

Ménard, Martin Avocats

4950 Hochelaga
Montréal (Québec) H1V 1E8
www.menardmartinavocats.com

**Mémoire portant sur
l'Avant-projet de loi instituant le nouveau
Code de procédure civile**

Présenté à la Commission des institutions

Montréal, le 18 novembre 2011

Résumé du mémoire portant sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile

Par Ménard, Martin Avocats

Le cabinet d'avocats Ménard, Martin traite une proportion importante des litiges en responsabilité médicale au Québec. Dans ce contexte, notre organisation est un témoin privilégié des aspects positifs et négatifs de l'actuel Code de procédure civile. De plus, puisque nous représentons uniquement des victimes, nous sommes également bien positionnés pour évaluer l'état de la situation quant à l'accessibilité de notre système judiciaire pour les justiciables. C'est d'ailleurs la question de l'accessibilité à notre système judiciaire qui doit être au centre de toutes les réflexions initiées dans le cadre de l'adoption de l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile et c'est en vertu de ce principe que nous présentons ce mémoire.

Notre cabinet a mis en œuvre de nombreux moyens afin d'assurer l'accessibilité à la justice et faire en sorte que les victimes d'erreur médicale soient en mesure de s'offrir les services d'avocats qualifiés. Nous avons notamment développé des stratégies pour réduire les honoraires, les frais judiciaires et les frais d'experts. Nous avons également élaboré, avec la collaboration du cabinet McCarthy Tétrault, procureurs de l'Association canadienne de protection médicale, un protocole préjudiciaire qui constitue à ce jour une expérience unique de justice privée. Enfin, nous sommes également appelés à représenter de nombreux usagers dans des litiges relatifs à l'état, la capacité, l'intégrité et la garde de personnes en raison de leur état mental.

L'analyse des dispositions de l'Avant-projet de loi nous amène à remettre en question plusieurs dispositions concernant la procédure à suivre devant les tribunaux judiciaires. Plus particulièrement, certaines des règles proposées, loin de favoriser l'objectif énoncé dans l'Avant-projet de loi de faire la promotion de l'accessibilité au système judiciaire, risquent plutôt de compromettre cet accès en imposant aux justiciables des coûts et des formalités inutiles et excessifs.

Ces constats concernent principalement le protocole d'instance, les règles entourant l'expertise et le recours à l'expert unique. Il est par ailleurs étonnant que, tout en faisant la promotion de la justice privée, l'Avant-projet de loi ne prévoit aucune forme d'arrimage entre la justice privée et la justice publique et se limite seulement à énoncer dans un seul article l'existence du protocole préjudiciaire sans en prévoir nulle part ailleurs les règles.

Enfin, dans les litiges mettant en cause l'état, la capacité, l'intégrité et la garde des personnes, des progrès importants sont réalisés dans l'Avant-projet de loi mais des mesures supplémentaires s'imposent pour favoriser la représentation des personnes. Par ailleurs, une difficulté majeure apparaît quant à la juridiction des tribunaux responsables d'entendre ces litiges.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	5
 Chapitre 1 – Le cabinet Ménard, Martin Avocats	 7
1.1 La responsabilité médicale	7
1.2.1. Les honoraires d'avocats	8
1.2.2. Les frais judiciaires	10
1.2.3. Les honoraires d'expert	10
1.2 Un mode alternatif de gestion des litiges en responsabilité médicale (protocole préjudiciaire)	11
1.3 La pratique relative à l'intégrité, l'état, la capacité et la garde des personnes	12
 Chapitre 2 – L'analyse de l'Avant-projet de loi selon le principe de l'accessibilité à la justice	 14
2.1 Le protocole préjudiciaire et la justice civile privée	14
2.1.1 De la justice privée	15
2.1.1.1 Le constat	15
2.1.1.2 Les recommandations de notre cabinet	16
2.1.2 Du protocole préjudiciaire	17
2.1.2.1 Le constat	17
2.2.2.2 Les recommandations de notre cabinet	18
2.2 Le protocole de l'instance	20
2.2.1 Les constats	20
2.2.2 Les recommandations de notre cabinet	23
2.3 Les règles entourant l'expert	23
2.3.1 L'expert unique	23
2.3.1.1 Le constat	23
2.3.1.2 Les recommandations de notre cabinet	25
2.3.2 Le rôle, le rapport et le témoignage de l'expert	26
2.3.2.1 Les constats	26
2.3.2.2 Les recommandations de notre cabinet	29
 Chapitre 3 - Les litiges reliés à l'état, la capacité, l'intégrité et la garde des personnes	 30
3.1 La dualité des régimes	30
3.1.1 Les constats	30
3.1.2 Les recommandations de notre cabinet	31

3.2 La représentation par avocat	31
3.2.1 Les constats	31
3.2.2 Les recommandations de notre cabinet	32
3.3 Le droit à l'information	33
3.3.1 Les constats	33
3.3.2 Les recommandations de notre cabinet	34
3.4 Le droit à la révision	34
3.4.1 Les constats	34
3.4.2 Les recommandations de notre cabinet	34
3.5 Le droit à la vie privée	35
3.5.1 Les constats	35
3.5.2 Les recommandations de notre cabinet	35
 Conclusion	 35
 Sommaire des recommandations de notre cabinet	 36

Introduction

Le cabinet d'avocats Ménard, Martin¹ est une organisation de services juridiques spécialisée dans le domaine de la santé, qui dispense ses services dans le contexte d'un engagement social bien déterminé. Nous ne représentons que les usagers du système de santé, dont ceux qui ont été victimes d'une erreur médicale ainsi que les clientèles plus vulnérables qui ont de la difficulté à obtenir des services de qualité dans le système de santé. Nous ne représentons aucune compagnie ou institution, nos clients ne sont que des individus, des citoyens usagers du système de santé. Notre pratique professionnelle vise à assurer et à faire la promotion de l'accessibilité aux soins de santé, de la qualité des soins de santé ainsi que de la sécurité des soins de santé.

Notre engagement vise également à assurer la défense ainsi que le respect et la promotion des droits des personnes vulnérables dans le système de santé, dont les personnes vivant avec une déficience intellectuelle, les personnes âgées, les personnes souffrant d'un problème de santé mentale, les personnes handicapées ainsi que les jeunes.

En plus de notre engagement social envers le système de santé, nous avons également un engagement social important à l'égard du système judiciaire, soit d'en favoriser l'accès à tout justiciable, d'améliorer les bases d'indemnisation des victimes et le quantum qui leur est accordé.

Dans le cadre de notre pratique, nous avons développé une expertise de pointe en psychiatrie légale ainsi qu'en responsabilité médicale, hospitalière et dentaire. Notre cabinet compte 17 avocats ayant tous complété (ou sur le point de compléter) une maîtrise en droit de la santé. Le cabinet a traité au-delà de 6 000 dossiers de responsabilité médicale depuis plus d'une trentaine d'années.

Notre cabinet traite une proportion importante de l'ensemble des dossiers de responsabilité médicale au Québec. Nous réalisons plus de 50% des poursuites judiciaires déposées au Québec en lien avec la responsabilité médicale et hospitalière. Notre pratique couvre l'ensemble du Québec.

Dans ce contexte, notre organisation est un témoin privilégié des aspects positifs et négatifs de l'actuel Code de procédure civile². Comme nous ne représentons que des victimes, nous sommes également bien positionnés pour évaluer l'état de la situation quant à l'accessibilité de notre système judiciaire pour les justiciables. C'est d'ailleurs la question de l'accessibilité à notre système judiciaire qui doit être au centre de toutes les réflexions initiées dans le cadre de l'adoption de l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile³ (ci-après l'Avant-projet de loi) et c'est en vertu de ce principe que nous formulons les présentes recommandations.

¹ Voir site internet : www.menardmartinavocats.com

² Code de procédure civile, L.R.Q., chapitre C-25

³ Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile, 2^e session, 39^e législature, déposé par le ministre de la justice, Jean-Marc Fournier, 2011

Par le présent mémoire, nous souhaitons porter à l'attention des décideurs certains commentaires sur l'Avant-projet de loi se fondant sur plus de trente ans d'expérience dans la défense des droits des usagers du réseau de la santé et de la représentation de ces derniers devant les tribunaux.

L'Avant-projet de loi qui a été déposé en septembre 2011 par le ministre de la justice du Québec, l'honorable Jean-Marc Fournier, a comme principal objectif de faciliter l'accès à la justice. Notre cabinet a déjà mis en place plusieurs stratégies afin d'optimiser notre pratique et la rendre accessible à tous. Bien que les objectifs mis de l'avant par l'Avant-projet de loi soient louables, notre expérience sur le terrain nous donne toutes les raisons de croire que plusieurs dispositions compromettront plutôt l'accessibilité à la justice que nous nous acharnons à défendre depuis plus de trente ans.

Nous aborderons dans un premier temps les moyens que nous avons mis en œuvre au sein de notre cabinet afin d'assurer l'accessibilité à la justice. Dans un deuxième temps, nous analyserons les dispositions proposées par l'Avant-projet de loi sous l'angle de l'accessibilité et nous terminerons par l'analyse des dispositions traitant des litiges reliés à l'état, la capacité, l'intégrité et la garde des personnes.

Chapitre 1 – Le cabinet Ménard, Martin Avocats

1.1 La responsabilité médicale

Nous avons choisi, il y a plus de 30 ans, d'orienter et de développer notre pratique professionnelle dans le domaine de la responsabilité médicale, et particulièrement dans la défense des victimes d'erreurs médicales. Toutes ces victimes sont des individus qui se retrouvent la plupart du temps dans une situation économique plus fragile ou carrément compromise en raison même de l'erreur médicale dont ils ont été victimes.

Cette situation pose pour eux un défi de plus pour l'accès à la justice, alors qu'ils ont peu de moyens pour faire face à des dépenses importantes exigées par le système judiciaire.

En pratique, la réalité impose aux victimes d'affronter les assureurs des médecins, dotés de moyens très considérables, dont principalement l'Association canadienne de protection médicale (ci-après l'ACPM), et l'État qui assure la responsabilité de l'ensemble des établissements de santé via le Regroupement des programmes d'assurance des établissements de santé et de services sociaux, administré par l'Association québécoise des établissements de santé et de services sociaux (ci-après l'AQESSS). En outre, un lourd fardeau de preuve est imposé aux victimes qui doivent absolument avoir recours à des témoins experts dans tous les dossiers. À la difficulté de trouver un témoin expert médical qui accepte de témoigner contre un de ses confrères, s'ajoute le fardeau des coûts de l'expert, qui peuvent parfois être très importants.

Très tôt dans notre pratique, nous avons dû nous attaquer au défi de l'accessibilité. Pour rendre ces recours accessibles, il nous a fallu travailler sur plusieurs fronts, car l'accessibilité n'est pas qu'une question financière.

Le Gouvernement du Québec a mis en place en 1989 un groupe de travail, présidé par le professeur Roderick Macdonald, qui s'est penché sur la problématique de l'accès à la justice⁴. Selon le professeur Macdonald, les caractéristiques que doit revêtir l'accès à la justice sont la nécessité de parvenir à des résultats justes, le traitement équitable dans un délai raisonnable des demandes, une compréhension du système par ses utilisateurs, un financement et une organisation adéquate du système et, finalement, la prévisibilité des résultats.

Nous adhérons à cette conception de l'accès à la justice suivant laquelle il ne s'agit pas uniquement d'obtenir rapidement du tribunal une décision sur le fond du litige mais plutôt d'obtenir un résultat juste avec un traitement équitable des demandes. Il est par ailleurs implicite que l'accès à la justice ne peut se concevoir que si le

⁴ GROUPE DE TRAVAIL SUR L'ACCESSIBILITÉ À LA JUSTICE, Jalons pour une plus grande accessibilité, Québec, Ministère de la justice, 1991, p.3-11

justiciable a confiance en l'institution que représente la justice et que si la transparence et l'impartialité de celle-ci sont incontestables.

Notre pratique a intégré ces principes. Il était important pour nous qu'une justice accessible ne soit pas limitée à la seule question financière. Une justice accessible signifie aussi que le justiciable peut présenter toute sa preuve dans les meilleures conditions possibles aux fins d'avoir la conviction qu'il a été entendu par le tribunal. Comme le dit un vieil adage « il faut non seulement que justice soit rendue, mais qu'il y ait apparence que justice a été rendue ». L'accessibilité inclut également l'accès au tribunal dans un délai raisonnable.

Dans le genre de litiges menés par notre cabinet, la composante financière comprend trois éléments : les honoraires des avocats, les frais judiciaires et les frais d'experts. Nous avons travaillé sur chacun de ces trois aspects pour réduire les coûts que doivent supporter les justiciables pour obtenir justice. Nous examinerons les moyens mis en place pour y arriver, ce qui permettra de mieux évaluer la justesse et la pertinence des nouvelles règles proposées. Il faut souligner, d'entrée de jeu, que nous ne procédons pas, dans la gestion financière d'une cause, selon le principe d'honoraires à pourcentage (contingency fees) par lequel un avocat consent avec un client de retenir sur le montant obtenu un pourcentage (généralement 30% à 40%) et de ne rien demander au client en cas d'échec. Tout le risque financier du dossier est alors supporté par l'avocat. Cette pratique, largement répandue aux États-Unis, a peu cours ici. Elle présente des difficultés importantes sur le plan de l'éthique et des affaires. En conséquence, nous avons développé un mode de fonctionnement selon lequel le coût de la poursuite est assumé par le client.

Des stratégies ont été développées pour faire en sorte que le client soit en mesure de s'offrir nos services. Notre pratique n'a pas de sens ou d'utilité sociale si seulement une petite partie de la société peut se payer nos services. Nous avons donc agi pour réduire les honoraires, les frais judiciaires et les frais d'experts.

1.2.1. Les honoraires d'avocats

C'est la première composante des coûts d'un dossier. Les honoraires sont établis en fonction du temps consacré au dossier, sur une base horaire. Ils dépendent également du nombre d'années d'expérience de l'avocat impliqué.

