du nombre d'experts dans les affaires en responsabilité médicale.

Les parties qui cherchent à obtenir un avantage dans le litige choisissent parfois de signifier les rapports de deux experts pour répondre au rapport d'expert de la partie adverse. Ceci pousse l'autre partie à vouloir engager un autre expert, ou peut-être deux. Dans les dossiers plus complexes, ce cycle peut se répéter plusieurs fois, menant à l'augmentation du nombre d'experts, et donc des coûts et du temps requis pour le procès, sans vrai bénéfice au bout de l'exercice.

Pour éviter les disputes entre les parties, il serait toutefois nécessaire de préciser ce que constitue une « discipline ou matière » dans le contexte de l'article 226. Par exemple, une question en litige au procès pourrait exiger le témoignage d'experts avec une même éducation, ou désignation professionnelle, mais avec des domaines différents de surspécialisation. Pour clarifier la situation, l'ACPM suggère de modifier le deuxième alinéa de l'article 226 de la façon suivante :

Qu'elle soit commune ou non, les parties ne peuvent se prévaloir de plus d'une expertise par discipline ou matière à moins que le tribunal ne l'autorise en raison de la complexité, de l'importance de l'affaire ou du développement des connaissances dans la discipline ou la matière concernée. Discipline ou matière signifie un domaine ou l'expert a une connaissance spécialisée, en raison de ses études, de son expérience, ou des deux.

Tel qu'il sera discuté plus loin dans ce document, l'ACPM a des préoccupations importantes relativement à l'utilisation de l'expert unique dans les causes de responsabilité médicale. L'ACPM est aussi préoccupée des limites qui sont imposées à l'interrogatoire principal et au contre-interrogatoire d'expert. Dans certains cas, ces réformes à la présentation de la preuve d'expert n'amélioreraient pas l'accès à la justice et pourraient même causer des obstacles aux parties.

c) La preuve d'expert : un élément nécessaire dans plusieurs dossiers

La preuve d'expert est présentée dans une grande variété de circonstances dans les actions civiles. Dans plusieurs actions, la preuve d'expert est nécessaire sur des questions en litige

secondaires, par exemple pour quantifier les dommages une fois la responsabilité établie. Dans d'autres affaires, toutefois, la preuve d'expert est donnée sur des questions en litige principales au dossier, notamment lorsque cette preuve est utilisée pour établir la norme de pratique d'un professionnel dans une action en responsabilité professionnelle.

Le litige en responsabilité professionnelle, particulièrement en matière médicale, dépend, et dépendra toujours, de la présentation de la preuve d'expert. Le tribunal n'a pas suffisamment de connaissances pour résoudre, sans l'aide d'experts, le débat sur l'allégation de faute du médecin, ou sur la cause scientifique des dommages. Il existe un principe bien établi en droit que le tribunal ne peut pas conclure qu'un médecin a commis une faute sans qu'un témoignage d'expert ait été rendu sur la norme de pratique applicable.

Dans certains domaines d'expertise, les connaissances sont bien établies, et deux experts de la même discipline auront vraisemblablement la même conclusion sur une question en litige. Ceci n'est pas le cas, toutefois, dans tous les domaines pour lesquels une preuve d'experts est nécessaire. En médecine, par exemple, différentes écoles de pensée existent et il serait tout à fait légitime pour deux experts du même domaine de spécialisation d'arriver à des conclusions très différentes. Le droit est un exemple de domaine de spécialisation où plusieurs écoles de pensée peuvent exister de façon légitime : les divergences d'opinions entre éminents juristes d'une même Cour d'appel en sont une démonstration claire.

Il n'est ni approprié, ni souhaitable de traiter tous les types de preuve d'expert de la même façon. Bien qu'un débat entre experts d'une même discipline ne soit peut-être pas nécessaire dans les domaines où la connaissance est bien établie et n'est pas sujette à des variations, il est difficile d'imaginer qu'un procès en responsabilité pourrait être équitable pour toutes les parties en cause si celles-ci ne peuvent pas faire valoir les différentes écoles de pensée par le biais de la présentation de la preuve d'experts distincts. Il est tout à fait compréhensible que les juges soient frustrés lorsqu'ils sont confrontés à des divergences d'opinions entre éminents experts d'une même discipline. Le rôle du juge au procès est, toutefois, de choisir entre les deux opinions, après avoir soupesé chacun des témoignages.

d) La discrétion d'imposer l'expert unique

La réforme proposée dans l'Avant-projet donne au tribunal la discrétion d'imposer un expert unique, si la proportionnalité le justifie.

L'ACPM est d'accord que dans les circonstances appropriées, l'expert unique pourrait simplifier le processus judiciaire. Dans certaines affaires, toutefois, l'imposition d'un expert unique pourrait avoir des conséquences négatives inattendues, voire même poser un obstacle à l'accès à la justice ou nuire à l'équité procédurale.

i) Les difficultés avec l'expert unique

(1) Le risque que l'expert unique usurpe le rôle du juge du procès

Comme discuté plus haut, en matière de responsabilité médicale, le droit prévoit qu'il n'est pas possible de conclure à une faute du défendeur sans une preuve d'expert à cet égard.

