

Les Cahiers de droit



Difficultés pour le demandeur de se faire assister d'un médecin-expert lors d'une action en responsabilité médicale

Raymond Boucher, Daniel Grégoire, Jacques Deslauriers et Kathleen D. Beausoleil

Volume 17, numéro 1, 1976

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042082ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042082ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Boucher, R., Grégoire, D., Deslauriers, J. & Beausoleil, K. D. (1976). Difficultés pour le demandeur de se faire assister d'un médecin-expert lors d'une action en responsabilité médicale. *Les Cahiers de droit*, 17(1), 35–84.
<https://doi.org/10.7202/042082ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1976

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

Difficultés pour le demandeur de se faire assister d'un médecin-expert lors d'une action en responsabilité médicale

Raymond BOUCHER, Daniel GRÉGOIRE
Jacques DESLAURIERS, Kathleen D. BEAUSOLEIL *

	Page
Introduction.....	37
Section 1 - L'expert des parties	40
A - Sa fonction	41
B - Ses qualifications	42
C - Appréciation de son témoignage par le tribunal	45
Section 2 - Raisons qui découragent les médecins à servir d'experts pour la victime d'une faute médicale	48
A - Raisons communes à toutes les poursuites judiciaires	48
B - Raisons particulières aux poursuites en responsabilité médicale	49
1. Solidarité professionnelle	50
2. Pressions susceptibles de décourager l'expert du demandeur	53
a) Le problème de la «conspiration du silence» et l'association profession- nelle	53
b) Le problème de la «conspiration du silence» et les compagnies d'assurances	58
Conclusion	62

* Raymond Boucher, alors professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, maintenant juge à la Cour provinciale; Daniel Grégoire, LL.B.; Jacques Deslauriers et Kathleen D. Beausoleil, professeurs à la Faculté de droit de l'Université Laval. Ont également contribué à cette recherche: Thérèse R. Houle, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval; Zamilda Fortin, médecin, LL.B., conseiller spécial à la Commission des accidents du travail; Jean Rochon, médecin, professeur à la Faculté de médecine de l'Université Laval; Louis Sormany, LL.B., conseiller juridique à l'Office des professions du Québec; Louis Rochette et Pierre Trottier, auxiliaires de recherche.
Cette recherche a pu être réalisée grâce à une subvention du Ministère des affaires sociales du Québec. La recherche a été terminée en avril 1975.

Section 3 – Dispose-t-on en droit québécois de moyens pour solutionner ce problème ?	63
A – Procédures pour amener un expert devant le tribunal	63
1. Émission d'un bref de subpoena	64
2. L'expert de l'article 414 C.p.c.	65
B – Incapacité de suppléer au rôle de l'expert par les procédures déjà existantes	68
Conclusion	71
Section 4 – Solutions pour procurer un expert à la victime d'une faute médicale ..	72
A – Faire témoigner un médecin d'une autre région	72
B – Avoir recours à des ouvrages médicaux pour établir la responsabilité du défendeur	75
C – Utiliser le médecin poursuivi comme expert	78
D – Comité chargé d'étudier le bien fondé des poursuites en responsabilité médicale qui s'engage à trouver un expert à la victime s'il y a lieu	80
E – Formation d'un groupe de médecins disponibles à témoigner sur demande ..	82
Conclusion	83

INTRODUCTION

On sait que les tribunaux recourent sans hésitation aux présomptions de fait du *Code civil* pour présumer de la faute lorsque les circonstances placent la victime dans l'impossibilité d'offrir une meilleure preuve**. En responsabilité médicale où le défendeur est généralement mieux placé que la victime pour expliquer ce qui s'est passé lors de « l'accident thérapeutique », la présomption de faute devient donc le moyen de preuve courant et, de ce fait, le fardeau de la victime est allégé d'autant puisqu'elle est alors dispensée de prouver directement la faute.

Cependant, avant de bénéficier des effets de cette présomption, nous savons que le demandeur doit en établir les conditions d'application car il ne lui suffit pas de prouver son dommage, encore faut-il qu'il le relie au défendeur poursuivi et démontre, selon le poids des probabilités, qu'en l'absence d'une faute de celui-ci, son dommage ne se serait pas normalement produit. Pour ce faire et tout au long du procès, le demandeur aura besoin d'un médecin expert qui tentera de prouver que le dommage est bien le fait du défendeur et résulte d'une négligence de sa part pour ne pas s'être conformé aux règles de l'art médical ou à celles de la prudence la plus élémentaire. Sans l'assistance d'un expert pour témoigner en sa faveur et instruire le tribunal des « données acquises de la science », les chances de succès du demandeur sont compromises au point qu'un avocat se sentira alors impuissant à faire valoir les droits de son client par ailleurs bien fondés.

Toutefois, s'il ne s'agissait que de la nécessité d'avoir un expert, nous serions en présence d'un problème commun à toutes les actions en responsabilité civile qui exigent une preuve technique et des personnes qualifiées pour l'étayer. Mais en responsabilité médicale, il y a, en plus de cette nécessité, la très grande difficulté, voire l'impossibilité de l'obtenir. C'est de là d'ailleurs que vient l'intérêt de la question de savoir si l'on peut procurer au demandeur un expert pour l'assister et lui permettre de faire valoir ses droits à armes égales devant le tribunal.

La victime d'une faute médicale est défavorisée au départ du fait qu'elle ne réussit pas le plus souvent à retenir les services d'un médecin pour la seconder dans sa réclamation. Alors que le médecin défendeur, lui-même connaissant en la matière, trouve toujours au moins un confrère disposé à épouser sa cause devant le tribunal, la victime

** Voir l'article des mêmes auteurs dans un prochain numéro de cette revue.

essuie souvent le refus systématique de médecins qui, même en constatant le bien-fondé de la réclamation, refusent de compromettre devant les tribunaux un membre de leur corporation professionnelle. Cette fin de non-recevoir opposée ainsi par les médecins aux victimes de fautes médicales a reçu aux États-Unis le nom de « conspiration du silence ». Bien qu'il ne s'agisse pas d'une « conspiration » au vrai sens du terme¹, l'expression décrit assez bien la situation inquiétante qui existe là-bas.

Chez nos voisins du sud, la doctrine abonde sur le sujet² et les juges n'hésitent pas, lorsqu'ils en ont l'occasion, à dénoncer ouvertement cette situation³. Au Canada cette difficulté d'obtenir un médecin expert dans une action en responsabilité médicale n'a pas encore beaucoup attiré l'attention des juges et des auteurs⁴, mais le problème

1. Gilbert Sharpe dans le premier d'une série d'articles intitulés « The 'Conspiracy of Silence' Dilemma », janvier 1973, Vol. 40, *Ontario Medical Review* écrit p. 25 : « conspiracy » has been defined as joining in a secret agreement to do an unlawful or wrongful act or to use such means to accomplish a lawful end: Thus, one who accuses physicians of promoting a « conspiracy of silence » so as to hinder the plaintiff's efforts in malpractice actions is making a rather serious charge ». De son étude de la situation au Canada, il conclut ainsi : « Readers should by now be at least partially convinced that a problem — call it a « conspiracy » if you like — does exist. » p. 38 La Commission américaine sur la responsabilité médicale (« Medical Malpractice. Report of the Secretary's Commission on Medical Malpractice », Department of Health, Education and Welfare, Washington D.C., January 16, 1973, pp. 36-37) ne retient pas non plus l'expression « conspiration du silence », mais reconnaît elle aussi l'existence du problème. Pour un commentaire sur les activités et les résolutions de la commission fait par l'un des commissaires, cf. Richard M. MARKUS, « We report: President's Commission on Medical Malpractice », mars-avril 1973, *Trial Magazine*, 30-32.
2. Joseph KELNER, « The Conspiracy of Silence », février-mars 1970, *Trial Magazine*, 18; William P. GIBBONS, « Malpractice Actions Without Expert Medical Testimony », Jan. 1971, 20 *Clev. St. L.R.* (1), 43; Carl E. WASMUTH, « The Conspiracy of Silence: Physician's View », Jan. 1966, 15 *Clev. Mar. L.R.* (1), 85.
3. Donnons à titre d'exemple l'extrait fréquemment cité de la dissidence du juge Carter dans la décision *Hoffman v. Lindquist*, 234 P (2d) 34, (1951). « Anyone familiar with cases of this character [malpractice] knows that so-called ethical practitioner will not testify on behalf of a plaintiff regardless of the merits of his case. This is largely due to the pressure exerted by medical societies and public liability insurance companies which issue policies of liability insurance to physicians covering malpractice claims. While court records show that some of these claims may be questionable, many have substantial merit and ethical considerations are generally with the plaintiff's side of the case. But regardless of the merits of the plaintiff's case, physicians who are members of medical societies flock to the defense of their fellow member charged with malpractice and the plaintiff is relegated, for his expert testimony, to the occasional lone wolf or heroic soul, who for the sake of truth and justice has the courage to run the risk of ostracism by his fellow practitioners and the cancellation of his public liability insurance policy », p. 46.
4. Voici les quelques auteurs qui, à notre connaissance, ont abordé ce problème au Canada : E. HAINES, « Courts and Doctors », (1952) 30 *R. du B. can.* 483; E. HAINES, « The Conduct of a Malpractice Action », [1973] *Law Society of Upper Canada, Special Lecture Series*, 273; T. David MARSHALL, M.D., « Medical Evidence in Malpractice Actions », [1970] *Chetty's Law Journal*, 6; E. HAINES, « The Medical Profession and the Adversary Process », (1973)

existe chez nous aussi, comme en témoigne cet extrait d'une étude sur la responsabilité médicale au Canada commandée par la Commission américaine nationale sur la responsabilité médicale.

Obtaining medical testimony is often difficult for Canadian medical malpractice plaintiffs.

A number of the Canadian medical and legal experts contacted pointed to the plaintiff's difficulty in obtaining expert medical testimony as a prime reason for the law number of medical malpractice suits in Canada.

Roger Carter, Dean of Law at the University of Saskatchewan, wrote, « in most instances, of course, this (prosecution of a medical malpractice suit) will necessitate the plaintiff being able to find and call expert medical testimony. Perhaps understandably, *there is something of a wall of professional silence which many a litigant will run into in attempting to get this kind of assistance from a doctor!* »

A Canadian medical School Dean, Dr. W. A. Cochrane, of the University of Calgary, wrote, « *Physicians generally in Canada have been less interested and less enthusiastic about testifying against each other than perhaps (are physicians) in the United States* »⁵.

Enfin soulignons, pour ne pas être « accusés » d'importer au Québec un problème étranger, que cette difficulté de trouver un médecin pour témoigner en faveur d'un demandeur dans une action en responsabilité médicale est un problème commun à tous les pays où l'on applique le système « *adversary process* ». Nous pourrions le constater en étudiant les raisons qui rendent les médecins si réticents à témoigner. D'ailleurs nos tribunaux commencent peut-être à en être conscients si on s'en rapporte aux propos émis par le juge Miquelon dans la célèbre affaire *Martel*⁶:

Si le demandeur était obligé de prouver la négligence du docteur ou d'autres employés de l'hôpital ce serait du temps perdu pour lui que d'essayer d'obtenir réparation. Il faut tout de même réaliser que le malade ne sait pas ce qui se passe et nous ajouterons que *s'il compte sur les*

11 *Osgoode Hall L.J.* 41; Gilbert SHARPE, « The 'Conspiracy of Silence' Dilemma », Parties I à VII, *loc. cit. supra*, note 1. Quant à la jurisprudence canadienne, G. SHARPE, *loc. cit. supra*, note 1, partie VI, juin 1973, p. 387, parle d'une décision de la Cour d'appel d'Ontario où le demandeur aurait porté ce problème à l'attention du tribunal, mais il ne donne pas les indications suffisantes qui nous auraient permis de retracer cette décision.

5. Rebecca WELCH, *Medical Malpractice in Canada*, in appendix, p. 851. Nous soulignons. Cependant, il est surprenant que le professeur LINDEN dans son traité de 1972, *Canadian Negligence Law*, Canadian Legal Text Series, Toronto, Butterworths & Co., 1972, ait écrit à la page 51 qu'il n'y a pas de « conspiration du silence » au Canada. Ajoutons que la référence qu'il fait au rapport ontarien de 1965 portant sur la preuve médicale en matière civile ne semble pas appuyer son allégation.

6. *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, C.S. Chicoutimi, 29-089, 18 juin 1965.

*médecins pour admettre une erreur médicale, ou pour en faire la preuve, il entreprend là une tâche qui est loin d'être facile*⁷.

Nous n'avons pas de données statistiques suffisantes pour évaluer l'ampleur du problème chez nous, mais nous pouvons raisonnablement penser que plusieurs actions en responsabilité médicale n'ont pu être prises faute de pouvoir « dénicher » un médecin pour conseiller le patient-demandeur sur le bien-fondé de sa réclamation et témoigner en sa faveur devant les tribunaux.

Mais l'absence de ces données ne permet pas de conclure pour autant à l'inexistence au Québec de cette difficulté, car, comme le fit observer le docteur Marshall en discutant de cette question, « *trends in the U.S.A. generally represent what is about to happen in Canada* »⁸. Même s'il s'agit d'un problème difficile à quantifier, il est opportun de s'interroger sérieusement sur les mécanismes à mettre en place pour le prévenir.

Nous étudierons d'abord le rôle de l'expert devant la cour et nous pourrions ainsi en mieux juger la nécessité. Nous identifierons ensuite les principales causes des réticences des médecins à témoigner dans une action en responsabilité médicale. Puis, nous verrons si le droit québécois est aménagé de façon à affronter un tel problème et nous compléterons les amorces de solutions québécoises par une analyse des solutions américaines.

SECTION 1

L'expert des parties

Contrairement au système inquisitorial, chez nous le juge participe peu au débat qui se déroule devant lui⁹. Il incombe alors aux parties en litige d'étaler les éléments de preuve à partir desquels le juge se formera une opinion et rendra une décision conforme aux faits prouvés, sans déborder les limites du droit réclamé. Le juge n'a donc pas à prendre l'initiative dans cette recherche de la vérité et son rôle consiste à apprécier la preuve soumise par les parties.

7. *Id.*, p. 10. Nous soulignons. Voir aussi CRÉPEAU, « La responsabilité civile médicale et hospitalière », (1968) 2 *Futura-Santé*, Éd. Intermonde, Montréal, pp. 27-28 et réf. 70.

8. T. David MARSHALL, *loc. cit. supra*, note 4, p. 7. Ce passage a été cité avec approbation par G. SHARPE, *loc. cit. supra*, note 1, p. 25.

9. A. NADEAU et DUCHARME, *Traité de droit civil du Québec*, tome 9, Wilson et Lafleur, 1965, n° 103 et ss., p. 67 et n° 105, réf. 2, p. 69; E. HAINES, « The Medical Profession and the Adversary Process », *loc. cit. supra*, note 4, p. 44 et ss.

Lorsque la preuve à faire est complexe, les parties peuvent se faire assister par des experts qui pourront instruire le tribunal sur les conclusions à tirer des faits prouvés. Le besoin d'un expert devient vite une nécessité en responsabilité médicale à cause du caractère scientifique de la preuve nécessitée par un tel recours. Comme dit Brunhes ¹⁰ :

La charge de la preuve : Exiger la preuve de la faute et la preuve de la relation de causalité entre la faute et le dommage qui incombe au demandeur en responsabilité médicale *serait pratiquement insupportable en cas de faute s'il n'y avait pas Expertise.*

Comment le demandeur qui est un profane ferait-il la preuve de cette faute sans le recours à des Experts ? Quelle que soit l'opinion que l'on professe sur la manière dont les médecins-Experts remplissent leur rôle, il n'est pratiquement pas possible que cette preuve qui met en jeu des connaissances médicales techniques soit rapportée sans le recours à des hommes de l'art ¹¹.

L'importance du médecin-expert ne fait pas de doute et la partie qui ne peut y avoir recours est grandement défavorisée au départ, car ni le juge, comme nous le verrons, et encore moins les experts de la partie adverse, n'interviendront pour lui venir en aide.

A – Sa fonction

Chaque partie s'attend à ce que son témoin-expert l'aide à prouver la thèse qu'elle soutient, en exposant et débattant devant le tribunal les données scientifiques pertinentes. La fonction diffère donc essentiellement de celle du témoin ordinaire, car il ne témoigne pas sur des faits vécus, mais formule une opinion à partir de faits prouvés ou d'hypothèses suggérés. Rivard fait bien ressortir cette distinction qui existe entre le témoin ordinaire et le témoin-expert lorsqu'il écrit ¹² :

En règle générale, les témoins ne peuvent être interrogés et ne peuvent répondre que sur des faits, des paroles ou des actes passés dont ils ont eu une connaissance personnelle. Dans notre droit, un témoin ordinaire n'a jamais la permission de donner une opinion. Cette règle rigoureuse subit une exception : l'expert. Seul l'expert qui s'est qualifié comme tel a le droit d'exprimer une opinion sur les faits prouvés ou sur des faits hypothétiques, dans le but d'éclairer le tribunal sur une question scientifique, technique ou

10. Jean BRUNHES, *Accidents thérapeutiques et responsabilité*. Collection de Médecine Légale et de Toxicologie Médicale, Lyon, Masson & Cie, 1970.

