

**PAR COURRIER ÉLECTRONIQUE
ET PAR POSTE PRIORITAIRE**

Le 16 novembre 2011

Assemblée nationale du Québec
Service des commissions
Édifice Pamphile-Le-May
1035, rue des Parlementaires, 3^e étage
Québec (Québec)
G1A 1A3

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

Madame,
Monsieur,

Vous trouverez ci-joint le mémoire du Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle de l'Ordre des dentistes du Québec concernant l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*.

Le président de notre conseil d'administration, Dr Gilles Dubé, ainsi que la soussignée sont disponibles pour discuter des éléments contenus dans ce mémoire si vous le jugez à propos.

Souhaitant le tout conforme, nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de notre considération distinguée.

La directrice générale,


Irène Beauchamp

« L'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile »

**MÉMOIRE DE L'ORGANISME SUIVANT QUI EST UN ACTEUR JURIDIQUE
DANS LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE**

**FONDS D'ASSURANCE-RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE DE
L'ORDRE DES DENTISTES DU QUÉBEC**

Novembre 2011

LE FONDS D'ASSURANCE-RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE DE L'ORDRE DES DENTISTES DU QUÉBEC

Les activités du Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle de l'Ordre des dentistes du Québec sont limitées à l'assurance responsabilité professionnelle des membres de l'Ordre des dentistes du Québec et à l'assurance responsabilité des sociétés privées au sein desquelles les membres exercent leurs activités professionnelles.

En choisissant la formule d'un avant-projet de loi, le ministre de la Justice et Procureur général du Québec a voulu élargir la consultation aux acteurs juridiques désireux de s'exprimer sur ce sujet si important pour l'accès à la justice.

Bien qu'il puisse être louable que l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* (ci-après « l'Avant-projet ») encourage le recours à l'expertise commune dans certaines situations où l'expert n'a qu'à procéder à une constatation de faits et l'application de barèmes reconnus, il est préoccupant de constater que le juge pourrait ordonner que les parties aient recours à un expert commun en matière de responsabilité professionnelle s'il est d'avis que le respect de la règle de la proportionnalité l'impose (art. 155, par. 2).

Le principe de proportionnalité vise à s'assurer que les actes de procédure et les moyens de preuve choisis soient proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande, eu égard aux coûts et au temps exigé (art. 18).

La discrétion accordée au juge d'ordonner l'expert commun lorsque que la règle de la proportionnalité l'impose permettrait d'ordonner l'expert commun dans un grand nombre de causes de responsabilité professionnelle où la valeur en litige serait considérée non suffisante pour justifier sur une base économique un débat contradictoire d'experts.

Mais l'importance d'une affaire judiciaire doit aller au-delà du montant en jeu. Pour un professionnel, une action alléguant sa responsabilité civile est une atteinte à son intégrité professionnelle et sa réputation pouvant avoir des conséquences sur sa clientèle, sa mobilité d'emploi ou même son assurabilité et en conséquence sa capacité de gagner sa vie en exerçant sa profession.

Même si les conclusions de l'expert ne lient pas le tribunal, non plus que les parties (art. 232), il demeure que si un seul rapport d'expertise est admissible en preuve dans une matière où le juge est profane, le juge n'aura d'autre choix que d'entériner l'opinion de

l'expert commun. Une telle délégation de pouvoir nuirait à l'image de la justice et donnerait la perception que l'expert commun usurpe le rôle du juge.

Bien que l'expert commun puisse être tenu de fournir des précisions sur des aspects techniques de son rapport et rencontrer les parties afin de discuter de ses opinions en vue de l'instruction (art. 234), son rapport tiendra lieu de son témoignage (art. 288) et l'interrogatoire de l'expert ne visera qu'à obtenir des précisions sur des points qui font l'objet du rapport. On pourra aussi obtenir son avis sur des éléments de preuve nouveaux présentés pendant l'instruction. Mais on ne pourra pas contre-interroger l'expert commun sur sa crédibilité et contester véritablement son opinion en remettant en question ses prémisses, ses fondements, les autorités sur lesquelles il s'appuie, sa théorie et sa conclusion (art. 289). À toutes fins pratiques, l'Avant-projet adopte pour la preuve d'expertise, quand le juge ordonne l'expert commun, le système inquisitoire qui prévaut en France.

Notre système juridique est fondé sur le droit d'obtenir justice d'un juge indépendant, nommé à vie et inamovible dans le respect des règles de preuve, et le juge peut rendre une décision qui peut déplaire à une partie sans craindre de répercussions, mais cette décision est sujet à appel si le juge commet des erreurs de droit ou de fait.