Puisque le témoignage de l'expert unique est le seul témoignage que le tribunal pourra considérer, ce dernier n'aura d'autre choix que d'entériner le rapport de l'expert et de rendre un

jugement en conséquence. Dans les questions de responsabilité professionnelle médicale, l'expert unique deviendrait alors l'arbitre final sur les questions de responsabilité.

Les experts n'ont pas l'indépendance des juges. Ils ne sont pas libres de l'influence de leurs pairs, ou du préjugé qui pourrait provenir de leur emploi, de leur éducation ou de leur situation sociale. Dans le processus contradictoire classique, le témoignage d'experts de chaque côté du litige et le contre-interrogatoire de ceux-ci par les parties rendent plus évidents les influences ou préjugés potentiels. L'expert unique, en soi et en raison des limites qu'impose l'Avant-projet sur la possibilité de contre-interroger celui-ci, diminue la possibilité que le tribunal puisse prendre connaissance de ces facteurs qui ont une influence négative sur la valeur probante du témoignage.

La réforme proposée dans l'Avant-projet pourrait donc avoir la conséquence inattendue de laisser l'expert usurper le rôle du juge au procès. Dans un tel cas, les justiciables qui s'attendent que leur contentieux soit jugé par un tribunal neutre et compétent seraient surpris d'apprendre que le litige est décidé par un expert qui n'est pas formé en droit, et qui n'a ni l'indépendance, ni l'objectivité des juges. Cette situation pourrait ternir la perception publique de la justice.

(2) Changements fondamentaux au système contradictoire et limites au droit à une défense adéquate

En limitant ou éliminant la capacité d'une partie de présenter des éléments de preuve importants au soutien de sa cause, l'imposition d'un expert unique pourrait modifier de façon fondamentale le processus contradictoire, qui est un des fondements du droit civil au Québec.

L'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* stipule que toute personne a le droit à une audition impartiale de sa cause par un tribunal indépendant. Ducharme et Panaccio ont affirmé que « Le droit d'être entendu comprend le droit de présenter une preuve contraire à celle de son adversaire »³. La Cour suprême du Canada a conclu qu'une règle interdisant le témoignage d'expert violait le principe de justice naturelle (*audi alteram partem*). La Cour explique : « Dire qu'une partie ne peut pas citer d'experts sur les questions en litige c'est nier son droit fondamental d'être entendu »⁴.

L'imposition d'un expert unique sur une question en litige importante, en interdisant la présentation d'un élément crucial de la preuve d'une partie, son expert, pourrait être considérée comme la négation d'un droit fondamental en droit québécois.

Demandeurs comme défendeurs seraient touchés par cette situation. Dans la majorité des actions contre les médecins, les demandeurs engagent les services d'un expert pour évaluer leur cause avant qu'une procédure soit déposée. Le demandeur qui ne peut pas présenter la preuve de son expert pourrait, à juste titre, penser qu'il n'a pas eu une audition juste et équitable, ou un plein accès à la justice. De façon semblable, le professionnel qui voit son intégrité attaquée par une poursuite en faute professionnelle pourrait douter de l'équité du procès, n'ayant pas pu présenter une défense adéquate aux allégations contre lui en ne pouvant mettre de l'avant sa preuve d'expert.

Imposé dans des circonstances inappropriées, l'expert unique pourrait donc être, ou être perçu

³ Ducharme, L. et Panaccio, C., *L'administration de la preuve*, 4^e éd. Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 30

⁴ *Porto Segura Companhia De Seguros Gerais c. Belcan*, [1997] 3 R.C.S. 1278

comme un obstacle à l'accès à la justice.

(3) Les difficultés à identifier l'expert unique

Dans les dossiers où elles avaient l'intention de présenter chacune leurs experts, il est possible que les parties ne puissent pas s'entendre sur l'identité d'un expert commun à la suite de l'imposition d'un expert unique par le tribunal. Le tribunal devra donc identifier lui-même l'expert. Les tribunaux n'ont toutefois pas les ressources nécessaires pour pouvoir identifier les meilleurs experts dans la multitude de sujets qui peuvent faire l'objet d'une preuve d'expert. L'identification d'un expert par le tribunal sera donc un exercice difficile.

Charger les tribunaux d'identifier eux-mêmes les experts augmente aussi les risques que les juges se fient trop fréquemment sur certains experts, simplement parce que ceux-ci sont disponibles ou parce qu'ils témoignent d'une façon que le tribunal comprend plus facilement. La disponibilité d'un expert, ou la facilité avec laquelle celui-ci s'exprime, ne signifie pas nécessairement que cet expert est la meilleure personne pour considérer les questions en litige dans l'action. La Commission d'enquête Goudge, ayant considéré les actions du Dr Charles Smith, un pathologiste ontarien, a fort bien illustré ce point.

Le Dr Smith a été appelé à témoigner dans un grand nombre d'affaires pénales relativement aux décès d'enfants. Le témoignage du Dr Smith au nom de la poursuite était catégorique. Sa notoriété devant les tribunaux était tellement grande que certains avocats en défense ne présentaient pas de contre-expertise et le contre-interrogatoire n'était pas efficace. Plusieurs années après que ses opinions aient contribué à la condamnation de personnes innocentes, on a découvert que le témoignage du Dr Smith manquait de rigueur scientifique.