Tout dossier de responsabilité médicale implique une somme de travail importante. Dossiers médicaux volumineux, règles de droit très spécialisées, expertises multiples, etc. sont autant de facteurs qui augmentent le temps consacré au dossier donc, forcément, le coût. Tout a été mis en place pour réduire le temps qu'un avocat doit consacrer au dossier, tout en assurant la plus haute qualité du travail et de la préparation. Il ne faut faire dans un dossier que des activités utiles, qui font progresser le dossier.

Ainsi, pour réduire le temps consacré par les avocats au dossier, les moyens suivants ont été développés :

- a) Spécialisation des avocats. Tous les avocats du cabinet ont une maîtrise en droit de la santé ou sont en voie de l'obtenir. Les connaissances acquises pendant cette maîtrise donnent à l'avocat une connaissance étendue des règles de droit applicables à la responsabilité médicale et à la psychiatrie légale, réduisant considérablement le temps d'analyse juridique du dossier et le besoin de faire des recherches jurisprudentielles ou doctrinales sur le sujet en litige.
- b) Formation continue des avocats. Tous les avocats du cabinet participent à une séance de formation continue obligatoire, une heure par semaine, depuis 2001. Cette formation, également reconnue par le Barreau du Québec au titre de la formation continue obligatoire des avocats, porte sur tous les aspects de notre pratique professionnelle et permet d'augmenter les connaissances et l'expertise des avocats. Cette formation continue dispensée au cabinet s'ajoute aux formations externes dans le domaine de la santé auxquelles participent également les avocats du bureau.
- c) Protocole de cheminement des dossiers. Nous avons élaboré un protocole rigoureux de cheminement des dossiers de responsabilité médicale pour éviter toute démarche inutile qui occasionnerait des frais au client. Ce protocole, élaboré au fil des ans, fait l'objet d'une révision annuelle depuis plusieurs années avec un seul but, soit d'assurer des meilleurs services, plus rapides et moins coûteux. Ce processus de contrôle de qualité est unique et permet, à chaque année, d'améliorer nos façons de faire et d'introduire constamment de nouveaux moyens de réduire les coûts des dossiers tout en accélérant leur progression.
- d) Approche multi-disciplinaire. Nous avons intégré une équipe d'infirmières dans le processus d'étude et d'analyse des dossiers médicaux, pour réduire le temps consacré par les avocats à ce travail.

Tous ces processus ont permis de réduire considérablement le temps consacré au cheminement des dossiers et ont permis de ramener les coûts à un niveau plus facilement accessible pour les citoyens justiciables, même avec de bas revenus. Nous avons également développé une procédure pour les clients admissibles à l'aide juridique (l'aide juridique ne couvre pas les réclamations d'argent. Elle ne couvre que si la cause est perdue et que le justiciable est toujours admissible financièrement. Elle n'accorde dans ces cas que des sommes très modestes, qui ne correspondent jamais aux coûts réels d'un dossier).

Ceci dit, ces efforts ont failli être compromis par la réforme du Code de procédure civile entrée en vigueur en 2003, qui imposait de réaliser ces dossiers sur une période de 180 jours, sans alléger d'aucune façon les règles de procédure et de preuve. Nous reviendrons plus loin sur cet élément.

1.2.2. Les frais judiciaires

Il s'agit des coûts des timbres judiciaires, des frais de sténographe, des huissiers, des dossiers médicaux et autres pièces. Les frais d'experts qui en font partie sont discutés distinctement ci-dessous. Dans le processus judiciaire ordinaire, il n'est pas possible de faire des économies à l'égard de ces frais, qui ne représentent heureusement qu'une très faible partie des coûts. Comme nous le verrons plus loin, dans le protocole préjudiciaire, des économies sont possibles à l'égard de ces frais.

1.2.3. Les honoraires d'expert

Il s'agit de la troisième composante des coûts d'un dossier de responsabilité médicale. Ils sont fixés selon le taux horaire de l'expert et le temps qu'il doit consacrer au dossier. Les taux de base sont établis par des associations d'experts et sont relativement élevés, entre 300\$ à 450\$ l'heure, ce qui représente rapidement une somme considérable pour le justiciable. Cette problématique a moins d'importance pour un assureur ou pour l'État.

Dans le contexte de notre pratique, nous avons développé de nombreuses stratégies pour contrôler les coûts des experts. Nous leur fournissons un dossier complet, bien préparé et numéroté, avec un exposé précis des faits et des questions à répondre. Nous discutons avec eux pour obtenir une opinion préliminaire verbale avant que des frais de rédaction de l'opinion ne soient engagés. Lorsque l'opinion s'avère négative, nos clients sont prévenus et les frais d'experts ne vont pas plus loin. Certains experts demandent parfois un taux moins élevé lorsqu'ils sont informés qu'un client a des moyens très limités. D'autres acceptent des modalités de paiements différés.

Si l'opinion s'avère positive, le rapport d'expert est rédigé pour être le plus clair et le plus compréhensible possible pour le juge. L'expert se doit toutefois de faire preuve de concision afin de minimiser les frais inhérents à ses services.

Dans les rares cas où il y a procès, l'expert de la demande, qui est le premier à témoigner, donne généralement au juge un cours de médecine de base sur les éléments importants du dossier. Il explique la terminologie médicale, l'anatomie, les procédures et techniques chirurgicales et les traitements. Il expose par la suite les règles de l'art en s'appuyant sur les « bibles » du monde médical. Il réfère à la littérature et explique au juge comment s'y retrouver. Il discute par la suite le cas sous étude et se prononce sur la conformité aux règles de l'art et, en cas de contravention à celles-ci, sur les propriétés causales de la faute.

Le témoignage de l'expert est préparé avec soin, de même que son contre-interrogatoire. Cette préparation diminue considérablement le temps de présence à la Cour. L'expert nous assiste également pour préparer les interrogatoires après défense des défendeurs et, lors du procès, l'interrogatoire du défendeur et les contre-interrogatoires des experts de la partie adverse.

Le procès est de loin la partie la plus coûteuse pour le justiciable. Heureusement, les procès sont peu fréquents (tout au plus quelques-uns par année). Nous avons généralement la pleine collaboration de la partie adverse pour écourter la durée de présence à la Cour des experts. Tous ces processus ont permis jusqu'à maintenant, sauf dans de très rares cas, de maintenir les coûts d'experts dans des limites qui demeurent à la portée de nos clients.

1.2 Un mode alternatif de gestion des litiges en responsabilité médicale (protocole préjudiciaire)

Les modifications apportées le 1^{er} janvier 2003 par la Loi portant réforme du Code de procédure civile⁵ étendaient à toutes les actions intentées selon le Livre II du Code de procédure civile l'obligation aux parties de mettre leur dossier en état dans un délai de rigueur de 180 jours à compter de la signification de la requête, quelle que soit la nature de l'affaire. Cette réforme, qui avait comme objectif de permettre au justiciable une solution rapide de son dossier, faisait complètement fi de la réalité des causes de responsabilité médicale. Face à ce délai de rigueur, l'une de nos craintes était que la négociation d'un règlement puisse être retardée alors que les avocats consacraient leurs efforts à préparer le dossier plutôt qu'à tenter de le régler. Cette crainte était d'autant plus fondée que la négociation d'un dossier n'était pas un motif suffisant, à l'époque, pour justifier la prolongation du délai d'inscription. Cette réforme n'apportait aucun avantage au citoyen à l'égard de l'accessibilité financière. Si elle pouvait permettre dans certains cas d'accélérer la procédure, elle n'en réduisait aucunement les coûts et elle en générait de nouveaux.

Alors que les dossiers n'arrivaient pas à être jugés plus rapidement mais que les coûts nécessaires à la réalisation de l'enquête (moyens préliminaires, interrogatoires au préalable, réalisation de complément d'expertise) étaient comprimés sur une plus courte période, les avocats de notre cabinet passaient un temps important à présenter des Requêtes en prolongation de délai. L'ensemble de cette situation exerçait une pression économique considérable sur nos clients, compromettant sérieusement l'accessibilité à la justice⁶.

Afin de pallier à cette situation, notre cabinet a élaboré avec la collaboration du cabinet McCarthy Tétrault, procureurs de l'ACPM qui représente plus de 90% des médecins, un mode alternatif de gestion des litiges en responsabilité médicale. En effet, après discussion, nous en sommes venus à la conclusion que considérant qu'environ 85% des dossiers en responsabilité médicale se réglaient avant le procès, il était alors dans l'intérêt de nos clients respectifs de tenter de résoudre leur litige par le biais d'un mode alternatif de gestion de litige. L'objectif était d'adopter une approche qui atténue l'affrontement, qui soit moins coûteuse et plus flexible et ce, afin de permettre une véritable analyse au fond du dossier et, le cas échéant, d'être en mesure de le régler sans intervention judiciaire.

⁵ Loi portant réforme du Code de procédure civile, L.Q. 2002, c. 7

⁶ Nous vous référons à cet effet à une correspondance qu'adressait Me Jean-Pierre Ménard au ministre québécois de la Justice, Yvon Marcoux, le 12 juillet 2005. Voir Annexe A.

Un protocole préjudiciaire fût donc élaboré entre nos cabinets respectifs⁷. Ce protocole a pour but de réaliser, hors Cour, toutes les étapes de l'enquête et de déterminer si à l'une ou l'autre de ces étapes, un règlement hors Cour peut intervenir. À défaut d'entente, une Requête introductive d'instance est déposée et le dossier est immédiatement inscrit pour procès. Ce protocole préjudiciaire a donc comme principal objectif de pallier aux contraintes imposées par la réforme de 2003 et de minimiser ainsi les impacts très défavorables de cette réforme sur l'accès à la justice.

Malheureusement, cette entente n'a pas été conclue avec d'autres cabinets dont ceux qui représentent l'AQESSS. Le nombre de litiges impliquant les hôpitaux étant considérable, ce n'est qu'une faible proportion de nos dossiers qui se prêtent à conclure un tel mode alternatif de résolution de litige. Ceci dit, depuis le 1^{er} janvier 2003, notre cabinet a tout de même traité 98 dossiers de responsabilité médicale via le protocole d'action préjudiciaire. Nous estimons que notre cabinet possède, conjointement avec le cabinet McCarthy Tétrault, l'expérience la plus étendue au Québec quant au déroulement d'un dossier soumis à un protocole d'action préjudiciaire et ce, dans un domaine du droit particulièrement complexe et difficile.

À l'égard des recours contre les établissements de santé et de services sociaux, nous avons développé, après entente avec les gestionnaires de l'AQESSS, une procédure permettant d'éviter une poursuite lorsque la responsabilité semble claire. Une mise en demeure est signifiée à l'établissement qui la transmet au responsable du programme d'assurance de l'AQESSS. Le dossier est évalué par une personne désignée par l'AQESSS et des négociations de règlement s'engagent si la responsabilité est claire. Un certain nombre de dossiers sont ainsi réglés chaque année sans recours judiciaire.

Le protocole préjudiciaire permet des économies sur les frais judiciaires (ex : timbres judiciaires, huissiers, etc.) et d'importantes économies de temps (ex : pas de requêtes en prolongation, qui coûtent entre 500\$ à 1 000\$ chacune). Ce protocole favorise également les discussions entre avocats pour éviter la judiciarisation. Il n'impose pas aux parties des formalités excessives pour assurer un déroulement correct de la procédure.

1.3 La pratique relative à l'intégrité, l'état, la capacité et la garde des personnes

Notre cabinet a développé une importante pratique dans le domaine de la psychiatrie légale, soit la représentation d'usagers impliqués dans des litiges mettant en cause leur état mental.

Il s'agit de litiges portant sur l'état et la capacité, dans le contexte de l'ouverture ou de la ré-évaluation d'un régime de protection. Nous sommes aussi appelés fréquemment à représenter les usagers dans des litiges concernant l'intégrité de la

⁷ Nous vous référons à cet effet à l'Annexe B du présent mémoire qui est notre modèle de Mémoire d'entente

personne lorsqu'un établissement de santé s'adresse au tribunal pour obtenir une ordonnance de traitement contre un usager inapte. Enfin, nous représentons fréquemment des usagers du système de santé dans les procédures conduisant à la garde en établissement ou à la contestation de cette garde en vertu de la Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui⁸.

Les avocats de notre cabinet ont tous suivi une formation de 45 heures en psychiatrie légale dans le cadre de la maîtrise en droit de la santé. De plus, cette pratique se fait en lien étroit avec les Groupes de défense des droits en santé mentale.

⁸ Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui, LRQ, c. P-38.001

Chapitre 2 – L'analyse de l'Avant-projet de loi selon le principe de l'accessibilité à la justice

Nous ne pouvons qu'appuyer la volonté du législateur de mettre en place des mesures visant à assurer l'accès à la justice. Ceci dit, est-ce que les dispositions que l'on retrouve dans l'Avant-projet de loi permettent d'atteindre cet objectif ?

Nous soumettons qu'à bien des égards, le corpus législatif que représente l'Avant-projet de loi semble faire la promotion de l'accès à la justice via l'obtention d'une décision rapide et ce, au détriment des autres critères qui définissent l'accès à la justice, soit l'obtention d'un résultat juste tout en maintenant une confiance inébranlable du public envers le système judiciaire. Ces nouvelles dispositions imposent également aux citoyens un lourd fardeau financier qui, à lui seul, compromet sérieusement l'accès à la justice.

Des formalités excessives et inutiles, des exigences procédurales inéquitables et irréalistes ainsi que l'ouverture à des processus coûteux risquent de nuire à tous les efforts que nous avons déjà déployés pour favoriser l'accès à la justice.

Nous procéderons à l'analyse de l'impact de certaines dispositions sur l'accessibilité à la justice.