11. *Id.*, pp. 44-45.

12. Antoine RIVARD, « Le médecin devant la Cour », sept. 1950, vol. 15, *Laval Médical*, 951.

artistique dont la solution exige ces connaissances spéciales qu'on n'a pas le droit de supposer chez un homme de culture ordinaire¹³.

L'une des tâches les plus importantes de l'expert dans une action en responsabilité médicale consistera à démontrer les usages admis et les pratiques reconnues dans la profession¹⁴ puis d'émettre son opinion quant à savoir si le défendeur s'y est bien conformé dans les circonstances.

B - Ses qualifications

Lorsque nos tribunaux ont eu à définir l'expert, ce fut dans le cadre de l'application du tarif de taxation des témoins¹⁵, la distinction devant être faite entre le témoin ordinaire et le témoin expert. Voilà pourquoi nous ne retrouvons pas dans la jurisprudence une définition rigoureuse de l'expert. Ainsi, on a considéré que des infirmières pouvaient être des experts lors d'une demande en annulation de testament¹⁶, alors que dans une autre décision¹⁷ le juge a émis l'opinion que des médecins qualifiés n'étaient pas des experts parce qu'ils n'avaient pas été nommés par la Cour.

La définition donnée par la Cour supérieure dans l'arrêt *Lafontaine v. Mahoney*¹⁸ est intéressante, toutefois, car elle laisse entrevoir quels peuvent être les critères sur lesquels le juge peut se baser pour accorder à quelqu'un le statut d'expert. Il s'agissait dans cette affaire d'une requête en révision de taxation de frais dans une action en bornage, où la Cour avait décidé que l'arpenteur nommé par le

13. *Id.*, p. 954. *Phipson's Manual of the Law of Evidence*, 10^e éd. par D. W. ELLIOTT, Londres, Sweet and Maxwell, 1972: « An expert may give his opinion upon facts which are either admitted, or proved by himself, or other witnesses in his hearing, at the trial; or upon hypothesis based upon the evidence. But his opinion is not admissible upon materials which are not before the jury, or which have merely been reported to him by hearsay. And though, on questions of professional skill, he may state what would be the proper course to pursue under the circumstances proved, he may not be asked what he himself would have done ». *Id.*, p. 86; cf. *Lachance v. Allstate Insurance Company of Canada*, [1972] C.A. 427; *Wilson v. Swanson*, [1956] R.C.S. 804 (J. Rand, p. 812 et Abbott pp. 818-819).

14. William C. J. MEREDITH, *Malpractice Liability of Doctors and Hospitals* (Common Law and Quebec Law), Carswell, Toronto, 1956, pp. 62-85; Irwin SHERMAN, « The Standard of Care in Malpractice Cases », (1966) 4 *Osgoode Hall L. J.*; LINDEN, *op. cit. supra*, note 5, pp. 43-51.

15. *Berlinget v. Beauchage*, (1899) 15 C.S. 363; *St-Jean v. Bergeron*, 10 R.P. 304; *Groulx v. Cité de Hull*, [1947] R.L. 197; *Gosselin v. Grégoire*, [1957] R.P. 212; *Brodeur v. Coopérative d'Habitation de St-Hyacinthe*, [1959] R.P. 49.

16. *Fournier v. Fournier*, [1940] R.P. 173.

17. *The Tobin manufacturing Company v. Lachance*, (1916) 22 R.L. 192.

18. [1958] R.P. 85.

tribunal et qui avait témoigné pour le compte du défendeur était un expert, car

un témoin-expert n'est pas restrictivement une personne qui témoigne *ex-officio* après avoir été judiciairement nommée expert, mais une personne rendant témoignage en rapport avec une matière ou un sujet sur lequel, à raison d'études ou de recherches, elle possède une connaissance et des qualifications spéciales¹⁹.

Les termes « études » et « recherches » utilisés dans cette définition peuvent laisser croire que la qualité d'expert est réservée à celui qui a reçu un diplôme au terme d'un cours donné. Selon nous, l'expert est celui qui maîtrise une science ou un art peu importe comment il y est parvenu²⁰. L'autodidacte peut donc être un expert compétent et l'absence de diplôme ne peut que rendre plus difficile sa reconnaissance par le tribunal mais ne devrait pas l'empêcher d'exprimer une opinion valable sur un sujet qu'il connaît.

Dans une action en responsabilité médicale, cependant, cette question est beaucoup plus circonscrite puisque les problèmes soulevés sont très techniques et que le degré de connaissance exigé pour être considéré comme expert sera, en conséquence, très élevé. Le problème consiste donc surtout à se demander si les médecins peuvent témoigner les uns contre les autres indépendamment de leur spécialité.

La Cour suprême²¹ a déjà décidé que dans une action en responsabilité médicale, le comportement d'un spécialiste, chirurgien en l'occurrence, s'apprécie d'après les normes médicales reconnues dans sa spécialité. Par conséquent, un anesthésiste qui n'a pas développé de connaissances particulières dans le domaine de la

19. *Id.*, p. 87.

20. Dans ce sens nous préférons la formulation employée par le juge Irénée Lagarde, *Droit Pénal Canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1974, p. 2284 pour résumer l'affaire *Régina v. Bunniss*, (1965) 44 C.R. 262, où on considéra qu'un policier qui avait acquis une expérience personnelle et avait beaucoup lu sur le sujet pouvait être un expert dans l'analyse de l'haleine au sens de l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*: « Lorsque la Cour est satisfaite de l'expérience du témoin, la façon dont ce témoin a acquis cette expérience est sans conséquence. En tant que la loi de la preuve est concernée, le critère de l'expertise consiste dans l'expérience et dans l'expérience seulement dans la matière où on cherche à avoir l'opinion du témoin. Si la Cour est satisfaite que le témoin est expérimenté suffisamment pour recevoir son opinion, cette opinion est alors admissible en preuve. Une personne expérimentée est celle qui à la suite d'entraînement et de pratique a acquis une bonne connaissance de la science ou de l'art sur lequel on lui demande son opinion, et qui est capable, à cause de ses connaissances pratiques, d'exercer son jugement sur cette science. » Voir aussi MEREDITH, *op. cit. supra*, note 14, p. 56, réf. 2 et les définitions qu'il cite sur l'expert.

21. *Wilson v. Swanson*, [1956] R.C.S. 804, inf. une décision de la Cour d'appel de la Colombie britannique.

chirurgie²² ne peut être considéré comme un expert susceptible de donner une opinion permettant au tribunal d'apprécier les pratiques chirurgicales admises, ni de conclure sur la compétence d'un chirurgien. Dans cette affaire le défendeur avait enlevé une tumeur bénigne comme s'il s'agissait d'une tumeur cancéreuse sur la foi d'indices sérieux, avec la conséquence que son patient a été atteint d'un léger diabète²³.

Parlant de ce témoin-expert du demandeur, le juge Rand fit le commentaire suivant :

[...] As a witness, he is in the position of the ordinary practitioner, who, for the purpose of giving evidence, consults work of specialists, as Dr. Kemp has done, and voices the findings or opinions they set forth. [...] He has been associated with no case nor was any mentioned in which there was what he claimed should have been the procedure to be followed, a partial resection completed pending a determination of the nature of the ulcer removed, the operation, if malignancy was found, to be renewed. The confident assertions of what he would have advised if his opinion had been asked, or would have done if the patient had been his, rest upon no experience in the application of the ideas so freely by imprecisely dealt with, and they lack that obvious professional caution which is a distinctive mark of a highly qualified specialist²⁴.

Les nuances qui ont été faites dans cette décision nous permettent d'affirmer que l'absence de qualifications académiques n'empêche pas un médecin non spécialiste de témoigner à titre d'expert sur une question donnée à la condition qu'il prouve ses connaissances et son expérience sur le sujet à la satisfaction du tribunal. Ainsi dans une décision récente se rapportant à la radiothérapie, le juge Marquis, sans dire cependant s'il la considérait comme un expert, mentionne que « Sœur Gagné, coordonnatrice de l'Enseignement en Radiothérapie et Technicienne en Chef, est d'une compétence indiscutable [...] Elle a démontré sa connaissance profonde dans cette spécialité. Elle a précisé qu'il faut parfois projeter 422 Rongten pour que le patient en reçoive 200 en profondeur. Bref, elle est reconnue comme l'autorité de l'Hôtel-Dieu dans le procédé technique de la radiothérapie et cobalto-

22. *Id.*, j. Rand, p. 807, et j. Abbott qui précise que : « As to Dr. Kemp's special qualifications, he testified that for many years he had practised as an anesthetist. After the last war he was for sometime with the Workmen's Compensation Board [...] and once leaving that board has been engaged in general practice. He has never practised as a surgeon, is not a pathologist, and stated in cross-examination that he had never at any time suggested he was an authority on gastric disorders », p. 818.

23. Cette conséquence fut admise par les parties. *Cf. id.*, p. 816.

24. *Id.*, p. 809.

thérapie²⁵ ». Nul doute que sur une question de son ressort elle aurait pu être un expert aussi compétent qu'un médecin radiothérapeute.

C – Appréciation de son témoignage par le tribunal

Au cours du procès, la partie adverse pourra mettre en doute les qualifications de l'expert en le questionnant sur ses antécédents, ou bien chercher à diminuer la valeur de son témoignage en produisant ses propres experts qui viendront tirer des faits mis en preuve des conclusions différentes. Devant ce débat technique d'experts, on peut avoir l'impression que leurs opinions opposées sèmeront beaucoup plus la confusion qu'elles n'éclaireront le tribunal sur la responsabilité qui doit se dégager des faits prouvés. Aussi pourrions-nous être portés à croire que dans la confusion des opinions émises, c'est la partie qui produit le plus d'experts pour soutenir sa thèse qui l'emportera.

Mais en principe il n'en est rien, car les témoignages des experts font partie de la preuve au même titre que ceux des autres témoins et comme eux ils doivent être évalués d'après l'ensemble des faits soumis à l'appréciation du tribunal. Ce ne sont donc pas les opinions soutenues par les experts les plus nombreux voire les plus qualifiés²⁶ mais plutôt celles qui sont les plus compatibles avec l'ensemble de la preuve qui recevront l'adhésion du tribunal. Aussi le juge qui, en présence de témoignages contradictoires des experts, s'en rapporterait aux plus nombreux pour disposer du litige abdiquerait sa fonction première et pourrait voir sa décision renversée en conséquence.

25. *Dame Lucie Mayrand Brouilly v. Thibault et l'Hôtel-Dieu de Québec*, C.S. Québec n° 4103, 6 mars 1973 (j. Eugène Marquis), p. 14. Auparavant un médecin avait dit d'elle : « L'entraînement des techniciennes est donné par Sœur Gagné qui, d'après le témoin, est plus compétente dans ce domaine que le thérapeute lui-même ». *Id.*, p. 13.

26. Quoi qu'en pensent NADEAU et DUCHARME, *op. cit. supra*, note 9, p. 34, qui parlant de la preuve de la loi étrangère écrivent : « Une attention particulière doit de plus être apportée au choix des témoins experts, car la force probante de leur témoignage dépend uniquement de leurs qualifications. C'est un fait bien connu que lorsque la preuve d'un fait est contradictoire, le juge s'en remettra aux témoins les plus qualifiés ». Nous soulignons. Certes, la qualification de l'expert est un élément déterminant mais il ne doit pas être le seul. Ainsi dans *Dame Gauvin, v. Pelletier et Paul Guilbeault Inc.*, [1970] C.S. 548, la Cour a dû décider de la responsabilité des deux automobilistes impliqués dans une collision sans qu'aucun témoin oculaire ne soit produit et alors qu'un conducteur était décédé tandis que l'autre qui a souffert d'amnésie ne put rien expliquer. Seul le défendeur produisit un expert, ingénieur consultant en mécanique, dont les qualifications ne furent pas contestées mais auquel la Cour reprocha de ne pas avoir pris en considérations tous les faits, et elle donna plutôt préférence à la prépondérance de la preuve des faits présentés. Décision commentée par Angers LAROUCHE, (1971) 2 *R.G.D.*, 331. Voir aussi *Miller et Gobeil v. Brues*, C.A. Mtl, n° 14-202, 6 sept. 1973, p. 6 (jj. Lajoie, Gagnon, Deschesnes).

C'est la règle que d'ailleurs la Cour suprême a formulée sans équivoque dans l'arrêt *Shawinigan Engineering Company v. Naud*²⁷. Il s'agissait dans cette affaire d'un accident de travail à la suite duquel le demandeur fut affligé d'une maladie qu'il tenta, à l'aide d'experts, de relier à cet accident. Comme les opinions des experts étaient partagées sur ce point, le juge de première instance s'en remit à l'opinion soutenue par les experts du défendeur puisqu'ils étaient les plus nombreux. Le juge Rinfret n'hésita pas à dénoncer cette attitude.

Il faut reconnaître le grand embarras où les tribunaux se trouvent parfois placés par le manque d'accord entre les professionnels qui expriment des vues différentes en matière scientifique; et, comme il est arrivé en particulier dans l'espèce actuelle, en matière médicale. Mais [...] la loi ne fait aucune distinction entre les professionnels et les autres témoins. Leurs témoignages doivent être appréciés comme les autres, et le tribunal est tenu de les examiner et de les peser comme tout autre preuve faite dans la cause [...] Nous croyons donc respectueusement que le savant juge de première instance a fait erreur en posant comme règle ordinaire d'appréciation de la preuve que la théorie de la défense devait l'emporter parce qu'elle était défendue par un plus grand nombre de médecins.

[Le juge ne saurait] abandonner exclusivement l'appréciation [des faits] aux médecins, et c'est à lui qu'il incombe de les contrôler souverainement et de se prononcer en dernier ressort. Le jugement de la Cour supérieure omet de nous donner cette appréciation personnelle. Il paraît s'en rapporter exclusivement à celle des médecins. Puis, comme les opinions de ceux-ci sont partagées et qu'il évite de choisir entre elles, le jugement arrive en définitive à un résultat négatif, parce qu'il ne comporte pas de décisions sur les faits²⁸.

La reconnaissance d'un tel principe pourra surprendre les hommes de science et sembler étrangère à la recherche de la vérité. Mais ils doivent se rappeler que dans l'état actuel du droit, une décision de jurisprudence n'est pas un débat scientifique et n'emporte pas de certitude mathématique. Elle consiste dans l'application d'une règle de droit à des faits particuliers qui, si complexes soient-ils, sont laissés à l'appréciation souveraine du juge. Aussi les conclusions que les experts tirent de ces faits ne lient pas le tribunal et à défaut de pouvoir trancher le litige par une certitude scientifique, le juge le fera par une présomption de vérité qu'il dégage de l'ensemble de la preuve présentée²⁹.

27. [1929] R.C.S. 341.

28. *Id.*, p. 343. Voir dans le même sens *Gallant v. F. W. Woolworth Co. Ltd.*, [1971] 15 D.L.R. (3d) 248, p. 252 (décision de la Cour d'appel de Saskatchewan); *David Crawford v. Cité de Montréal*, (1900) 30 R.C.S. 406.

29. G. BOYER CHAMMARD et Paul MONZEIN, *La responsabilité médicale*, tome 2, Collection S.U.P., P.U.F., 1974, 107-108.

Malgré la reconnaissance de ce principe de nature à venir en aide au demandeur qui ne peut obtenir d'experts pour l'assister, il faut se rappeler cet autre principe de la neutralité du juge, qui oblige les parties à faire elles-mêmes la preuve des faits qu'elles allèguent. En conséquence, lorsque les questions soumises à l'appréciation du tribunal sont très techniques, comme en responsabilité médicale, le demandeur qui ne peut trouver un expert subira un préjudice de ce fait. En effet, le tribunal, qui ne peut juger que sur la foi de ce qui lui est présenté et qui ne voudra pas s'immiscer dans les questions scientifiques, sera tout naturellement enclin à accepter la version de celui qui s'appuie sur le témoignage d'experts³⁰.

Dans notre système judiciaire, le droit pour le demandeur de produire des experts pour instruire le tribunal sur « les données acquises de la science » est aussi fondamental que celui d'être représenté par un procureur et personne ne niera l'existence de ce droit. Qu'en est-il, cependant, en responsabilité médicale, si, dans les faits, il est miné par un refus systématique, difficilement identifiable, de la part des médecins à témoigner pour le demandeur contre un confrère ? Ce n'est qu'en étudiant les raisons qui incitent les médecins à agir de la sorte que nous pourrions mieux comprendre jusqu'à quel point ce droit de la victime est compromis.

30. À moins que le juge n'impute au départ une certaine partialité de la part des médecins experts qui témoignent pour leur confrère, comme le fit le tribunal dans la décision *St-Onge v. Bernier*, (1932) 70 C.S. 205, à 207.