Le cas du Dr Smith a démontré le danger potentiel lorsque les tribunaux se fient trop au témoignage d'un expert. Le juge à la retraite Frank Iacobucci, anciennement à la Cour suprême, s'est servi de la situation du Dr Smith pour argumenter qu'il serait périlleux de se diriger vers l'expert unique :

« Pour rendre justice dans les procédures judiciaires, il faut s'appuyer sur un système qui fait ressortir la vérité. Dans les juridictions de droit commun, incluant l'Australie, le Canada, l'Angleterre et les États-Unis, on se fie sur des procédures de style contradictoire, d'après la prémisse selon laquelle la présentation d'une preuve contradictoire qui est pertinente devant un décideur impartial est le meilleur moyen de faire sortir la vérité, tout en s'assurant que les autres objectifs de système judiciaire sont atteints, incluant de traiter les parties de façon équitable et de prévenir les abus de gouvernement. Ce système contradictoire est bien différent du processus inquisitoire utilisé en Europe continentale et ailleurs, où le contrôle du processus de recherche de la vérité est confié à un juge, qui a une large discrétion dans la conduite de l'enquête qu'il mène selon ce qu'il considère approprié. »⁵ (Notre traduction)

« Bien que l'enquête (note : l'auteur réfère à l'enquête Goudge concernant l'expert Dr Smith) ait rapporté certains arguments concernant l'utilité d'avoir des experts qui sont nommés par la Cour ou qui sont nommés de façon conjointe

⁵ Iacobucci, Hamilton, *The Goudge Inquiry and the Role of the Medical Expert Witness*, Journal de l'Association médicale canadienne, 12 janvier 2010, p. 53

comme le meilleur moyen d'obtenir un témoignage fiable et objectif et bien que les juges dans les juridictions de droit commun ont le pouvoir de nommer des experts, ordonner l'utilisation d'un expert conjoint ou d'un expert nommé par la Cour constituerait, selon les propos d'un commentateur, un écart considérable du processus contradictoire conventionnel. La présentation d'opinions d'expertise contradictoires lors de l'audition devant le tribunal sur des sujets scientifiques est le prolongement naturel de la méthode généralement utilisée dans le système contradictoire pour rechercher la vérité. Si les tribunaux nommaient les experts ou s'ils forçaient les parties à faire un compromis et convenir d'un expert conjoint, chacune des parties perdrait l'occasion de faire la présentation la plus favorable de toute la preuve pertinente et le système judiciaire serait perçu comme injuste. De plus, il est difficile de comprendre comment les controverses dans les aspects de la science qui s'appliquent à la cause seraient démontrées et comment elles seraient tranchées par le tribunal. Bien évidemment, la tâche du juge ou la tâche du jury serait sensiblement allégée s'ils étaient dispensés de témoignages d'experts contradictoires, mais cela ne justifie pas nécessairement de vouloir ignorer les questions de controverses scientifiques. Finalement, comme le juge Goudge le souligne, le Dr Smith est justement le type d'expert bien connu qui serait nommé par le tribunal. »⁶ (Notre traduction)

(4) L'expert unique ne réduira pas nécessairement les coûts aux parties

Dans des affaires complexes, les parties au litige engageront probablement un expert pour évaluer leurs positions respectives avant, ou au début d'une action. Si un expert unique est imposé par le tribunal, les parties retiendront probablement les services de leur propre expert pour les aider à mieux comprendre la preuve, et préparer les faits pour la présentation à l'expert unique. Les parties devront donc payer pour cet « expert fantôme » en plus de leur part des coûts de l'expert unique. Dans un tel cas, l'expert unique aura augmenté, plutôt que diminué, les coûts aux parties.

Les étapes nécessaires pour identifier, engager et donner les instructions nécessaires à l'expert unique sont aussi coûteuses. L'agence *Alberta Law Institute*, dans un mémoire de consultation en 2003, a conclu que le choix et le processus de donner à l'expert conjoint ou unique les instructions nécessaires causeraient de nombreuses comparutions en cour et entraîneraient plus de problèmes qu'ils n'en régleraient.⁷

(5) Les difficultés relatives à la preuve recueillie par l'expert unique

L'Avant-projet suggère que l'expert unique soit imparti de l'autorité nécessaire pour recueillir la preuve sur laquelle son opinion sera fondée. Dans une affaire où les questions principales exigent un témoignage d'expert, l'expert unique sera non seulement l'auteur de l'opinion que le tribunal devra accepter, mais il sera aussi celui qui sera chargé de recueillir la preuve, processus qui devrait normalement se faire devant le tribunal.

Les experts n'ont pas nécessairement les connaissances juridiques nécessaires à la conduite d'une enquête équitable sur les faits. Les experts ne connaissent généralement pas les

⁶ Ibid, p. 55

⁷ Alberta Law Reform Institute, *Expert Evidence and "independent" Medical Examinations* (Consultation Memorandum No. 12.3) (Edmonton: ALRI, 2003) at 23

principes du droit de la preuve, ou n'ont pas les outils nécessaires pour une bonne appréciation des concepts importants, comme la valeur probante, la crédibilité ou le fardeau de la preuve.

