

Moore v Getahun, 2015 ONCA 55 (Résumé)

Résumé d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario en droit de la preuve.

FAITS

Le 21 novembre 2005, M. Blake Moore, alors âgé de 21 ans, subit une fracture au poignet droit suite à un accident de moto. Un test par rayon X révèle alors la présence de nombreux fragments d'os dont deux larges fragments. Malgré la tentative du Dr Tajedin Getahun, un chirurgien orthopédique récemment qualifié, de réaligner manuellement les os et la pose d'un plâtre sur son poignet et son avant-bras, M. Moore souffre de dommages permanents aux muscles du bras. Ces dommages seraient dus au syndrome de loge. Selon M. Moore, ce syndrome découle de la négligence du docteur qui a effectué la pose d'un plâtre complet. Selon le Dr Getahun, ce n'est pas le plâtre, mais l'accident qui est la cause de ce syndrome et de ces dommages permanents.

La juge de première instance a déterminé que la pose du plâtre par le docteur constituait une violation des standards de soin et que c'est cette négligence qui a engendré l'apparition du syndrome de loge chez le patient. Dans ses motifs, la juge ajoute d'une part qu'il y a eu une violation du devoir d'impartialité de l'expert puisqu'il a discuté de son ébauche de rapport avec l'avocat. Selon la juge, cela va à l'encontre de l'objectif de la règle 53.03 des *Règles de procédure civile* qui assure l'intégrité et l'indépendance de l'expert puisque les changements apportés au rapport ont été importants. D'autre part, la juge rejette le témoignage de l'un des experts de la défense en raison de contradictions qu'elle a décelées entre le témoignage oral de cet expert et son rapport écrit. La décision a alors été portée en appel par le Dr Getahun.

QUESTIONS EN LITIGE

1. La juge du procès a-t-elle commis une erreur en :
 - a. Reprochant à l'avocat de l'appelant d'avoir discuté avec un témoin expert du contenu de son ébauche de rapport ?
 - b. Rejetant certains aspects de la preuve d'expert de l'appelant en raison de prétendues contradictions entre le témoignage des experts et leurs rapports écrits ?
2. La juge a-t-elle commis une erreur dans l'application de la doctrine de la *res gestae* ?

3. La juge a-t-elle commis une erreur dans son analyse du lien de causalité ?
4. Les erreurs de la juge ont-elles rendu le procès inéquitable et causé un tort important ou une erreur judiciaire grave ?

RATIO DECIDENDI

La Cour d'appel rappelle que la *res gestae* est une exception au ouï-dire et qu'il existe trois catégories de déclaration pouvant être considérées comme de la *res gestae* : 1. les déclarations de constatations et de conditions corporelles et mentales ; 2. les déclarations accompagnant et expliquant des actes pertinents ; et 3. les déclarations spontanées. Ces exceptions permettent à la Cour d'admettre certaines déclarations pour la véracité de leur contenu, même si elles constituent du ouï-dire.

ANALYSE

1. a) **La juge du procès a-t-elle commis une erreur en reprochant à l'avocat de l'appelant d'avoir discuté avec un témoin expert du contenu de son ébauche de rapport ?**

La Cour d'appel conclut que la juge de première instance a fait erreur puisque cette position est contraire à la jurisprudence existante¹. La Cour ajoute que les changements apportés à la règle 53.03 des *Règles de procédure civile* en 2010 n'ont pas créé une nouvelle obligation, mais ont plutôt eu pour effet de codifier et de renforcer les principes de base déjà énoncés. Selon la Cour, empêcher toute discussion entre l'avocat et l'expert et leur demander la divulgation de toutes les communications ayant eu lieu entre eux serait contraire à l'intérêt de la justice. Dans un domaine très technique, le témoin expert doit recevoir des instructions de l'avocat et cela peut demander un haut degré de consultation et de nombreux brouillons². Cette collaboration est essentielle au respect de la règle de procédure 4.1.01 qui pose les obligations du témoin expert et de la formule 53 liée à la règle de procédure 53.03 (2.1) qui fait état de ce que doit contenir le rapport d'expert. La Cour soutient qu'en révisant le brouillon du rapport, l'avocat peut s'assurer que ce dernier respecte les *Règles de procédure civile*, qu'il traite des questions pertinentes au litige et qu'il est rédigé dans un style accessible et compréhensible. L'avocat valide aussi que le témoin expert comprend la différence entre le fardeau de preuve légal et la certitude scientifique. Cette communication permet à l'avocat de remplir adéquatement et dans l'intérêt de la justice son rôle d'expliquer clairement à la cour les problématiques juridiques soulevées par la preuve d'expert. Conclure qu'il faut restreindre toute communication ou demander que toutes ces communications soient documentées augmenterait les coûts et les délais pour le système judiciaire qui peine déjà à rendre justice de manière efficiente dans un délai adéquat. Selon la Cour, l'indépendance et l'objectivité du témoin expert sont favorisées par la loi, l'éthique et les standards professionnels. De plus, il existe tout un

¹ *Maras c Seemore Entertainment Ltd*, 2014 BCSC 1109 (CanLII), [2014] BCWLD 4470 au para. 90 « [c]ounsel have a role in assisting experts to provide a report that satisfies the criteria of admissibility »; *Surrey Credit Union c Willson* (1990), 1990 CanLII 1983 (BC SC), 45 BCLR (2^e) 310 (S.C.) au para 25 « [t]here can be no criticism of counsel assisting an expert witness in the preparation of giving evidence ».

