

Le 20 décembre 2011

PAR COURRIEL

Madame Catherine Grétas
Secrétaire de la Commission des institutions
Édifice Pamphile-Le May
1035, rue des Parlementaires
3^e étage, Bureau 3.15
Québec (Québec) G1A 1A3

Objet : Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile
Commentaires et représentations de l'Association québécoise d'établissements
de santé et de services sociaux

Madame,

L'Association québécoise d'établissements de santé et de services sociaux (AQESSS) remercie la Commission des institutions pour l'opportunité qui lui est donnée de faire valoir son point de vue concernant certains éléments contenus à l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile. Les représentations de l'AQESSS se limiteront au présent document soumis à la Commission des institutions.

Introduction

L'AQESSS est un organisme sans but lucratif constitué le 1er juin 2005 sous l'autorité de la partie III de la Loi sur les compagnies, L.R.Q., chap. C-38. Elle est issue de la fusion entre l'Association des hôpitaux du Québec (AHQ) et l'Association des CLSC et des CHSLD du Québec (ACCQ).

L'AQESSS regroupe 129 membres, soit les 94 centres de santé et de services sociaux (CSSS), les centres hospitaliers universitaires, les centres hospitaliers affiliés, les instituts universitaires et des établissements et CHSLD à vocation unique.

L'AQESSS a pour objets, entre autres, de :

- rassembler, représenter et soutenir tous les établissements membres de l'association, dans l'exercice de leurs missions, dans le but d'améliorer la qualité, l'accessibilité et la continuité des services de santé et de services sociaux pour la population du Québec; et
- gérer les programmes d'assurance de dommages des établissements du réseau de la santé et des services sociaux.

La direction des assurances du réseau de la santé et des services sociaux (DARSSS) de l'AQESSS gère ces programmes d'assurances de dommages pour les établissements du réseau de la santé et des services sociaux. De plus, la DARSSS traite les dossiers de

réclamations pour tous ces programmes d'assurances, dont celui de la responsabilité professionnelle.

Pour les fins de la présente, la responsabilité professionnelle inclut la responsabilité hospitalière des établissements et des professionnels dans les services de la santé ainsi que la responsabilité des établissements et des professionnels dans les services sociaux.

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

Le ministre de la Justice et Procureur général a déposé à l'Assemblée nationale, en septembre 2011, l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile.

En tant qu'organisme responsable, pour les établissements de santé et de services sociaux, de la gestion de plusieurs dossiers de responsabilité professionnelle, l'AQESSS salue les efforts du ministre de la Justice et est tout à fait d'accord avec le but recherché par cette réforme à savoir une « justice civile plus rapide et plus économique ».

La saine gestion de cette Justice « rapide et économique » exige que le droit des parties, tant la demande que la défense, de faire valoir leurs droits et de présenter une défense pleine et entière, soit respecté. Généralement, un recours en responsabilité professionnelle à l'encontre d'un établissement de santé ou de services sociaux n'est pas une histoire simple ni routinière; c'est plutôt un cas qui souvent implique d'importantes sommes d'argent mais surtout qui implique pour chacune des parties, y compris la demande, d'importantes questions susceptibles d'affecter la vie de tous les intervenants ainsi que la réputation des établissements et de tous les professionnels qui y travaillent.

Règle de la proportionnalité

Certes il est approprié de respecter la règle de proportionnalité que nous enseigne l'article 4.2 du Code de procédure civile (C.p.c.), mais il faut aussi accepter que les dossiers dans lesquels la DARSSS assiste les établissements du réseau de la santé et des services sociaux exigent une analyse détaillée et une preuve soignée devant la Cour, et ce beaucoup plus en raison des questions soulevées et des enjeux humains que des simples montants en jeu.

Expert commun ou désigné par le tribunal : des réserves importantes

Imposer dans un tel cas une limite quant au choix des experts nous paraît imposer une limite indue au droit de présenter une action structurée comme il se doit ou encore une défense pleine et entière.

L'AQESSS ne peut donc souscrire à certains aspects du projet, particulièrement ceux visant à restreindre le droit des parties de retenir l'expert de leur choix, de lui confier mandat et de le faire entendre au procès pour « éclairer le tribunal et l'aider dans l'appréciation d'une preuve » (article 229 et suivants de l'avant-projet de loi).

L'expert doit être compétent, intègre, rigoureux, pertinent et impartial. Il est là, non seulement pour éclairer le tribunal, mais aussi pour guider et éclairer les parties. Imposer que l'expertise soit commune ou soit limitée à celle de l'expert désigné par le tribunal paraît trahir notre système juridique qui se veut un système contradictoire (article 5 C.p.c. et article 16 de l'avant-projet de loi).