L'expert unique à qui le tribunal a donné l'autorité de recueillir la preuve serait apparenté à un magistrat, dans un système inquisitoire, qui a la charge de déterminer la preuve et d'en tirer les conclusions nécessaires. Une telle approche est incompatible au système contradictoire en place au Québec.

(6) La valeur du débat contradictoire dans l'avancement de la médecine

Des écoles de pensée distinctes existent dans plusieurs domaines de la médecine. Un débat entre les adeptes de chacune de ces écoles de pensée est désirable et mène à l'avancement de la science.

En ne se fiant qu'à un expert unique dans les questions médicales, il est possible que le tribunal donne, sans le savoir, trop de poids à une école de pensée aux dépens d'une autre qui pourrait être tout autant légitime. Le tribunal pourrait aussi accorder une trop grande importance à un milieu de pratique plutôt qu'à un autre, par exemple en favorisant trop les experts pratiquant en milieu urbain, que les tribunaux peuvent plus facilement consulter, aux dépens de la médecine rurale. Les experts appartenant à une école de pensée pourraient, intentionnellement ou non, minimiser la légitimité d'une autre école de pensée dans la même discipline.

Les décisions des tribunaux en matière de responsabilité médicale ont un grand impact sur la façon dont les soins de santé sont prodigués au Québec. Les commentaires critiques d'un tribunal à l'égard d'une pratique peuvent mener à l'abandon de cette pratique par les médecins. Une telle situation serait particulièrement regrettable quand les commentaires du tribunal sont basés sur une analyse biaisée, ou incomplète, d'un expert unique.

ii) L'expert unique et la réforme dans d'autres tribunaux

(1) Ontario

En 2006, le procureur général de l'Ontario a demandé à l'honorable juge Osborne d'entreprendre un examen de la justice civile, excluant le droit familial et le droit criminel, et de formuler des recommandations visant à rendre le système de justice civile plus accessible et abordable.

Le juge Osborne a entrepris une vaste consultation. Il a invité la population à soumettre des mémoires. Il a formé trois comités consultatifs. Il était aidé d'avocats-rechercheurs. De nombreux juges et avocats ont pris le temps d'exprimer leur point de vue sur ce qui mine le système de justice civile et la façon dont celui-ci peut être amélioré.

Le juge Osborne a porté une attention particulière à la preuve d'expert et a étudié la possibilité de donner au juge le pouvoir d'ordonner la preuve d'expert par un expert unique dans certaines circonstances. Le juge Osborne a conclu, toutefois, que bien que la preuve d'expert unique puisse être utile dans certaines circonstances, elle causerait des difficultés dans beaucoup d'autres.

Au sujet de l'expert unique, le juge Osborne écrit :

« À mon avis, le modèle axé sur la preuve d'un seul expert, de plus en plus populaire, est une bonne idée qui ne pourra pas être mise en pratique dans de trop nombreux cas. Les parties ont souvent des points de divergence sur les fondements factuels qui serviront à la rédaction du rapport d'un expert. Toutefois, il y a des causes où le recours à un seul expert est essentiel. Par exemple, je pense aux preuves actuarielles dans des causes de préjudice corporel où la valeur de base devant être entrée correspond à la valeur actuelle d'une perte de 1000 \$ par année à un taux d'escompte de X %.

Je soutiens un système au sein duquel une cause ou une question particulière exigeant la preuve d'un expert peut être tranchée avec l'aide d'un seul expert. Cependant, je ne crois pas que cela devrait être la règle. Il convient davantage que ce soient les avocats qui déterminent, au cas par cas, si le recours à un seul expert est suffisant. En ce qui concerne le peu de causes qui sont portées devant la Cour, je crois que les juges de procès peuvent distinguer celles où les services d'un expert ont été retenus inutilement au moment de statuer sur les dépens. »⁸ [nous soulignons]

(2) Cour fédérale du Canada

La Cour fédérale du Canada a fait une étude semblable de sa procédure. Après une consultation, de nouvelles règles de procédure ont été promulguées en 2010.

La preuve d'expert a fait l'objet de beaucoup de discussions. En fin d'analyse, le Législateur a choisi de ne pas donner aux juges la discrétion d'imposer l'expert unique. Les parties, toutefois, peuvent consentir à la présentation de la preuve par le biais d'un expert conjoint.

(3) Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, les règles de procédure civile des tribunaux britanniques ont subi une réforme importante à la suite d'un rapport exhaustif de Lord Woolf, en 1996⁹. Un aspect de cette réforme a été l'introduction d'une règle permettant aux tribunaux d'ordonner que la preuve d'expert soit présentée par un expert unique :

35.7

(1) Where two or more parties wish to submit expert evidence on a particular issue, the court may direct that the evidence on that issue is to be given by a single joint expert.

(2) Where the parties who wish to submit the evidence ('the relevant parties') cannot agree who should be the single joint expert, the court may

(a) select the expert from a list prepared or identified by the relevant parties; or

⁸ *Projet de réforme du système de justice civile*, Ontario, l'honorable Coulter A. Osborne, Q.C., novembre 2007.