2.1 Le protocole préjudiciaire et la justice civile privée

C'est en juin 1998 que le ministre de la Justice procède à la création du Comité de révision de la procédure civile. Dès lors, le comité a pour mandat de revoir les règles de procédure afin non seulement d'en limiter le nombre et d'en simplifier la mise en œuvre mais également afin de tenir compte des mesures de règlement à l'amiable ou de déjudiciarisation. Le 28 août 2001, le Comité remet son rapport final, intitulé « Une nouvelle culture judiciaire »⁹.

Suite à ce rapport, en janvier 2003, le Code de procédure civile est partiellement modifié afin de mettre en œuvre la Phase I de la réforme. En vertu de l'article 180 de la Loi portant réforme du Code de procédure civile¹⁰, le ministre de la Justice se doit d'évaluer le résultat de la réforme de 2003 et dépose, en mars 2006, le rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile¹¹. Selon ce rapport, les voies d'orientation du ministère de la Justice prévoient notamment de « Favoriser la médiation préalablement même à l'introduction d'une demande en justice, et considérer la possibilité de codifier les règles de base en la matière au titre des modes non judiciaires de règlement des litiges au Code de procédure civile. »

⁹ La révision de la procédure civile - Une nouvelle culture judiciaire, le 28 août 2001.

¹⁰ Loi portant réforme du Code de procédure civile, L.Q. 2002, c. 7

¹¹ Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile, L.Q. 2002, chapitre 7, mars 2006

En septembre 2011, le ministre de la justice, monsieur Jean-Marc Fournier, dépose l'Avant-projet de loi. Force est de constater que pour la première fois, l'Avant-projet de loi accorde une place importante aux modes alternatifs de prévention et de règlement des différends et entend obliger les parties à considérer ces derniers avant de s'adresser aux tribunaux judiciaires. Notre cabinet tient à souligner la justesse de cette mesure.

Bien que nous saluons cette nouveauté et que nous soulignons la justesse de codifier la nécessité de considérer la justice privée ainsi que les modes alternatifs de résolution de litige, nous questionnons sérieusement la volonté du législateur de donner toute sa portée à la prépondérance de la justice privée. De manière plus précise, nous estimons que les propositions qui se trouvent à l'Avant-projet de loi ne permettent pas d'atteindre les objectifs poursuivis, soit d'améliorer l'accès à la justice. Les quelques règles timides retrouvées à l'Avant-projet de loi et référant à la justice privée sont isolées et ne sont pas intégrées dans le déroulement éventuel de l'instance. Ultimement, nous estimons que la référence à la justice privée ne semble être qu'un vœu pieux auquel n'est associé aucun incitatif et qui ne s'inscrit dans aucun modèle procédural global. Il nous semble que l'objectif de favoriser l'accès à la justice ne soit clairement pas atteint par les dispositions actuellement proposées. Nous traiterons dans un premier temps du concept de la justice privée puis, dans un deuxième temps, nous élaborerons sur le concept du protocole préjudiciaire.

2.1.1 De la justice privée

2.1.1.1 Le constat

Lors de la diffusion de l'Avant-projet de loi en septembre 2011, le ministre de la justice, Jean-Marc Fournier, mentionnait que : « *Les dispositions contenues dans l'Avant-projet de loi visent à moderniser et à simplifier les procédures, en mettant notamment l'accent sur des moyens amiables de règlement et sur la collaboration accrue des parties* »¹². La première avenue considérée par le ministre pour faciliter l'accès à la justice est de mettre l'accent sur la négociation, la médiation et l'arbitrage, soit des modes privés et volontaires de prévention et de règlement des différends.

La justice civile privée, telle que proposée dans le titre 1 du livre 1 de l'Avant-projet de loi, démontre l'émergence d'une nouvelle culture judiciaire qui amène les avocats et les justiciables à revoir leur manière de concevoir la résolution des conflits.

Selon l'article 1 de l'Avant-projet de loi, les parties devront « considérer » le recours aux modes privés de prévention et de règlement de différend (soit la médiation et l'arbitrage) avant de s'adresser aux tribunaux. Si l'article 1 n'impose que le devoir de « considérer » les modes privés, l'article 7 de l'Avant-projet de loi prévoit pour sa part que les parties peuvent s'adresser aux tribunaux judiciaires uniquement si elles ne réussissent pas à régler leur différend par la voie privée. Quelle serait alors la

¹² <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministre/pai/procedure.htm#message>, site consulté le 15 novembre 2011

conséquence pour une partie qui refuserait de considérer d'avoir recours à la justice privée? Ou plutôt, quel serait l'avantage pour des parties d'avoir recours à la justice privée? Si l'Avant-projet de loi met l'accent sur les modes alternatifs de résolution de litiges dès les premiers articles, il ne prévoit en effet aucune conséquence pour les parties d'avoir recours ou non à un tel mode de résolution de conflit. L'Avant-projet de loi ne crée pas un seul système procédural cohérent et intégré mais réfère simplement à l'existence de la justice privée sans amarrer celle-ci à la justice publique. Il faut absolument prévoir et structurer la relation entre la justice privée et la justice publique.

Selon le rapport du Comité de révision de la procédure civile¹³, bon nombre de citoyens voulaient, plutôt que de soumettre leur litige au système judiciaire public, trouver des modes de règlement qui répondent mieux et plus rapidement à leurs besoins. Les modes privés de prévention et de règlement des différends peuvent être une réponse pour ces citoyens car ils reposent sur la volonté commune des parties d'adopter un processus non judiciaire et de participer activement à la résolution du différend. Par contre, les articles prévus à l'Avant-projet de loi ne proposent aucun avantage afin de promouvoir ces modes non judiciaires de règlement de conflits. Ceci est étonnant dans la mesure où le recours aux modes de justice privée est privilégié, la justice publique devenant alors simplement subsidiaire à la justice privée.

2.1.1.2 Les recommandations de notre cabinet

Afin de favoriser la justice civile dite privée il serait, à notre avis, opportun que le nouveau Code de procédure civile codifie les règles de base en la matière et ce, au Livre VII sur les modes privés de prévention et de règlement des différends. Certains véhicules pour réaliser la justice privée, comme la médiation et l'arbitrage, sont déjà bien définis dans le Code de procédure civile. L'Avant-projet de loi introduit toutefois un nouveau véhicule de justice privé soit le protocole préjudiciaire.

L'Avant-projet de loi ne prévoit aucun incitatif pour favoriser l'utilisation par les justiciables des modes privés. Pourtant, l'Avant-projet de loi n'est pas en mesure de garantir aux justiciables un accès plus rapide à la justice si les parties ne réussissent pas à régler leur différend par la voie privée. Un incitatif important pour recourir à la justice privée serait de préciser en cas d'échec de ce processus, une voie accélérée et plus souple pour accéder au tribunal.

L'absence d'arrimage entre la justice privée et la justice publique ainsi que la lourdeur procédurale imposée au stade de la Requête introductive d'instance augmentent le fardeau financier associé à une procédure judiciaire et n'encourage pas le recours à la justice privée car la procédure publique entraîne un dédoublement du travail. Le recours à la justice privée ne doit d'aucune façon augmenter les frais associés à la procédure judiciaire.

¹³ Précité, note 9

2.1.2 Du protocole préjudiciaire

2.1.2.1 Le constat

L'article 20 de l'Avant-projet de loi prévoit que les parties pourront, même avant l'introduction de l'instance, coopérer pour préparer celle-ci en convenant d'un protocole préjudiciaire. Cet article introduit donc une nouvelle notion, soit celle du protocole préjudiciaire. Cependant, cette notion ne se retrouve dans aucun autre article du nouveau code. En quoi consiste le protocole préjudiciaire, tel que prévu à l'Avant-projet de loi? Quelles sont les conséquences et les avantages pour les justiciables de convenir d'un protocole préjudiciaire? De quelle façon le protocole préjudiciaire est-il incorporé à la justice publique ?

Tel que discuté précédemment, comme nous avons été impliqués dans la plus grande expérience de protocole préjudiciaire au Québec, nous sommes évidemment en faveur de la codification de ce protocole. Les mesures adoptées dans l'actuel Avant-projet de loi sont toutefois laconiques et insuffisantes.

Suivant le modèle que nous avons développé, la gestion de l'instance alternative au mode judiciaire permet de procéder à l'enquête d'un dossier en suivant les étapes d'une instance judiciaire (requête introductive d'instance, interrogatoire des demandeurs, défense, interrogatoire des défendeurs, engagements, expertises, inscription et déclaration de dossier complet) mais le tout à l'extérieur du cadre judiciaire. Ceci permet aux procureurs d'évaluer leur dossier avant même que l'action ne soit formellement intentée. De manière générale, les dossiers qui ne sont pas réglés (soit par un règlement, soit par un désistement) sont judiciarisés et les procédures qui ont été préparées à l'étape de l'enquête sont ainsi déposées au dossier de la Cour alors que les parties sont prêtes à procéder à l'audition.

Ainsi, lorsque le dossier est judiciarisé, l'enquête a été complétée à l'extérieur du cadre judiciaire. Tous les documents nécessaires à la présentation du litige ont été déposés au dossier de la Cour, incluant une requête introductive d'instance, une défense, les rapports d'expertises de part et d'autre, l'inscription pour enquête et audition et les déclarations de dossiers complets selon les articles 274.1 et 274.2 C.p.c.

Il faut souligner que dans tous les dossiers de responsabilité médicale, l'étape de l'enquête revêt une importance capitale. Il faut assurer un échange réel, efficace et complet de l'information à l'intérieur de paramètres à la fois clairs et flexibles. Pour ce faire, les moyens d'enquête habituels sont nécessaires pour évaluer le dossier, soit notamment la demande d'accès aux dossiers médicaux, les interrogatoires préalables des parties, l'échange des expertises sur la faute, les dommages et le lien de causalité et les examens médicaux. L'objectif du mode alternatif de gestion de l'instance est justement de pouvoir avoir recours à tous ces moyens d'enquête mais hors du système judiciaire.

Conservant à l'esprit l'objectif d'assurer l'accessibilité à la justice, la codification du protocole préjudiciaire doit offrir aux justiciables qui choisiront cette avenue la

sauvegarde de leurs droits. La justice privée doit être assortie de garanties procédurales suffisantes pour favoriser le recours à cette alternative. De manière plus précise, le fait pour le justiciable d'opter pour le protocole préjudiciaire ne doit pas entraîner le dédoublement de l'enquête et des procédures dans l'éventualité où les parties en viennent à la conclusion que l'intervention d'un tribunal judiciaire est requise pour régler leur différend.

Considérant les particularités de la responsabilité médicale, le mode alternatif de gestion des litiges que nous avons développé permet au justiciable d'encourir des coûts moindres pour procéder à l'évaluation de son dossier et de déterminer, à l'aide d'un expert, s'il a été victime d'une faute médicale et s'il est probable que cette faute soit la cause de ses dommages. En contre-partie, ce même véhicule procédural permet au médecin d'évaluer, en dehors d'un contexte d'affrontement judiciaire et de publicité des débats, s'il y a eu des lacunes dans les soins et traitements prodigués à la victime. En cas d'échec du protocole préjudiciaire, le tribunal demeure évidemment le recours ultime pour solutionner le litige.

2.2.2.2 Les recommandations de notre cabinet

Considérant l'actuel Avant-projet de loi, il est manifeste que celui-ci est insuffisant en ce qui a trait au protocole préjudiciaire. En effet, si l'objet du protocole préjudiciaire est de favoriser le règlement du différend sans l'intervention du tribunal, en cas d'échec, le protocole préjudiciaire doit permettre d'accélérer l'enquête et l'audition, de diminuer la durée du procès et de limiter le débat à l'essentiel. Nous soumettons respectueusement qu'afin d'inciter les parties à avoir recours au protocole préjudiciaire, tel que prévu à l'article 20 de l'Avant-projet de loi, les principes suivants doivent être codifiés:

- a) Définir ce qu'est le protocole préjudiciaire ;
- b) Codifier au Livre VII portant sur les modes privés de prévention et de règlement des différends, un titre consacré au protocole préjudiciaire ;
- c) Prévoir que le contrat préjudiciaire lie les parties et leur impose une obligation de moyens raisonnables ;
- d) Codifier que la règle de proportionnalité doit être également respectée par les parties dans le cadre du protocole préjudiciaire ;
- e) Codifier, comme dans le chapitre de la médiation à l'article 613 de l'Avant-projet de loi, que les parties peuvent convenir au protocole préjudiciaire de renoncer à la prescription acquise et au bénéfice du temps écoulé pour celle commencée afin de leur permettre justement d'accomplir les différentes étapes convenues au protocole préjudiciaire;
- f) Prévoir que la renonciation au bénéfice du temps écoulé pour une période à être déterminée entre les parties est faite sous toutes réserves, sans aucune admission de responsabilité, ni reconnaissance, expresse ou tacite, de la part

du défendeur de quelque faute, dommage ou lien de causalité que ce soit et sans préjudice à ses droits et recours;

- g) Prévoir que si dans le cours du protocole préjudiciaire, surviennent des difficultés, par exemple un incident plus complexe ou un moyen préliminaire qui nécessiterait une résolution immédiate, la possibilité pour les parties de s'adresser aux tribunaux judiciaires au cours de leur instance afin de trancher certains incidents qui pourraient survenir dans le cours de l'application du protocole préjudiciaire (exemples : objections, engagements) ;
- h) Prévoir la possibilité pour les parties de s'adresser aux tribunaux pour une conciliation judiciaire (par exemple, une conférence de règlement à l'amiable qui peut offrir un autre forum de négociation pour les avocats et leurs clients) et ce, dans un dernier effort avant de judiciaireiser leur dossier et/ou avant un procès;
- i) Dans le cas d'un dossier judiciaire pour interrompre la prescription, le déroulement de l'instance doit pouvoir être suspendu de consentement pour permettre l'évaluation du dossier et permettre aux parties d'évaluer l'option des modes privés de règlement des différends (semblable à l'article 613(2) de l'Avant-projet de loi);
- j) Si les parties règlent leur différend pendant le protocole préjudiciaire, prévoir que leur accord est signé dans une déclaration conjointe de règlement ;
- k) Prévoir que la déclaration conjointe de règlement lie les parties dès qu'elle est signée par eux et constitue une transaction au sens de l'article 2631 C.c.Q et s. et qu'elle a effet de la chose jugée ;
- l) Permettre que la déclaration conjointe de règlement soit homologuée par le tribunal afin d'être susceptible d'exécution forcée (semblable à l'article 642 pour l'homologation de la sentence arbitrale et à l'article 530 de l'Avant-projet de loi sur l'homologation) ;
- m) Prévoir que le tribunal qui est saisi d'une demande en homologation ne peut examiner le fond du différend (article 642(2) de l'Avant-projet de loi).