Tout comme M. le bâtonnier Francis Gervais l'exprimait lors de l'Assemblée annuelle du Barreau de Laval le 11 novembre 2008 dans une présentation intitulée « L'expert unique obligatoire : une panacée aux difficultés d'accès à la justice ? », nous estimons que le législateur doit réaffirmer que les parties sont maîtres de leurs dossiers et de la conduite de l'instance, tout en respectant les règles de procédures, les délais prévus au Code et le devoir du tribunal de veiller au bon déroulement de l'instance (article. 4.1 C.p.c.).

Il est vrai que dans bien des dossiers, y compris en matière de blessures corporelles, les parties devraient être encouragées à convenir d'un expert commun sur certains éléments où il y a relativement peu de place à des opinions contradictoires, particulièrement quant à l'évaluation des dommages. On peut ainsi penser à l'opinion d'un médecin orthopédiste sur l'étendue de l'incapacité ou aux calculs et rapports que doit générer un actuaire. Généralement, ce ne sont pas les pourcentages ou les calculs qui divergent d'un expert à l'autre, mais plutôt les prémisses que les parties présentent à leur expert respectif.

Mais demander à un expert unique d'éclairer la Cour sur une question fondamentale au litige représente une justice tronquée, qui au surplus ne réalisera pas d'économies :

- tronquée en ce que la partie est limitée dans son choix d'expert, et la Cour privée de connaître l'opinion, peut être différente ou fort probablement nuancée, de deux experts compétents et de bonne foi;
- aussi coûteuse, sinon plus, en ce que la partie devra souvent avoir recours à son propre expert, même si les règles l'empêchent de déposer son rapport ou de le faire témoigner, histoire d'avoir son aide pour apprécier l'opinion de l'expert commun ou l'expert mandaté par la Cour, ou encore pour l'aider dans la préparation de son contre-interrogatoire et dans la préparation du reste de sa preuve. On a alors deux « experts en coulisse » et un expert devant la Cour, et une multiplication des coûts. Le concept de l'expert unique peut être particulièrement coûteux pour le demandeur dans une action civile, lui qui a dû retenir un ou des experts pour analyser le dossier et le guider à savoir s'il pouvait ou devait intenter une action. Le nouveau système mis en place par l'avant-projet de loi ferait en sorte que ce ou ces experts devront être abandonnés pour faire place à quelqu'un d'autre que le demandeur n'a pas vraiment choisi.

L'AQESSS se rallie au projet voulant qu'à moins de circonstances exceptionnelles, les parties ne puissent faire entendre qu'un expert chacun sur un sujet donné. Toutefois, limiter les deux parties, ou plus de deux parties, à un seul et même expert sur un sujet, particulièrement dans de tels litiges complexes et importants, nous paraît restreindre indûment les droits des parties et affecter la qualité de la représentation des intérêts de celles-ci, tant en demande qu'en défense.

D'ailleurs, alors que les tenants de la théorie d'un expert unique à tout prix prétendent s'appuyer sur le rapport de Lord Woolf « *Access to Justice – final report* »¹, déposé en Angleterre en 1996, et ayant mené à la mise en vigueur des *Civil Procedures Rules* de 1999, il est important de noter que Lord Woolf écrivait dans son rapport final :

“There are in all areas some large, complex and strongly contested cases where the full adversarial system, including oral cross-examination of opposing experts on particular issues, is the best way of producing a just result. That will apply particularly to issues on *which there are several tenable schools of thought, or where the boundaries of knowledge are being extended.*” (parag. 19) / nos soulignements

Nous soumettons que les dossiers de responsabilité professionnelle représentent de tels dossiers où le témoignage des « *opposing experts...is the best way of producing a just result* ». Retenir la formule de l'expert unique risque sérieusement de mettre en péril ce « *just result* » puisque le juge, privé de l'éclairage que peut lui donner un véritable débat contradictoire, devient presque à la merci de l'opinion de ce seul expert, sans égard aux règles de la procédure contradictoire.

C'est particulièrement vrai en ce que l'article 231 de l'avant-projet de loi semble donner à l'expert commun ou désigné par le tribunal un pouvoir « quasi inquisitoire » en lui permettant de citer des témoins à comparaître et à recueillir leur témoignage. Comment cet expert, fut-il infirmier ou inhalothérapeute sans doute fort compétent, aura-t-il acquis cette habileté à interroger un témoin et surtout, à appliquer les règles de preuve et à apprécier les nuances de leur témoignage et surtout leur crédibilité ? Certes, le témoignage de l'expert devant la Cour doit être présenté sans l'influence des pressions du litige, mais inversement les règles de procédure ne doivent pas permettre à l'expert de s'arroger les pouvoirs qui doivent être ceux du juge.