⁹ *Supra*, note 2

*(b) direct that the expert be selected in such other manner as the court may direct.*¹⁰

La règle permettant aux tribunaux d'imposer un expert unique a eu un effet positif à bien des égards. Les participants au système de justice civile anglais ont tôt fait de réaliser, toutefois, qu'il était difficile d'appliquer une règle imposant un expert unique dans toutes les circonstances.

Des directives judiciaires ont donc été élaborées, guidant les parties et les tribunaux dans l'évaluation des circonstances où il serait approprié d'imposer un expert unique. Par exemple, le *Queens Bench Guide* prévoit que la preuve présentée par un expert unique ne serait pas appropriée dans les circonstances où la preuve vise à démontrer si une partie a respecté les règles de l'art dans un litige en responsabilité professionnelle :

*In many cases it is possible for the question of expert evidence or one or more of the areas of expert evidence to be dealt with by a single expert. Single experts are, for example, often appropriate to deal with questions of quantum in cases where primary issues are as to liability. Likewise, where expert evidence is required in order to acquaint the court with matters of expert fact, as opposed to opinion, a single expert will usually be appropriate. There remain, however, a body of cases where liability will turn upon expert opinion evidence and where it will be appropriate for the parties to instruct their own experts. For example, in cases where the issue for determination is as to whether a party acted in accordance with proper professional standards, it will often be of value to the court to hear the opinions of more than one expert as to the proper standard in order that the court becomes acquainted with a range of views existing upon the question and in order that the evidence can be tested in cross-examination.*¹¹

L'enthousiasme initial à l'égard de la preuve présentée par l'expert unique a donc cédé la place à une approche plus nuancée. Par exemple, bien que l'expert unique soit utile dans les questions moins controversées, il n'est généralement pas utilisé dans les litiges plus complexes.

L'exercice de la discrétion par les tribunaux a éventuellement mené à un manque de cohérence dans l'application de la règle 35.7. À la suite d'études analysant les conséquences de la réforme de Lord Woolf, les directives de pratiques ont été modifiées pour prévoir une liste de facteurs à considérer lorsque le tribunal doit décider d'imposer ou non une preuve par expert unique :

When considering whether to give permission for the parties to rely on expert evidence and whether that evidence should be from a single joint expert the court will take into account all the circumstances in particular, whether:

*(a) it is proportionate to have separate experts for each party on a particular issue with reference to –
(i) the amount in dispute;*

¹⁰ *Civil Procedure Rules*, Partie 35, règle 35.7

¹¹ *Queens Bench Guide* (January 2007), Paragraph 7.9.5

- (ii) the importance to the parties; and*
- (iii) the complexity of the issue;*
- (b) the instruction of a single joint expert is likely to assist the parties and the court to resolve the issue more speedily and in a more cost-effective way than separately instructed experts;*
- (c) expert evidence is to be given on the issue of liability, causation or quantum;*
- (d) the expert evidence falls within a substantially established area of knowledge which is unlikely to be in dispute or there is likely to be a range of expert opinion;*
- (e) a party has already instructed an expert on the issue in question and whether or not that was done in compliance with any practice direction or relevant pre-action protocol;*
- (f) questions put in accordance with rule 35.6 are likely to remove the need for the other party to instruct an expert if one party has already instructed an expert;*
- (g) questions put to a single joint expert may not conclusively deal with all issues that may require testing prior to trial;*
- (h) a conference may be required with the legal representatives, experts and other witnesses which may make instruction of a single joint expert impractical; and*
- (i) a claim to privilege makes the instruction of any expert as a single joint expert inappropriate.¹²*

L'expérience anglaise démontre qu'une approche imposant l'expert unique à toutes les circonstances n'est pas souhaitable, ou appropriée. Elle démontre aussi l'utilité de fournir des critères pour guider les parties et les tribunaux dans la détermination des circonstances dans lesquelles une preuve d'expert unique est appropriée ou ne l'est pas.

b) Le rapport et l'interrogatoire des experts

L'ACPM est préoccupée de l'exigence, dans l'Avant-projet, que le rapport de l'expert tienne lieu de son témoignage principal, et des limites imposées sur le contre-interrogatoire.

L'ACPM est d'accord avec l'exigence que le rapport de l'expert soit complet, qu'il divulgue les instructions reçues et qu'il comprenne une discussion complète de l'opinion de l'expert. L'exigence, toutefois, que le rapport tienne lieu de témoignage mènera vraisemblablement à des rapports longs et dispendieux.

Les questions en litige évoluent pendant la vie de l'instance. À la suite des discussions entre les parties, des questions sont réglées, alors que d'autres prennent une plus grande signification. Les faits sous-jacents à l'opinion évoluent aussi au fur et à mesure que les parties échangent les documents pertinents et que les témoins sont identifiés. Il n'est pas rare que les parties doivent déposer des actes de plaidoirie amendés à l'approche du procès pour refléter les nouvelles questions en litige.

Le rapport d'expert, obtenu dans les premiers mois de la procédure, devra prévoir les différents scénarios qui peuvent découler de l'évolution des faits et des questions en litige afin d'être encore pertinent en tant que témoignage principal au procès. Ces rapports devront être longs et seront donc dispendieux. Ils seront plus difficiles à interpréter qu'un interrogatoire principal bien

¹² *Practice Direction 35*, article 7

structuré.