Par ailleurs, à la fin du protocole, si le processus ne permet pas un règlement ou un abandon de la réclamation, le dossier doit alors être judiciaireisé. Nous estimons que les mesures suivantes doivent être adoptées afin d'amarrer le protocole préjudiciaire au déroulement de l'instance et à la gestion éventuelle de l'instance, soit :

- n) Prévoir que toutes les procédures qui ont été faites dans le cadre d'un protocole préjudiciaire soient déposées à la Cour;
- o) Dispenser les parties d'établir un protocole de l'instance si le dossier est en état;
- p) Prévoir une sanction en cas de non-respect du protocole préjudiciaire. Nous proposons que des sanctions financières en cas de non-respect, tel que prévu

aux articles 146 et 339 de l'Avant-projet de loi, s'appliquent également dans le cadre de la justice civile privée. Plus particulièrement, que les parties seront tenues de respecter le protocole préjudiciaire sous peine, entre autres, des frais de justice engagés par l'une ou l'autre d'entre elles et qui résultent de leur manquement;

- q) Prévoir que le Tribunal pourra sanctionner les manquements graves constatés dans le déroulement du protocole préjudiciaire en ordonnant à une partie de verser à une autre partie, selon ce qu'il estime juste et raisonnable, une compensation pour le paiement des honoraires professionnels de son avocat (article 339 de l'Avant-projet de loi);
- r) Advenant que les procédures ou documents, y incluant les pièces, rapports d'expertises, etc., produits au dossier de la Cour, ne soient pas identiques aux procédures et documents déjà transmis dans le cours du protocole préjudiciaire, prévoir que le tribunal pourra sanctionner ce défaut, notamment quant à l'admissibilité de la nouvelle preuve et lors de l'attribution des dépens;
- s) Prévoir, 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, de respecter la décision des parties et ce, sans pouvoir leur imposer l'expert unique ;
- t) Puisqu'en vertu de l'article 7 de l'Avant-projet de loi le recours judiciaire doit être la dernière avenue pour les parties afin de tenter de régler leur différends, dans le cas d'échec du mode privé, le Tribunal devrait être autorisé à analyser la conduite des parties avant l'introduction de l'instance afin de statuer sur l'attribution des dépens;
- u) En cas d'échec du protocole préjudiciaire, les parties devraient avoir accès à un rôle préférentiel pour obtenir plus rapidement des dates de procès, le juge pourrait alors tenir compte des étapes déjà franchies dans le processus de justice privée. Si un protocole d'instance doit malgré tout être convenu, ce dernier tiendra compte également des étapes déjà franchies.

2.2 Le protocole de l'instance

2.2.1 Les constats

L'article 144 de l'Avant-projet de loi élimine l'Entente sur le déroulement de l'instance pour la remplacer par le protocole de l'instance. Non seulement ce protocole impose aux parties des exigences impossibles à rencontrer au stade de la présentation de la Requête introductive d'instance mais, de surcroît, il nécessitera, pour sa confection, un investissement considérable en temps et donc en coûts. En effet, selon l'article 144 de l'Avant-projet de loi ce protocole devra faire état des éléments suivants :

- préciser les conventions et engagements des parties et les questions en litige;

- évaluer l'opportunité de recourir à une conférence de règlement à l'amiable;
- indiquer les moyens de contestation préliminaire et les incidents prévisibles de l'instance;
- évaluer le temps qui pourrait être requis pour mettre le dossier en état, de même que les coûts prévisibles des frais de justice;
- indiquer les opérations à effectuer pour assurer le bon déroulement de l'instance ainsi que les échéances à respecter;
- indiquer les modalités et les délais de constitution et de communication de la preuve avant l'instruction, les modalités de communication des pièces et des autres éléments de preuve;
- préciser les faits admis;
- préciser les déclarations écrites pour valoir témoignage;
- évaluer la nécessité de procéder à une ou à plusieurs expertises, en indiquer la nature et exposer, le cas échéant, les motifs pour lesquels les parties n'entendent pas procéder par expertise commune;
- évaluer la nécessité de procéder à des interrogatoires écrits ou oraux préalables à l'instruction et préciser leur nombre et leur durée anticipée;
- indiquer, le cas échéant, si une prolongation du délai de mise en état du dossier de plus de six mois est nécessaire.

Certaines des exigences mentionnées précédemment vont à l'encontre de l'objectif visé par la réforme, soit d'assurer l'accessibilité à la justice. De manière plus précise, nous questionnons l'utilité, la nécessité et l'efficacité de certaines de ces exigences qui entraînent une augmentation considérable des coûts sans alléger ou simplifier la procédure. Nous commenterons de manière plus précise certaines d'entre elles.

Quant à l'exigence relative à la détermination au protocole de l'instance des coûts prévisibles pour chacun des dossiers et du temps requis pour réaliser les étapes identifiées, nous vous soumettons respectueusement ce qui suit.

Le déroulement judiciaire de chaque dossier est propre à chaque cas d'espèce. Les coûts associés à la procédure sont intimement liés au niveau d'adversité rencontré, aux éléments litigieux, à la nature de la preuve à obtenir et à la complexité factuelle et juridique du dossier, pour ne nommer que ces facteurs. Estimer au stade de la Requête introductive d'instance les coûts liés à la procédure est un exercice qui relève de l'exploit. D'une part, cette évaluation pourrait être basée sur des expériences passées mais ne correspondrait pas à la réalité du dossier lui-même. D'autre part, l'estimé pourrait être analysé en fonction du cas d'espèce mais nécessiterait un temps d'étude considérable et serait associé à une marge d'erreur très importante. Le temps requis pour la réalisation de cette tâche et le coût afférent est à notre avis disproportionné par rapport à l'objectif visé. Nous craignons que cet

exercice n'ait pour conséquence que de décourager le justiciable devant les coûts que nous devrions nécessairement évaluer de manière très conservatrice. Par ailleurs, cette démarche mettrait assurément en évidence la disproportion des moyens en demande et ceux en défense alors que les défendeurs ont souvent accès, dans le cadre de la procédure, aux revenus du justiciable. Constatant les coûts de la procédure, le défendeur pourrait, dans le pire des scénarios, adopter une stratégie consistant à épuiser financièrement le demandeur.

De plus, si cet estimé devient la base de l'évaluation de la proportionnalité, il serait inacceptable que les tribunaux puissent l'invoquer cet estimé pour limiter le débat ou limiter certaines étapes de la procédure qui s'avèrent pourtant essentielles en matière de responsabilité médicale.

Quant à l'exigence relative à l'identification des questions en litige, l'opportunité de recourir à une conférence de règlement à l'amiable et la précision des faits admis et des déclarations écrites pour valoir témoignage, nous estimons que cette mesure serait excessivement prématurée au stade du dépôt de la Requête introductive d'instance (notamment si les parties n'ont pas eu recours à la justice privée). Le dépôt de la Requête introductive d'instance n'est pas un moment propice pour décider de ces questions ou tenter un règlement à l'amiable, voire limiter la phase préliminaire du procès par l'introduction de ces mesures, pas plus que pour limiter le procès à l'essentiel. Nous croyons qu'il serait davantage efficace de reporter ces exigences au moment où les parties auront respectivement complété leur déclaration de dossier complet selon les articles 274.1 et 274.2 C.p.c., soit lors de l'appel du rôle provisoire.

Au stade de la présentation de la Requête introductive d'instance en matière de responsabilité médicale, bien que dans la plupart des cas, la partie demanderesse possède certaines informations, la partie défenderesse n'en possède aucune. C'est aussi le cas de la partie demanderesse lorsqu'une Requête introductive d'instance doit être déposée pour interrompre la prescription. Les parties ne disposent pas dans de tels cas de l'information suffisante pour prendre position puisqu'elles n'ont pas encore reçu copie des dossiers médicaux des archives, ni recueilli le témoignage des parties impliquées au dossier. Elles ne seront donc pas en mesure de préciser les faits admis ou même les questions qui demeureront en litige. Pour déterminer les questions en litige et préciser les faits admis, les parties doivent être en possession de tous les dossiers pertinents et doivent avoir obtenu l'opinion finale de l'expert qui sera fondée sur tous les éléments de preuve obtenus lors de l'enquête. Quant au fait de statuer sur l'opportunité de recourir à une conférence de règlement à l'amiable, il est illusoire de croire que les parties pourraient convenir d'une telle mesure au stade de la Requête introductive d'instance. À nouveau, pour envisager une telle mesure, chaque partie doit avoir entre les mains toute la preuve contenue au dossier pour évaluer les chances nécessairement raisonnables de succès et les risques liés à la tenue d'un éventuel procès.

2.2.2 Les recommandations de notre cabinet

Nous sommes d'avis que cette exigence quant à l'identification des délais et des coûts associés pour la réalisation de chacune des étapes au protocole de gestion de l'instance devrait être retirée de l'article 144 de l'Avant-projet de loi.

Nous proposons plutôt que les exigences relatives à l'identification des faits admis, des questions en litige, de l'opportunité de recourir à une conférence de règlement à l'amiable et de la détermination des déclarations écrites pour valoir témoignage soient reportées au moment de l'appel du rôle provisoire ou de la production de la Déclaration de dossier complet selon les articles 274.1 et 274.2 C.p.c.

Il serait par ailleurs souhaitable que lors de l'appel du rôle provisoire, le juge soit davantage proactif afin de faire une analyse sérieuse du dossier et d'amener les parties à envisager sérieusement les admissions possibles. Une intervention plus musclée de la part du juge à ce moment aurait certainement pour effet de diminuer le nombre de jours requis pour le procès et/ou de forcer les parties à regarder leur dossier afin d'évaluer l'opportunité de tenir une conférence de règlement à l'amiable, plutôt que d'attendre la veille du procès pour ce faire et encombrer le système judiciaire inutilement.

Quant à l'opportunité de procéder à la nomination d'un expert unique, nous aborderons cette question dans la prochaine section.

En somme, le protocole d'instance devrait être beaucoup plus simple que ce qui est proposé. Il pourrait être convenu entre les parties, selon leurs exigences propres, et le tribunal ne devrait intervenir à cet égard que s'il est sollicité par l'une ou l'autre des parties.

2.3 Les règles entourant l'expert

D'emblée, nous saluons le fait que l'Avant-projet de loi codifie le rôle de l'expert et élabore plusieurs mesures visant à réduire, à priori, les coûts associés à l'implication d'experts dans un dossier. Ceci dit, si plusieurs des nouvelles règles proposées semblent théoriquement permettre d'atteindre l'objectif visé, en pratique, nous estimons que plusieurs de ces dispositions augmenteront plutôt les coûts et compromettront davantage l'accès à la justice. Nous estimons que plusieurs dispositions relèvent carrément de la pensée magique et sont totalement irréalistes et inapplicables dans le contexte des causes de responsabilité médicale.

2.3.1 L'expert unique

2.3.1.1 Le constat

L'actuel Code de procédure civile permet déjà au juge de nommer son propre expert s'il le juge opportun (art. 414 C.p.c.). Par ailleurs, les règles de pratique de la Cour supérieure permettent également aux parties de demander au tribunal de nommer un

expert commun (Art. 18.1 Règles de pratique de la Cour supérieure). Bien que l'Avant-projet de loi n'oblige pas les parties à avoir recours à l'expert unique, il n'en demeure pas moins que celles-ci doivent justifier dans le protocole de l'instance la raison pour laquelle elles n'entendent pas procéder par expertise unique (Art. 144(2) Avant-projet de loi). Par ailleurs, bien que le principe de proportionnalité doive, selon l'article 4.2 du Code de procédure civile, guider les parties dans la gestion de leur dossier, c'est ce même principe de proportionnalité qui représente pourtant la réelle nouveauté de l'Avant-projet de loi quant à l'expert unique.

Actuellement, le pouvoir du juge de nommer un expert pour son bénéfice relève exclusivement d'un pouvoir discrétionnaire exercé si les fins de la justice peuvent être ainsi mieux servies. Toutefois, l'article 155 paragraphe 2 de l'Avant-projet de loi introduit un tout nouveau critère rendant mandatoire la production d'une expertise commune. Ainsi, si le respect du principe de proportionnalité l'impose, le tribunal doit ordonner l'expertise commune. Le principe de proportionnalité surpasserait donc le bien-fondé des motifs soulevés par les parties pour s'exclure de l'utilisation de l'expert unique.

Cette disposition constitue un changement important et nécessite davantage de réflexion avant d'imposer une telle façon de faire. Bien que de nombreux projets pilotes se soient déroulés dans les dernières années, notamment dans les districts de Laval et de Québec, à notre connaissance, à ce jour, aucun compte-rendu ou bilan n'a encore été produit.

Par ailleurs, les représentants du Barreau du Québec avaient exprimé leur désaccord face à l'imposition de l'expert unique. Ces derniers mentionnaient avec justesse que : « il convient de rappeler que notre système se veut contradictoire (art. 5 Cpc). Les parties sont maîtres de leur dossier (art. 4.1 Cpc) et des moyens de preuve qu'elles entendent utiliser. Il appartient aux parties de gérer le choix et le mandat de l'expert si besoin il y a. Le droit à une défense pleine et entière ne se concilie guère avec l'absence d'un droit absolu à pouvoir engager un expert et le faire entendre au soutien de sa position. »¹⁴.