Malgré que l'Avant-projet prévoit que l'expert doive accomplir sa mission avec objectivité, impartialité et rigueur (art. 230), il demeure que l'expert commun sera nécessairement un pair du professionnel poursuivi et il peut être appelé à le connaître, collaborer avec lui ou le rencontrer dans des activités professionnelles.

L'expert commun désigné par les parties ou la Cour va retirer des revenus de cette activité et un prestige susceptible de lui conférer d'autres avantages (notoriété, nomination universitaire, etc.). Si un expert veut être recommandé par les parties au juge, il aura avantage à ne pas trop déplaire à une partie et ne pas toujours favoriser le même côté.

Comme l'expert commun est un pair du professionnel poursuivi, les clients ou patients de ce professionnel pourraient croire que par solidarité professionnelle de gens du même milieu et qui se connaissent, se rencontrent professionnellement et se respectent, l'expert a un biais en faveur du professionnel poursuivi.

Étant un pair du professionnel poursuivi, l'expert pourrait avoir dès le départ une opinion favorable ou défavorable quant au professionnel poursuivi, ou quant au milieu où il travaille, ou avoir des intérêts opposés qui ne soient pas facilement identifiables, les professionnels étant en quelque sorte en compétition entre eux, particulièrement dans certains domaines.

Ainsi, bien qu'on puisse requérir que l'expert agisse de façon intègre, il ne sera jamais perçu comme ayant l'indépendance d'un juge, surtout pas en matière de responsabilité professionnelle là où son opinion est déterminante quant à l'issue du litige.

Si le client ou le patient qui veut poursuivre un professionnel a déjà consulté un expert pour lui demander s'il relève des fautes professionnelles sur lesquelles repose son recours, il sera certainement frustré de constater que le juge ordonne un expert commun qui fasse en sorte que le demandeur ne sera plus maître de sa preuve et ne pourra pas présenter le rapport de l'expertise qu'il a déjà obtenu et qui lui est favorable. Il se sentira d'autant plus brimé si l'expert commun désigné par le juge arrive à la conclusion qu'il n'y a pas eu de faute professionnelle, contrairement à l'expert qui avait été retenu par le demandeur et dont le rapport ne peut pas être déposé devant le tribunal.

À toutes fins pratiques, un expert commun est équivalent à un arbitrage final et sans appel qui procéderait de façon inquisitoire : l'expert commun recherche les faits qu'il considère pertinents, et en tire les conclusions qui en découlent à son avis sans avoir le bénéfice d'avoir les opinions d'autres experts qui feraient le même exercice et sans que l'on puisse réellement contester ses prémisses et son analyse.

Quand l'intégrité professionnelle est en jeu, le défendeur veut pouvoir présenter une preuve d'expertise quant à sa conduite professionnelle pour préserver sa réputation. Le

professionnel poursuivi veut demeurer maître de la présentation des éléments de défense qu'il considère pertinents et il y a fort à craindre que le recours à l'expert commun enlève au professionnel poursuivi le droit à une défense pleine et entière.

Si le demandeur affirme au tribunal qu'il est démuni, il pourra demander au juge d'ordonner un expert commun en vertu de la règle de la proportionnalité. Il y a fort à parier que la règle de l'expert commun ira à sens unique : quand un demandeur aura déjà retenu un expert, le tribunal acceptera que le demandeur conserve le droit de présenter la preuve de cet expert et que chaque partie ait un expert de son choix et quand le demandeur affirmera qu'il n'a pas d'expert, le juge va ordonner l'expert commun même si le professionnel poursuivi voudrait avoir son propre expert.

Bien que l'Avant-projet prévoit que l'expert doive accomplir sa mission avec objectivité, impartialité et rigueur (art. 230), il demeure que l'expertise dépend des faits qui sont retenus par l'expert et des prémisses quant aux données de la science et aux normes de l'art.

Différents experts peuvent avoir des appréciations différentes des faits et de l'importance qu'il faut leur accorder. Différents experts peuvent aussi appartenir à différentes écoles de pensée, et auront un schéma d'analyse qui dépend de leur formation, leur expérience et leur milieu de pratique, surtout dans un domaine où les normes de pratique relèvent de l'usage et où il peut y avoir disparité des approches et des façons de faire.

L'expert commun enlève au tribunal la lumière qu'apporte un débat contradictoire entre experts. Limiter le contre-interrogatoire à obtenir des précisions (art. 289) ne permettra pas de faire ressortir quelles sont les prémisses de faits ou de données de la science qui font en sorte qu'on peut arriver à des conclusions divergentes.

