

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ À LA COMMISSION DES INSTITUTIONS
CONCERNANT L'AVANT-PROJET DE LOI
INSTITUANT LE NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

PAR ME LUC HUPPÉ, LL.D., AVOCAT

NOVEMBRE 2011

RÉSUMÉ

Le présent mémoire concerne trois des sujets traités par l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* : 1) la mission des tribunaux; 2) la récusation des juges; et 3) l'immunité judiciaire.

L'identification des diverses missions des tribunaux par le nouveau *Code de procédure civile* devrait être complétée par une hiérarchisation de ces missions. En effet, la fonction adjudicative doit demeurer la principale mission des institutions judiciaires. La mission de conciliation qui leur serait aussi confiée devrait par ailleurs être mieux encadrée par la loi. Elle devrait notamment être complètement dissociée de la fonction adjudicative et son champ d'application devrait être expressément défini.

Les dispositions concernant la récusation des juges devraient être clairement rendues applicables à la mission de conciliation du tribunal. Le nouveau *Code de procédure civile* devrait aussi préciser les situations justifiant objectivement la récusation d'un juge, sans que le tribunal n'ait à apprécier l'ensemble des circonstances pour déterminer s'il existe des motifs sérieux de douter de son impartialité. En ce qui a trait à la procédure de récusation, le législateur devrait rétablir la procédure qui existait antérieurement à la réforme de 2002, de façon à éviter le conflit d'intérêts dans lequel un juge qui décide de sa propre récusation.

La codification de l'immunité judiciaire fournit au législateur une occasion d'en définir le contenu et d'en établir la portée. Le nouveau *Code de procédure civile* devrait ainsi préciser le contenu de la protection qu'elle offre aux juges et en fixer les limites.

PRÉSENTATION DE L'AUTEUR

L'auteur est avocat, membre du Barreau du Québec depuis 1984, et œuvre en pratique privée dans le domaine du litige. Il est détenteur d'un doctorat en droit de l'Université de Montréal (1994); sa thèse était en partie consacrée à l'immunité de poursuite des juges. Depuis 2009, il est assesseur au Tribunal des droits de la personne. Il a aussi agi comme membre de l'équipe de recherche de la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges (2010-2011). Auteur de deux ouvrages de référence relativement aux institutions judiciaires, l'un intitulé *Le régime juridique du pouvoir judiciaire* (2000) et l'autre *Histoire des institutions judiciaires du Canada* (2007), il a également publié de nombreux articles dans des revues juridiques, principalement consacrés à divers aspects du statut juridique des juges, dont la déontologie judiciaire.

TABLE DES MATIÈRES

	p.
<i>Résumé</i>	2
<i>Présentation de l'auteur</i>	3
<i>Avant-propos</i>	5
A) <i>La mission des tribunaux</i>	6
<i>Dispositions pertinentes</i>	6
<i>Hiérarchisation des missions</i>	7
<i>Dissociation des missions</i>	11
<i>Champ d'application de la mission de conciliation</i>	13
B) <i>La récusation des juges</i>	16
<i>Dispositions pertinentes</i>	16
<i>Champ d'application de la récusation</i>	17
<i>Motifs de récusation</i>	19
<i>Procédure de récusation</i>	21
C) <i>L'immunité judiciaire</i>	23
<i>Dispositions pertinentes</i>	23
<i>Codification de l'immunité judiciaire</i>	23

AVANT-PROPOS

Le présent mémoire est adressé à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale dans le cadre de la consultation générale sur l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*. Il est limité aux aspects suivants de cet avant-projet de loi :

- les dispositions concernant la mission des tribunaux;
- les dispositions relatives au statut du juge, soit celles ayant trait à la procédure de récusation et celle traitant de l'immunité judiciaire.

Les représentations faites dans le présent mémoire le sont à titre personnel et n'engagent que leur auteur.