Hormis le principe de proportionnalité, qui n'est d'ailleurs pas clairement défini dans l'Avant-projet de loi, d'autres critères devraient être pris en considération par le juge afin de statuer sur la nécessité d'imposer l'expert unique. Ainsi, le fait pour une partie d'avoir déjà retenu les services d'un expert sur une question en litige devrait amener le tribunal à ne pas imposer l'expert unique. Par ailleurs, lorsque l'issue du litige repose principalement sur l'opinion rendue par un ou des experts, comme c'est le cas dans les litiges en responsabilité médicale et/ou hospitalière pour la détermination de la faute et de la causalité, l'expert unique ne devrait pas être imposé.

En effet, les poursuites en responsabilité professionnelle ne sont pas propices au recours à l'expert unique, lorsqu'il s'agit de prouver une faute ou d'établir un lien causal. Il peut en effet exister, à l'égard de la détermination des règles de l'art applicables à un cas particulier, plusieurs visions d'un même dossier. Certains médecins sont plus interventionnistes, d'autres plus conservateurs. Par ailleurs,

¹⁴ Rapport du Sous-comité magistrature-justice-barreau sur les expertises, juillet 2007

l'expérience nous enseigne que la majorité des médecins sont peu enclins à blâmer un confrère, ce qui risque de favoriser indûment le défendeur dans le cas de recours à l'expert unique en plus de générer des doutes chez le citoyen quant à l'apparence de justice (ex : les médecins se protègent entre eux).

Sans doute utile pour d'autres aspects des litiges, le recours à l'expert unique en matière de faute professionnelle et de causalité présente plus d'inconvénients que d'avantages pour le citoyen justiciable. Il est certain que les médecins et les établissements poursuivis seraient à même d'engager des experts pour les conseiller, même en présence d'un expert unique. Il s'agit ici de ce qui est désigné en anglais « *shadow-expert* ». Cet expert les assisterait pour l'évaluation du dossier, les rencontres avec l'expert unique, la préparation du dossier pour la Cour, etc. Pour faire un contre-poids suffisant, la victime devrait avoir aussi ses propres experts, en plus de devoir acquitter la moitié des honoraires de l'expert unique. Cette situation compromettrait certainement l'accessibilité des citoyens à la justice.

Il faut aussi prévoir les difficultés pour le tribunal de retenir les services d'un expert dans une cause de responsabilité professionnelle. Après plus de trente ans de pratique dans ce domaine, il nous est parfois encore difficile de trouver un expert qui accepte d'agir en demande. Comment procédera le tribunal, qui ne connaît pas le réseau et les contacts que nous avons mis plus de trente ans à établir, pour trouver un expert qui serait indépendant et n'hésiterait pas à reconnaître le comportement fautif d'un confrère ou d'une consœur médecin ?

2.3.1.2 Les recommandations de notre cabinet

Nous croyons donc que la responsabilité professionnelle devrait être soustraite du processus de l'expert unique, sauf si les parties y consentent, relativement à ce qui a trait à la faute et à la causalité.

Soumettre l'imposition aux parties de l'expert unique à la seule question de la proportionnalité résulte d'une pensée simpliste qui fait la promotion d'une justice expéditive. Avoir accès à cette justice ne correspond certainement pas à notre conception de l'accès à la justice, car le citoyen pourrait facilement se sentir préjudicié par ce processus.

Nous pressons donc le gouvernement de publier les résultats ou les bilans des projets pilotes qui ont été mis en place. Nous demandons également à ce qu'une réflexion plus approfondie soit faite quant à l'opportunité d'inclure, tel que rédigé actuellement, l'article 155 dans le projet de loi final et proposons de ne pas adopter cette disposition ou, à défaut, de codifier une série de critères, hormis la question de la proportionnalité, qui devraient guider le tribunal dans l'exercice de cette discrétion.

2.3.2 Le rôle, le rapport et le témoignage de l'expert

2.3.2.1 Les constats

L'article 225 (1) de l'Avant-projet de loi codifie le but de l'expertise qui était déjà bien défini par la jurisprudence¹⁵.

Quant à l'article 226 (1) de l'Avant-projet de loi, en plus des remarques que nous avons déjà mentionnées sur les problèmes occasionnés par la nécessité de convenir de l'expertise au stade du protocole de l'instance, nous estimons que la permission du tribunal pour produire une expertise ne devrait être requise qu'après le dépôt de la déclaration pour mise au rôle. Exiger cette autorisation à tout moment alourdit de manière significative le processus, ce qui augmentera au bout du compte les honoraires d'avocats (vacation à la Cour).

Par contre, nous considérons particulièrement bienvenu l'article 226 (2) de l'Avant-projet de loi qui interdit le dépôt de plus d'une expertise par discipline ou matière. Tel que mentionné dans la section portant sur la définition de la notion de l'accès à la justice, l'accès à la justice n'existe que dans la mesure où le justiciable a confiance envers l'institution et que si le traitement des demandes est équitable. Même si le Tribunal ne doit pas inférer quoi que ce soit du fait que plusieurs experts d'une même partie partagent le même avis sur une situation donnée, le justiciable perçoit toujours cette situation comme étant inéquitable. Considérant la disproportion des moyens existants entre les demandeurs et les défendeurs dans un domaine comme le nôtre, il va de soi que ce sont les défendeurs qui profitent dans presque tous les cas d'une multiplicité d'experts pour un seul et même domaine d'expertise.

Quant à l'article 228 de l'Avant-projet de loi relativement à l'expert unique, celui-ci reprend l'essentiel de l'actuel article 414 du C.p.c. Il est toutefois opportun de souligner que cette disposition n'est en pratique presque jamais utilisée par les tribunaux. D'ailleurs, nous n'avons pu dégager dans la jurisprudence aucun critère devant guider le Tribunal dans l'exercice de ce pouvoir. Le recours à l'expert unique demeure encore aujourd'hui exceptionnel.

Quant à l'article 230 de l'Avant-projet de loi qui détermine la mission ainsi que les devoirs de l'expert, nous soulignons que la codification de ces principes, dans le cas du médecin, se retrouve déjà, pour la plupart, dans le Code de déontologie des médecins¹⁶.

Quant à l'article 231 de l'Avant-projet de loi, cet article n'est pas de droit nouveau. Il reprend le contenu de l'actuel article 420 du C.p.c.. Même si cet article est présentement en vigueur, nous estimons qu'il soulève malgré tout de sérieux doutes quant à la constitutionnalité des pouvoirs octroyés à l'expert qui peut exercer des pouvoirs judiciaires (recueillir des témoignages, assigner et assermenter des témoins). Nous nous inquiétons du fait que l'expert ne possède aucune formation

¹⁵ R. c. Abbey (1982) 1 R.C.S. 24; R. c. Lavallée [1990] 1 R.C.S. 852; R. c. Burns [1994] 1 R.C.S. 852; R. c. Howard [1989] 1 R.C.S. 1337

¹⁶ Code de déontologie des médecins, R.R.Q., C. M-9, r.17, art. 67 et 68

juridique lui permettant d'exercer de telles fonctions et qu'il puisse malgré tout assigner des témoins, conduire des interrogatoires, recueillir des éléments de preuve, etc.

Quant à l'article 232 (1) de l'Avant-projet de loi, nous estimons que ce qui est exigé de la part de l'expert quant à la rédaction de son rapport est tel que cela compromettrait de manière importante la disponibilité des experts à agir dans des causes de responsabilité médicale. En effet, exiger de l'expert que son opinion soit suffisamment détaillée et motivée pour que le tribunal soit lui-même en mesure d'en apprécier les faits et les conclusions représente une tâche considérable. Dans une proportion importante des cas, l'expert fait un bref résumé des faits puis répond aux questions posées. L'expert ne fait presque jamais un rappel anatomique, une analyse physio-pathologique ou une revue de littérature au moment d'exprimer son opinion. Ces présentations sont toutefois faites de manière verbale et de façon systématique lors d'un éventuel procès et ce, dans le cadre de l'interrogatoire en chef.

Sachant que seule une infime proportion des causes doivent être plaidées, non seulement le temps consacré à la préparation d'un rapport comprenant un rappel anatomique, une analyse physio-pathologique ainsi qu'une revue de la littérature serait assumé par le justiciable et augmenterait de manière significative les déboursés qu'il devrait assumer mais, de surcroît, de nombreux experts se désisteraient tout simplement du mandat devant l'ampleur de la tâche. Compromettre l'accès du justiciable à un expert pour défendre sa cause, en raison du volume de travail exigé par le mandat, porte atteinte de manière significative à l'accessibilité à la justice et correspond carrément à un déni de justice. Peu importe les moyens du justiciable, si aucun expert ne souhaite agir dans le dossier, ce dernier n'aura jamais accès à la justice, ne pouvant plus rencontrer son fardeau de preuve. S'il s'agit d'un expert unique nommé par le Tribunal, il se peut que le justiciable se retrouve avec une facture considérable à laquelle il n'a pas consenti au préalable.

En ce qui a trait à l'article 234 de l'Avant-projet de loi, on oblige l'expert à fournir des précisions sur des aspects techniques du rapport et ce, à la simple demande des parties. D'une part, nous ignorons si cette possibilité n'est prévue que dans le cas où il s'agit d'un expert unique ou commun ou si cette possibilité vaut également dans le cas d'experts qui émettent des opinions contradictoires. D'autre part, nous estimons qu'il serait opportun de guider les tribunaux sur ce que constitue un aspect technique. Il faudrait éviter que cette disposition ne donne ouverture à une panoplie de demandes augmentant du même coup la tâche de l'expert ainsi que les honoraires de ce dernier.

Quant à l'article 234 (4) de l'Avant-projet de loi, qui prévoit une rencontre d'experts lorsque des rapports sont contradictoires, nous estimons que l'opportunité de procéder ou non à une telle rencontre devrait être laissée à la discrétion des parties. Le libellé de cette disposition semble obliger les parties à se soumettre à un tel exercice et, à défaut, le tribunal pourrait l'ordonner. Cette pratique ne constitue pas une pratique nouvelle et notre cabinet a eu l'opportunité de procéder à d'innombrables rencontres de cette nature. Le dénouement de ces rencontres est presque toujours le même. Les experts restent sur leur position respective et, à nouveau, cet exercice occasionne des frais supplémentaires (tant au niveau des

honoraires de l'avocat que de ceux de l'expert).

Quant à l'article 289 de l'Avant-projet de loi, nous sommes en profond désaccord avec cette disposition qui ne permet pas à une partie d'interroger son expert en chef, sauf permission du Tribunal, et qui ne permet pas de contre-interroger l'expert de la partie adverse sur des points autres que ceux faisant l'objet d'une divergence.

Il nous semble que cette nouvelle façon de procéder va profondément à l'encontre de certains des principes les plus fondamentaux de notre système judiciaire. Sous l'égide du Code de procédure civile actuel, c'est l'article 314 qui codifie le droit au contre-interrogatoire. Ce droit a d'ailleurs déjà été qualifié de droit fondamental¹⁷ et les limites imposées par l'article 289 de l'Avant-projet de loi semblent lui porter atteinte. De plus, l'article 275(3) de l'Avant-projet de loi permet le contre-interrogatoire de tout témoin et ce, sans nuancer qu'il s'agisse ou non d'un témoin expert. Par ailleurs, ce même article permet de contre-interroger le témoin sur tous les faits du litige et d'établir de toutes les manières les causes permettant de réfuter son témoignage. Attaquer la crédibilité d'un témoin fait donc partie intégrante du processus contradictoire des débats judiciaires.

Le libellé actuel de l'article 289 de l'Avant-projet de loi limite le contre-interrogatoire de l'expert aux aspects contradictoires du dossier. Cependant, vérifier la crédibilité d'un expert nécessite de lui poser une foule de questions sur divers aspects de sa pratique et du dossier. Nous estimons que l'article 289 de l'Avant-projet de loi n'offre pas cette latitude à l'avocat, latitude qui est pourtant nécessaire pour permettre au juge de soupeser ou retenir l'opinion d'un expert plutôt que celle d'un autre.

Nous ignorons sincèrement comment le Tribunal pourrait départager la crédibilité de deux experts qui ont une opinion diamétralement opposée en prenant seulement connaissance de leur rapport respectif et ce, sans entendre l'exposé que ces derniers doivent présenter à l'appui de leurs positions. Nous soumettons que l'article 289 de l'Avant-projet de loi ne doit pas limiter le droit d'une partie d'interroger en chef son expert ou de contre-interroger l'expert de la partie adverse. La transparence des débats ainsi que la conviction du justiciable d'avoir eu l'opportunité de présenter une preuve complète sont deux éléments qui sont menacés par cette disposition.

Les experts en responsabilité médicale sont généralement tous des experts très qualifiés et également compétents. Les divergences de leurs opinions découlent la plupart du temps des prémisses qu'ils ont retenues pour élaborer leur opinion. Or, ces prémisses, qui apparaissent dans leur rapport, sont très souvent nuancées substantiellement par la preuve produite devant le tribunal. De toutes nouvelles données factuelles peuvent dans divers cas être intégrées et approuvées par le juge. L'interrogatoire de l'expert fait parfois apparaître un biais évident, qui affecte sa crédibilité. Un rapport écrit, si bien fait soit-il, n'a pas la crédibilité d'un témoignage. Ce sont toujours les interrogatoires qui orientent le juge et lui permettent de trancher le débat. Règle générale, les juges s'acquittent très bien de cette tâche, qui fait partie de leur travail. Il est difficile de comprendre la logique de cette recommandation. Le rapport écrit, pour être clair, devra être beaucoup plus élaboré

¹⁷ *Pourchelle c. Mercier*, [1996] R.J.Q. 31 (C.A.)

que les rapports habituels. S'il est impossible au procureur qui produit un témoin expert de l'interroger en chef, il faudra alors que l'expert rajoute dans son rapport les éléments que nous avons déjà évoqués ci-haut. Limiter de façon aussi importante la présentation du témoin expert peut aussi placer le juge dans une position très délicate, particulièrement si les rapports écrits ne correspondent plus à la preuve présentée devant lui.