Il est préoccupant qu'en matière de responsabilité professionnelle l'expert commun soit investi de l'autorité du tribunal pour recueillir la preuve dont il a besoin pour accomplir sa mission (art. 231), ce qui pourrait inclure, avec l'autorisation du tribunal, de recueillir

des témoignages et, au besoin, citer des témoins à comparaître, recevoir leur serment, entendre leur déposition et assurer la conservation de leur témoignage.

À toutes fins pratiques, l'expert commun devient un enquêteur qui va décider de façon finale le litige; pourtant, à moins que l'expert n'ait une formation juridique, il n'aura aucune formation en matière d'enquête (preuve et procédure civile, justice naturelle et équité procédurale, droit de la personne et secret professionnel) et le processus d'enquête fait par l'expert commun serait nécessairement de qualité bien inférieure au processus d'enquête selon les règles de la preuve en présence des procureurs devant le tribunal comme dans toute autre affaire civile.

L'expert commun qui n'aurait pas de formation juridique pourrait ne pas connaître ou mal appliquer les règles quant au fardeau de preuve, quant au niveau de preuve qui est requis (doute raisonnable, preuve sur la prépondérance des probabilités, preuve au-delà de tout doute raisonnable), quant aux présomptions de faits, quant aux règles pour départager les preuves factuelles contradictoires, quant à la solidarité, quant aux responsabilités individuelles ou collectives, quant au lien de causalité, et rien n'est prévu pour indiquer comment le tribunal pourrait instruire l'expert pour combler ces lacunes au fur et à mesure du travail de l'expert dans son mandat. Rien n'est prévu non plus sur la façon dont l'expert commun recueillerait la preuve testimoniale, soit par des entrevues informelles, des témoignages sous affirmation solennelle avec notes sténographiques, avec ou sans présence des avocats.

Il existe un risque qu'un expert commun, fervent partisan d'un courant plutôt qu'un autre, minimise ou écarte de bonne foi une autre ligne de pensée, puisqu'il la considère fautive ou inexacte, exagérée ou dépassée. Le « débat des idées », sensé faire jaillir la vérité, serait alors évacué du processus judiciaire en matière de responsabilité professionnelle.

Même s'il est prévu que l'expert commun sera désigné par les parties, ou si elles ne s'entendent pas par le tribunal, la simple acceptation par une partie de désigner un expert ne signifie pas que celui-ci sera adéquat et satisfaisant pour la partie. C'est souvent en cours de l'exécution du mandat que s'apprécie la compétence d'un expert pour agir dans

ce rôle. Les meilleurs praticiens dans un domaine ne sont pas nécessairement les meilleurs experts (capacité d'analyse) et les experts plus académiques peuvent manquer d'expérience pratique malgré la reconnaissance de leurs compétences professorales.

Dans le système actuel, le professionnel poursuivi est à même d'évaluer si l'expert qu'il a choisi produit un rapport qui possède la rigueur d'analyse qui est requise pour bien faire ressortir les faits pertinents, les notions scientifiques applicables et les conclusions qu'il faut en tirer. Ce n'est certainement pas au moment où il est convoqué pour fournir des précisions sur les aspects techniques du rapport et rencontrer les parties afin de discuter de ses opinions (art. 234) que l'expert commun va changer d'avis et les parties se rendront peut-être compte à ce moment-là que son analyse ne possède pas la rigueur requise mais elles ne pourront plus rien faire pour congédier l'expert ou en faire entendre un autre.

Demeure aussi le risque que les tribunaux deviennent entichés de certains experts qui performant bien, par exemple en raison de leur facilité d'expression et leur charisme et les dangers de l'expert « vedette » ont été démontrés notamment dans le cas du pathologiste Dr Smith qui a donné lieu à une enquête en Ontario où il s'est avéré que cet expert tronquait la vérité factuelle et scientifique afin de favoriser les thèses de la Couronne et obtenir des condamnations. Il avait pourtant une très haute réputation devant les tribunaux.

En matière de responsabilité professionnelle, les poursuites ne concernent pas seulement la détermination d'une compensation ou non. Ces litiges reposent sur l'établissement de normes de pratique qui vont s'appliquer généralement à toute la profession et vont bénéficier à l'ensemble de la population.

Avec l'option de se présenter devant le tribunal sans expert et de demander au juge de désigner un expert commun, on peut certainement craindre qu'il y aura un plus grand nombre de poursuites intentées par des clients ou patients qui se représentent seuls et qui vont demander au tribunal d'ordonner un expert commun pour évaluer une situation sans avoir auparavant obtenu l'opinion d'un expert quant à la conduite du professionnel

poursuivi, ce qui augmentera les frais de la justice par des recours inutiles, apportera de la frustration aux demandeurs rapidement déboutés par l'expert commun et aussi beaucoup de frustrations, inconvénients et frais aux professionnels poursuivis sans fondement. Chaque poursuite peut être rapportée dans les médias et fera partie de l'histoire professionnelle du défendeur.