« Considérant [...] comme en l'espèce, [qu'il] s'agit d'un procès entre un client et un dentiste dont la solution est pour ainsi dire subordonnée aux opinions exprimées par des experts, confrères du professionnel que l'on veut tenir responsable et qui, cela se comprend bien, ont une tendance toute naturelle à décharger leur collègue ou confrère de toute responsabilité ; Considérant que s'il fallait admettre que les juges doivent s'en tenir, dans des matières de ce genre, exclusivement aux témoignages des experts, cela reviendrait à dire que la responsabilité médicale ou dentaire est plutôt un mythe qu'une réalité ;

Considérant que ce sont là les raisons pour lesquelles la doctrine et la jurisprudence ont une tendance de plus en plus prononcée à rejeter les conclusions des experts, généralement inspirés par l'esprit de confraternité, pour s'en tenir plutôt aux constatations de faits révélés par la preuve et déterminer en conséquence si le professionnel incriminé a suivi les règles de bon sens et de prudence auxquelles est assujéti l'exercice de toute profession, échappant à toute discussion d'ordre théorique ou technique et dont la méconnaissance constitue une faute génératrice de responsabilité ».

Dans cette décision les faits étaient très accablants et les règles du bon sens n'auraient pas été observées par le dentiste. Il était donc difficile d'approuver l'attitude du défendeur sans s'exposer à de tels commentaires.

SECTION 2

Raisons qui découragent les médecins à servir d'experts pour la victime d'une faute médicale

L'identification des motifs de la réticence des médecins à témoigner en faveur du demandeur dans une action en responsabilité médicale présente un double intérêt. D'abord, la connaissance de ces motifs est très importante pour bien juger de l'enracinement du problème de la « conspiration du silence » et en prévoir l'ampleur. Ensuite, il faut bien identifier dès le départ les causes du problème si l'on veut proposer sérieusement des moyens de nature à rectifier une situation qu'on déplore.

En général, les médecins invoquent plusieurs raisons pour expliquer leur refus de servir d'expert. Certains de ces motifs sont communs à toutes les actions soumises aux tribunaux alors que d'autres sont particuliers aux poursuites en responsabilité médicale. C'est évidemment ces derniers qui nous préoccupent ici. Néanmoins, il y a lieu de faire un bref rappel sur les raisons qui sont communes à toutes les poursuites judiciaires et que nous ne pouvons ignorer.

A – Raisons communes à toutes les poursuites judiciaires

Comme tout citoyen, le médecin n'est guère intéressé à témoigner à cause des soucis et des tracasseries que toute assignation devant un tribunal peut occasionner. Pensons, pour s'en convaincre, aux attentes dans les corridors du palais de justice, aux remises imprévisibles des procureurs, aux rendez-vous qu'il faut contremander ou déplacer et aux pertes pécuniaires qui s'en suivent.

Ces contraintes de temps et d'argent, inhérentes à notre système judiciaire, affectent toute personne qui se voit intimer l'ordre de témoigner devant un tribunal³¹. Elles affectent peut-être davantage le médecin à cause de la fréquence avec laquelle il est appelé à témoigner comme expert à la demande de ses patients³².

31. Voir E. L. HAINES, « The Medical Profession and the Adversary Process », *loc. cit. supra*, note 4, pp. 41-44.

32. Conscient du rôle indispensable que jouent les médecins devant les tribunaux et de la valeur du temps passé loin de leurs malades, le législateur permet maintenant aux parties, en vertu de l'article 294A C.p.c., de produire en preuve un rapport médical pour tenir lieu de témoignage du médecin qui l'a signé à la condition que ce rapport soit déposé au greffe et que la partie adverse en soit avisée. Cette procédure, limitée au rapport médical, est une exception à la prohibition de la preuve par oui-dire et elle est tempérée par le fait qu'une partie peut toujours exiger la présence du médecin en cour et se prévaloir de son droit de le

Mais la somme de ces inconvénients, on s'en rend compte, n'explique pas à elle seule le peu d'empressement des médecins pour témoigner dans une action en responsabilité médicale. Pourtant ils acceptent généralement de le faire dans les autres types de poursuites, qu'il s'agisse d'une action pour blessures corporelles à la suite d'un accident d'automobile ou d'une requête en interdiction ³³.

B – Raisons particulières aux poursuites en responsabilité médicale

La véritable explication vient du fait qu'en responsabilité médicale on demande au médecin-expert non seulement d'évaluer l'étendue des dommages et de se prononcer sur le lien de causalité, mais surtout de démontrer qu'un de ses confrères ne s'est pas conformé aux règles admises de la pratique médicale. Les auteurs américains Waltz et Inbau ³⁴ font bien ressortir cette différence qui caractérise les procès en responsabilité médicale lorsqu'ils écrivent :

To recapitulate in sequence, in a typical medical malpractice lawsuit the plaintiff must put qualified medical experts on the witness stand to testify (1) that plaintiff suffered an injury that produced the disability and other ill effects claimed by him ; (2) that the cause of this injury, or at least a significant contributing cause of it, was the professional services rendered by the defendant doctor ; (3) that cases such as plaintiff's were such-and-so ; and (4) that defendant's professional conduct toward plaintiff fell below or otherwise unjustifiably departed from the described standard. In steps 1 and 2 plaintiff's experts are used to establish damage and the causal

contre-interroger. Wally P. LIGHBODY, « Doctor in the "Courtroom" », (1973) 31 *The Advocate*, 269-272. Ajoutons qu'en responsabilité médicale à cause du caractère technique de la preuve, les parties ne se contenteront pas de la production du rapport médical et voudront que le médecin vienne témoigner en personne. L'avantage de cette procédure sera alors considérablement réduit.

Quant aux dépenses encourues par le médecin, ses frais seront taxés comme un témoin ordinaire, art. 321 *C.p.c.* En outre, il sera peut-être rémunéré selon les termes de l'entente qu'il aura avec la partie qui a réservé ses services. Aux États-Unis, les ententes de cette nature entre le médecin et son patient sont la pratique courante. Cf. Harold L. HIRSCH, « The Physician's Obligation to Testify and his Right to Compensation », janvier 1975, *Medicolegal News*, Publication of the American Society of Law and Medicine Inc., pp. 3 et 7.

33. D'ailleurs dans ce genre de poursuites, les auteurs, lorsqu'ils parlent de l'expert, ne font jamais allusion à la difficulté qu'il y aurait à en obtenir un. Voir Dr François CLOUTIER, « Limites de l'expertise psychiatrique », [1954] *R. du B.* 65-71 ; Claude VALLERANT, « L'expert et l'Expertise », in : L'Association du Jeune Barreau de Montréal, Symposium 1967, Wilson et Lafleur, Montréal, 1968, pp. 25-32 ; Juge G. S. CHALLIES, « L'Évaluation de l'expertise médicale ». *Ibidem* pp. 1-6, et J. C. FAUVREAU, « L'Expertise médicale », *Ibidem* pp. 7-15.

34. Jon R. WALTZ, Fred E. INBAU, *Medical Jurisprudence*, New-York, The Macmillan Company, 1971, pp. 398.

connection with that damage of defendant's conduct. These two steps are common to every type of personal injury action, whether it be an automobile collision case or a medical malpractice case. Steps 3 and 4 are peculiar to professional negligence cases for they import content and meaning to the generalized standard of care uniquely applicable to such cases³⁵.

En demandant à l'expert de se prononcer ainsi sur la conduite d'un membre de sa profession, on le place dans une situation de conflit qu'il cherchera tout naturellement à éviter. C'est dans cette situation de conflit que prend racine le problème de la « conspiration du silence » où l'on a l'impression que les médecins se sont ligués entre eux pour faire échec à toutes les réclamations des victimes de fautes médicales.

Cette situation de conflit est favorisée par un sentiment profond de solidarité qui existe parmi les membres d'une même profession et par des pressions extérieures indues susceptibles de s'exercer sur le médecin qui consent à témoigner pour la victime.

1. Solidarité professionnelle

Le refus des médecins de témoigner est foncièrement inspiré par un sentiment profond d'appartenance à une profession et à en juger par un sondage effectué en Ontario³⁶, ce sentiment de solidarité est très prononcé chez les médecins. En effet, dans cette enquête on a demandé à 1835 médecins si, témoins d'une négligence évidente commise par un confrère, ils accepteraient de témoigner pour la victime; 404 ont répondu qu'il le ferait si on le leur demandait, 1221 ont dit qu'ils ne témoigneraient que s'ils en recevaient l'ordre par le tribunal alors que 37 affirmèrent qu'en dépit d'un ordre formel de la Cour, ils s'y refuseraient.

L'hypothèse suggérée à ces médecins dans le questionnaire supposait qu'ils avaient été témoins d'une négligence manifeste³⁷ et on peut se demander dans quelle proportion ils auraient consenti à témoigner si on leur avait plutôt demandé de servir d'expert dans une

35. *Id.*, p. 56.

36. Gilbert SHARPE, « The 'Conspiracy of Silence' Dilemma », Partie I, *loc. cit. supra*, note 1, 30-33. Voir aussi David KRETZMER, « The Malpractice Suit: is it Needed? », (1973) 11 *Osgoode Hall Law Journal* pp. 70-71.

37. Gilbert SHARPE, *loc. cit. supra*, note 1, pp. 30-31. La question posée était formulée ainsi: « While performing your duties at the hospital to which you are attached, you are a witness to an act by another doctor during his course of treatment of a patient which causes serious injury to the patient. In your opinion, there is no question but that the other doctor was grossly negligent in his course of conduct. [...] if a civil action were to be brought by the injured patient, you ordinarily would [...] ».

action où ils n'auraient eu aucune connaissance personnelle des faits. La réticence aurait été sans doute beaucoup plus grande encore.

Cette attitude défavorable à la victime d'une faute médicale ne peut s'expliquer que par le fort sentiment de solidarité au sein de la profession médicale et dont les raisons généralement invoquées par les médecins pour refuser de servir d'expert en sont l'expression. Certains médecins par exemple voient dans les poursuites dirigées contre des confrères une atteinte directe à l'intégrité de leur profession. Ils considèrent que les actions en responsabilité médicale sont généralement non fondées, qu'elles sont mises de l'avant par des avocats désireux de remplir leurs goussets et moussées par une publicité tapageuse³⁸. Si on demande à un de ces médecins de témoigner pour un patient, il opposera une fin de non-recevoir sans même accepter d'en connaître davantage sur le bien-fondé du cas qui lui est soumis. De ceux-là, on ne peut espérer aucune collaboration et il ne faut pas compter sur eux pour trouver des solutions à un problème qu'ils préféreront ignorer.

D'autres, plus conscients du problème, se placeront presque instinctivement dans la situation du défendeur et, persuadés que la même chose peut leur arriver un jour, ils n'oseront pas reprocher la conduite du médecin fautif³⁹. Quoique vous fassiez, ces médecins n'auront jamais suffisamment d'éléments en main pour blâmer leur confrère et ils refuseront tout simplement de se compromettre. Si le cas du patient est singulier on obtiendra d'eux de la sympathie et peut-être la suggestion de s'adresser auprès de médecins aussi qualifiés qu'eux, mais ils refuseront de se compromettre davantage.

Puis il y a ceux dont le refus est très compréhensible à cause des relations qu'ils entretiennent avec le défendeur poursuivi⁴⁰. En effet, ils connaissent le défendeur pour être un de ses anciens confrères de classe, ou pour avoir pratiqué dans le même centre hospitalier ou dans

38. Il est pour le moins surprenant qu'un avocat, aviseur légal sans doute d'une compagnie d'assurances, ait soutenu sans réserve cette position. Voir Albert AVERBACH, « Rx for Malpractice », janv. 1970. 19 *Clev. St. L.R.* (1) pp. 20-36. Il voudrait en quelque sorte que les fautes médicales ne soient pas révélées aux patients et si on partageait son point de vue il y aurait vraiment un complot ourdi contre les victimes. Pour une excellente critique de cet article, voir Jeffrey O'CONNELL, « Rx for Medical Malpractice? » juin 1970, n° 569, *The Insurance Law Journal*, pp. 325-333.

39. « Overcoming the 'Conspiracy of Silence': Statutory and Common-Law Innovations », (1961) 45 *Minnesota Law Review*, pp. 1019-1020; « Medical Malpractice — Expert Testimony », (1966) 60 *Northwestern University Law Review*, p. 837.

40. T. David MARSHALL, *loc. cit. supra*, note 4, p. 8; *idem*, « Malpractice and Medical Testimony », (1963) 77 *Harvard Law Review*, 333-341; David E. SEIDELSON, « Medical Malpractice Cases and the Reluctant Expert », (1966) 16 *Catholic University Law Review*, 158-162; Carl E. WASMUTH, *loc. cit. supra*, note 2; Joseph KELNER, *loc. cit. supra*, note 2, 18-20.

la même région que lui. Il leur est alors presque humainement impossible de témoigner contre lui. Aussi même si la victime ou son procureur connaît personnellement ces médecins et bien qu'ils puissent être convaincus que le défendeur s'est trompé, on ne pourra que très difficilement les amener devant le tribunal de peur de rompre des liens d'amitié ou d'engendrer des relations de travail insupportables. Ce sont ces médecins, plus nombreux qu'on le pense peut-être, qui sont le plus en situation de conflit et qui nous montrent les assises sérieuses sur lesquelles repose tout le problème de la difficulté de trouver un expert pour le demandeur en responsabilité médicale.

Enfin, il y a un autre type de médecins qu'il sera difficile d'assigner et qui seraient pourtant les plus qualifiés pour remplir la fonction d'expert. Il s'agit des médecins qui se consacrent à la même spécialité que le défendeur et qui seront d'autant plus inaccessibles que les membres de cette spécialité sont peu nombreux ou se rencontrent fréquemment⁴¹. Ils accepteront sans doute d'être l'expert de la cour si celle-ci leur en confie la mission, sinon ils seront toujours plus disposés à témoigner pour le défendeur que pour la victime qu'ils ne connaissent pas.

Ces situations nous laissent entrevoir tout le chemin que doit parcourir la victime avant de trouver un médecin prêt à lui servir d'expert. Et même si elle réussit à en obtenir un, il n'est pas certain qu'elle pourra le garder jusqu'à la fin du procès à cause des pressions extérieures qui pourront s'exercer sur lui. Dans une action en responsabilité médicale instruite devant un tribunal québécois⁴², un médecin aurait d'abord accepté d'être l'expert du demandeur pour subitement devenir l'expert de l'hôpital défendeur et devant un tel revirement le juge n'a pu s'empêcher de dire :

La Cour ne veut pas juger la conduite du docteur Bélanger qui, apparemment, aurait d'abord reçu un mandat pour le mettre de côté et en accepter un autre. On se contentera de dire qu'à première vue la situation a l'air étrange mais comme le docteur Bélanger n'a pas été appelé à l'expliquer il ne serait pas juste de porter jugement⁴³.

Comme il se devait, le juge, en l'absence de preuve, a dû laisser le bénéfice du doute au médecin et nous n'entendons pas faire autrement. Cependant on ne peut s'empêcher de s'interroger sur un tel comportement auquel des pressions extérieures de toutes sortes ne sont peut-être pas étrangères.

41. Pour avoir un aperçu général des raisons invoquées, voir Gilbert SHARPE, *loc. cit. supra*, note 1, 25-38.

42. *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, C.S. Chicoutimi, n° 29-089 (J. Miquelon).

43. *Id.*, p. 34.

2. Pressions susceptibles de décourager l'expert du demandeur

Aux États-Unis, les tribunaux ont été saisis de poursuites relatives aux pressions exercées sur l'expert du demandeur par les associations médicales et par les compagnies d'assurance, qui menacent même de ne plus couvrir ce risque dans certains états⁴⁴ à cause du nombre croissant de poursuites en responsabilité médicale qui réussissent grâce à la collaboration des médecins-experts. Chez nous, cependant, on n'a pas porté encore à l'attention des tribunaux l'existence de telles pressions, mais on peut se demander si elles n'existent pas déjà en puissance.

L'explication à l'exercice de ces pressions est fort simple. Elle réside dans l'intérêt qu'ont certains à ce que les médecins s'abstiennent de servir d'experts aux victimes de fautes médicales, et les compagnies d'assurance sont peut-être à cet égard les plus intéressées et les mieux placées pour exercer des pressions lorsque l'une d'entre elles assure à la fois le médecin poursuivi et l'expert du demandeur. Mais avant d'étudier la situation de conflit dans laquelle elles se trouvent, demandons-nous si l'association professionnelle pourrait, dans le but de garder la confiance du public dans la pratique médicale, décourager les médecins à témoigner et diminuer ainsi les poursuites.

a) Le problème de la « conspiration du silence » et l'association professionnelle

Dans les cas de contravention aux règles d'éthique, les sanctions imposées par les associations professionnelles peuvent être la suspension ou la radiation du tableau de l'ordre. La célèbre décision américaine *Bernstein v. Alameda Contra Costa Medical Association*⁴⁵ constitue un excellent exemple de ce genre de sanctions et, même si les frais ne sont pas directement reliés à la responsabilité médicale, la règle de droit qui s'en dégage s'applique avec la même rigueur.