Rien n'empêche par ailleurs le Tribunal d'être davantage proactif dans la gestion des débats en interprétant la pertinence des questions posées. C'est à ce dernier que revient la responsabilité de modérer les débats. Codifier de telles limites à l'interrogatoire et au contre interrogatoire de l'expert choque profondément et représente une sévère entorse au principe du débat contradictoire. Ces restrictions ne sont d'aucune utilité pour le justiciable.

2.3.2.2 Les recommandations de notre cabinet

De ce qui précède, nous estimons que l'autorisation du Tribunal pour produire un rapport d'expertise avant le dépôt de la déclaration pour mise au rôle ne doit pas être requise. Une telle mesure occasionnera nécessairement des vacations au Tribunal qui ne sont pas nécessaires actuellement. Cette exigence entraînera certainement une augmentation des coûts liés aux honoraires d'avocats.

Quant au rapport de l'expert, on ne peut exiger de l'expert que son opinion soit suffisamment détaillée et motivée pour que le Tribunal soit lui-même en mesure d'en apprécier les faits et les conclusions. Une telle mesure représente une tâche excessive qui pourrait dissuader plusieurs experts d'accepter de tels mandats et générera des coûts excessifs pour le citoyen. De plus, ce critère impose au juge du procès d'exprimer son opinion à ce sujet. L'Avant-projet de loi ne dit pas à quel moment cela se fera. De plus, jusqu'à quel point l'expert devra-t-il consacrer du temps pour satisfaire le juge et ce, aux frais du client ?

Finalement, afin de préserver le droit fondamental au contre-interrogatoire et afin de permettre au Tribunal de départager la crédibilité des experts, il est essentiel de permettre l'interrogatoire en chef ainsi que le contre-interrogatoire de l'expert selon les règles applicables à tous les témoins.

Chapitre 3 - Les litiges reliés à l'état, la capacité, l'intégrité et la garde des personnes

Dans la présente section, nous aborderons les changements proposés par l'Avant-projet de loi en matière d'intégrité de la personne, de garde en établissement et de régime de protection (capacité).

Dans le cadre de notre pratique en psychiatrie légale et en droits de la personne, nous sommes quotidiennement appelés à travailler avec des personnes dont les droits à l'inviolabilité, à l'intégrité, à la sécurité, à l'autonomie et à la liberté sont mis en cause, notamment, en raison de leur état mental. Au fil des ans, nous avons représenté des centaines de personnes visées par ces procédures.

Ces individus font partie des personnes les plus vulnérables de notre société et sont généralement démunis lorsqu'ils sont confrontés à notre système de justice ainsi qu'à son fonctionnement. Pour ces motifs, nous sommes donc d'avis que les dispositions les concernant devraient viser à simplifier le plus possible les règles de procédure applicables à ces matières et ce, afin d'assurer la protection de leurs droits. Dans cette optique, les modifications proposées dans l'Avant-projet de loi devraient favoriser la représentation adéquate, le droit à l'information et le droit à la vie privée.

Nous aborderons différents thèmes particulièrement importants relativement aux règles et aux recours visant les personnes vulnérables qui devraient faire partie intégrante du nouveau Code de procédure civile.

Avant d'aborder notre premier thème, nous tenons à mentionner qu'à la lecture de l'Avant-projet de loi, nous avons constaté que la garde en établissement a été écartée de la majorité des dispositions¹⁸, ce que nous déplorons. Il serait approprié d'inclure la garde en établissement dans chacun des articles auxquels nous référons ci-dessous.

3.1 La dualité des régimes

3.1.1 Les constats

Notre première constatation à la lecture de l'Avant-projet de loi est qu'il élargit la compétence en matière de garde en établissement à la Cour supérieure et la compétence en matière d'intégrité à la Cour du Québec¹⁹. Nous avons été fort surpris de cette proposition du législateur puisqu'elle vient créer deux régimes juridiques distincts où les personnes n'auront pas les mêmes droits.

¹⁸ Avant-projet de loi, précité, note 3, art. 13, 29, 44, 368, 388 et 389;

¹⁹ Ibid, art. 38;

En effet, nous sommes d'avis que, pour assurer une protection adéquate des droits des personnes en matière d'intégrité, de capacité et de garde, une approche pragmatique doit être prise afin de simplifier et d'uniformiser les procédures. La proposition actuelle est loin d'atteindre ces objectifs et risque de créer un vide juridique. À titre d'exemple, il n'est pas possible qu'une décision rendue en matière de garde en établissement par la Cour supérieure puisse être révisée par le Tribunal administratif du Québec, comme c'est le cas selon la loi actuelle pour la révision d'une décision de la Cour du Québec. De plus, les demandes qui ont trait à l'intégrité de la personne sont actuellement de la compétence unique de la Cour supérieure. En vertu des règles de droit constitutionnel, il est loin d'être acquis que la Cour du Québec ait aussi compétence en cette matière. De plus, selon les formalités actuelles de la loi, le Tribunal administratif du Québec n'aurait pas compétence pour réviser des décisions relatives à l'intégrité.

3.1.2 Les recommandations de notre cabinet

Afin de simplifier et d'uniformiser les procédures en ces matières et ce, dans le respect des règles de droit constitutionnel, il serait préférable de conserver la répartition actuelle des pouvoirs de chaque Cour. Nous croyons que le législateur devrait davantage mettre l'accent sur l'uniformisation des droits à la représentation, à l'information et à la révision, le tout, tel que proposé ci-dessous.

Plus qu'un simple ajustement de juridiction, c'est toute l'économie du système procédural en matière de garde et d'intégrité de la personne qui est remis en question par cet article. Il faudrait que le législateur repense les processus prévus actuellement par les lois pertinentes²⁰.

3.2 La représentation par avocat

3.2.1 Les constats

Le principe de la représentation par avocat dans les demandes mettant en cause l'inviolabilité, l'intégrité, la sécurité, l'autonomie ou la liberté de la personne, ne fait malheureusement pas partie de l'Avant-projet de loi. Or, nous sommes d'avis qu'il s'agit d'un principe de base qui aurait dû guider le législateur lors de la rédaction de l'Avant-projet de loi. En effet, il s'agit d'un droit fondamental et son exercice est d'autant plus nécessaire dans les recours relatifs à l'intégrité, la capacité et la garde puisque les personnes visées par ce type de procédures sont souvent vulnérables. De plus, la représentation par avocat favorise l'exercice des autres droits prévus au Code de procédure civile.

Notre Code de procédure civile actuel prévoit que le juge peut d'office nommer un avocat s'il estime que la personne est inapte et qu'il croit sa représentation par

²⁰ Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui, précité, note 8;

avocat nécessaire pour assurer la sauvegarde de ses intérêts. Notre expérience nous a permis de constater que cette disposition est peu utilisée par les juges. Or, il nous apparaît que la représentation par avocat dans les recours visant notamment l'intégrité, la capacité et la garde est essentielle afin de permettre aux personnes vulnérables d'être guidées et adéquatement conseillées. Le rôle de l'avocat est également de s'assurer que les droits de ces personnes seront respectés tout au long du processus judiciaire.

Dans les faits, en 2004, dans le district de Montréal, la Cour du Québec a traité 2 136 requêtes pour garde en établissement. Dans seulement 520 cas, les personnes visées étaient présentes au moment de l'audition et dans seulement 327 de ces cas, les personnes étaient représentées par avocat²¹.

Nous sommes d'avis que la représentation par avocat a un impact direct sur les droits des personnes et sur les résultats obtenus lors de la contestation d'une procédure touchant l'intégrité, la capacité et la garde. Par exemple, les statistiques relatives à la garde en établissement en 2004 pour le district de Montréal indiquent que lorsque la personne concernée était présente et représentée par un avocat, la proportion de requêtes rejetées était plus grande. En effet, dans une étude réalisée relativement à l'application de la Loi P-38.001²², on indique que les requêtes pour garde en établissement ont été rejetées quatre fois plus souvent lorsque la personne visée par la garde était représentée que lorsqu'elle se représentait seule. De plus, seulement 0,2 % des requêtes ont été rejetées lorsque la personne ne s'est pas présentée à l'audition.

3.2.2 Les recommandations de notre cabinet

Il est déplorable que le législateur n'ait pas suivi la proposition du Rapport du Groupe de travail sur la santé mentale et la justice du Barreau du Québec²³ à l'effet qu'il devrait y avoir représentation systématique des personnes visées par une procédure touchant à l'intégrité, la capacité et la garde, sauf si la personne visée exprime son refus d'être représentée et que le juge estime ce refus légitime. Par ailleurs, la Direction de la santé mentale du ministère de la santé et des services sociaux avait recommandé que cette avenue soit étudiée²⁴.

Nous sommes d'avis que, à défaut de suivre la recommandation du Barreau du Québec, le législateur devrait au moins s'inspirer d'une disposition contenue dans la Loi sur la justice administrative²⁵, à l'effet que pour toutes les demandes qui mettent en cause l'inviolabilité, l'intégrité, la sécurité, l'autonomie ou la liberté de la personne,

²¹ Action Autonomie, le Collectif pour la défense des droits en santé mentale de Montréal, Des libertés bien fragiles, Étude sur l'application de la Loi P-38.001 sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui, district de Montréal, publié en mai 2005, page 15, <http://www.actionautonomie.qc.ca/pdf/recherche2004.pdf>.

²² Id., page 43.

²³ Mars 2010, Barreau du Québec, p.13

²⁴ Rapport d'enquête sur les difficultés d'application de la Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui, Direction de la santé mentale du ministère de la santé et des services sociaux, Janvier 2011, p.80

²⁵ L.R.Q., c-J-3, art. 103

le Tribunal doit s'assurer que l'occasion a été fournie au requérant de retenir les services d'un avocat.

Comme la représentation par avocat permet de faire valoir concrètement les droits des personnes dont la capacité, l'intégrité et la liberté sont en jeu, nous croyons que le législateur ne doit pas manquer l'opportunité de faire de la représentation des personnes vulnérables une règle plutôt qu'une exception.

3.3 Le droit à l'information

3.3.1 Les constats

Le droit à l'information est davantage protégé par l'Avant-projet de loi et ce changement est accueilli avec enthousiasme puisque les lois actuelles n'offrent pas les garanties souhaitées.

En effet, l'article 389 de l'Avant-projet de loi permet aux personnes visées par une procédure relative à leur intégrité ou à leur capacité d'être informées de leurs droits dès la signification de la requête. Il impose également une obligation au huissier d'attirer l'attention de la personne sur cet avis.

À cet égard, l'Avant-projet de loi semble avoir intégré la proposition du Rapport du Groupe de travail sur la santé mentale et la justice du Barreau du Québec²⁶ à l'effet que les droits et les obligations des personnes qui font l'objet d'une autorisation de traitement ou d'une requête relative à un régime de protection légal ou conventionnel doivent être énoncés dans un avis annexé à la requête. Toutefois, le groupe de travail proposait aussi que l'avis traite particulièrement du droit à la représentation par avocat, ce que le législateur ne mentionne pas de manière spécifique dans l'Avant-projet de loi.

De plus, tel que l'avait proposé le Groupe de travail, l'avis écrit devrait également être annexé à la requête pour garde en établissement et pour garde provisoire. En effet, la Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui²⁷, à son article 16, exige qu'une personne qui est mise sous garde en établissement reçoive un avis conformément à l'annexe de la loi faisant état de ses droits et obligations. Or, actuellement, cet avis n'est transmis que lorsque que la garde en établissement est prononcée et non lors de la signification de la requête, ce qui compromet le droit des personnes tant à l'information qu'à la représentation et à la contestation.

²⁶ Id., p.14

²⁷ La sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui, précité, note 8;

3.3.2 Les recommandations de notre cabinet

Nous sommes d'avis qu'il serait fort intéressant que le contenu de l'avis soit publié afin qu'il puisse faire l'objet de commentaires et de suggestions par les divers témoins entendus devant la Commission. De plus, nous estimons que le droit à la révision en matière d'intégrité, prévu à l'Avant-projet de loi et dont nous discuterons plus tard, devrait aussi faire partie de cet avis qui serait annexé aux requêtes. Finalement, nous croyons qu'il serait opportun que le délai d'appel concernant ces matières soit aussi inscrit dans cet avis. En effet, la pratique permet de constater que plusieurs personnes sont informées tardivement, voir non informées en temps opportun, de leur droit d'appel.

Nous accueillons ainsi ce changement législatif avec optimisme et estimons que le législateur ne devrait pas hésiter à étendre l'obligation de joindre un tel avis à la garde provisoire et à la garde en établissement.

3.4 Le droit à la révision

3.4.1 Les constats

Un des éléments importants de l'Avant-projet de loi est la création d'un droit à la révision d'un jugement rendu en matière d'intégrité en présence de faits nouveaux jugés suffisants (article 398 de l'Avant-projet de loi). Cette disposition constitue une avancée importante en matière de protection des personnes vulnérables et permet d'assurer une protection accrue du droit à l'intégrité de la personne. Présentement, aucun processus de révision n'est prévu en matières d'autorisation de traitement, malgré les conséquences graves rattachées à ces ordonnances et qui concernent l'intégrité de la personne.

3.4.2 Les recommandations de notre cabinet

Nous estimons qu'en raison de la durée des ordonnances rendues en matière d'intégrité de la personne²⁸, de la nature des conclusions imposées à la personne visée par de telles ordonnances et du fait qu'un certain nombre de personnes vulnérables ne font pas de démarche de révision, il serait opportun que le législateur prévoit, comme cela est déjà le cas en matière de garde en établissement et pour les régimes de protection, une révision statutaire annuelle relativement à l'opportunité de maintenir la décision judiciaire. Une telle révision est nécessaire, entre autres, lorsque la situation de la personne a évolué, lorsqu'il y a de nouveaux traitements disponibles ou lorsque les traitements utilisés n'ont pas l'effet escompté. Il ne s'agirait pas d'une révision de la légalité du premier jugement mais plutôt de l'opportunité de maintenir l'ordonnance initiale.