A) LA MISSION DES TRIBUNAUX

Dispositions pertinentes. L'Avant-projet de loi énonce les missions des tribunaux aux articles 9 et 10, qui se lisent comme suit¹ :

9. Les tribunaux ont pour mission de trancher les litiges dont ils sont saisis en conformité avec les règles de droit qui leur sont applicables et, à cet égard, de dire le droit. Ils ont aussi pour mission de statuer, même en l'absence de litige, lorsque la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité des personnes, qu'une demande leur soit soumise.

Il entre également dans leur mission, tant en première instance qu'en appel, de favoriser la conciliation des parties si la loi leur en fait le devoir, si les parties le demandent ou y consentent ou si les circonstances s'y prêtent.

Enfin, il entre aussi dans leur mission d'assurer la saine gestion des instances en accord avec les principes et les objectifs de la procédure.

Le tribunal et les juges bénéficient de l'immunité judiciaire dans l'exercice de leur mission.

10. Les tribunaux ne peuvent se saisir d'office; il revient aux parties d'introduire l'instance et d'en déterminer l'objet.

Les tribunaux ne peuvent juger au-delà de ce qui leur est demandé. Ils peuvent, si cela s'impose, corriger les impropriétés dans les conclusions d'un acte de procédure pour donner à celles-ci leur véritable qualification eu égard aux allégations de l'acte.

Ils ne sont pas tenus de se prononcer sur des questions théoriques ou dans le cas où le jugement ne pourrait mettre fin à l'incertitude ou à la controverse soulevée, mais ils ne peuvent refuser de juger sous prétexte du silence du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.

Dans tous les cas, ils décident en considération du meilleur intérêt de la justice.

Le chapitre consacré à la conférence de règlement à l'amiable contient aussi les dispositions suivantes :

¹ Le libellé du troisième alinéa de l'article 10 rendra nécessaire une modification de concordance, qui n'apparaît pas dans l'Avant-projet de loi, puisque le législateur y transfère une règle déjà énoncée à l'article 41.2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q. c. I-16, interdisant aux juges de refuser de juger en cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi.

157. *Le juge en chef peut, à tout moment de l'instance, désigner un juge pour présider une conférence de règlement à l'amiable si les parties le lui demandent et lui exposent sommairement les questions en litige ou si lui-même recommande la tenue d'une telle conférence et que les parties agrément sa recommandation.*

La charge de présider une conférence de règlement à l'amiable entre dans la mission de conciliation du juge.

158. *La conférence de règlement à l'amiable a pour but d'aider les parties à communiquer en vue de mieux comprendre et évaluer leurs intérêts, leurs positions et leurs prétentions, ainsi qu'à négocier de façon à trouver une solution mutuellement satisfaisante au litige.*

161. *Si un règlement à l'amiable intervient, le juge peut, sur demande, homologuer la transaction.*

Si aucun règlement n'intervient, le juge peut prendre les mesures de gestion appropriées ou, avec le consentement des parties, convertir la conférence de règlement à l'amiable en conférence de gestion. Il ne peut cependant par la suite instruire l'affaire ou décider d'une demande incidente à celle-ci.

Dans le même esprit, l'article 378 de l'*Avant-projet de loi* prévoit qu'à la demande des parties, un juge d'appel peut, en tout temps, présider une conférence de règlement à l'amiable afin de les aider à trouver une solution à leur différend.

Hiérarchisation des missions. L'article 9 de l'*Avant-projet de loi* identifie donc trois missions dévolues aux tribunaux :

1. trancher les litiges et statuer sur les demandes qui leur sont soumises;
2. favoriser la conciliation des parties;
3. assurer la saine gestion des instances.

L'identification par la loi des différentes missions des institutions judiciaires, ainsi que des principales caractéristiques de l'exercice de la fonction judiciaire, apparaît tout à fait pertinente. Bien que la jurisprudence ait déjà exprimé qu'il

incombe aux tribunaux de déterminer eux-mêmes le rôle qu'ils souhaitent jouer au sein du système juridique², l'article 9 précise la conception que le pouvoir législatif se fait de ce rôle. Tout en respectant le principe de l'indépendance judiciaire et les dispositions constitutionnelles, c'est au législateur qu'il appartient de définir, dans le cadre de sa compétence relative à l'administration de la justice, les attentes de la société à l'égard des institutions judiciaires et l'utilité que les justiciables peuvent trouver en s'adressant à elles.