Dans cette affaire un pathologiste nommé Ellis, après l'autopsie sur le corps d'un ouvrier, avait conclu à une mort naturelle. Cependant, le procureur de la veuve, insatisfait de ces conclusions,

44. Crawford MORRIS, « Medical Report : Malpractice Crises — A View of Malpractice in the 1970's », octobre 1971, *Insurance Counsel Journal*, p. 521, dit que certaines compagnies d'assurances n'assurent plus les médecins à Hawaï et que cela s'est produit en partie dans les états d'Utah, Colorado et Nouveau-Mexique.

45. 293 P. 2d 862 (Cal. App. 1956). Commentée à « Medical Malpractice — Expert Testimony », *loc. cit. supra*, note 39, pp. 835-836.

demanda à un autre médecin, le Dr Bernstein, de lui remettre un rapport détaillé sur les causes du décès. Ce dernier, tout en qualifiant le Dr Ellis d'incompétent, considéra plutôt que le décès résultait d'un accident de travail. Pour avoir fait ces remarques, au sujet de la compétence du Dr Ellis, Dr Bernstein fut accusé par l'association d'avoir enfreint un règlement d'éthique et fut suspendu en conséquence.

Ce règlement prescrivait qu'un médecin ne doit pas dénigrer un confrère qu'il remplace par des remarques ou des insinuations de nature à diminuer la confiance du patient ou du public dans la profession médicale⁴⁶. La Cour d'appel de Californie, tout en reconnaissant le respect des tribunaux pour les règlements des associations professionnelles, ordonna néanmoins la réintégration du Dr Bernstein dans les rangs de l'association médicale parce que son rapport avait été préparé dans le but de servir de témoignage devant la Commission des accidents industriels et que les règlements d'une association professionnelle ne devaient pas l'empêcher de témoigner dans une procédure judiciaire. Si un tel règlement devait être interprété comme empêchant tout témoignage, il serait invalide et contraire à l'ordre public.

If parties and witnesses were subject to slander and libel actions for utterances made or filed in a judicial proceeding the administration of justice would be hampered and the judicial process throttled. The same policy should ban a medical association bylaw which holds over each of the members the threat of expulsion if in his testimony (oral or written) before a court or other judicial body he «disparages, by comment or insinuation», another physician. With such a threat ever facing him, he must weigh carefully and well his every utterance lest through some slip of the tongue he «insinuate» something about another physician which his county medical council may, perchance, deem «disparaging» and, as such, just cause for censure, suspension, or expulsion. It is inconceivable that the law could tolerate the holding of such a sword of Damocles over any medical witness in any judicial proceeding⁴⁷.

En protégeant le témoignage du médecin, la Cour a préféré l'intérêt supérieur de la justice à celui des membres d'une association. Il faut espérer que, placés dans la même situation, nos tribunaux en feraient autant.

46. Le règlement était ainsi rédigé : « When a physician does succeed another physician in charge of a case, he should not disparage by comment or insinuation, the one who preceded him. Such comment or insinuation tends to lower the confidence of the patient in the medical profession and so reacts against the patient, the profession and the critic. » *Bernstein v. Alameda Centra Costa Medical Association*, 293 p., ed, 862 (Cal. App. 1956) à la page 863, réf. 2.

47. *Id.*, p. 865.

Quelques années plus tard, la Cour d'appel de Californie a rendu une autre décision qui n'est pas sans surprendre cette fois. Il s'agit de l'arrêt *Agnew v. Parks*⁴⁸ où l'appelante, victime d'une faute médicale, a poursuivi l'association médicale de Los Angeles pour avoir intimidé neuf médecins afin qu'ils refusent de servir d'experts lors du procès⁴⁹. À la suite de ces manœuvres, la victime reprocha également à l'association médicale d'avoir compromis ses chances de succès dans son action contre le médecin fautif en distribuant à ses membres un communiqué affirmant que ce médecin était exempt de blâme, aussitôt après que la réclamation eut été soumise à un comité formé par l'association pour juger du bien-fondé des poursuites en responsabilité médicale⁵⁰.

La Cour, tout en admettant l'existence de diverses pressions à l'égard d'un médecin susceptible de témoigner en faveur d'une victime lors d'un procès en responsabilité médicale⁵¹, rejeta quand même l'action. Aucune entente en effet n'était survenue entre les médecins et la demanderesse pour qu'ils lui servent d'experts. Un médecin étant toujours libre de refuser de témoigner, l'association médicale pouvait rappeler à chacun de ses membres son droit de refuser⁵².

Cette décision ne contredit pas l'affaire *Bernstein*, mais elle établit une nuance importante néfaste à la victime d'une faute médicale. Alors que dans l'arrêt *Bernstein*⁵³ la Cour d'appel avait décidé qu'une association médicale ne pouvait empêcher, par des mesures coercitives, un médecin de témoigner s'il avait déjà convenu de le faire, cette même cour estime, dans l'affaire *Agnew*, qu'une association médicale peut exercer des pressions sur les médecins tant que ceux-ci ne se sont pas engagés à témoigner.

L'arrêt *Agnew* permet d'exercer sur le médecin toutes sortes de pressions pour le dissuader de témoigner en faveur d'une victime tant

48. 343 P. 2d 118 (Cal. App. 1959).

49. *Id.*, p. 127. Trois des médecins auraient donné les raisons suivantes pour expliquer leur refus: « One stated his malpractice insurance would be cancelled and he would jeopardize his membership in the Los Angeles County Medical Association if he testified; another said the practice of doctors appearing for plaintiffs was frowned upon; and Dr Paul McMasters (one of plaintiff's own doctors) told her (you) had a pretty rough time, but I could not testify against another doctor, and if she planned to call an expert who is a member of the Los Angeles County Medical Association, he cannot testify for (you) against another doctor ».

50. En outre, elle, alléguait que sur demande du juge de première instance à l'association médicale pour obtenir un expert impartial, celle-ci lui assigna le Dr Parks qui connaissait le médecin et aurait nettement favorisé le défendeur au procès.

51. *Id.*, p. 122.

52. *Id.*, p. 123. La Cour jugea aussi que l'action était prescrite.

53. *Supra*, note 45.

qu'il est un « agent libre ». Les abus auxquels conduirait une telle interprétation suscitent l'espoir qu'il s'agit là d'une décision isolée et non suivie depuis. Nous souscrivons d'ailleurs à la critique que Webb en a faite⁵⁴.

It is clear, as the court held, that an individual physician has no duty to testify upon the mere request of a claimant. A contrary result would mean that a claimant could indirectly compel expert testimony a power which the law has placed within the discretion of the court. But the court's further conclusion, that simply because a physician has no duty to testify the actions of a third party forcing him not to testify are therefore necessarily lawful, seems unsound. While the actions of the medical association do not precisely fit into any nominate tort category, they do appear to fall within principles derived from closely analogous cases. Where one party is in need of services which in the normal course of events would be available to him, a third party whose negligent intervention is the sole reason why such services are not forthcoming has been held liable to the potential beneficiary for resulting damages, notwithstanding the fact that the potential source of such services was under no legal duty to render them⁵⁵.

La question sous-jacente à ces deux décisions de même qu'à toute cette section de notre étude des pressions exercées sur le médecin est celle de savoir jusqu'à quel point nous disposons de mécanismes suffisants pour faire obstacle à cet aspect du problème de la « conspiration du silence ». C'est d'ailleurs ce qui a fait dire que : « The *Agnew* case is important, therefore, not only because it reveals the existence of the conspiracy which prevents a plaintiff from proving his case, but also because it illustrates judicial inability to deal with the conspiracy of silence »⁵⁶.

Notre *Code de procédure civile* rend passible d'outrage au tribunal le fait d'« entraver le cours normal de l'administration de la justice »⁵⁷ et l'on peut penser à bon droit que de telles pressions seraient réprouvées chez nous, encore que la question reste ouverte tant que les tribunaux ne se seront pas prononcés.

À la lecture des deux décisions américaines précédentes, la forme de pressions auxquelles on peut s'attendre de la part des associations professionnelles consiste dans le recours à des mesures disciplinaires pour punir le médecin qui aurait témoigné contre un membre de

54. William Y. WEBB, « Torts — Obstruction of a civil Action-Coercion by a Medical Association to Preclude Availability of Expert Testimony in a Medical Malpractice Action », (1960) 58 *Michigan Law Review*, 802.

55. *Id.*, p. 803.

56. « Overcoming the 'Conspiracy of Silence': Statutory and Common-Law Innovations », *loc. cit. supra*, note 39, p. 1022.

57. Art. 50 C.p.c.

l'association et faire de son cas un exemple qui découragera ceux qui voudraient le suivre dans cette voie. À cet égard, une analyse des règlements de la Corporation professionnelle des médecins du Québec nous révèle très vite qu'elle n'a pas le pouvoir d'agir de la sorte envers ses membres et, de plus, nous n'avons aucune preuve que des pressions de la sorte aient déjà été exercées à leur endroit. Aussi les médecins qui veulent témoigner ici pour la victime d'une faute médicale n'ont donc pas à craindre des représailles de sa part.

Cependant, si on ne peut reprocher à l'association professionnelle des médecins du Québec aucun acte de nature à dissuader les médecins qui seraient disposés à témoigner pour la victime d'une faute médicale, nous pouvons toutefois déplorer qu'elle n'encourage pas davantage la collaboration entre les médecins et les victimes de fautes médicales.

Cette tâche incombe sans doute beaucoup plus au législateur, mais la corporation professionnelle a le devoir d'assurer à la population une pratique médicale sans reproche et à cet effet, elle devrait au moins accorder un appui moral aux médecins qui sont disposés à témoigner en recommandant ouvertement à tous ceux qui ont des raisons suffisantes de croire qu'un patient a été lésé par un autre médecin d'aider cette victime devant les tribunaux si celle-ci le leur demande. D'ailleurs le problème de la difficulté d'obtenir un médecin-expert ne peut être résolu sans une participation active des associations médicales et c'est la conclusion à laquelle arrivait dernièrement un auteur américain ⁵⁸.

Finally, *real self-policing of the medical profession is necessary, and should be done by the local medical associations. Compliance with a statement of the Judicial Council of the American Medical Association, « that a physician should expose, without fear or favor, incompetent or corrupt, dishonest or unethical conduct on the part of members of the profession », will be the best answer to the outrageous medical conspiracy of silence. Although the greatest impact of such a conspiracy is felt by an injured plaintiff, who is unable to find relief in the courts, it also affects the medical profession itself in terms of increasing insurance costs, reaction by the public in favor of restrictions on the effective practice of medicine, and the spectre of increasingly unclear and burdensome legal doctrines* ⁵⁹.

L'Association médicale ontarienne est consciente du rôle qu'elle doit jouer dans la solution de ce problème et c'est pourquoi elle a publié, de concert avec *The Law Society of Upper Canada*, des avis à l'effet qu'elle aidera à trouver un expert à toute victime d'une faute médicale qui lui en fait la demande ⁶⁰. Voilà bien une attitude positive

58. William P. GIBBONS, *loc. cit. supra*, note 2.

59. *Id.*, p. 52.

60. *Ontario Reports, Second Series*, Volume 3, 13 Sept. 1974, p. i.

qu'il faut encourager et souhaiter que la corporation professionnelle du Québec s'en inspire à l'avenir.

b) Le problème de la « conspiration du silence » et les compagnies d'assurances

Si de façon générale les associations médicales n'ont pas intérêt ni les moyens de restreindre le témoignage des médecins, on ne peut en dire autant des compagnies d'assurances en responsabilité professionnelle, qui pourraient éventuellement par certaines pressions subtiles intimider les experts agissant contre l'un de leurs assurés.

D'abord elles sont avantageusement servies par la difficulté du patient à se trouver un expert, car lorsque les médecins consentent à témoigner pour les victimes de fautes médicales, cela favorise l'augmentation des poursuites en responsabilité médicale, accroît les chances de succès des victimes et diminue, par ricochet, la marge de profit des compagnies qui doivent verser des indemnités toujours plus considérables. Les compagnies d'assurances auraient donc intérêt de décourager globalement les médecins en les menaçant de hausser leurs primes ou tout simplement en leur faisant sentir l'éventualité où elles refuseront de couvrir les risques découlant de l'exercice de leur profession. De plus, lorsqu'une même compagnie est l'assureur à la fois du médecin poursuivi et du témoin-expert, elle est dans une position de force pour faire comprendre à ce dernier qu'en témoignant pour le demandeur il s'expose à se faire résilier son assurance ou tout au moins à ne plus se la faire renouveler.

Nous trouvons dans la jurisprudence américaine une décision assez récente, excellente illustration de ce genre de pressions. Il s'agit de l'arrêt *Dr Finn F. L'Orange v. The Medical Protective Company*⁶¹ dont les faits sont simples et font bien ressortir les difficultés de la recherche d'un expert. Le Dr L'Orange, dentiste pratiquant dans l'État de l'Ohio, est assuré depuis vingt-cinq ans par la compagnie défenderesse qui renouvelle à chaque année sa police d'assurance. En 1965, à la suite d'une assignation par *subpoena*, il a témoigné à titre d'expert en faveur d'une victime, contre un dentiste de l'État d'Ohio assuré lui aussi par la même compagnie défenderesse. Or peu après le verdict du jury condamnant le dentiste à indemniser la victime et alors que la Cour d'appel était saisie d'une requête en vue d'obtenir un nouveau procès, la compagnie d'assurance a résilié la police du Dr L'Orange, qui intenta alors une action pour bris de contrat.

61. 394 F. 2d 57 (Cal. 1968).

Le Dr L'Orange prétendit que cette résiliation non motivée de sa police d'assurance constituait une intimidation dans le but de l'empêcher de témoigner à l'avenir, qu'il s'agissait d'une obstruction à la justice contraire à l'ordre public et qu'il y avait ouverture à une action pour bris de contrat. La compagnie d'assurance, pour sa part, alléguait qu'elle s'était réservée dans le contrat d'assurance le droit de résilier unilatéralement la police après avis et remise, comme elle l'a fait, des primes pour la période non écoulée.

La question en litige était donc de savoir si le pouvoir contractuel de résilier unilatéralement une police d'assurance est contraire à l'ordre public lorsqu'il est utilisé pour intimider un témoin. En première instance le tribunal a jugé que la compagnie d'assurance avait le droit de mettre fin au contrat en respectant les formalités, même si cela constituait une tentative d'intimidation d'un témoin et était contraire à l'ordre public⁶². La Cour d'appel, cependant, n'a pas hésité à renverser cette décision et voici quel a été son raisonnement :

The virtual necessity of expert testimony in medical malpractice cases plus the recognized reluctance of members of the medical profession to give such testimony render the public policy against intimidating a witness even more compelling in the present case.

It cannot be doubted that the effective administration of justice requires that expert testimony be available in malpractice actions.

[...] In view of the hazards of malpractice action, the availability of malpractice insurance is of extreme importance to dentists, physicians, and other professional men, and likewise important to their patients and clients.

A member of the medical profession could hardly be expected to appear in court and testify for a plaintiff in any litigation if the penalty might be the cancellation of his own malpractice insurance. It manifestly is contrary to public policy to permit an insurance company to use policy cancellation as punishment against a doctor or dentist who appears as a witness to protect the rights of a plaintiff who has been wronged by another member of the profession. If the insurance industry can use the cancellation procedure to keep members of the medical profession from testifying as witnesses, malpractice litigation can be stifled⁶³.

Ce raisonnement, qui, souhaitons-le, serait endossé par nos tribunaux, adresse un lourd avertissement aux compagnies d'assurances de nature à rassurer les médecins qui acceptent de témoigner pour le demandeur et qui craignent de se faire résilier leur police d'assurance avant son échéance.

62. *Id.*, p. 60.

63. *Id.*, pp. 61-62.

Dans l'affaire *L'Orange*, il s'agit d'un cas de résiliation, mais la situation est beaucoup plus alarmante lorsqu'au contraire un médecin se voit refuser le renouvellement de sa police d'assurance, puisqu'il existe alors un problème de preuve presque insurmontable⁶⁴ qui joue à long terme au détriment des réclamants dépourvus d'expert. En effet, d'une part une compagnie d'assurance n'a pas, en vertu du principe de la liberté de contracter, à justifier son refus d'assurer un médecin sauf s'il existe déjà dans un contrat antérieur une clause qui n'autorise la compagnie à refuser que pour une cause juste et suffisante. D'autre part, la bonne foi se présument⁶⁵, l'assureur qui se livre à cette pratique prendra bien garde de maquiller les faits de sorte que le médecin pourra soupçonner la machination mais il n'aura pas les preuves suffisantes pour la faire condamner. Il faudra donc des circonstances accablantes et un lien de connexité évident entre le témoignage du médecin et le non-renouvellement de sa police pour permettre au tribunal de considérer ce refus de réassurer le médecin comme étant contraire à l'ordre public ou portant atteinte à la bonne administration de la justice.