²⁸ Le délai le plus fréquemment imposé est d'une durée de 3 ans.

La proposition d'une révision statutaire a également été recommandée par le Groupe de travail sur la santé mentale du Barreau du Québec²⁹. Le législateur devrait donc emboîter le pas et offrir une meilleure protection du droit à l'intégrité.

3.5 Le droit à la vie privée

3.5.1 Les constats

Nous sommes d'avis que les modifications apportées par l'Avant-projet de loi en ce qui concerne le huis clos et la confidentialité des dossiers et autres documents en matière d'intégrité, d'état et de capacité, seraient un ajout positif à la procédure civile québécoise (articles 12 et 13 de l'Avant-projet de loi).

En effet, en vertu des modifications proposées par l'Avant-projet de loi, le huis clos serait dorénavant élargi à ce que toute loi pourrait le prévoir et que le tribunal pourrait l'ordonner « s'il considère que l'ordre public, la bonne administration de la justice, la protection de la dignité des personnes concernées par une demande ou la protection légitime d'intérêts importants exige que l'audience se tienne à huis clos (...) ». Cette disposition assure donc un plus grand respect du droit à la vie privée des personnes vulnérables.

3.5.2 Les recommandations de notre cabinet

Concernant la disposition prévoyant la restriction de l'accès aux dossiers en matière d'intégrité ou de capacité de la personne et la confidentialité des documents qui portent sur la santé et la situation psychosociale d'une personne, nous sommes d'avis qu'elle constitue une protection additionnelle au droit à la vie privée et qu'il s'agit d'une avancée importante en la matière. Cependant, nous croyons qu'il serait pertinent d'y ajouter la notion de garde en établissement.

Conclusion

L'Avant-projet de loi introduit beaucoup d'éléments nouveaux intéressants pour moderniser la procédure civile. Cependant, particulièrement au chapitre de l'accessibilité de la justice, l'introduction et le développement d'un formalisme et d'une rigidité inutiles portent atteinte de façon importante au droit d'accès des citoyens au système judiciaire. À l'encontre de ce formalisme, il faut rechercher les moyens les plus simples pour permettre au système judiciaire de jouer pleinement son rôle et d'inspirer confiance aux citoyens.

²⁹ Rapport du Groupe de travail sur la santé mentale et la justice du Barreau du Québec²⁹, mars 2010, Barreau du Québec, p. 16 et 17

Sommaire des recommandations de notre cabinet

Le protocole préjudiciaire et la justice civile privée

De la justice privée

- Afin de favoriser la justice civile dite privée, il serait opportun que le nouveau Code de procédure civile codifie les règles de base en la matière et ce, au Livre VII sur les modes privés de prévention et de règlement des différends ;
- L'Avant-projet de loi ne prévoit aucun incitatif pour favoriser l'utilisation par les justiciables des modes privés. Un incitatif important pour recourir à la justice privée serait de préciser en cas d'échec de ce processus une voie accélérée et plus souple pour accéder au Tribunal ;
- L'absence d'arrimage entre la justice privée et la justice publique ainsi que la lourdeur procédurale imposée au stade de la Requête introductive d'instance augmentent le fardeau financier associé à une procédure judiciaire et n'encourage pas le recours à la justice privée car la procédure publique entraîne un dédoublement du travail. Le recours à la justice privée ne doit en aucune façon augmenter les frais associés à la procédure judiciaire.

Du protocole préjudiciaire

- Définir ce qu'est le protocole préjudiciaire ;
- Codifier au Livre VII portant sur les modes privés de prévention et de règlement des différends, un titre consacré au protocole préjudiciaire ;
- Prévoir que le contrat préjudiciaire lie les parties et leur impose une obligation de moyens raisonnables ;
- Codifier que la règle de proportionnalité doit être également respectée par les parties dans le cadre du protocole préjudiciaire ;
- Codifier que les parties peuvent convenir au protocole préjudiciaire de renoncer à la prescription acquise et au bénéfice du temps écoulé pour celle commencée ;
- Prévoir que la renonciation au bénéfice du temps écoulé pour une période à être déterminée entre les parties est faite sous toutes réserves, sans aucune admission de responsabilité, ni reconnaissance, expresse ou tacite, de la part du défendeur de quelque faute, dommage ou lien de causalité que ce soit et sans préjudice à ses droits et recours ;

- Prévoir la possibilité pour les parties de s'adresser aux tribunaux judiciaires au cours de leur instance afin de trancher certains incidents qui pourraient survenir dans le cours de l'application du protocole préjudiciaire ;
- Prévoir la possibilité pour les parties de s'adresser aux tribunaux pour une conciliation judiciaire et ce, dans un dernier effort avant de judiciaireiser leur dossier et/ou avant un procès;
- Dans le cas d'un dossier judiciaire pour interrompre la prescription, le déroulement de l'instance doit pouvoir être suspendu de consentement pour permettre l'évaluation du dossier et permettre aux parties d'évaluer l'option des modes privés de règlement des différends ;
- Si les parties règlent leur différend pendant le protocole préjudiciaire, prévoir que leur accord est signé dans une déclaration conjointe de règlement ;
- Prévoir que la déclaration conjointe de règlement lie les parties dès qu'elle est signée par eux et constitue une transaction au sens de l'article 2631 C.c.Q et s. et qu'elle a effet de la chose jugée ;
- Permettre que la déclaration conjointe de règlement soit homologuée par le tribunal afin d'être susceptible d'exécution forcée ;
- Prévoir que le tribunal qui est saisi d'une demande en homologation ne peut examiner le fond du différend ;
- Prévoir que toutes les procédures qui ont été faites dans le cadre d'un protocole préjudiciaire soient déposées à la Cour;
- Dispenser les parties d'établir un protocole de l'instance si le dossier est en état;
- Prévoir une sanction en cas de non-respect du protocole préjudiciaire. Nous proposons que des sanctions financières en cas de non-respect, tel que prévu à aux articles 146 et 339 de l'Avant-projet de loi, s'appliquent également dans le cadre de la justice civile privée. Plus particulièrement, que les parties seront tenues de respecter le protocole préjudiciaire sous peine, entre autres, des frais de justice engagés par l'une ou l'autre d'entre elles et qui résultent de leur manquement;
- Prévoir que le Tribunal pourra sanctionner les manquements graves constatés dans le déroulement du protocole préjudiciaire en ordonnant à une partie de verser à une autre partie, selon ce qu'il estime juste et raisonnable, une compensation pour le paiement des honoraires professionnels de son avocat (article 339 de l'Avant-projet de loi);
- Advenant que les procédures ou documents, y incluant les pièces, rapports d'expertises, etc., produits au dossier de la Cour, ne soient pas identiques aux procédures et documents déjà transmis dans le cours du protocole

préjudiciaire, prévoir que le tribunal pourra sanctionner ce défaut, notamment quant à l'admissibilité de la nouvelle preuve et lors de l'attribution des dépens;

- Prévoir, 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, de respecter la décision des parties et ce, sans pouvoir leur imposer l'expert unique ;
- Puisqu'en vertu de l'article 7 de l'Avant-projet de loi, le recours judiciaire doit être la dernière avenue pour les parties afin de tenter de régler leur différend, dans le cas d'échec du mode privé, le Tribunal devrait être autorisé à analyser la conduite des parties avant l'introduction de l'instance afin de statuer sur l'attribution des dépens;
- En cas d'échec du protocole préjudiciaire, les parties devraient avoir accès à un rôle préférentiel pour obtenir plus rapidement des dates de procès, le juge pourrait alors tenir compte des étapes déjà franchies dans le processus de justice privée.

Le protocole de l'instance

- Nous sommes d'avis que cette exigence quant à l'identification des délais et des coûts associés pour la réalisation de chacune des étapes au protocole de gestion de l'instance devrait être retirée de l'article 144 de l'Avant-projet de loi ;
- Nous proposons plutôt que les exigences relatives à l'identification des faits admis, des questions en litige, de l'opportunité de recourir à une conférence de règlement à l'amiable et de la détermination des déclarations écrites pour valoir témoignage soient reportées au moment de l'appel du rôle provisoire ou de la production de la Déclaration de dossier complet selon les articles 274.1 et 274.2 C.p.c. ;
- Il serait par ailleurs souhaitable que lors de l'appel du rôle provisoire, le juge soit davantage proactif afin de faire une analyse sérieuse du dossier et d'amener les parties à envisager sérieusement les admissions possibles;
- Le protocole d'instance devrait être beaucoup plus simple que ce qui est proposé. Il pourrait être convenu entre les parties, selon leurs exigences propres, et le tribunal ne devrait intervenir à cet égard que s'il est sollicité par l'une ou l'autre des parties.

Les règles entourant l'expert

L'expert unique

- Nous croyons que la responsabilité professionnelle devrait être soustraite du processus de l'expert unique, sauf si les parties y consentent, relativement à

ce qui a trait à la faute et à la causalité ;

Le rôle, le rapport et le témoignage de l'expert

- Nous estimons que l'autorisation du tribunal pour produire un rapport d'expertise avant le dépôt de la déclaration pour mise au rôle ne doit pas être requise ;
- Quant au rapport de l'expert, on ne peut exiger de l'expert que son opinion soit suffisamment détaillée et motivée pour que le tribunal soit lui-même en mesure d'en apprécier les faits et les conclusions ;
- Finalement, afin de préserver le droit fondamental au contre-interrogatoire et afin de permettre au Tribunal de départager la crédibilité des experts, il est essentiel de permettre l'interrogatoire en chef ainsi que le contre-interrogatoire de l'expert selon les règles applicables à tous les témoins.

Les litiges reliés à l'état, la capacité, l'intégrité et la garde des personnes

La dualité des régimes

- Nous sommes d'avis qu'il est préférable de conserver la répartition actuelle des pouvoirs de chaque Cour. De plus, nous croyons que le législateur devrait davantage mettre l'accent sur l'uniformisation des droits à la représentation, à l'information et à la révision;

La représentation par avocat

- Le législateur devrait suivre la proposition du Rapport du Groupe de travail sur la santé mentale et la justice du Barreau du Québec³⁰ à l'effet qu'il devrait y avoir représentation systématique des personnes visées par une procédure touchant à l'intégrité, la capacité et la garde, sauf si la personne visée exprime son refus d'être représentée et que le juge estime ce refus légitime;
- À défaut de suivre la recommandation du Barreau du Québec, le législateur devrait au moins s'inspirer d'une disposition contenue dans la Loi sur la justice administrative³¹, à l'effet que pour toutes les demandes qui mettent en cause l'inviolabilité, l'intégrité, la sécurité, l'autonomie ou la liberté de la personne, le Tribunal doit s'assurer que l'occasion a été fournie au requérant de retenir les services d'un avocat ;
- Comme la représentation par avocat permet de faire valoir concrètement les droits des personnes dont la capacité, l'intégrité et la liberté sont en jeu, nous croyons que le législateur ne doit pas manquer l'opportunité de faire de la représentation des personnes vulnérables une règle plutôt qu'une exception.

³⁰ Mars 2010, Barreau du Québec, p.13

³¹ Loi sur la justice administrative, L.R.Q., c-J-3, art. 103

Le droit à l'information

- Il serait fort intéressant que le contenu de l'avis soit publié afin qu'il puisse faire l'objet de commentaires et de suggestions par les divers témoins entendus devant la Commission. Le droit à la révision en matière d'intégrité devrait faire partie de cet avis qui serait annexé ;
- Nous croyons qu'il serait opportun que le délai d'appel concernant ces matières soit inscrit dans cet avis ;
- Il faudrait rendre l'obligation de joindre un avis à la garde provisoire et à la garde en établissement.

Le droit à la révision

- Prévoir une révision statutaire annuelle relativement à l'opportunité de maintenir la décision judiciaire ;

Le droit à la vie privée

- Ajouter la notion de garde en établissement à la disposition prévoyant la restriction de l'accès aux dossiers en matière d'intégrité ou de capacité de la personne et la confidentialité des documents qui portent sur la santé et la situation psychosociale d'une personne.

ANNEXE A

Correspondance de Me Jean-Pierre Ménard
au ministre québécois de la Justice,
Yvon Marcoux,
le 12 juillet 2005

La réforme de la procédure civile

Fiasco total pour les victimes d'erreurs médicales

Me Jean-Pierre Ménard, *avocat*

Résumé d'une lettre expédiée au ministre québécois de la Justice, Yvon Marcoux, le 12 juillet 2005

Monsieur le Ministre,

Après 30 mois d'application de la réforme de la procédure civile introduite le 1er janvier 2003, période au cours de laquelle nous avons déposé plusieurs centaines de Requêtes introductives d'instance pour les victimes d'erreurs médicales (nous réalisons environ la moitié de toutes les causes de la province dans ce domaine), nous évaluons qu'il s'agit d'un fiasco complet.

Les concepteurs de ces règles se sont tragiquement mépris en s'imaginant que comprimer la procédure civile dans des causes de responsabilité médicale rendrait service aux justiciables. Ces causes sont généralement particulièrement complexes, en raison de la nature de la faute, du lien causal ou des dommages; et il faut compter un processus qui s'étale de 18 à 24 mois entre le dépôt d'une poursuite et l'inscription.

Plusieurs demandeurs éprouvent de grandes difficultés à suivre le rythme financier imposé par la procédure comprimée. Ainsi, les expertises et les notes sténographiques coûtent plus cher, et les dossiers où deux requêtes en prolongation de délai ou plus sont nécessaires sont fréquents.

Des coûts de 500 \$ à 1 500 \$ par requête s'ajoutent aux coûts déjà élevés des recours, puisque ces requêtes impliquent toujours préparation, discussion avec les parties adverses, vacation, représentations, etc. Ces frais ne contribuent pas à faire avancer le dossier. Cela crée, pour un grand nombre de nos clients, une pression insupportable qui les place devant la perspective de considérer un arrêt des procédures. De plus, dans la quasi-totalité des dossiers, il faut maintenant faire toute la procédure, du dépôt à l'inscription.