La première et la troisième des missions identifiées par l'article 9 sont interdépendantes. Elles expriment la fonction traditionnelle des institutions judiciaires – leur fonction adjudicative – qui consiste à trancher des litiges, à déclarer le droit quant à certaines situations juridiques et à s'assurer que le processus qui mène à un jugement soit équitable pour toutes les parties. C'est là la raison d'être fondamentale des institutions judiciaires. En spécifiant que les tribunaux doivent trancher les litiges « en conformité avec les règles de droit qui leur sont applicables », l'article 9 consacre avec à-propos pour l'ensemble des institutions judiciaires une règle déjà énoncée sous forme de principe déontologique à l'égard des juges de nomination provinciale³. C'est une heureuse initiative de la part de l'Assemblée nationale de proclamer expressément ce principe de base de l'exercice des fonctions judiciaires : les juges ont d'abord et avant tout pour fonction d'appliquer et de faire respecter les règles de droit.

La deuxième mission identifiée par l'article 9 de l'*Avant-projet de loi* consacre un rôle beaucoup plus récent assumé par les tribunaux, qui a connu un développement important au cours des dernières années. Ce rôle de conciliation, qui leur serait reconnu par cette disposition, ne constitue pas l'objet premier des institutions judiciaires. Il est plutôt accessoire à leur mission

² *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, 91.

³ « Le rôle du juge est de rendre justice dans le cadre du droit » : *Code de déontologie de la magistrature*, R.R.Q. c. T-16, r. 1, art. premier.

fondamentale, qui est de statuer, par un jugement qui s'impose aux parties, sur la façon dont leurs litiges doivent être résolus. La mission de conciliation constitue tout au plus un moyen additionnel dont le tribunal dispose pour parvenir à la solution d'un litige dont il est régulièrement saisi. De toute évidence, la mission de conciliation a gagné la faveur de membres importants de la magistrature. Un grand nombre de juges y participent. Cette mission comporte toutefois une caractéristique rarement évoquée, dont le législateur devrait tenir compte dans le cadre d'une réforme globale de la procédure civile : la mission de conciliation exercée par les tribunaux contribue à l'érosion de la primauté du droit.

En effet, lorsqu'ils exercent leur fonction adjudicative, les tribunaux donnent une solution aux litiges en appliquant des règles de droit, que ce soit celles que le législateur édicte, celles que la jurisprudence formule ou celles que les parties se sont elles-mêmes données dans le cadre d'une convention ou autrement. Il en est ainsi parce que l'objectif des règles de droit est d'atténuer les rapports de forces que les justiciables exercent naturellement les uns à l'égard des autres, d'établir un équilibre entre leurs intérêts respectifs et d'aménager de manière optimale la vie en société. Le volet adjudicatif de la mission des tribunaux est donc crucial pour la réalisation de la primauté du droit. Il prend d'autant plus d'importance que l'article 5 de l'*Avant-projet de loi* accorderait le loisir aux parties, lorsqu'elles choisissent un mode privé de règlement de leurs litiges, de faire appel « à des normes et à des critères autres que ceux du droit ».

Le contexte est bien différent lorsque les parties à un litige s'engagent dans un processus de conciliation présidé par un juge. L'article 158 de l'*Avant-projet de loi* donne comme objectif à une conférence de règlement à l'amiable « d'aider les parties à communiquer » et de négocier de façon à trouver « une solution mutuellement satisfaisante au litige ». Dans ce cadre, ce sont souvent des considérations autres que juridiques qui déterminent la manière dont le litige prend fin : lassitude des parties, manque de ressources pour mener à terme le

dossier, vulnérabilité particulière d'une partie par rapport à son adversaire, volonté d'arriver à un dénouement rapide du différend, rapport coût/bénéfice entre la contribution monétaire à un règlement (même injustifiée au plan légal) et la charge financière prévisible d'un procès, etc. L'application des règles de droit ne constitue ni un objectif déclaré du processus de conciliation, ni une préoccupation réelle dans la recherche d'une solution consensuelle au litige.