Ces faits réunis entretiennent un climat suscitant chez les médecins-témoins à titre d'experts la crainte de ne pas être réassurés et cela suffit pour décourager bien des médecins qui autrement seraient disposés à servir d'expert pour le demandeur.

Nous n'avons pas, cependant, de preuve tangible que les compagnies d'assurance aient exercé de telles pressions au Canada. Mais on ne peut s'empêcher de penser que l'Association canadienne de protection médicale, qui « assure » plus des trois quarts des médecins canadiens, entretient chez nous, involontairement sans doute, cet état d'insécurité, et cela à cause de la protection très aléatoire et discrétionnaire qu'elle accorde à ses membres. C'est d'ailleurs ce qui a fait dire au docteur Marshall :

Ontario doctors are nearly all covered by malpractice insurance. The Canadian Medical Protective Association is the insuring body. It is member sponsored. It does not guarantee to cover any doctor in any particular suit and there is no guarantee that any doctor will be reinsured for the following year. All these qualifications leave the doctor in a somewhat insecure position *vis-à-vis* his defense union. He might wonder what effect testimony against another doctor will have on his standing with the association.

64. « *L'Orange v. Medical Protective Co.*, 394 F. 2d 57 (6th Cir. 1968), — Intimidation of Plaintiff's Witness in a Malpractice Suit by Cancellation of Insurance », [1968-69] *Northwestern University Law Review*, 873, p. 880 et réf. 37.

65. Art. 2202 C.c.

[...] *I submit that the insecurity of the Ontario physicians in respect to this insurance has some bearing on the problem of obtaining expert testimony*⁶⁶.

Cette analyse de la situation qui existe en Ontario vaut également pour le Québec, où le législateur a reconnu récemment⁶⁷ que l'A.C.P.M. pouvait couvrir adéquatement la responsabilité des médecins aux fins de l'article 91 de la *Loi des services sociaux et des services de santé* qui oblige les médecins exerçant dans un établissement hospitalier à détenir une police d'assurance-responsabilité⁶⁸. Lorsqu'on y regarde de près, cette association pourrait constituer une entrave pour les médecins voulant servir d'expert pour le demandeur, en les empêchant, en quelque sorte, de le faire par l'article 9 de ses règlements⁶⁹ qui prescrit que :

Il incombe à tout membre de l'Association d'aider à la défense, dans tout procès dont se charge l'Association⁷⁰.

En effet, interprété *a contrario*, cet article signifie que le médecin membre de l'association qui devient l'expert du demandeur nuit à la défense et agit à l'encontre des intérêts de son association. Donc un membre de cette association ne peut servir d'expert à la victime d'une faute médicale sans s'exposer à être expulsé pour ce fait. D'ailleurs, l'article 5(2) du même règlement donne au Conseil pleine discrétion pour juger ce qui est nuisible à l'association.

Le Conseil a le pouvoir de mettre fin à l'adhésion d'un membre dont la conduite ou l'adhésion sont jugées nuisibles à l'association. Cette mesure ne sera prise que si le membre a reçu un préavis de vingt et un (21) jours de la réunion où son cas sera étudié et si l'occasion lui a été donnée de s'expliquer selon qu'il l'a jugé à propos. Le Conseil peut déléguer tout ou partie de l'exercice de ce pouvoir au Comité exécutif⁷¹.

66. T. David MARSHALL, *loc. cit. supra*, note 4, p. 7. Nous soulignons.

67. *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux*. L.Q. 1974, c. 42 (sanctionnée le 24 décembre 1974, en vigueur depuis le 8 janvier 1975).

68. En effet, l'article 91 de la loi 48 exige que : « Tout médecin ou dentiste exerçant dans un établissement doit détenir, pour lui et sa succession, une police valide d'assurance de responsabilité professionnelle acceptée par le Conseil d'administration et, chaque année, établir que cette assurance est en vigueur ». Or la loi précitée, *supra*, note 62, vient ajouter à l'article 91 un deuxième alinéa qui est rédigé ainsi : « Un médecin ou dentiste peut toutefois s'acquitter de l'obligation visée au premier alinéa en fournissant annuellement au conseil d'administration la preuve qu'il est membre de l'Association canadienne de protection médicale ».

69. L'Association canadienne de protection médicale, « Constitution et Règlements ». En vigueur le 23 octobre 1973, C.M.A. House, 1867 Atla Vista Drive, Ottawa, Canada, K1G 3H7.

70. *Id.*, nous soulignons.

71. *Id.*, nous soulignons.

L'ensemble de tous ces éléments joint au fait que cette association, qui sans être vraiment une compagnie d'assurances⁷², couvre la responsabilité de plus de 80% de tous les médecins canadiens⁷³, nous font encore mieux comprendre pourquoi la victime d'une faute médicale éprouve tant de difficulté à obtenir l'aide d'un médecin-expert pour présenter sa preuve devant le tribunal.

Conclusion

En étudiant la fonction de l'expert des parties, nous avons pu nous rendre compte combien sa présence est nécessaire dans notre système judiciaire pour permettre l'exercice complet des droits de tous les citoyens devant les tribunaux. Cependant, nous avons vu qu'en responsabilité médicale il est devenu presque impossible pour le demandeur d'obtenir les services d'un expert prêt à dénoncer la conduite d'un confrère. À cet égard, on ne saurait mieux décrire la situation d'injustice qui prévaut en responsabilité médicale que ne l'a fait Kelner lorsqu'il a écrit ce qui suit :

Thus, to prove a doctor's careless departure from prevailing standards of care usually requires that another doctor testify against the defending doctor. It takes one to know one. But recruiting a doctor ready, able and willing to testify against the negligent doctor is like looking for the proverbial needle in a haystack. The doctor willing to testify is inviting social and professional ostracism in his county medical Society and worse.

The curtain of silence is parted here-and-there by a few « renegade » doctors with enough courage to brave the taunts and penalties. Their testimony is needed to make the facts speak for themselves: the clamp left in the abdomen during surgery is a *res ipsa loquitur* case.

Even so, it is risky for the patient to go to trial without an expert medical witness because the malpractice insurance lawyer will have no shortage of doctors to explain away on trial any act of carelessness. The negligent doctor can be expected to get from three to ten doctors to testify for him; the patient is lucky to get one⁷⁴.

Les raisons profondes de ce grave problème le rendent presque insurmontable, car lorsque le refus du médecin ne sera pas motivé par la solidarité professionnelle, ce sera à la suite de pressions de toutes

72. Pour plus de renseignements sur cette question ainsi que sur les compagnies d'assurances qui couvrent le risque médical, cf. ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, *Constitution et Règlements*, *supra*, note 69.

73. « Medical Defense in Canada », in *The Best of Law and Medicine 70/73*, Chicago, 1974 : « Of the approximately 27 000 licensed physicians in Canada, about 80% are members of the Canadian Medical Protective Association », p. 183.

74. Joseph KELNER, *loc. cit. supra*, note 2, p. 19.

sortes et même par la crainte de représailles de la part de son assureur qu'il préférera éviter les occasions d'assister la victime d'une faute médicale devant le tribunal.

Ces pressions envers les médecins susceptibles d'être experts ont été dénoncées surtout aux États-Unis, mais elles sont tellement universelles que le Québec ne saurait y échapper en pratiquant la politique de l'autruche parce qu'on n'a pas les données statistiques pour évaluer l'ampleur du problème. Ce serait cultiver une injustice que les bénéficiaires n'ont évidemment pas intérêt à dénoncer. La prochaine étape nous permettra de juger davantage du sérieux de ce problème car nous verrons comment le droit québécois n'est pas aménagé pour y faire face.

SECTION 3

Dispose-t-on en droit québécois de moyens pour solutionner ce problème ?

Maintenant que l'étude des principales raisons de cette réticence des médecins à servir d'expert contre un confrère nous a permis de réaliser que nous n'étions pas nécessairement au Québec exempts de ce problème, il convient de se demander dans quelle mesure les mécanismes de notre système judiciaire sont suffisants pour parer efficacement à une telle difficulté.

À cette fin, nous verrons d'abord si le demandeur qui ne parvient pas à retenir les services d'un expert peut forcer un médecin à venir témoigner pour lui en cette qualité ou s'il peut obtenir du tribunal qu'il lui en délègue un d'office, et nous nous demanderons ensuite s'il ne serait pas possible de minimiser l'absence de l'expert par des procédures déjà existantes.

A – Procédures pour amener un expert devant le tribunal

Les deux seules façons de procéder prévues au *Code de procédure civile* lorsqu'une partie veut s'assurer de la présence d'un expert devant le tribunal sont la signification d'un bref de *subpoena* et le recours à l'article 414 *C.p.c.*, encore que le but de cet article, comme nous le verrons, consiste plutôt à procurer au tribunal qu'aux parties un expert pour l'assister.

1. Émission d'un bref de subpoena

Après de nombreuses démarches infructueuses pour obtenir la collaboration volontaire d'un expert pour aider son client, le procureur en désespoir de cause, qui ne voudra pas abandonner pour autant une réclamation bien fondée, n'a plus qu'à penser à la participation forcée d'un médecin pour témoigner en faveur de son client. La signification d'un bref de *subpoena* est le moyen tout désigné⁷⁵ pour obliger quelqu'un à témoigner et les termes de l'article 295 C.p.c., qui parlent de la contrainte des témoins, sont suffisamment larges pour permettre à la victime d'une faute médicale de forcer un médecin à témoigner malgré sa volonté si elle en a besoin pour compléter sa preuve.

Toute personne est apte à déposer en justice, sauf si, en raison de sa condition physique ou mentale, elle n'est pas en état de rapporter des faits dont elle a eu connaissance; et toute personne apte à déposer peut être contrainte de le faire.

La parenté, l'alliance, l'intérêt peuvent être causes de reproches contre un témoin, mais seulement quant au degré de crédibilité de son témoignage⁷⁶.

Cet article permet au procureur du demandeur de contraindre à témoigner aussi bien le médecin qui a examiné son client et qui refuse de témoigner parce qu'il s'agit d'une poursuite en responsabilité médicale, qu'un médecin étranger au litige.

Il est facile d'imaginer les inconvénients de cette façon radicale d'amener le médecin devant le tribunal et l'atmosphère dans laquelle témoignera un expert contraint de le devenir malgré lui par l'une des parties. Cette procédure, la seule offerte par notre système judiciaire au demandeur incapable d'obtenir la collaboration volontaire d'un médecin, n'est vraiment pas à conseiller, car le demandeur s'expose à ce que le médecin soit plus favorable au défendeur ou s'attarde tout simplement dans son témoignage à convaincre le juge qu'il n'a pas les qualifications suffisantes pour être un expert compétent. Aussi l'utilisation prudente de cette procédure en responsabilité médicale découle du gros bon sens tel qu'exprimé par Webb: « While it is true that a court could subpoena expert testimony [...], a man who is forced to testify is not likely to be as favorable as one who agrees to do so »⁷⁷.

Cependant, l'émission d'un *subpoena* peut produire des effets positifs lorsque le demandeur ou son procureur entretiennent des

75. C'est la manière ordinaire pour les parties d'assigner les témoins, art. 280 C.p.c., et le témoin qui s'y soustrait est sujet au mandat d'amener et à la détention selon la discrétion du juge, tel que prévu à l'article 284 C.p.c.

76. Art. 295 C.p.c. Nous soulignons.

77. William Y. WEBB, *loc. cit. supra*, note 54, p. 804.

relations avec un médecin qui acceptera de faire fi des contraintes étudiées précédemment pour témoigner, à la condition toutefois de pouvoir sauver la face en montrant qu'il n'est pas venu témoigner de son propre chef, mais qu'il a été obligé de le faire.

While the subpoena should, generally speaking, be used to obtain reluctant medical expert testimony only when all other measures fail, and it appears certain that a non-suit will result without such action, there *are* instances when a doctor might wish it to appear that he is being forced to testify while he in fact desires to encourage an injured plaintiff's endeavours in winning a bona fide malpractice claim against a negligent colleague. In these latter instances, a subpoena may provide the means of permitting a well-meaning but social-conscious physician to save face ⁷⁸.

Nous n'avons pas trouvé dans la jurisprudence québécoise de décision où l'on ait contraint de la sorte un médecin à témoigner. Il est probable, d'ailleurs, que des avocats aient tout simplement préféré ne pas entreprendre de poursuites en responsabilité médicale plutôt que de prendre le risque de forcer un expert à témoigner malgré lui.

Donc, même si le demandeur peut forcer un médecin à donner son opinion en cour, il n'est pas à son avantage de le faire et le *subpoena* n'est vraiment pas une procédure efficace pour parer à la difficulté d'avoir un expert. Dans de telles conditions, il ne reste plus au demandeur qu'à demander au tribunal de nommer un expert en vertu de l'article 414 C.p.c.

2. L'expert de l'article 414 C.p.c.

Cet article du *Code de procédure civile* permet au tribunal de nommer un expert à la demande des parties ou de sa propre initiative. Ainsi :

Après contestation liée, le tribunal peut, même de sa propre initiative, s'il est d'avis que les fins de la justice peuvent être ainsi mieux servies :

1. ordonner une expertise par personne qualifiée, qu'il désigne pour l'examen, la constatation et l'appréciation de faits relatifs au litige.

Mais il s'agit alors d'un expert impartial qui reçoit un mandat bien précis⁷⁹ du tribunal pour l'assister dans l'appréciation de la preuve et des opinions divergentes prônées par les experts respectifs

78. Gilbert SHARPE, *loc. cit.*, Partie III, mars 1973, *supra*, note 1, p. 187. Voir aussi E. HAINES, « The Conduct of a Malpractice Action », *loc. cit. supra*, note 4, p. 288.

79. Art. 416 C.p.c., 1^{er} alinéa : « Le jugement qui ordonne une expertise doit énoncer d'une manière précise la mission confiée à l'expert, et fixer le délai dans lequel il devra faire rapport ».

des parties. Aussi doit-il produire au greffe un rapport de ses opérations et de ses conclusions qui soit « suffisamment détaillé et motivé, de manière que le tribunal soit en mesure d'apprécier lui-même les faits »⁸⁰.

Une partie incapable de retenir les services d'un expert ne peut donc se prévaloir de ces dispositions du *Code de procédure* pour forcer le tribunal à lui déléguer d'office un expert pour la seconder. Faute d'avoir son propre expert, le plus qu'elle peut espérer de cette procédure c'est que le tribunal accepte de se faire assister d'un spécialiste pour mieux évaluer les théories mises de l'avant par les experts de la partie adverse. D'ailleurs les juges semblent assez favorables à recevoir l'opinion d'un homme de science indépendant lorsque les avis sont partagés sur des questions techniques. Ainsi dans *Vézina v. D.*⁸¹, le tribunal a nommé un expert pour effectuer des expériences sur une aiguille qui s'était brisée lors d'une anesthésie et lui faire part de ses conclusions, alors que dans *Bergstrom v. G.*⁸², c'est à la suite des témoignages contradictoires des médecins des parties que le juge a suggéré la tenue d'une expertise. Plus récemment⁸³, le juge Challies a eu recours lui aussi à cet article dans une décision où il devait se prononcer sur un problème de lien de causalité. Voici le passage où il décrit sommairement la mission qu'il a confiée à l'expert.

Il reste donc à décider, dit-il, s'il y a un lien de causalité raisonnable entre la faute du défendeur et l'amputation de la jambe. Pour aider la Cour, le tribunal a nommé comme expert de la Cour le Dr J. Gordon Petrie [...] qui a bien voulu accepter d'*étudier à fond* le dossier et la preuve faite pour la demande et qui a *écouté en Cour* toute la preuve faite par la défense et a ensuite *émis son opinion* lui-même⁸⁴.

Il va de soi que cette procédure conçue pour fournir un expert à la Cour ne saurait suppléer à l'absence d'expert du demandeur. D'abord, ne pouvant être nommé qu'après contestation liée⁸⁵, cet expert ne peut l'aider à préparer sa cause, et, autre inconvénient majeur, il n'est pas

80. Art. 421 C.p.c., deuxième alinéa.

81. [1961] C.S. 249.

82. [1967] C.S. 513. CRÉPEAU, *op. cit. supra*, note 7, p. 35, réf. 44, approuve cette sage décision du tribunal.

83. *Robidoux v. Cusson*, C.S. Mtl. n° 798-108, 22 mars 1971 (j. Challies).

84. *Id.*, p. 4. Nous soulignons. Cf. *Hôpital Notre-Dame de L'Espérance v. Dame Jeanne F. Laurent*, C.A. Mtl. n° 09-014974-71, sept. 1974, p. 18.

85. Art. 414 C.p.c.

choisi par lui mais désigné par le juge⁸⁶. Sa fonction première est d'éclairer le tribunal en toute objectivité sur une question précise et ce n'est pas sur lui que le demandeur doit compter pour présenter dans le détail les hypothèses scientifiques qui soutiennent le plus ses prétentions. Aussi s'il n'a pas son propre expert pour l'aider à faire valoir ses droits, le demandeur est défavorisé au départ puisqu'il n'aura pas de personne compétente pour endosser scientifiquement sa position dans un débat se déroulant entre les experts du défendeur et celui de la Cour.