Lord Woolf lui-même écrivait dans la décision *Peet v Mid-Kent Healthcare NHS Trust*, [2002] All ER 688 :

Paragraphe 5 :

« In the absence of special circumstances, evidence by a single expert witness is the appropriate course to be adopted when giving directions in a case of this nature as to non-medical experts. »

Paragraphe 6 :

“... it has to be realised by those who are involved in a litigation in this area that almost invariably the costs fall upon those who are responsible for providing for the health of the nation through the National Health Service. In these circumstances it is the duty of the lawyers on both sides to use their best

¹ The right Honourable Lord Woolf, master of the Rolls, *Access to Justice*, final report to the Lord Chancellor on the Civil Justice system in England and Wales, July 1996.

endeavour to keep those costs under control. It is not only the lawyers who are under a duty, the courts too are under a duty to restrain those costs. A way of doing so is by ensuring that the medical and non-medical expert evidence is restricted so far as possible. In some cases it is difficult to restrict the medical evidence because there can be difficult issues as to the appropriate form of treatment in the particular case and also problems as to the standard of treatment which is required." /nos soulèvements

Nous soumettons donc qu'en matière de responsabilité professionnelle d'établissements de santé ou de services sociaux ainsi que, par exemple, des infirmières, des inhalothérapeutes ou des psychologues à leur emploi, la Cour et les parties seront mieux servies par le dépôt d'un rapport d'expertise par chacune des parties et par le témoignage de l'un et l'autre expert. L'on ne demande pas à l'expert d'éclairer le Tribunal sur une donnée statistique ou sur la couleur de tel produit; on lui demande plutôt de comparer une école de pensée à une autre, d'analyser diverses théories complexes et donner son opinion sur ce qu'est le « standard de soins » applicable. C'est une tâche importante et difficile, mieux remplie si le Tribunal peut voir qu'il y a effectivement deux théories très valables qui s'opposent, plutôt que d'être à toutes fins pratiques lié par la théorie que préconise cet expert unique que l'on ne saurait raisonnablement contredire.

L'avant-projet de loi prévoit que l'expert pourra rencontrer les parties, après le dépôt de son rapport, pour discuter de son opinion (article 234 de l'avant-projet). Nous estimons qu'il s'agit là d'une règle qui respecte bien mal la réalité d'un dossier litigieux et contesté. Certes, cette rencontre pourra être utile, mais la partie et son avocat – que ce soit la demande ou la partie défenderesse – doivent pouvoir discuter avec l'expert, en toute liberté et en toute confiance, de diverses théories et de questions difficiles et peut-être controversées. Demander à ce que ces échanges se fassent avec un expert unique dont les services sont retenus par le Tribunal ou commun aux parties ne permet pas cet échange libre et nécessaire.

De plus, comment l'expert unique pourra-t-il composer avec un dossier où les professionnels poursuivis ne sont pas tous de la même discipline? Devra-t-il, dans le dossier où la demande a jugé nécessaire de poursuivre un neurologue et le personnel infirmier, être tantôt spécialiste en médecine neurologique, tantôt spécialiste en soins infirmiers, allant ainsi à l'encontre de l'enseignement actuel de nos tribunaux, et privant les parties du plein exercice de la poursuite ou de la défense à laquelle elles ont droit?

Par ailleurs, l'AQESSS se dit d'accord avec les modifications proposées selon lesquelles les parties seraient tenues de divulguer au tribunal les instructions qu'elles ont données à l'expert, et nous estimons que l'expert a le devoir d'indiquer de façon précise quels sont les documents, pièces ou autres objets pertinents qui lui ont été transmis et qu'il a consultés (articles 226 et 230 de l'avant-projet de loi). Ces règles ajoutent au contrôle que le Tribunal peut avoir sur les experts et la qualité de leur témoignage. D'ailleurs, le Code de procédure actuel ou celui qui résultera des travaux parlementaires prévoit déjà toutes les règles nécessaires pour « encadrer » les présentations des experts et leurs témoignages.

Recommandation


À la suite de l'étude de l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile, et en particulier l'article 155 et les articles 225 à 239 de l'avant-projet, nous recommandons de revoir le projet de loi à la lumière des propos contenus dans le présent document. À cet effet, nous recommandons que l'article 155.2 de l'avant-projet de loi soit revu afin de prévoir qu'alors que les parties peuvent convenir, quelque soit la nature du litige, de retenir un expert commun sur tel ou tel sujet, le tribunal ne peut ordonner une expertise unique dans le cas d'une demande en justice introductive de l'instance en responsabilité professionnelle, et tout particulièrement dans les litiges de la santé et des services sociaux.

Conclusion

Ces commentaires et représentations sont émis dans une vision constructive afin que du choc des idées, jaillisse la lumière, à l'image des règles actuelles du débat contradictoire qui régissent les litiges entre les parties alors assistées par leur propre expert.

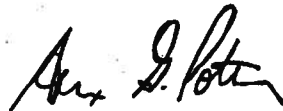
L'AQESSS remercie de nouveau la Commission des institutions pour l'opportunité qui lui est offerte de pouvoir exposer ses réflexions et ses réserves en ce qui a trait au recours à l'expert commun ou désigné par le tribunal dans des litiges de responsabilité professionnelle.

La directrice générale



Lise Denis

Le président du conseil d'administration



Alex G. Potter

/AL