Au plan social, il peut paraître opportun de favoriser la conciliation des parties plutôt que leur affrontement dans le cadre d'un débat judiciaire, dans l'objectif d'éviter la judiciarisation excessive des rapports sociaux. Mais la conciliation des parties peut être menée par toute personne. Il n'est pas requis qu'elle le soit par des juges qui incarnent, au plus près des justiciables, la loi et les règles de droit. En aidant les parties à trouver une « solution mutuellement satisfaisante au litige », le juge cesse d'être celui qui dit et applique le droit. Il participe plutôt à un exercice visant à définir un point de convergence entre les positions respectives des parties, un exercice dans lequel chacune doit faire des concessions pour parvenir à un compromis.

Le prestige de la fonction judiciaire est ainsi instrumentalisé pour les fins d'une mission qui ne repose pas sur l'application de règles de droit. En raison de son statut de juge, la personne qui préside une conférence de règlement à l'amiable possède une grande crédibilité. Mais elle n'a pas entendu la preuve que les parties lui présenteraient lors du procès, ni les arguments juridiques que lui feraient valoir leurs procureurs. Sa connaissance du dossier peut être sommaire. Pourtant, les remarques qu'elle adresse aux parties en tant que juge pour les amener à une solution consensuelle peuvent être perçues comme une préfiguration de ce que pourrait être le jugement rendu par le tribunal à propos du litige. Même si telle n'est pas l'intention du juge, ses remarques peuvent prendre une valeur disproportionnée dans l'esprit des parties.

Les tribunaux doivent demeurer prioritairement des institutions auxquelles les justiciables s'adressent pour faire respecter le droit et faire reconnaître leurs droits. Ils ne doivent pas se transformer en institutions auxquelles les justiciables s'adressent dans l'optique d'y trouver un conciliateur. Les justiciables peuvent trouver ailleurs des ressources utiles à leur conciliation, si tel est leur souhait. Afin de ne pas altérer le rôle fondamental et unique exercé par les tribunaux dans la réalisation de la primauté du droit, il semble nécessaire que le législateur établisse clairement un ordre de priorité entre les diverses fonctions qui leur sont assignées. La mission de conciliation ne peut être placée sur le même plan que celle consistant à trancher des litiges, comme le laisse entendre l'article 9 de l'*Avant-projet de loi*. Elle doit demeurer dans une position subordonnée par rapport à la fonction adjudicative du tribunal et ne devrait pas faire interférence avec cette dernière.

Dissociation des missions. Étant donné que la mission adjudicative et la mission de conciliation attribuent au juge des rôles peu compatibles, il semble approprié de les dissocier complètement, et ce, sous deux aspects : d'une part, quant à la participation d'un même juge à ces deux missions à l'égard d'un même dossier; d'autre part, quant au moment où ces missions peuvent être exercées par le tribunal.

Le futur *Code de procédure civile* devrait consacrer le principe que le juge qui participe à une conférence de règlement à l'amiable perd, à tous égards, sa capacité d'exercer la fonction adjudicative du tribunal à l'égard du dossier. L'article 161 de l'*Avant-projet de loi* consacre déjà partiellement ce principe, en établissant que si une conférence de règlement à l'amiable ne conduit pas à un règlement, le juge qui l'a présidée ne peut, par la suite, instruire l'affaire ou décider d'une demande incidente à celle-ci. Cependant, avant qu'il ne devienne ainsi inhabile, cette même disposition lui donne le pouvoir de « prendre les mesures de gestion appropriées » et même de convertir la conférence de règlement à l'amiable en conférence de gestion, si les parties y consentent. Lors

d'une telle conférence de gestion, les articles 149 et suivants de l'*Avant-projet de loi* lui donnent des pouvoirs étendus en rapport avec le déroulement du dossier.