Néanmoins l'expert de la cour occupe une fonction très importante dans notre système judiciaire, car, étant forcément plus indépendant devant les faits en litige que les experts des parties, il est l'auxiliaire du juge pour tout ce qui se rapporte à l'aspect technique de la preuve. Dans une action en responsabilité automobile dont le nœud du procès reposait sur la détermination d'un lien causal entre l'accident et la paralysie du demandeur⁸⁷, le juge Rinfret se plaint de l'absence d'un expert indépendant et nous laisse voir comment la fonction de l'expert médical complète celle du juge.

Dans une cause comme celle-ci, il serait indiscutablement plus avantageux pour le juge appelé à la décider, d'être en même temps juge et expert médical ou, au moins, de pouvoir se faire assister d'un expert médical indépendant.

Dans l'état actuel des choses, le juge doit obtenir des experts médicaux la science médicale qui lui manque mais se réserver à lui la décision finale et sur les faits et sur les implications médicales.

L'expert médical, de son côté, à qui manque la formation légale, ne doit pas s'aventurer sur ce terrain.

Il manque à l'un et à l'autre une formation complète dans les deux domaines, mais, dans un procès comme celui-ci, le juge a l'avantage et le bénéfice des renseignements et des opinions du côté médical, ce qui n'est pas vrai pour l'expert médical, du côté légal⁸⁸.

86. Parlant de la question de savoir si les frais d'expertise de la partie demanderesse sont des dommages recouvrables, le juge Mayrand met en évidence cette inconvenance dans l'arrêt *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Dame Jeanne F. Laurent*, *supra*, note 84, lorsqu'il écrit : « Les demandeurs auraient pu, en ayant recours aux articles 414 et suivants du Code de procédure civile, demander au tribunal de nommer un ou plusieurs experts dont les frais auraient été taxables. Mais cette nomination serait restée à la discrétion du tribunal et les demandeurs n'auraient pas pu imposer les médecins experts de leur choix. Il serait trop facile de faire échec au pouvoir discrétionnaire que le Code de procédure reconnaît au tribunal en cette matière si une partie pouvait, de sa propre initiative, nommer les experts de son choix et en faire supporter les frais par la partie qui perd sa cause », p. 17. Nous soulignons.

87. *Dubois v. Genois*, [1964] B.R. 657.

88. *Id.*, pp. 642-643. À remarquer que dans certains paragraphes le juge réfère plutôt à l'expert des parties mais les mêmes remarques s'imposent à l'expert de la Cour qui ne fait que donner au juge une opinion que celui-ci n'est pas tenu de suivre, article 423 C.p.c. D'après

En définitive, l'expert de la cour occupe une fonction bien spécifique auprès du tribunal et les parties ne peuvent compter sur lui pour convaincre le juge du bien-fondé de leurs prétentions particulières⁸⁹. Plus utile que l'émission d'un *subpoena*, cette procédure ne comble pas le fossé entre la victime d'une faute médicale dépourvue d'expert devant le tribunal et le défendeur assisté d'un ou plusieurs experts. Dans l'état actuel du droit québécois, il ne reste donc plus au demandeur qu'à s'accommoder des procédures déjà existantes pour minimiser autant qu'il le peut cette impossibilité d'obtenir son propre expert; d'où l'intérêt de voir dans quelle mesure ces procédures peuvent lui venir en aide.

B – Incapacité de suppléer au rôle de l'expert par les procédures déjà existantes

Un inventaire des autres procédures prévues dans notre *Code* révèle très tôt l'impossibilité de remplacer l'expert pourtant si nécessaire dans un procès en responsabilité médicale où la victime doit convaincre le tribunal, selon « les données acquises de la science », de la négligence, de l'imprudence du défendeur. En effet, outre l'article 414 *C.p.c.* dont nous venons d'étudier les limites, le demandeur ne peut guère compter plus que sur l'interrogatoire au préalable⁹⁰ et souhaiter une participation active du juge en sa faveur.

une ancienne décision *Bertz v. St-Aubin*, (1919) 55 C.S. 378, il semble, cependant, que le juge, lorsqu'il ne suit pas l'opinion de l'expert, doive motiver sa décision sur ce point. Voir aussi l'obiter se rapportant aux articles 391 et ss. de l'ancien *Code* dans *Shawinigan Engineering Company v. Naud*, [1929] R.C.S. 341, p. 343. Le juge Jean-Charles Simard dans son article « Le nouveau Code de procédure civile », [1966] R.P. 241, pp. 279-280, est d'avis cependant que le tribunal devrait être lié par l'opinion de l'expert. En effet, parlant de l'article 414 *C.p.c.*, il acquiesce à l'opinion du professeur Reid publiée en 1965 dans les *Cahiers de Droit* à la page 34 à l'effet que les questions scientifiques devraient rester à l'appréciation des experts et lier en somme le tribunal. Dans le cas contraire, il faudrait permettre, suggérer ce dernier, le témoignage des experts en appel. Sur les questions scientifiques, le juge déléguerait donc son pouvoir d'appréciation de la preuve aux experts, ce que ne permet pas encore notre *Code de procédure*.

89. Néanmoins, elles peuvent l'interroger. Voir *Dame Bowin v. Rémillard*, [1969] C.S. 203, p. 205 [requête pour revision d'interdiction] et *Gauthier v. Séguin et Trépanier*, [1969] B.R. 913, p. 918 [action sous art. 1688 *C.c.*]. Selon les allusions faites dans cette dernière décision, elles pourraient peut-être le contre-interroger. De plus, elles peuvent demander le rejet de son rapport pour cause d'irrégularité ou de nullité, art. 423 *C.p.c.* Aux États-Unis, on reconnaît aux parties le droit de contre-interroger l'expert indépendant nommé par la cour. Cf. Angela RODDEY HOLDER, « Appointment of Independent Medical Expert », in *The Best of Law and Medicine 70/73*, The American Medical Association, 1974: « [...] he may be called to testify at the trial. He must be subject to cross-examination by counsel just as if he were not court appointed. The expert is considered an officer of the court and is not a partisan witness ». P. 276.

90. Art. 398 *C.p.c.*

En utilisant l'interrogatoire au préalable, on peut espérer obtenir des aveux du médecin en cause et des admissions compromettantes de la part des employés du centre hospitalier⁹¹, lesquels seront versés en preuve au dossier de la cour⁹². Toutefois, il ne faut pas, en responsabilité médicale, trop attendre de cette procédure car son avantage repose sur la valeur des questions posées, qui présupposent elles-mêmes la collaboration d'un expert afin que l'avocat du demandeur puisse mener avec succès un interrogatoire qui nécessite la maîtrise de connaissances très techniques. L'efficacité de l'interrogatoire au préalable implique non seulement qu'un médecin prépare les questions à l'avance mais encore qu'il assiste l'avocat lors de l'interrogatoire, et la présence d'un médecin-expert n'est pas plus facile à obtenir pour l'interrogatoire au préalable que pour le procès lui-même⁹³.

Enfin, en ce qui concerne la participation active du juge dans le débat qui se déroule devant lui et dont pourrait éventuellement profiter le demandeur, il s'agit d'un pouvoir beaucoup trop aléatoire pour voir là un moyen efficace de réduire les inconvénients résultant de l'absence d'expert.

Il est vrai que sous le nouveau *Code de procédure civile*, le juge peut jouer un rôle beaucoup plus actif dans la recherche des éléments qui lui permettront de trancher le litige⁹⁴. Lors de l'audition des témoins, il peut leur poser « les questions qu'il croit utiles selon les règles de la preuve »⁹⁵; en tout temps avant jugement, « il peut signaler

91. Art. 398, alinéa 1 *C.p.c.* C'est l'avis d'ailleurs que le juge Rinfret a émis en *obiter* dans l'arrêt *Couloume v. Hôtel-Dieu de Montréal*, C.A. Mtl, n° 13042, 9 mai 1973. Dans la décision *Royal Victoria Hospital et al. v. Mary Morrow*, [1974] R.C.S. 501, le juge Pigeon se demande, sans avancer de réponse, si les admissions d'un préposé peuvent être opposables à son commettant (l'hôpital). Voir les décisions auxquelles il réfère à ce sujet, p. 512.

92. Art. 396 *C.p.c.* Voir art. 1243 *C.c.* et 1245 *C.c.* et consulter le *Traité de Droit civil du Québec*, t. 9 par NADEAU et DUCHARME, *op. cit. supra*, note 9, n° 610, p. 517. Le demandeur pourrait aussi procéder à un interrogatoire sur faits et articles prévus aux articles 405 à 413 *C.p.c.*

93. Ajoutons que les tribunaux n'acceptent que les questions reliées au litige (voir *Clément v. Dionne*, [1958] R.P. 107, endossé par *Addis Finance Corporation Limited v. J. Pascal Hardware Co. Ltd.*, [1962] B.R. 289), ce qui réduit d'autant l'avantage de cette procédure.

94. Même sous l'ancien code, il existait déjà un courant favorable à une participation accrue du juge. Voir Hon. Lucien TREMBLAY, « Certains aspects de la discrétion judiciaire », (1962) 8 *McGill L.J.* 239, pp. 240-241; Samuel WEX, « Judicial Intervention: The truth theory versus the fight theory », (1974) 34 *R. du B.* 220, p. 223 et réf. 10; Perry MEYER, « Evidence in the Future », (1973) 51 *R. du B. Can.* 107, pp. 110-111.

95. Art. 318 *C.p.c.* Soumis désormais aux règles de preuve, le juge ne peut poser aux témoins des questions que ne pourraient elles-mêmes poser les parties. Cela rencontre d'ailleurs la suggestion qu'avait faite le Barreau à (1965) 25 *R. du B.* 48 au sujet de l'art. 318 du projet du nouveau code et qui était formulée ainsi: « Le droit du juge de participer à l'enquête doit être restreint par les règles d'admissibilité de la preuve: l'interrogatoire du juge doit être

aux parties quelque lacune dans la preuve et leur permettre de la combler »⁹⁶ et de plus, lorsqu'il a pris une cause en délibéré, il peut ordonner « la réouverture des débats pour les fins et aux conditions qu'il détermine »⁹⁷.

Voilà autant d'occasions pour le juge de prendre des initiatives et d'intervenir dans le déroulement du procès, mais il ne peut faire librement ses interventions, en posant des questions aux témoins par exemple⁹⁸, au détriment de l'une des parties⁹⁹. Ces articles confèrent indiscutablement « une plus grande latitude dans la recherche de la vérité » qu'auparavant et s'ils lui permettent de jouer un rôle plus actif, ils abandonnent toujours aux parties la tâche de mettre à nu la vérité¹⁰⁰.

Cela vaut non seulement pour les articles 290 et 292 C.p.c. qui permettent au juge d'aller sur les lieux, de signaler aux parties des lacunes dans la preuve afin de les combler aux conditions qu'il

soumis au droit d'objection des parties et de leurs procureurs. Ce droit est compromis par une certaine jurisprudence. Il suffirait d'ajouter, à la fin de l'article, les mots selon les règles de la preuve », p. 55. Cf. *Royal Victoria et al. v. Morrow*, [1974] R.C.S. 501, p. 508. Même si le juge peut poser des questions suggestives sous réserve des « règles de la preuve », cet article ne lui donne pas le pouvoir d'assigner les témoins de son propre chef. En effet, ainsi que l'écrit Samuel WEX, *loc. cit. supra*, note 94 : [...] the judge could ask leading questions since the witness was not called by the judge. With the addition of the phrase « according to the rules of evidence » to art. 318 C.p., in 1966, the question now arises as to whether or not the trial judge may continue to ask leading questions. The reasoning of Mr. Justice Watt in his article was that leading questions were permitted by the trial judge since he had not called the witness. In a sense, he was cross-examining. The same reasoning would dictate that the judge could continue to ask leading questions today notwithstanding the change in art. 318, C.p. This amendment would seem to justify further judicial intervention in that it provides a basis for judicial questioning and a sanction for a breach thereof by the trial judge. But the article is still restricted to the questioning of those witnesses called by the parties. It would be more in keeping with the search for truth in the trial judge were given the same powers as his American counterpart and empowered to call witnesses « whom the parties may not have chosen to call », p. 225.

96. Art. 292 C.p.c.

97. Art. 463 C.p.c. En outre de ces pouvoirs, le juge peut aussi, après qu'une cause a été portée au rôle, convoquer les procureurs des parties « pour conférer sur les moyens propres à simplifier le procès et à abrégé l'enquête » (art. 279 C.p.c.). Il peut également, dans un interrogatoire sur faits et articles, « proposer toutes autres questions jugées nécessaires et pertinentes, auxquelles la partie doit répondre, sans quoi les faits sur lesquels elles portent sont aussi tenus pour avérés » (art. 413 C.p.c.). Finalement, il peut « ordonner le transport du tribunal sur les lieux » et rendre les ordonnances qu'il croit nécessaires en vue de la solution du litige (Art. 290 C.p.c.).

98. Art. 318 C.p.c. Cependant, l'article 306 C.p.c. demeure la règle.

99. *Masoud Realities Limited v. Acme Elevator Company Limited*, [1966] B.R. 494, 497-498, repris à *Imperial Gardens Construction v. Franks*, [1968] B.R. 533, 535. Cf. *infra*, note 101.

100. Samuel WEX, *loc. cit. supra*, note 92, pp. 226-227.

détermine¹⁰¹, mais également pour l'ensemble des articles qui se rapportent au rôle du juge dans notre système judiciaire.

D'ailleurs, d'après le commentaire des commissaires au sujet des articles 290 et 292 *C.p.c.*¹⁰², on peut s'apercevoir que c'était leur philosophie de base quand ils ont étudié le rôle du juge dans notre système et cette philosophie déborde le cadre immédiat de ces deux articles pour marquer tous les autres.

Nous ne doutons pas qu'avec ces dispositions le juge puisse jouer désormais un rôle plus actif, mais ce rôle ne doit pas déborder l'esprit même du nouveau *Code de procédure civile* exprimé à l'article 2 et selon lequel les règles de procédure et, ajouterons-nous, les pouvoirs du juge, doivent s'interpréter les uns par les autres « de manière à faciliter la marche normale des procès, plutôt qu'à la retarder ou à y mettre fin prématurément ». Dans cette perspective, les interventions du juge pourront certainement faciliter la tâche des parties, mais devront être faites dans un climat d'impartialité, ce qui leur impose certaines limites au-delà desquelles la conduite du juge pourra être sévèrement critiquée. Récemment¹⁰³, d'ailleurs, le juge Deschesnes blâmait l'attitude du juge de première instance pour avoir pris sur lui de mener un contre-interrogatoire.

Sans nous prononcer ici sur ce que devrait être le rôle du juge, nous devons constater ce qu'il est et reconnaître que le demandeur dépourvu d'expert ne peut guère miser sur la collaboration d'un juge, profane en la matière, pour contre-interroger, par exemple, les spécialistes de la partie adverse. En effet, l'assistance d'un expert est à ce point essentielle dans un domaine aussi technique qu'une participation active du juge de cette nature ne demeurera toujours qu'un pis-aller.

Conclusion

Par ce survol des quelques procédures susceptibles d'aider le demandeur dans une action en responsabilité médicale, nous voulions

101. Cf. Jean-Charles SIMARD, *loc. cit. supra*, note 88, p. 274; Gérard TRUDEL, « Le pouvoir judiciaire au Canada », [1968] *R. du B.* 193. Pour une application de l'art. 292 *C.p.c.*, voir *Millowitz et Nolles v. Charbonneau*, [1966] *R.P.* 328, où le juge Trudel a rayé le délibéré de la cause de sa propre initiative pour permettre aux parties d'assigner un tiers en vue d'une solution complète du litige.

102. *Rapport des commissaires*. Titre III, Chap. XI, Section IV, art. 290 et 292 *C.p.c.* Pour une comparaison entre le système inquisitorial et le nôtre, cf. HAINES, « The Medical Profession and the Adversary Process », *loc. cit. supra*, note 4.

103. *Miller et Gobeil v. Brues*, C.A. Mtl, n° 14-2-2, 6 septembre 1973 (jj. Lajoie, Gagnon, Deschesnes, notes du j. Deschesnes, p. 7(c) et 9).

nous assurer s'il n'était pas possible de les utiliser pour forcer un médecin à devenir l'expert du demandeur ou pour atténuer cette impossibilité d'avoir un expert devant laquelle la victime d'une faute médicale se trouve le plus souvent.

Toutes ces procédures ne suffisent pas à combler le vide créé par l'absence d'expert en responsabilité médicale. Nous réalisons donc qu'on ne dispose pas, en droit québécois, d'instruments juridiques sérieux pour affronter un tel problème. Dans la prochaine étape, nous verrons les solutions qui ont été proposées aux États-Unis pour régler ce problème, qui a pris là des proportions allarmantes et qui ne pourra se résorber de lui-même sans une intervention directe des législateurs.