Dans les actions en responsabilité médicale, les experts éprouvent souvent des difficultés à trouver le temps pour rédiger leur rapport d'expertise, étant données leurs obligations cliniques. Le besoin de rapports plus longs causera vraisemblablement des retards supplémentaires. Il est aussi possible que les experts les plus qualifiés pour aider le tribunal, ceux dont les qualifications professionnelles sont les meilleures, mais dont les activités cliniques sont les plus exigeantes, choisissent de ne pas devenir experts par manque de temps pour rédiger les longs rapports exigés par l'Avant-projet.

L'interrogatoire principal sert aussi à éduquer le juge du procès sur les concepts techniques et scientifiques contenus dans l'opinion. Une description orale, lors d'un témoignage, aidée d'une preuve matérielle appropriée, est beaucoup plus utile et efficace qu'une longue description écrite.

L'ACPM accepte que dans certaines circonstances, une partie au litige puisse vouloir déposer le rapport d'expert au lieu d'un témoignage principal. L'élimination totale de l'interrogatoire principal de l'expert, toutefois, pourrait mener à une augmentation des coûts, des retards ainsi qu'à des difficultés dans la compréhension du sujet de l'opinion. L'ACPM recommande donc que l'Avant-projet soit modifié pour permettre l'interrogatoire principal des experts. L'ACPM recommande la modification suivante à l'article 288 :

288. Le rapport de l'expert peut tenir lieu de son témoignage. Il n'est recevable que si le rapport a été communiqué aux parties et versé au dossier dans les délais prescrits pour la communication et la production de la preuve. Autrement, il ne peut être reçu que s'il a été mis à la disposition des parties par un autre moyen en temps opportun pour permettre à celles-ci de réagir et de vérifier si la présence du témoin serait utile; il peut encore être reçu hors ces délais avec la permission du tribunal.

L'ACPM est aussi préoccupée des limites imposées au contre-interrogatoire de l'expert unique, ou de l'expert de la partie adverse, prévues à l'article 289. Les tribunaux ont toujours considéré qu'il était absolument essentiel qu'il puisse y avoir un contre-interrogatoire complet pour tester l'impartialité ou la crédibilité de l'expert. S'en tenir simplement à la matière qui est devant le tribunal pour obtenir des précisions risquerait de fausser la recherche de la vérité. En voulant favoriser l'accès à la justice, on en compromet grandement la crédibilité. Par exemple, le contre-interrogatoire de l'expert sur une déclaration antérieure incompatible dans un autre litige permettrait au tribunal d'assigner la valeur probante appropriée à l'opinion de l'expert. L'ACPM suggère donc que l'article 289 de l'avant-projet soit éliminé.

c) Le droit à un appel

L'article 32 de l'Avant-projet impose des limites importantes à la possibilité d'un appel d'une ordonnance de gestion de l'instance.

L'ACPM est préoccupée par cette réforme proposée. Les ordonnances de gestion de l'instance peuvent avoir un impact important sur la poursuite de l'action et la détermination des questions en litige au procès. En fait, une ordonnance de gestion de l'instance pourrait avoir un impact définitif sur les intérêts d'une partie, si l'ordonnance empêche cette partie de présenter un

élément de preuve ou de soulever une question en litige que la partie jugeait essentielle à son succès. L'exercice de la discrétion du tribunal dans la gestion de l'instance, peut avoir un impact sur la preuve qui est présentée au procès et sur la façon dont cette preuve est présentée.

La difficulté est amplifiée du fait que le juge de gestion de l'instance n'est pas nécessairement dans la meilleure position pour mesurer l'impact réel de son ordonnance : les ordonnances de gestion de l'instance peuvent être faites en début de procédure, alors que les pleines circonstances du différend entre les parties ne sont peut-être pas connues. Typiquement, l'ordonnance de gestion de l'instance n'est pas faite dans un contexte qui permet au juge d'avoir la même perspective sur les questions en litige que le juge au procès.

L'ACPM croit que l'importance possible de l'ordonnance de gestion de l'instance est telle qu'un appel devrait être possible, dans certaines circonstances.

L'ACPM comprend que toutes les ordonnances de gestion de l'instance ne devraient pas nécessairement donner droit à un appel. L'expérience de l'ACPM, toutefois, suggère que la Cour d'appel applique les bons principes pour limiter les circonstances où l'appel d'une ordonnance procédurale est permis. L'ACPM ne considère pas qu'il existe un besoin pressant d'énoncer des critères pour indiquer à la Cour d'appel quels dossiers peuvent être entendus.

Étant donné l'impact possible de ne pas permettre à une partie de faire appel d'une ordonnance de gestion de l'instance sur une question importante, et en l'absence d'un problème important à la Cour d'appel, l'ACPM est d'avis que c'est la Cour d'appel qui devrait décider, à la lumière des circonstances particulières de chaque dossier, si l'appel d'une décision de gestion de l'instance devrait être permis. L'ACPM suggère donc que l'article 32 de l'Avant-projet soit éliminé.

d) Proportionnalité

L'ACPM est d'avis que l'expert unique peut être approprié dans certaines circonstances, mais pas dans d'autres. La discrétion d'imposer l'expert unique doit se fonder sur une évaluation de la proportionnalité. Le principe de proportionnalité guide aussi d'autres aspects importants de l'instance. Il est donc très important que ce principe soit bien défini.