Il apparaît peu souhaitable qu'un juge qui aurait présidé une conférence de règlement à l'amiable puisse exercer de tels pouvoirs, particulièrement s'il a rencontré les parties en privé, s'il a entendu leurs confidences, ou s'il leur a fait des commentaires à propos de leur dossier. Dans le cadre d'une conférence de gestion, le juge exerce des pouvoirs de nature judiciaire. La transparence et l'impartialité exigées du juge dans l'exercice de tels pouvoirs cadrent mal avec les contacts qu'il aurait eus avec les parties lors d'une conférence de règlement à l'amiable. Même le consentement des parties ne devrait pas permettre au juge de jouer ce rôle, dès lors que des échanges privés ont eu lieu avec le juge ou que le juge a commenté les positions des parties.

Une autre mesure de dissociation concerne le moment auquel la mission de conciliation peut être exercée. Selon la règle énoncée à l'article 155 al. 1 de l'*Avant-projet de loi*, le tribunal pourrait d'office, à tout moment de l'instance, inviter les parties à participer à une conférence de règlement à l'amiable ou à recourir elles-mêmes à la médiation. L'article 364 prolonge cette faculté pendant l'appel. Il apparaît excessif d'accorder en continu aux institutions judiciaires, de l'ouverture d'un dossier jusqu'au moment du jugement final, le pouvoir d'inviter les parties à mettre de côté la fonction adjudicative du tribunal pour privilégier un autre mode de règlement de leur différend.

Dans le déroulement d'un dossier, il existe des périodes plus propices à la conciliation des parties : par exemple, au stade préliminaire d'un litige, ou encore à proximité du début du procès. Par contre, à compter du moment où débute l'audition du procès, le tribunal devrait présumer que toutes les tentatives de concilier les parties ont déjà été épuisées, qu'une telle conciliation est devenue impossible, ou encore que les parties ont fait le constat qu'il valait mieux résoudre leur litige au moyen d'une décision du tribunal. Une fois amorcée, la

fonction adjudicative du tribunal devrait donc être exclusive par rapport à la mission de conciliation. Lorsqu'un juge est saisi d'un dossier pour en décider, une tentative de la part du tribunal de concilier les parties risque de donner une mauvaise image de la justice : elle pourrait donner l'impression que le tribunal cherche un moyen d'éviter d'avoir à rendre jugement.

Champ d'application de la mission de conciliation. L'article 10 de l'*Avant-projet de loi* pose certaines limites à la fonction adjudicative du tribunal. Par contre, en ce qui concerne sa mission de conciliation, l'*Avant-projet de loi* n'identifie aucune limite quant aux circonstances dans lesquelles elle peut être exercée. Si cette mission de conciliation peut paraître appropriée dans certains dossiers, ce n'est pas nécessairement le cas pour l'ensemble des litiges dont le tribunal est saisi. La loi devrait le prévoir spécifiquement en délimitant le champ d'application de cette mission ou en excluant expressément certains types de litiges de cette mission. C'est au législateur qu'il incombe de faire ce choix. À titre d'exemples, les dossiers touchant les matières suivantes devraient être exclus du champ d'application de la mission de conciliation du tribunal :

- les litiges concernant la validité constitutionnelle d'une loi;
- les litiges dans lesquels les tribunaux exercent leur pouvoir de surveillance à l'égard des actes du gouvernement et des tribunaux administratifs;
- les litiges soulevant des questions d'ordre public;
- les litiges opposant des organismes publics.

L'exclusion de la mission de conciliation du tribunal dans de telles circonstances repose sur plusieurs facteurs. En ce qui a trait aux litiges impliquant le gouvernement, par exemple, on peut justifier cette exclusion par le principe de la

séparation des pouvoirs : il n'incombe pas au pouvoir judiciaire de tenter de concilier les pouvoirs gouvernementaux en ce qui a trait à l'exercice de leurs fonctions. Les dossiers soulevant des questions d'ordre public ne se prêtent pas non plus à la conciliation, dans la mesure où les parties ne peuvent faire de compromis à ce sujet. Dans d'autres dossiers, les enjeux dépassent les intérêts des seules parties au litige, de sorte que la conciliation de ces seules parties n'est pas indiquée.