SECTION 4

Solutions pour procurer un expert à la victime d'une faute médicale

En responsabilité médicale et hospitalière, plusieurs réformes ont été proposées aux États-Unis, allant de la responsabilité sans faute jusqu'à l'assurance prise par le patient désireux de se prémunir contre l'éventualité de dommages subis résultant d'une faute de l'hôpital ou des médecins qui se sont engagés à le soigner¹⁰⁴. Notre étude ne remettant pas en question notre système de responsabilité, nous n'avons pas étudié ces réformes et les solutions qui ont retenu notre attention concernent essentiellement la difficulté de la victime d'une faute médicale à retenir les services d'un médecin-expert pour l'assister devant le tribunal. Comme les motifs qui incitent les médecins à ne pas témoigner rendent très difficile à résoudre le problème de procurer un expert au demandeur, plutôt que d'exposer une seule solution, nous présentons les solutions les plus pertinentes que nous avons relevées dans nos recherches et nous tenterons de les évaluer et de déterminer leur applicabilité dans le cadre du droit québécois.

A - Faire témoigner un médecin d'une autre région

Une des premières solutions mise de l'avant par la doctrine américaine pour permettre au demandeur de se trouver un expert est

104. Crawford MORRIS, *loc. cit. supra*, note 44, pp. 523-527.

d'assigner un médecin d'une région éloignée qui, par conséquent, n'a pas de lien avec les parties impliquées. Cela s'explique par le fait que les tribunaux américains, fidèles à ce qu'il est convenu d'appeler « *the locality rule* », ont souvent refusé jusqu'à présent le témoignage d'un médecin d'une autre localité, convaincus que seul un médecin de la même région que le défendeur peut rendre compte des usages du milieu et donner une opinion valable sur la conduite du médecin poursuivi. Progressivement cette règle a été interprétée de façon plus libérale afin de reconnaître expert, non seulement celui qui pratique dans la même localité, mais aussi celui qui œuvre dans une localité similaire¹⁰⁵.

Cette règle, développée à une époque où les médecins de régions éloignées n'étaient pas renseignés rapidement des progrès de la science médicale, évitait de soumettre la conduite d'un médecin de campagne aux critères auxquels sont soumis les médecins des grands centres. Elle est devenue cependant un obstacle sérieux aux États-Unis pour le demandeur à la recherche d'un expert, pour qui la seule possibilité est l'appel à un médecin d'une autre région.

La *locality rule* comporte un autre inconvénient car, en imposant une limite géographique à la compétence de l'expert, elle réduit les critères d'appréciation du comportement d'un médecin à des normes locales, ce qui ne correspond plus à la réalité d'aujourd'hui alors que les moyens de communication nous font tendre de plus en plus vers des normes nationales, voire internationales.

It is only logical that the trend away from the « locality rule » should continue. The rule arose out of a situation in which there was a great divergence of medical knowledge and skill and the means of keeping abreast of the developing techniques and knowledge were poor, if not nonexistent. Today, however, the necessity for such a standard has disappeared because no longer can it be said that there is a great difference between practices from one area to the next, simply because of availability or unavailability of learning. With the advent of better communications, increased mobility of the citizenry of the country, and the mass dissemination of information by organizations such as the American Medical Association to physicians all over the country, the disparity in skill that once existed from location to location no longer exists.

[...] This practical look at the « locality rule » shows that it no longer is a justifiable standard. A realistic view of the standard by which a

105. Jon R. WALTZ, Fred E. INBAU, *op. cit. supra*, note 34, pp. 64-74.

physician or surgeon is to be held will negate any need for a « locality rule » with respect to expert medical testimony¹⁰⁶.

Sachant que l'application de la *locality rule* a eu le double inconvénient de retarder la reconnaissance de standards uniformes de soins dans les états américains et de rendre plus difficile encore la découverte d'un expert¹⁰⁷, on comprend mieux l'importance de l'abandon progressif de cette règle aux États-Unis.

Au Canada, les tribunaux n'ont pas développé de théorie équivalente à la *locality rule*¹⁰⁸ et ne se sont pas, à notre connaissance, opposés de façon systématique à ce qu'un médecin d'une autre région témoigne contre le défendeur poursuivi. Avant d'accepter le témoignage d'un médecin d'une autre région, on peut s'attendre, cependant, que nos tribunaux prendront en considération les différences d'aménagement technique qui existent d'une région à l'autre¹⁰⁹. Toutefois, entre les médecins de régions ou de villes différentes, ils n'en exigeront pas moins, eu égard aux différences matérielles, une compétence égale allant même jusqu'à souhaiter le recyclage du médecin poursuivi s'il le faut¹¹⁰.

Il n'y a pas chez nous d'empêchement à priori au témoignage d'un médecin étranger, même d'une autre province, dans une action en responsabilité médicale. Il est donc moins nécessaire de prôner l'idée de faire témoigner un médecin d'une autre région. Mais même si on ne peut nier qu'un médecin d'une région extérieure soit moins influencé par des contraintes d'ordre morales et de solidarité professionnelle que

106. Gary F. DUCKWORTH, « Torts: Medical Malpractice: Expert Testimony as Affected by the "Locality Rule" », (1973), 26 *Oklahoma Law Review*, 296, 299-300. Dans le même sens consulter David D. ARMSTRONG, « Medical Malpractice — The "Locality Rule" and the "Conspiracy of Silence" », (1970), 22 *South Carolina Law Review* 810, 810-817; Kimberly C. FRANKEL, « Medico-Legal Communication », (1970), 6 *Willamette Law Journal*, 193, 198-200; « Medical Malpractice — Expert Testimony », *loc. cit. supra*, note 40, p. 338. Voir aussi, « Note. Overcoming the "Conspiracy of Silence": Statutory and Common-Law Innovations », *loc. cit. supra*, note 39, pp. 1043-1045, où on commente la loi du Wisconsin qui autorise un médecin d'un autre état à servir d'expert contre un médecin du Wisconsin.

107. Jon R. WALTZ, Fred E. INBAU, *op. cit. supra*, note 34: « The locality rule has exerted two interrelated and unfortunate influences. It has rendered all the more shallow the pool of available expertise in legitimate malpractice litigation. And, at least in times past, it has permitted geographic pockets of inferior health service to flourish unchallenged for no better reason than that one or a few less than minimally proficient practitioners have been allowed, by the law's default, to set the standard of a community ». P. 73.

108. Le juge Abbott en a toutefois fait mention dans les décisions *Wilson v. Swamson*, [1956] R.C.S. 804, p. 817, et *McCormick v. Marcotte*, [1970] R.C.S. 18, p. 21 (décision du Québec), sans que ce fut un élément déterminant sur ces décisions. Cf., LINDEN, « The Negligent Doctor », (1973) 11 *Osgood Hall L.J.* 31, pp. 32-33 et T. David MARSHALL, *loc. cit. supra*, note 4, p. 8.

109. LINDEN, *loc. cit. supra*, note 108, p. 33.

110. *St-Hilaire v. S.*, [1966] C.S. 249, pp. 269-270.

celui qui pratique dans la même localité que le défendeur, des empêchements d'une autre nature, tel le temps et l'argent, permettent de douter des avantages absolus de cette solution américaine.

B – Avoir recours à des ouvrages médicaux pour établir la responsabilité du défendeur

Dans quelques États américains¹¹¹, on a tenté de suppléer au peu d'empressement des médecins à servir d'expert pour la victime d'une faute médicale en permettant aux victimes de prouver par des traités et des ouvrages médicaux les normes auxquelles le médecin aurait dû se conformer lors de son intervention. Cependant, puisqu'il est contraire à la règle du ouï-dire¹¹² de produire en preuve des opinions énoncées dans des ouvrages par des auteurs qui ne témoignent pas en personne, les législateurs de ces États ont dû adopter des lois spéciales pour rendre ces témoignages admissibles en preuve¹¹³. La loi du Massachusetts qui est considérée comme l'exemple-type de ces législations d'exception est rédigée ainsi :

A statement of fact or opinion on a subject of science or art contained in a published treatise, periodical, book or pamphlet shall, in the discretion of the court, and if the court finds that it is relevant and that the writer of such statement is recognized in his profession or calling as an expert on the subject, be admissible in actions of contract or tort for malpractice, error or mistake against physicians, surgeons, dentists, optometrists, hospitals sanitaria, as evidence tending to prove said fact or as opinion evidence; provided, however, that the party intending to offer as evidence any such statement shall, not less than three days before trial of the action, give the adverse party notice of such intention, stating the name of the writer of the statement and the title of the treatise, periodical, book or pamphlet in which it is contained¹¹⁴.

Comme on peut le constater à la lecture même du texte, l'exception à la règle du ouï-dire créée par cette loi est assortie de conditions importantes pour protéger le défendeur telles que la

111. Dans plusieurs états où on ne défend pas l'emploi de textes médicaux, on ne les autorise que si la partie adverse s'y est déjà référée ou en contre-interrogatoire seulement. Cf. John R. WALTZ et Fred E. INBAU, *op. cit. supra*, note 34, p. 85, réf. 25.

112. *Physon on Evidence*, 9^e éd. par Sir Roland Burrows, Londres, Sweet and Maxwell, 1952, énonce ainsi la règle du ouï-dire : « Oral and written statements made by persons who are not parties and are not called as witnesses are inadmissible to prove the truth of the matters stated ». P. 221.

113. Dans l'État d'Alabama, cependant, c'est à la suite d'une décision de jurisprudence que ce mode de preuve a été autorisé. Cf. « Overcoming the "Conspiracy of Silence": Statutory and Common-Law Innovations », *loc. cit. supra*, note 39, pp. 1040-1043.

114. Mass. Laws Ann., ch. 233 79(c) (Supp. 1968), citée par WALTZ et INBAU, *op. cit. supra*, note 34, p. 86.

pertinence des textes apportés en preuve, la notoriété de leur auteur et un avis à la partie adverse. De plus, la production des textes reste soumise à la discrétion du tribunal, ce qui a fait conclure à certains que c'était là l'une des meilleures façons de contrer la « conspiration du silence » aux États-Unis.

- The Massachusetts and Nevada statutes are probably the best way to overcome the conspiracy of silence among doctors. The main reason for this is that the statutes, by placing discretion in the trial court to exclude even those medical books which satisfy the preliminary requirements of the statutes, retain some flexibility in the procedure for receiving medical books into evidence. This flexibility permits the trial court to « equalize » the opportunities of the parties to prove their cases by allowing or disallowing the defendant's use of medical books depending upon whether an effective conspiracy of silence exists¹¹⁵.

Pour permettre ce mode de preuve en droit québécois, il faudrait également procéder par une loi spéciale puisque nous sommes aussi soumis à la règle du ouï-dire¹¹⁶ et que nos tribunaux n'acceptent la

115. « Overcoming the "Conspiracy of Silence": Statutory and Common-Law Innovations », *loc. cit. supra*, note 39, pp. 1048-1049. *Contra*, David E. SEIDELSON, *loc. cit. supra*, note 40, pp. 169-171.

116. L'existence de la règle du ouï-dire de même que son fondement ont été des questions très controversées ces dernières années en droit québécois. Ainsi d'après l'arrêt *Marchand v. Begnoche*, [1964] C.S. 369, et la majorité dans *Southern Canada Power Co. Ltd. v. Conserverie de Napierville Ltée*, [1967] B.R. 907, la présence de cette règle dans notre droit ne fait pas de doute, tandis que le juge OWEN dans son article « The Hearsay Rule in Quebec Law of Evidence in Civil Matters », (1967) 13 *McGill L.J.* 354, affirme : « From an examination of our Codes, decided cases, and authors, it appears that there is no specific text setting out a rule excluding hearsay evidence in civil matters in the Province of Quebec ». P. 362. Cette opinion du juge Owen a d'ailleurs été endossée par la majorité de la Cour d'appel (jj. Owen et Montgomery) dans l'arrêt *Mary Morrow v. Royal Victoria Hospital*, [1971] C.A. 479, pp. 481 et 484, avec la dissidence, toutefois, du juge Brossard qui a repris la position qu'il avait soutenue dans l'affaire *Marchand v. Begnoche*. En rendant la décision *Royal Victoria Hospital v. Mary Morrow*, [1974] R.C.S. 501, la Cour suprême par la voix du juge Pigeon a pris position enfin entre ces deux écoles de pensée : « Pour ces raisons, il me paraît qu'il faut admettre en principe la règle que la preuve par ouï-dire est interdite et cela essentiellement par déduction des dispositions du *Code de procédure* [surtout l'art. 320 *C.p.c.*] auxquelles renvoie l'art. 1205 *C.c.* plutôt que par l'interprétation de la règle de l'art. 1204 ». P. 508. Cf. Léo DUCHARME, « Preuve par ouï-dire, fondement de la prohibition et exceptions », (1974) 34 *R. du B.* 78-79; Samuel WEX, « The New Quebec Hearsay Rule », (1974) 34 *R. du B.* 277-284. Cependant, les dossiers d'hôpitaux et les notes des infirmières rédigés par quelqu'un qui a une connaissance personnelle des faits peuvent être reçus à titre de preuve *prima facie*, selon l'affaire *Ares v. Venner*, [1970] R.C.S. 608, décision d'Alberta qui s'appliquerait au Québec.

Voir R. BOUCHER et autres, « La responsabilité hospitalière », (1974) 15 *C. de D.* 219, p. 508, réf. 300; Léo DUCHARME, « Preuve par ouï-dire, fondement de la prohibition et exceptions », (1974) 34 *R. du B.* 232-235. Samuel WEX, *loc. cit. supra*, p. 301; Jules DESCHESNES, « Le rôle législatif du pouvoir judiciaire », (1974) 5 *R.D.U.S.*, 10-11. Quant au fondement de la prohibition du ouï-dire, il repose sur le fait que la partie adverse n'a pas eu la possibilité de contre-interroger le déclarant. Cf. *Traité de droit civil du Québec*, t. 9, par NADEAU et DUCHARME, *op. cit. supra*, note 9, n° 192, p. 133 et n° 199, p. 137.

production de livres de science que dans la mesure où ils servent à étayer l'opinion d'un expert qui témoigne sous serment et qui peut être contre-interrogé par la partie adverse.

En principe, en effet, lorsque la solution d'un litige exige de la part du juge des connaissances spéciales en une science quelconque, il n'est pas permis aux plaideurs de renvoyer directement à des volumes ou traités spécialisés. Il faut dans ce cas avoir recours à un témoin-expert qui viendra sous serment exposer quelles sont les règles et les principes de son art ou de sa science.

Cependant, [...] ces témoins-experts pourront étayer leur opinion de références à certains livres scientifiques et même verser ces livres au dossier pour consultation future par le tribunal¹¹⁷.

Certains auteurs ontariens¹¹⁸ ont déjà favorisé l'admission par les tribunaux de la preuve par des ouvrages médicaux lorsque le demandeur est dépourvu d'expert. Sharpe, dans sa série d'articles sur la « conspiration du silence », a même proposé que l'*Evidence Act* de l'Ontario soit amendé à cette fin¹¹⁹. Nous doutons, cependant, qu'une intervention du législateur québécois dans ce sens permette à la victime d'une faute médicale de faire valoir efficacement ses droits devant les tribunaux lorsqu'elle ne parvient pas à se faire assister d'un expert.

En effet les inconvénients que recèle ce mode de preuve le rendent très difficile et même dangereux à utiliser par celui qui n'est pas déjà secondé par un expert. D'abord, ce mode de preuve présuppose de la part d'un procureur des connaissances scientifiques suffisantes pour découvrir les publications médicales qui soutiennent le mieux la thèse qu'il défend et pour les utiliser à bon escient devant le tribunal, où il importe de bien communiquer la science en la vulgarisant au besoin. Il exige ensuite, avant qu'on se prévale d'un écrit, que l'on établisse la renommée de son auteur¹²⁰ et que l'on convainque le tribunal de la pertinence, sur la question en litige, de l'ouvrage ou de certains passages qu'on en a extraits. Ce sont là au moins deux conditions préalables à l'efficacité de la preuve par publications médicales qui ne seront guère remplies si le demandeur

117. *Traité de droit civil du Québec*, t. 9 par NADEAU et DUCHARME, *op. cit. supra*, note 9, n° 232, p. 157; les auteurs avancent à la référence 111 que cette règle n'est pas d'ordre public et que si l'un des plaideurs soumet au tribunal des extraits spécialisés, le juge pourra en prendre connaissance. *Contra*, Peter E. GRAHAM, « Aspects of the Art of Cross-Examination », (1970) 30 *R. du B.* 411, p. 415, réf. 5.

118. Cf. SHARPE, *loc. cit. supra*, note 1, p. 385 (Partie VI) qui cite les propos du juge Haines à ce sujet; T. David MARSHALL, *loc. cit. supra*, note 4, p. 10.

119. Gilbert SHARPE, *loc. cit. supra*, note 1, pp. 385-386, (Partie VI).

120. Cf. « Medical Malpractice — Expert Testimony », *loc. cit. supra*, note 39, pp. 848-849.

n'est pas déjà accompagné d'un médecin en cour. Aussi sommes-nous très sceptiques à l'égard de ce mode de preuve, avantageux en apparence, qui ne pourrait tout au plus que minimiser la pénurie d'expert en responsabilité médicale.