² *R c Medimmune Ltd c Novartis Pharmaceuticals UK Ltd & Anor*, [2001] EWHVC 1669.

processus de contre-interrogatoire par la partie adverse. Ainsi, la Cour conclut que le juge a fait erreur, mais que cela n'a pas eu d'impact sur le résultat du procès.

De plus, le privilège relatif au litige protège certaines communications entre l'avocat et une tierce partie, tel qu'un expert, lorsque le but principal du document est de préparer le litige³. Tel que mentionné dans l'arrêt *Blank* rendu par la Cour suprême du Canada en 2008, ce privilège assure l'efficacité du processus contradictoire, mais n'est pas absolu.⁴ Ainsi, bien que la règle 31.06 (3) des *Règles de procédure civile* oblige la communication du rapport de l'expert si la partie entend le citer comme témoin, la Cour doit faire preuve de prudence avant d'autoriser la divulgation de toutes communications et de tous rapports entre l'avocat et l'expert. Cela aurait pour effet d'encourager la destruction d'une grande quantité d'information dès qu'elle n'est plus utile. En l'absence de fondement factuel permettant de soulever un doute raisonnable sur une influence incorrecte de la part de l'avocat sur l'expert, les tribunaux ne devraient pas permettre une demande visant la production des brouillons des rapports ou des notes touchant à la communication entre l'avocat et son expert. Dans le présent dossier, la preuve d'un appel d'une durée d'une heure et demie entre l'avocat et l'expert n'est pas un élément factuel suffisant pour soutenir une allégation d'influence indue.

La Cour d'appel conclut donc que le juge de première instance a erré en concluant que tous les rapports du témoin expert devaient être documentés et divulgués. Elle n'aurait pas dû en demander la production.

b) La juge du procès a-t-elle commis une erreur en rejetant certains aspects de la preuve d'expert de l'appelant de prétendues contradictions entre le témoignage des experts et leurs rapports écrits ?

Selon la Cour d'appel, le juge de première instance a commis une erreur en droit en utilisant un rapport d'expert qui n'a pas été admis à titre de preuve pour contredire une preuve *viva voce*, puisque ce rapport n'a aucune valeur à titre de preuve. Il a été remis au juge comme aide-mémoire seulement. De plus, la Cour soulève que le juge a erré en se basant sur les contradictions perçues. Le témoin expert n'a pas pu être contre-interrogé sur ces incohérences entre son témoignage oral et le contenu de son rapport, ce qui affecte l'équité du procès.

2. La juge a-t-elle commis une erreur dans l'application de la doctrine de la *res gestae* quant à l'opinion du Dr Orsini sur le standard de preuve et le lien de causalité et sur les paroles du père du demandeur rapportées par le médecin ?

Dans le présent cas, la Cour conclut qu'il n'y a pas d'erreur de la part du juge dans le traitement de la preuve. Il n'y a eu qu'une erreur de nomenclature. La preuve a été qualifiée de *res gestae* erronément,

³ *Blank c Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 RCS 319. ⁴ *Ibid.* aux para 27 et 37.

mais puisqu'elle n'a été utilisée qu'à des fins narratives et non pour la véracité de son contenu, cela n'a pas eu d'impact sur le procès.

3. La juge du procès a-t-elle commis une erreur dans son analyse du lien de causalité ?

Selon la Cour d'appel, l'appelant n'a pas fait la preuve d'une erreur de fait ou de droit qui justifie un appel sur le lien de causalité. La question n'a donc pas été traitée en profondeur. Selon la Cour, il n'était pas déraisonnable pour la juge de première instance de conclure que le syndrome s'est développé avant le retrait du plâtre.

4. Les erreurs du juge du procès ont-elles rendu le procès inéquitable et causé un tort important ou une erreur judiciaire grave ?

La Cour mentionne que la question à se poser est de savoir si l'équité ou le résultat du procès a été affecté par les erreurs et les interventions du juge. La cour conclut qu'il n'y a pas eu d'impact matériel sur l'issue du procès.

DISPOSITIF

La Cour conclut que la juge de première instance a erré en soutenant qu'il était inacceptable pour l'avocat de revoir et discuter du brouillon du rapport avec l'expert et en utilisant le rapport écrit de l'expert qui n'a pas été soumis à titre de preuve pour contredire et discréditer la preuve présentée de vive voix par le témoin expert de l'appelant alors qu'il n'a pas été soumis à un contre-interrogatoire. Cependant, puisque la Cour conclut que ces erreurs n'ont pas créé un tort important ou un déni de justice et que la juge serait nécessairement arrivée à la même conclusion sans ces erreurs, un nouveau procès n'a pas à être ordonné en vertu de l'article 134 (6) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*⁴.

⁴ *Kan c College of Physicianx and Surgeons*, 1992 CanLII 2784 (ON CA), 9 OR (3^e) 641 (C.A.) à la p 676.