Un autre aspect du champ d'application de la mission de conciliation que le législateur devrait mieux encadrer concerne le degré d'initiative dévolu au tribunal à ce sujet. En ce qui concerne la fonction adjudicative du tribunal, l'article 10 de l'*Avant-projet de loi* énonce que les tribunaux ne peuvent se saisir d'office et qu'il revient aux parties d'introduire l'instance et d'en déterminer l'objet. Cette disposition reconnaît donc que l'initiative des débats judiciaires et de leur contenu incombe aux parties et non au tribunal. Par comparaison, les dispositions concernant le degré d'initiative dont le tribunal dispose pour exercer sa mission de conciliation paraissent plus équivoques.

L'article 9 de l'*Avant-projet de loi* identifie quatre situations dans lesquelles le tribunal exerce sa mission de conciliation : 1) si la loi lui en fait le devoir; 2) si les parties le demandent; 3) si les parties y consentent; ou 4) si les circonstances s'y prêtent. L'utilisation de la conjonction « ou » porte à conclure que la mission de conciliation peut être exercée dans l'une ou l'autre de ces situations, qui sont donc indépendantes les unes des autres. Dans les deux premières, l'initiative n'appartient pas au tribunal, mais bien au législateur ou aux parties. Cette conception de la mission de conciliation s'harmonise donc avec celle de la fonction adjudicative du tribunal.

Par contre, le tribunal peut prendre l'initiative d'exercer sa mission de conciliation dans les deux autres situations. Parce qu'elle est séparée des trois premières situations par la conjonction « ou », la quatrième situation (« si les circonstances

s'y prêtent ») laisse même entendre que le tribunal pourrait choisir de s'engager dans cette voie en l'absence d'une disposition statutaire qui l'exigerait, sans que les parties ne le demandent et en l'absence de consentement de leur part. Si telle est véritablement la portée de l'*Avant-projet de loi*, elle attribue au tribunal un rôle démesuré en matière de conciliation, qui ne cadre pas avec la nature du pouvoir exercé par les institutions judiciaires. En effet, c'est aux parties qu'il revient de déterminer le mode approprié pour trouver une solution à leur différend. Il n'incombe pas au tribunal de faire ce choix à leur place. Les institutions judiciaires constituent un service public⁴. Ce statut implique nécessairement qu'il appartient aux parties de définir elles-mêmes ce qu'elles attendent du tribunal quant à la façon de mettre fin à leur litige. À cet égard, le tribunal peut certes leur suggérer la voie de la conciliation, mais il ne devrait pas pouvoir la leur imposer.

L'article 19 de l'*Avant-projet de loi* attribue d'ailleurs aux parties – et non au tribunal – la maîtrise de leur dossier, sous réserve du devoir des tribunaux d'assurer la saine gestion des instances et de veiller à leur bon déroulement. Il leur reconnaît aussi la faculté, à tout moment de l'instance, de choisir de régler leur litige en ayant recours à un mode privé de prévention et de règlement des différends ou à la conciliation judiciaire. L'article 1 al. 3 leur fait aussi obligation de considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux.

Une emphase suffisante – bien suffisante – est donc déjà mise par ces dispositions sur la conciliation des parties à un litige. Toute insistance indue – de la part du législateur ou de la part des tribunaux – pour amener les parties à choisir la voie de la conciliation plutôt qu'à faire déterminer leurs droits par un jugement tendrait à discréditer la fonction adjudicative des institutions judiciaires. Par voie de conséquence, elle aurait pour résultat de dévaloriser le système de droit comme mode de résolution des litiges.

⁴ *Marcotte c. Longueuil (Ville de)*, [2009] 3 R.C.S. 65, 92.

B) LA RÉCUSATION DES JUGES

Dispositions pertinentes. L'Avant-projet de loi contient cinq dispositions concernant la récusation des juges. Ce sont les suivantes :

17. Le juge qui statue sur une affaire ou sur une demande en cours d'instance doit être impartial; il peut être récusé s'il existe des motifs sérieux de douter de son impartialité.