C - Utiliser le médecin poursuivi comme expert

La majorité des États américains, dérogeant au principe de *common law* selon lequel une partie ne peut être contrainte à témoigner en matière civile, ont adopté des lois connues sous le nom de *Adverse Witness Statutes* permettant à une partie en litige de faire témoigner la partie adverse et de la contre-interroger¹²¹. Ces législations, qui ont d'abord été interprétées restrictivement de façon à ne permettre l'interrogatoire de la partie adverse que sur les faits dont elle a une connaissance personnelle, sont accueillies de façon plus libérale maintenant dans certains États où les tribunaux acceptent que le défendeur soit contraint de témoigner comme expert s'il a les connaissances suffisantes pour le faire¹²².

Certains ont vu là un moyen de procurer un expert au demandeur dans une action en responsabilité médicale, allant même jusqu'à considérer que « *the Adverse Witness Rule* » construed to allow the plaintiff to elicit expert testimony from the defendant, may be the most direct and inexpensive cure for the conspiracy [of silence among doctors]¹²³. Pour ceux qui misent sur cette procédure, en effet, obliger le médecin poursuivi à établir devant le tribunal les standards de soins reconnus, c'est le constituer en quelque sorte l'expert du demandeur, qui peut alors confronter le comportement de ce médecin avec les opinions qu'il a émises. Il s'agit là, cependant, d'une pratique dangereuse qui a fait dire à d'autres :

121. J. H. WIGMORE, *Evidence in Trials at Common Law*, revised by McNeughton, Boston-Toronto, Little, Brown & Co., vol. 8, pp. 171-172, réf. 5; Elliot L. SAGALL et Barry C. REED, *The Law and Clinical Medicine*, Philadelphia, J. B. Lippincott Company, 1970, pp. 201-206.

122. WALTZ et INBAU, *op. cit. supra*, note 34, pp. 80-82; « Medical Malpractice — Expert Testimony », *loc. cit. supra*, note 39, pp. 849-851; Gilbert SHARPE, *loc. cit. supra*, note 1, pp. 103-106 (Partie II).

123. J. B. SPENCE, « The Adverse Witness Rule: A Cure for a Conspiracy », 23 [1968] *University of Miami Law Review*, 1, p. 3 et réf. 18; voir aussi sa conclusion, p. 10. Dans « Medical Malpractice — Expert Testimony », *loc. cit. supra*, note 39, on fait l'analyse de certaines solutions à la « conspiration du silence », dont celle qui consiste à faire témoigner le défendeur, et on conclut ainsi : « The final substitute — use of the defendant doctor to establish the standard of care — is the most promising ». P. 851.

Using the defendant as an expert witness has several obvious shortcomings. Seldom is such a witness likely to strengthen the case of the plaintiff and oftentimes his testimony will be more damaging than helpful ¹²⁴.

En vertu de notre *Code de procédure civile*, un demandeur peut ici aussi forcer le défendeur à témoigner ¹²⁵ et il peut même le contre-interroger sans que l'avocat du défendeur puisse avoir l'avantage de poser des questions suggestives à son client par la suite ¹²⁶.

De plus, rien ne s'oppose à ce que le demandeur invite alors le médecin poursuivi à donner son opinion comme le ferait un expert et le médecin serait mal venu de prétendre qu'il n'a pas la compétence nécessaire pour répondre à des questions qui se rapportent à la pratique médicale qu'il est sensé bien maîtriser. Mais cette procédure, dont le succès repose sur l'art difficile de contre-interroger la partie adverse et de lui poser des questions suggestives, n'est pas une solution avantageuse à la difficulté d'obtenir un expert. Au lieu de procurer un expert au demandeur, elle tend plutôt à nous convaincre de sa nécessité lors du contre-interrogatoire du défendeur et de ses témoins.

Always have an expert with you when you are examining an expert-witness of the other side. If it is absolutely impossible to do this, a dismally poor second best is to consult an expert before the trial, so that you will be better prepared to cross-examine the expert-witness of the other side ¹²⁷.

Ce qu'il importe de retenir des trois solutions américaines que nous venons d'analyser, c'est que le problème de la difficulté d'avoir un expert pour assister le demandeur en responsabilité médicale ne peut se résoudre par de simples accommodations aux procédures existantes. Il faut, au contraire, se tourner vers de nouveaux mécanismes juridiques comme dans les deux prochaines solutions que nous allons étudier.

124. William P. GIBBONS, *loc. cit. supra*, note 2, p. 51; « Medical Malpractice — Expert Testimony », *loc. cit. supra*, note 39, p. 336: « However, while defendant can be called as plaintiff's witness or depose in most jurisdictions, plaintiff's counsel is at a severe disadvantage in attempting to draw an explanation from one who is under no effective compulsion to give it, and whose interest may lie in a failure to establish it. The sanction of contempt for evasiveness is remote and rarely applied, and the reports are filled with cases in which the plaintiff fails to establish the cause in fact of his injury ».

125. Art. 295 *C.p.c.*; 309 *C.p.c.*; 398 *C.p.c.*

126. Art. 306 *C.p.c.* et 314 *C.p.c.* Alastair M. WATT, « Leading Questions on Discovery », (1968) 28 *R. du B.* 377-380; Laurent E. BÉLANGER, « Le prétendu contre-interrogatoire de la partie par son propre avocat », (1975) 33 *R. du B.* 13-135.

127. Peter E. GRAHAM, *loc. cit. supra*, note 117, p. 413.

D - Comité chargé d'étudier le bien-fondé des poursuites en responsabilité médicale qui s'engage à trouver un expert à la victime s'il y a lieu

Conscients du rôle important que joue l'expert du demandeur dans une poursuite en responsabilité médicale, de nombreux États américains ne se sont pas contentés des avantages minimes que peuvent procurer les solutions précédentes. Ils n'ont pas hésité, en effet, à mettre sur pied des comités, nommés *screening panels*¹²⁸, avec l'intention de filtrer, d'une part, les poursuites frivoles dont se plaignent généralement les médecins et de procurer d'autre part un expert à celui qu'on considère victime d'une faute médicale.

Le plus connu d'entre eux, le *Pima County Plan* d'Arizona¹²⁹, date de 1957 et a servi de modèle dans plus d'une vingtaine d'États américains où on a adopté cette façon d'envisager le problème de la « conspiration du silence ». Fruit d'une entente conjointe entre l'Association médicale et le Barreau de l'État d'Arizona, ce comité est formé d'un nombre égal¹³⁰ de médecins et d'avocats dans le but d'étudier le bien-fondé des réclamations en responsabilité médicale que les plaignants veulent bien lui soumettre.

La fonction du comité consiste essentiellement à déterminer s'il y a une preuve substantielle de faute médicale et, dans l'affirmation, si les faits tendent à prouver que le dommage résulte probablement de cette faute¹³¹. Au terme de son enquête, le comité rend une décision qui ne lie pas les parties et ne comporte pas d'ailleurs de fixation du *quantum* des dommages, laissant les parties libres d'en venir à un compromis si elles le désirent.

Quant à la procédure, elle est réduite à sa plus simple expression. En effet, l'avocat qui veut s'adresser au comité n'a qu'à faire parvenir au président du comité une lettre dans laquelle il expose ses prétentions et demande la convocation du comité pour apprécier le

128. Pour une analyse des caractéristiques et des différences entre ces *panels*, voir *Medical Malpractice. Report of the Secretary's Commission on Medical Malpractice*, op. cit. *supra*, note 1, pp. 277-300 (Appendix).

129. « Medical Malpractice — Expert Testimony », loc. cit. *supra*, note 39, pp. 842-844; R. H. LONG, *The Physician and the Law*, 3^e éd., New-York, Appleton — Century — Crofts, 1968, 81-82; Albert AVERBACH, loc. cit. *supra*, note 38, pp. 28-30; WALTZ et INBAU, op. cit. *supra*, note 34, pp. 83-84; FRANKEL, loc. cit. *supra*, note 106, pp. 217-223; Abraham RIBBICOFF, « Medical Malpractice: the Patient v. the Physician », *Trial Magazine*, 13 (fév.-mars 1970); Stanley G. FELDMAN, « A Constructive Answer », *Trial Magazine*, 23 (fév.-mars 1970); Thomas S. DURANT, « A Four-Step Program », *Trial Magazine*, 27 (fév.-mars 1970); Paul J. MATTE, « A Neutral Screen », *Trial Magazine*, pp. 34-35 (mars-avril 1973); Gilbert SHARPE, loc. cit. *supra*, note 1, pp. 258-266 (Partie IV).

130. Neuf habituellement.

131. Stanley G. FELDMAN, loc. cit. *supra*, note 129, p. 23.

sérieux de sa réclamation. Une copie de cette lettre est envoyée alors au médecin concerné avec indication de la date et du lieu de l'audition. Dès lors, chaque partie peut faire librement sa preuve à la date prévue, tous les modes de preuve étant acceptés. Le plaignant présente d'abord sa preuve et les parties peuvent être soumises au contre-interrogatoire.

En soumettant ainsi son cas au comité, le demandeur permet à ce comité de consulter tous les rapports et les dossiers médicaux pertinents aux faits en litige, reconnaît le caractère confidentiel de la preuve qui sera faite devant le comité et renonce à contraindre ultérieurement ses membres à servir de témoins advenant une poursuite devant les tribunaux de droit commun. En outre, dans le cas où le comité jugerait la réclamation non fondée, le procureur du plaignant s'engage de bonne foi à ne pas prendre de procédure subséquente, « *unless personally satisfied that strong and overriding reasons compel such action to be taken in the interest of his client* »¹³². En retour, le comité s'engage à trouver un expert pour assister la victime lorsque les faits sont suffisamment probant d'une faute médicale et que, ne pouvant en arriver à un compromis avec le défendeur, elle décide de s'adresser aux tribunaux compétents.

Ces comités poursuivent donc un triple but. Ils éliminent les actions futiles avant que la publicité ne les mette en évidence et nuise à la réputation des médecins. Ils encouragent les parties à faire un règlement hors cours lorsqu'il y a une preuve *prima facie* de négligence et ils procurent enfin un expert au demandeur dont la poursuite est bien fondée et qui décide de porter son cas devant le tribunal faute de pouvoir obtenir un compromis satisfaisant.

Les inconvénients majeurs de cette procédure tiennent d'abord au fait que la décision du comité n'ayant qu'une valeur incitative, le demandeur doit présenter sa preuve deux fois lorsqu'il décide de porter sa cause devant les tribunaux. Ensuite, cette procédure ne procurant un expert que d'une façon subsidiaire, le procureur de la victime doit faire sa preuve devant le comité « *without the benefit of an expert witness, for the main reason he has taken his case to panel is to obtain such a person* »¹³³.

132. Mais il s'agit d'une entente qui ne lie que le procureur de sorte que son client peut toujours s'adresser à un autre avocat pour intenter une action malgré une réponse négative du comité. Cf. WASMUTH, *loc. cit. supra*, note 2, pp. 89-90.

133. Gilbert SHARPE, *loc. cit. supra*, note 129, p. 259; SEILDELSON, *loc. cit. supra*, note 40, 163; WASMUTH, *loc. cit. supra*, note 2, pp. 89-90; FRANKEL, *loc. cit. supra*, note 106, pp. 217 et 220. Un autre inconvénient important que FELDMAN, *loc. cit. supra*, note 129, p. 23 fait ressortir est le fait que plusieurs États qui ont adopté le modèle du *Pima Plan* exigent l'assentiment du défendeur pour pouvoir saisir le *panel* et que la tendance des compagnies d'assurances est de refuser de s'y présenter, faisant ainsi obstruction à cette procédure.

Cette procédure, à cause de ses inconvénients, constitue beaucoup plus une forme d'arbitrage volontaire qu'un moyen rapide de procurer un expert à la victime. Elle nous apparaît donc comme une solution à moyen terme vers laquelle il faut tendre et dont nous devons retenir l'esprit de réforme qui l'anime, tout en se demandant s'il n'y aurait pas pour l'instant une façon plus immédiate de rendre les médecins disponibles à témoigner pour le demandeur dans une poursuite en responsabilité médicale.

E - Formation d'un groupe de médecins disponibles à témoigner sur demande

Quelques associations médicales de l'État de Californie ont trouvé une façon rapide et efficace de procurer un expert à la victime d'une faute médicale. En effet, elles encouragent les omnipraticiens et les médecins spécialistes de toutes les disciplines à faire partie d'un groupe d'experts disponibles à témoigner sur demande et l'association locale de chaque région dresse une liste de médecins volontaires qu'elle fait parvenir à tous les avocats les invitant à s'en prévaloir. Aussi dès qu'un avocat soupçonne qu'une faute médicale est à l'origine du dommage subi par son client, il peut soumettre le cas à n'importe lequel de ces médecins qui étudie les dossiers médicaux, examine le patient et détermine s'il y a eu dérogation aux règles de l'art.

A panel of outstanding general practitioners and specialists is established. The attorney for the patient may choose any physician he desires from the panel. Such physician is the attorney's medical adviser and if there is reasonable evidence of a departure from accepted medical or surgical practice and causal relation, he must go to court and testify for the plaintiff¹³⁴.

En outre, on permet au réclamant insatisfait des conclusions du médecin consulté d'en choisir un autre et de lui confier la même mission en renonçant, par le fait même, au témoignage du premier médecin qui néanmoins peut servir éventuellement d'expert à la partie adverse.

De cette manière, l'attribution d'un expert ne dépend pas de la décision d'un seul médecin et on atteint ainsi l'objectif premier de cette procédure, qui est de procurer un expert à la victime d'une faute médicale, laissant au tribunal la tâche d'apprécier le bien-fondé de la réclamation et de statuer sur la responsabilité du défendeur. Si les

134. R. H. LONG, *op. cit. supra*, note 129, p. 80. Voir aussi WALTZ et INBAU, *op. cit. supra*, note 34, pp. 84-85; « Medical Malpractice—Expert Testimony », *loc. cit. supra*, note 39, p. 844; Gilbert SHARPE, *loc. cit. supra*, note 129, p. 258.

deux médecins consultés répondent d'une façon négative à la question de savoir s'il y a eu négligence et si un dommage en est résulté, le demandeur pourra évidemment douter du fondement de sa poursuite et éviter de continuer les procédures.

Cette façon de trouver des médecins disposés à témoigner dans le cas de réclamations sérieuses est avantageuse à plusieurs égards. Elle permet d'abord à la victime d'obtenir rapidement la présence d'un expert devant les tribunaux et donne ensuite l'avantage aux avocats d'être conseillés par des spécialistes sur le bien-fondé des poursuites projetées, de façon à éliminer les poursuites futiles préjudiciables à la profession médicale à cause du climat de méfiance qu'elles suscitent dans le public.

En évaluant les avantages et inconvénients des solutions étudiées, nous suggérons de retenir le principe de cette façon de procéder comme une solution à court terme avantageuse et compatible avec le droit québécois actuel. À cet effet, nous pensons que le législateur devrait immédiatement donner à l'association professionnelle des médecins du Québec le pouvoir et prévoir même l'obligation de former un comité de médecins de différentes disciplines disposés à servir d'expert dans les actions en responsabilité médicale. Dans les modalités d'exécution et d'attribution des pouvoirs, il faudra selon nous tenir compte des pressions susceptibles de s'exercer à l'égard des médecins appelés à témoigner contre leurs confrères, de façon à ne pas créer de structures qui tout en respectant la lettre de la loi ne permettraient pas d'en réaliser l'esprit.

Conclusion

Le refus des médecins de servir d'expert pour la victime d'une faute médicale découle de raisons si profondes qu'une intervention du législateur est nécessaire pour assurer, dans ce genre de poursuite, la participation des médecins devant les tribunaux.

La formation d'un groupe de médecins disposés à témoigner à la demande de victimes de faute médicale s'impose comme une solution immédiate à un problème qui risque de prendre encore beaucoup plus d'ampleur. L'initiative appartient d'abord au législateur. Car si tous ont le droit d'obtenir, en vertu de la loi, des soins médicaux adéquats, tous doivent disposer des moyens de preuve légaux pour faire sanctionner ce droit dans l'éventualité où il n'est pas respecté. Quant à l'association professionnelle des médecins du Québec, elle a intérêt à favoriser ce mode de procéder en incitant les médecins à y participer

activement afin de consolider la confiance du public dans la profession médicale.

Enfin, les racines de ce problème sont inhérentes à toute poursuite en responsabilité professionnelle où les membres sont naturellement enclins à se protéger les uns les autres. Le pouvoir et l'obligation de former un groupe d'experts disposés à témoigner devraient donc être consacrés dans le *Code des Professions* de façon à valoir pour les autres professionnels appelés à répondre devant les tribunaux de leur négligence et dont la responsabilité ne peut être retenue qu'à la suite du témoignage d'un membre de la même profession sur les normes de prudence à observer dans telles ou telles circonstances.