Le principe de proportionnalité est d'usage courant dans d'autres provinces pour guider la détermination des étapes de la procédure. L'ACPM se préoccupe toutefois que la définition qui est prévue à l'Avant-projet donne peu d'indices sur la façon dont le principe sera appliqué, ce qui pourrait causer une interprétation inégale de la proportionnalité dans les districts judiciaires de la province. Une telle incertitude sur la définition du principe de proportionnalité n'est pas conforme à l'approche pédagogique privilégiée par le ministre.

Le principe selon lequel les mesures procédurales permises dépendront de la complexité du dossier est appliqué dans plusieurs règles de procédure civile dans les provinces et les territoires pour contrôler les coûts et permettre une meilleure allocation des ressources judiciaires. La proportionnalité ne devrait toutefois pas être appliquée aux dépens des droits de la partie demanderesse de faire valoir sa cause et des droits de la partie défenderesse de présenter une défense adéquate.

Dans les dossiers médico-légaux, les intérêts des parties ne sont pas nécessairement limités à la signification pécuniaire. D'autres intérêts priment généralement, par exemple la protection de l'intégrité professionnelle chez le défendeur dans une action en responsabilité médicale.

Souvent, pour les demandeurs, la possibilité d'avoir « son temps devant le tribunal » peut aussi revêtir une grande valeur. Les demandeurs à qui certaines étapes ont été refusées au nom de la proportionnalité pourraient croire qu'ils n'ont pas eu un accès adéquat à la justice.

De la même façon, l'intérêt principal d'un médecin défendeur dans une action en responsabilité médicale pourrait être la protection de son intégrité professionnelle, plus que la valeur de la demande.

Par leur nature, les actions en responsabilité médicale questionnent la compétence professionnelle des médecins défendeurs. Ces allégations sont souvent interprétées par le médecin comme une attaque à leur intégrité professionnelle et une accusation de n'avoir pas respecté les normes éthiques et professionnelles de la profession. Un jugement contre le médecin peut avoir un effet négatif sur sa réputation professionnelle et sa capacité d'obtenir un permis d'exercice dans un autre territoire ou des privilèges dans un établissement de santé peut être affectée par un règlement ou un jugement, peu importe la valeur monétaire du dossier.

Il est donc facile de comprendre que les médecins veulent généralement défendre leur intégrité professionnelle et présenter une défense vigoureuse à l'action contre eux. C'est un droit fondamental de le faire. Un défendeur qui fait face à ce qu'il perçoit être une attaque à son intégrité devrait pouvoir bénéficier de l'équité procédurale, incluant le droit de présenter sa preuve, incluant la preuve d'expert, sans contraintes qui risquent d'affecter la valeur de la preuve.

Le contrôle proportionnel de la procédure et des coûts devrait toujours considérer que le système de justice civile existe d'abord et avant tout pour assurer que les intérêts des parties sont respectés. Les parties devraient avoir l'option de choisir s'ils désirent une procédure allégée. La décision des parties dans le protocole de l'instance, y compris la décision quant à la façon par laquelle la preuve d'expert est présentée, devrait avoir un poids significatif dans la balance.

La détermination de la complexité, dans l'analyse de la proportionnalité de l'action peut prendre en compte la valeur des dommages réclamés. Une cause réclamant plusieurs millions en dommages sera probablement proportionnellement plus complexe qu'une action pour une petite créance. L'ACPM suggère toutefois que le montant réclamé n'est pas toujours une indication de la complexité de l'affaire. Dans les actions en négligence médicale, les questions en litige sont généralement assez complexes, et les enjeux personnels du défendeur sont suffisamment importants pour justifier une procédure relativement complète, peu importe le montant réclamé.

L'ACPM suggère que l'article 18 de l'Avant-projet soit modifié pour fournir une meilleure description des circonstances qui seront considérées en évaluant la « nature et complexité » de l'affaire. Le texte suivant est suggéré :

18. Les parties à une instance doivent respecter le principe de proportionnalité et s'assurer que leurs démarches, les actes de procédure, y compris le choix de contester oralement ou par écrit, et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande en tenant compte de l'impact d'une

décision judiciaire sur les parties, sur un groupe visé ou sur la société, et l'intérêt général de la justice.

e) L'usage approprié de l'expert unique

Bien que l'imposition de l'expert unique peut être utile dans certaines circonstances, dans les actions complexes, notamment la négligence médicale, l'expert unique pourrait avoir des conséquences négatives inattendues sur les parties. L'ACPM ne suggère pas que la discrétion d'imposer l'expert unique soit éliminée, mais cette discrétion devrait être mieux balisée.

L'ACPM a identifié deux solutions possibles pour éviter les conséquences négatives qui pourraient être associées à l'expert unique. Les deux solutions sont basées sur l'expérience au Royaume-Uni, où les tribunaux composent avec l'expert unique depuis un certain temps.