Le rationnel des nouvelles règles était de permettre au justiciable une solution plus rapide de son dossier. Or, les délais de règlement et d'audition se sont accrus ou, au mieux, sont demeurés les mêmes. Nous avons constaté que le système judiciaire n'a pas été en mesure de garantir aux justiciables un accès plus rapide à la justice. Un effort considérable a été demandé aux victimes et à leurs procureurs, mais sans contrepartie ou avantage pour eux de la part du système judiciaire.

Nous constatons que des juges consacrent une partie importante de leur temps en chambre de pratique à gérer uniquement des requêtes en prolongation. Nous croyons que leur temps serait nettement mieux utilisé à entendre des litiges au fond plutôt que de gérer des procédures inutiles.

Également, plusieurs de nos experts se sont désistés face à l'impossibilité de produire des rapports d'expertise et des compléments dans les délais, très courts. D'autres ont réduit le nombre de cas qu'ils peuvent traiter. Cette contrainte ne facilite pas la production d'expertises rigoureuses.

De plus, le système de santé n'a rien changé de ses méthodes et pratiques pour l'accès aux dossiers par les avocats. Les délais ainsi engendrés ajoutent de la pression sur les délais imposés par le système judiciaire.

Le caractère aberrant des nouvelles règles sur les dossiers où nous devons interrompre la prescription subsiste. Nous avons maintenant plusieurs cas où les clients ont dû dépenser des milliers de dollars, en raison des échéanciers, avant de se faire dire qu'ils n'avaient pas de cause. D'autres clients ont purement et simplement renoncé à poursuivre, de crainte d'engager des sommes importantes avant de pouvoir savoir s'ils avaient une bonne cause.

Dans plusieurs dossiers, un autre aspect aberrant de cette réforme s'est confirmé lorsque les parties engagent des discussions de règlement avant la fin de l'échéancier convenu. Dans tous les cas, les tribunaux ont refusé d'autoriser des prolongations de délais aux fins de permettre la conclusion d'un règlement, obligeant les demandeurs de continuer de faire des frais, même si le dossier pouvait être réglé.

L'impact déplorable de la nouvelle procédure produit des effets sur les dossiers antérieurs, dont la progression se révèle difficile en raison des contraintes applicables aux dossiers postérieurs au 1er janvier 2003.

De plus, nous devons consacrer des ressources humaines importantes pour les requêtes en prolongation de délai (plusieurs vacations à la Cour dans plusieurs districts judiciaires).

À la lumière de notre expérience, nous croyons donc que les changements suivants devraient être apportés :

- Prolonger le délai de préparation de l'instance de 180 jours à un an (sans nécessité de faire une requête en prolongation pour justifier un délai de plus de 180 jours);
- Permettre aux parties, dès le dépôt de la requête, ou en cours d'instance, de s'exclure du processus de gestion accélérée si elles y consentent toutes, et de convenir entre elles d'un échéancier pertinent au litige;
- Accepter les prolongations de délai convenues entre les parties sans exiger de requête ou de vacation à la Cour;
- Reconnaître formellement le recours à des modes alternatifs de

gestion et de règlement des litiges.

En conclusion, nous croyons que cette réforme est mal inspirée, trop rigide et méconnaît la complexité de certains dossiers. Elle s'appuie sur les prémisses que tous les avocats sont incapables de conduire un dossier efficacement et dans l'intérêt des justiciables. Elle traduit un certain mépris des praticiens qui tentent de faire leur travail dans des conditions difficiles en cherchant à adapter le système judiciaire aux contraintes des justiciables.

Cette réforme a introduit de nouveaux délais de déchéance qui peuvent compromettre la possibilité d'obtenir justice pour certains justiciables, sans qu'aucun intérêt ne le justifie. Les victimes d'erreurs médicales - qui font déjà face au problème de la sous-indemnisation généralisée en matière de dommages corporels et aux risques de se faire imposer des dépens importants même lorsqu'elles font un procès sérieux - n'avaient absolument pas besoin d'un obstacle supplémentaire pour obtenir justice.

À terme, c'est toute la confiance du public à l'égard du système judiciaire qui risque de s'éroder si les justiciables constatent que ce système n'est pas générateur de justice pour eux.

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, nos meilleures salutations.

N.D.L.R. : Toute lettre acheminée au Journal du Barreau pour publication dans la section **Audi alteram partem** doit faire mention de son auteur et du numéro de téléphone de celui-ci. Les textes doivent être envoyés par courriel (PAS de télécopie ni de poste régulière) : journaldubarreau@barreau.qc.ca.

Pour des raisons de clarté, les lettres peuvent être éditées par la rédaction en chef du Journal.

volume 37 - numéro septembre 2005 - 1er septembre 2005



ANNEXE B

Mémoire d'entente

Mémoire d'entente

ENTRE :

-et-

-et-

ci-après les « Réclamants »

ET :

-et-

ci-après les « Médecins »

ATTENDU que le , Ménard, Martin (« MM ») a transmis une mise en demeure accompagnée d'un projet de requête introductive d'instance aux **Médecins** pour les **Réclamants**;

ATTENDU qu'après discussions, MM et McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l. (« McT ») en sont venus à la conclusion qu'il serait dans l'intérêt de leurs clients respectifs de tenter de résoudre leur litige par le biais d'un mode alternatif de gestion de litige;

ATTENDU que les **Réclamants**, représentés par MM, et les **Médecins**, représentés par McT, désirent tenter de résoudre leur litige par le biais d'un mode alternatif de gestion de litige;

ATTENDU que MM et McT pourront convenir de modifications et/ou d'ajustements au présent mémoire d'entente au fur et à mesure de sa mise en application.

LES PARTIES CONVIENNENT DE CE QUI SUIT :

1. Dans le seul but de mettre en oeuvre le mode alternatif de gestion de litige décrit aux présentes, les **Médecins** renoncent au bénéfice du temps écoulé pour une période d'un an en faveur des **Réclamants** relativement à l'action des **Réclamants** énoncée dans le projet de requête introductive d'instance ci-haut décrit, étant entendu que cette renonciation est faite sous toutes réserves, sans aucune admission de responsabilité, ni reconnaissance, expresse ou tacite, de la part des **Médecins** de quelque faute, dommage ou lien de causalité que ce soit et sans préjudice à leurs droits et recours;
2. En conséquence de ce qui précède, le recours des **Réclamants** contre les **Médecins** sera prescrit le

3. Les **Réclamants** reconnaissent que cette renonciation au bénéfice du temps écoulé est faite sous toutes réserves, sans aucune admission de responsabilité, ni reconnaissance, expresse ou tacite, de la part des **Médecins** de quelque faute, préjudice ou lien de causalité que ce soit et sans préjudice à leurs droits et recours, dans le seul but de soumettre notre litige au présent mode alternatif de gestion de litige;

A. **Mode alternatif de gestion de litige**

Principes directeurs

1. Le litige entre les parties sera géré selon l'échéancier joint à la présente à l'Annexe « A » (l'« échéancier »), lequel pourra être modifié du consentement des parties;
2. L'examen médical des **Réclamants** pourra avoir lieu en tout temps avant l'étape 13 de l'échéancier. Il est convenu que cet examen médical tiendra lieu d'examen médical au sens des articles 399 ss. C.p.c. advenant qu'une requête introductive d'instance soit émise conformément à l'étape 14 de l'échéancier;
3. Les interrogatoires prévus aux étapes 5, 8 et 9 de l'échéancier tiendront lieu d'interrogatoires au sens des articles 397 et 398 C.p.c. advenant qu'une requête introductive d'instance soit émise conformément à l'étape 14 de l'échéancier;
4. Si l'une ou l'autre des parties désirait procéder à un interrogatoire non prévu au paragraphe précédent, elle en avisera l'autre partie. Si les parties conviennent de tel interrogatoire, les modifications nécessaires seront apportées à l'échéancier;
5. Bien que ce soit contraire à l'intention des parties, advenant que les procédures ou documents, y incluant les pièces, rapports d'expertises, etc., produits au dossier de la Cour, tel que prévu aux étapes 14 à 18 de l'échéancier, ne soient pas identiques aux procédures et documents déjà transmis dans le cours des étapes 1 à 13 de l'échéancier, les règles prévues au présent memorandum d'entente ne s'appliqueront plus à ce litige;
6. Advenant que dans le cours du processus prévu aux présentes surviennent des difficultés, par exemple un incident plus complexe ou un moyen préliminaire qui nécessiterait une résolution immédiate, MM et McT s'engagent à tenter de trouver ensemble le véhicule et le forum appropriés pour les résoudre. L'échéancier pourrait alors être modifié en conséquence;
7. Dans le cas où l'échéancier ne pourra être complété avant l'expiration du délai de prescription pour intenter le recours judiciaire, McT recommandera aux **Médecins** de renoncer au bénéfice de la partie du temps écoulé qui permettra

de compléter l'échéancier, étant entendu que la renonciation ne constituera pas une admission de responsabilité. Cette renonciation écrite devra émaner des clients concernés;

8. Advenant que les **Médecins** refusent de renoncer au bénéfice du temps écoulé, McT en avisera MM par écrit;
9. Rien dans les présentes ne saurait être interprété comme permettant de faire renaître un droit autrement prescrit;
10. Advenant qu'avant le _____, l'une ou l'autre des parties conclue à la responsabilité potentielle d'un tiers qui n'adhère pas à la présente entente, il sera loisible à cette partie de mettre fin à la présente entente sur avis écrit à l'autre partie;

Dans ce mémorandum d'entente et ses annexes, selon que le contexte l'exige, le singulier comprend le pluriel et le masculin, le féminin et inversement.

Toute référence au C.p.c. vise les dispositions du C.p.c. en vigueur à la signature des présentes.

« ANNEXE A »

**Modèle d'échéancier pour les causes régies par le mode
alternatif de gestion de litige**

Étapes	Délais
1. Transmission de la mise en demeure accompagnée d'un projet de requête introductive d'instance au médecin et d'un projet d'avis de dénonciation de pièces 2. Demande de précisions sur le projet de requête introductive d'instance, le cas échéant 3. Transmission par Ménard, Martin (« MM ») : (a) de l'intégralité des dossiers médicaux pertinents avec certificat de l'archiviste ou d'une lettre expliquant les raisons d'une transmission partielle; (b) de l'ensemble des pièces au sens de l'article 331.1 C.p.c.; (c) d'un projet de requête introductive d'instance incorporant les précisions, le cas échéant	Dans les 10 jours de la signature du memorandum d'entente par les parties Dans les 30 jours de la signature du memorandum d'entente par les parties ou de la demande de précisions prévue à l'étape 2

Étapes	Délais
4. Transmission par McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l. (« McT ») des autorisations pour les dossiers médicaux pertinents manquants, le cas échéant, et du remboursement des frais de reprographie assumés par MM relativement à l'étape 3(a) quant aux documents qui ne constituent pas des pièces au sens de l'article 331.1 C.p.c.	dans les 15 jours de la réception des documents et informations prévus à l'étape 3
5. Interrogatoire du réclamant devant sténographe ou transmission d'une lettre par McT à l'effet qu'il ne procédera pas à l'interrogatoire	dans les 90 jours de la réception des documents et informations visés aux étapes 3 ou 4, le cas échéant
6. Transmission par MM des engagements du réclamant	dans les 15 jours de la réception de la transcription
7. Transmission par McT d'un projet de défense	dans les 90 jours de la réception de la transcription ou de la réception des engagements, le cas échéant
8. Interrogatoire devant sténographe du médecin	dans les 90 jours de la réception de la défense
9. Interrogatoire du réclamant devant sténographe dans les cas où cela serait permis par le C.p.c.	dans les 90 jours de la réception de la défense
10. Transmission des engagements	dans les 15 jours de la réception de la transcription des interrogatoires prévus aux étapes 8 et 9

Étapes	Délais
11. Le cas échéant, transmission par McT de la renonciation écrite ou de l'avis prévus au paragraphe 7 ou 8, selon le cas, au Mémoire d'entente;	dans les 4 mois de l'expiration du délai de prescription du recours du réclamant
12. Transmission par MM des projets d'inscription et de déclaration prévus aux articles 274 C.p.c. et ss., avec l'ensemble des documents, pièces, rapports d'expertises, extraits de témoignage	dans les 100 jours de la réception de la transcription des interrogatoires prévus aux étapes 8 et 9 ou des engagements prévus à l'étape 10, le cas échéant
13. Transmission par McT du projet de déclaration prévu aux articles 274 C.p.c. et ss., avec l'ensemble des documents, pièces, rapports d'expertises, extraits de témoignage	dans les 100 jours de la réception de projets d'inscription et de déclaration prévus à l'étape 12
14. En l'absence de règlement, introduction de la demande en justice par l'émission (art. 112 C.p.c.) et la signification (art. 119.2 C.p.c. ss.) d'une requête introductive d'instance et d'un avis de dénonciation de pièces, le tout devant être identique aux projets prévus aux étapes 1 ou 3, selon le cas	dans les 15 jours de la réception du projet de déclaration prévu à l'étape 13
15. Comparution du défendeur	dans les délais prévus au C.p.c.
16. Notification et production de la défense du défendeur identique au projet prévu à l'étape 7	dans les 10 jours de la comparution
17. Notification et production de l'inscription, de la déclaration et des documents y afférents du demandeur, conformément aux articles 274 ss. C.p.c., le tout devant être identique au projet prévu à l'étape 12	dans les 10 jours de la signification de la défense

Étapes	Délais
18. Notification et production d'une déclaration par le défendeur, conformément à l'article 274.2 C.p.c., identique au projet prévu à l'étape 13	dans les 10 jours de l'inscription
19. Production de l'entente sur le déroulement de l'instance confirmant les étapes 16 à 18	À la date de la présentation de la requête introductive d'instance