Si la règle veut que les frais de justice soient à la charge des parties et que chacune d'elles supporte ses frais (art. 337), il demeure que le tribunal peut ordonner à une partie le paiement des frais de justice engagés par une autre partie s'il l'estime nécessaire pour permettre une répartition équitable des frais ou pour éviter un préjudice grave à une partie (art. 338). Il y a fort à craindre que dans le cadre d'une poursuite contre un professionnel, si le recours est débouté, le juge condamne le professionnel aux frais incluant tous les frais de l'expert commun afin de « faire une répartition équitable des frais » et ne pas plus pénaliser le client ou le patient insatisfait des services professionnels ou qui serait lésé à l'occasion des services professionnels sans qu'il y ait eu de faute.

Bien que certains avocats agissent avec diligence et prudence et n'intentent de recours en responsabilité professionnelle qu'après avoir obtenu une opinion d'expert préliminaire, il sera facile d'alléguer le manque de moyens d'un demandeur pour tout simplement intenter rapidement des procédures à peu de frais, demander au juge d'ordonner une expertise commune et par la suite attendre les résultats de l'expertise commune. S'il y a une avalanche de tels recours, à force de devoir refuser des réclamations, l'expert commun peut devenir plus complaisant et rechercher des causes de poursuite là où il n'y en aurait pas.

Le recours à l'expert commun ordonné par la Cour en matière de responsabilité professionnelle risque d'être ordonné avec une grande disparité d'application par différents juges dans l'exercice de leur discrétion judiciaire et résulter dans une modification fondamentale au système contradictoire qui est un des fondements du droit civil québécois.

Alors que la jurisprudence fait évoluer constamment le cadre juridique des services professionnels, les poursuites en responsabilité professionnelle vont bien au-delà de déterminer si un client ou un patient a droit ou non à une compensation. Il y a des situations qui exigent qu'un tribunal se prononce après qu'un débat d'experts ait lieu selon les normes habituelles du système contradictoire et les tribunaux devraient pouvoir continuer à jouer ce rôle important quand la responsabilité professionnelle est alléguée comme fondement à un recours juridique.

Pour ces motifs, il est proposé que l'article 155, paragraphe 2° de l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* soit modifié par l'ajout à la fin des mots « *sauf en matière de responsabilité professionnelle* » de sorte qu'il se lirait comme suit :

« 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 :

[...]

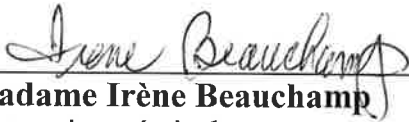
2° fixer les modalités de l'expertise, qu'elle soit commune ou non, en évaluer l'objet et la pertinence ainsi que les coûts anticipés et fixer un délai pour la remise du rapport et, si les parties n'ont pu convenir d'une expertise commune, apprécier le bien-fondé de leurs motifs et néanmoins l'ordonner si le respect du principe de proportionnalité l'impose, sauf en matière de responsabilité professionnelle; »

Ces commentaires sont énoncés de façon constructive à l'invitation du Ministre de la Justice et Procureur général du Québec d'élargir le débat et nous espérons qu'ils seront reçus dans cet esprit.

En terminant, le Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle de l'Ordre des dentistes du Québec réitère sa gratitude d'avoir pu faire part de son analyse de l'Avant-projet de la loi instituant le nouveau code de procédure civile.

PRÉSENTÉ PAR LE FONDS D'ASSURANCE-RESPONSABILITÉ
PROFESSIONNELLE DE L'ORDRE DES DENTISTES DU QUÉBEC,

ce 16 novembre 2011.



Madame Irène Beauchamp
Directrice générale

**FONDS D'ASSURANCE-RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE
DE L'ORDRE DES DENTISTES DU QUÉBEC**

Avant-Projet de loi instituant un nouveau code de procédure civile

**Présentation par le Dr Gilles Dubé et Mme Irène Beauchamp
le 17 janvier 2012**

Mme La présidente (ou M. Le président)

M. Le Ministre de la Justice

**Mesdames et messieurs les députés membres de la Commission des
institutions**

Nous vous remettons cette feuille indiquant notre proposition de modification à l'article 155, deuxième alinéa, de l'Avant-Projet par l'ajout à la fin des mots « *sauf en matière de responsabilité professionnelle* » de sorte qu'il se lirait comme suit :

« 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, qu'elle soit commune ou non, en évaluer l'objet et la pertinence ainsi que 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, sauf en matière de responsabilité professionnelle; »