La première solution serait de définir une exception à l'application de la discrétion judiciaire d'imposer l'expert unique dans les actions en responsabilité professionnelle. Cette solution aurait l'avantage d'être simple, et de clairement définir les circonstances où la règle ne serait pas applicable. Cette solution est inspirée de l'article 7.9.5 des *Queens Bench Guideline (January 2007)*¹³, qui prévoit que l'expert unique n'est pas approprié dans les affaires où la question en litige est de déterminer si une partie a agi conformément aux règles de l'art de sa profession.

Une autre option serait de fournir à la cour et aux parties une liste plus précise de facteurs qui devraient être considérés dans l'évaluation de la discrétion. L'article 155 de l'Avant-projet devrait être amendé de la façon suivante :

155. À tout moment de l'instance, le tribunal peut, à titre de mesures de gestion, prendre, d'office ou sur demande, l'une ou l'autre des décisions suivantes :

(...)

2° Fixer les modalités de l'expertise, quelle soit commune ou non, en évaluer l'objet et la pertinence, les coûts anticipés et fixer un délai pour la remise du rapport et, si les parties n'ont pu convenir d'une expertise commune, apprécier le bien-fondé de leurs motifs et néanmoins l'ordonner si le respect du principe de proportionnalité l'impose, en tenant compte, en plus des coûts, du temps exigé et de la nature, la complexité et la finalité de la demande, des facteurs suivants :

1. Si l'expertise commune permettrait probablement d'aider à résoudre le litige de façon plus efficace et plus rapidement qu'avec des experts retenus par chaque partie séparément;
2. Si la solution du litige dépend surtout de l'expertise, par exemple concernant la détermination de la faute ou de la causalité dans les affaires de responsabilité professionnelle;
3. Si l'expertise relève d'un domaine de connaissance bien établi qui ne donnera probablement pas lieu à contestation ou si elle relève

¹³ *Supra*, note 11

- d'un domaine où il y a divergence d'opinions ou différentes écoles de pensées;
4. Si une partie a déjà retenu les services d'un expert sur une question en litige, ou si les parties ont déjà convenu d'une démarche d'expertise dans un protocole préjudiciaire;
 5. Si les questions qui peuvent être soumises à une expertise commune dépendent de questions de faits qui ne pourront pas être tranchées avant l'instruction;
 6. Si des rencontres seront nécessaires entre les experts, les parties, les procureurs et autres témoins de sorte que le recours à une expertise commune n'est pas pratique;
 7. Si les parties doivent retenir un expert pour les conseiller à toutes les étapes de l'instance nonobstant l'ordonnance pour une expertise commune;
 8. Si l'identification, la nomination ou la détermination des instructions à un expert commun risque de retarder l'instruction ou nécessiter plusieurs comparutions devant le tribunal.

La deuxième approche est celle qui est privilégiée par l'ACPM. Elle est fondée sur les facteurs décrits à l'article 7 de la *Practice Direction 35*¹⁴, au Royaume-Uni. Cette approche aura l'avantage de s'appliquer à tous les dossiers civils au Québec. Elle n'élimine pas la possibilité d'avoir recours à l'expert unique, mais limite la possibilité que l'expert unique soit utilisé dans des circonstances inadéquates. Une liste détaillée de facteurs permettrait une application plus uniforme de la règle partout sur le territoire québécois. Elle permettrait aussi aux parties, y compris les parties qui ne sont pas représentées, de mieux prévoir les circonstances où un expert unique serait utile, et servirait de guide dans l'évaluation de cette question dans l'élaboration du protocole de l'instance. Cette approche serait donc tout à fait conforme avec l'approche pédagogique privilégiée par le ministre dans sa réforme de la procédure civile.

4) CONCLUSION

L'ACPM reconnaît le travail considérable du ministre pour l'amélioration de l'accès à la justice.

L'ACPM est optimiste que la réforme présentée dans l'Avant-projet augmentera l'efficacité de la justice tout en conservant l'équité pour les parties. Certains aspects de la réforme, toutefois, comportent potentiellement des conséquences négatives pour les parties au litige dans certaines causes. L'ACPM a suggéré des modifications possibles à certains articles de l'Avant-projet, notamment à l'égard de droit d'appel et du concept de proportionnalité.

Sur la question de la preuve d'expert, l'ACPM suggère de mieux définir les limites qui sont imposées au nombre d'experts qui peuvent témoigner. L'ACPM suggère aussi de maintenir l'interrogatoire principal et le contre-interrogatoire des experts.

La préoccupation principale de l'ACPM touche la discrétion d'imposer l'expert unique quand la proportionnalité le justifie. L'ACPM craint que cet aspect de la réforme puisse causer des difficultés aux parties et constituer un obstacle à l'accès à la justice dans certains types de dossiers. L'ACPM a suggéré des solutions possibles, notamment de mieux définir les facteurs

¹⁴ *Supra*, note 12

qui pourraient baliser l'exercice de la discrétion. Ces facteurs pourraient guider les parties dans tous les litiges civils au Québec et seraient conformes à l'approche pédagogique du ministre quant à la réforme de la procédure civile.

L'ACPM remercie la Commission de sa considération de ses représentations et serait reconnaissante de pouvoir comparaître lors des audiences publiques.