197. Le juge qui connaît une cause valable de récusation le concernant est tenu de le déclarer sans délai au juge en chef. Ce dernier désigne alors un autre juge pour continuer ou instruire l'affaire et il en informe les parties.

La partie qui connaît une cause de récusation contre le juge doit le dénoncer sans délai dans une déclaration qu'elle notifie au juge concerné et à la partie adverse. Si le juge concerné ne se récuse pas dans les 10 jours de la notification, la partie peut présenter une demande en récusation. Une partie peut cependant renoncer à son droit de récuser, sauf le cas où le juge ou son conjoint a un intérêt dans l'affaire.

Les déclarations et autres documents concernant la récusation sont versés au dossier.

198. Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à l'exigence d'impartialité et des causes de récusation les cas suivants :

1- le juge est le conjoint d'une partie ou de son avocat, ou lui-même ou son conjoint est parent ou allié de l'une ou l'autre des parties ou de leurs avocats, jusqu'au quatrième degré inclusivement;

2- le juge est lui-même partie à une instance portant sur une question semblable à celle qu'il est appelé à décider;

3- le juge a déjà donné un conseil ou un avis sur le différend ou il en a précédemment connu comme arbitre ou médiateur;

4- le juge a agi comme représentant pour l'une des parties;

5- le juge est membre d'une association ou d'une société, personne morale ou non partie au litige;

6- il existe un conflit grave entre le juge et l'une des parties ou des menaces ou des injures ont été exprimées par une partie pendant l'instance ou dans les six mois qui ont précédé la récusation proposée.

Le juge est inhabile si lui-même ou son conjoint a un intérêt dans l'affaire.

199. *Une demande en récusation est notifiée au juge et aux autres parties à l'expiration des 10 jours qui suivent la notification de la déclaration.*

S'il n'y a pas eu de déclaration, la récusation peut être proposée à tout moment de l'instance, pourvu que la partie justifie de sa diligence. Si elle l'est lors de l'instruction, la demande peut être orale; les motifs invoqués à l'appui sont alors consignés au procès-verbal de l'audience.

Si la récusation est proposée contre le seul juge chargé de siéger dans le district où l'instance est portée, le greffier en informe aussitôt le juge en chef.

200. *La demande en récusation est décidée par le juge saisi de l'affaire et sa décision peut faire l'objet d'un appel sur permission d'un juge de la Cour d'appel.*

S'il accueille la demande, le juge doit se retirer du dossier et s'abstenir de siéger; s'il la rejette, il demeure saisi de l'affaire.

Le greffier avise le juge en chef de toute affaire dont l'instruction est remise en raison de la décision d'un juge de se récuser.

Il est difficile de comprendre pourquoi l'article 17 est situé dans le chapitre intitulé « Les principes directeurs de la procédure ». Il devrait plutôt constituer la première disposition du chapitre portant sur la récusation des juges. La récusation n'est pas un principe de procédure. C'est un mécanisme qui sert à mettre en œuvre l'obligation d'impartialité des tribunaux et de leurs membres. De plus, il y a un avantage évident, pour la clarté et l'intelligibilité du futur *Code de procédure civile*, à regrouper à un seul endroit l'ensemble des dispositions traitant de la récusation des juges.

Champ d'application de la récusation. L'article 17 de l'*Avant-projet de loi* rend la récusation du juge possible lorsqu'il « statue sur une affaire ou sur une demande en cours d'instance ». Dans sa forme actuelle, cette disposition porte à conclure que l'obligation d'impartialité – et la possibilité de récusation qui en est le corollaire – ne trouvent application que dans l'exercice de la fonction adjudicative du tribunal. L'exigence d'impartialité imposée par l'article 23 de la

Charte des droits et libertés de la personne est aussi libellée par référence à cette fonction adjudicative⁵. Cependant, l'énoncé des missions du tribunal contenu à l'article 9 de l'*Avant-projet de loi* est plus large que cette seule fonction adjudicative. Il y aurait donc lieu que le futur *Code de procédure civile* précise que l'impartialité s'impose dans le cadre de toutes les missions exercées par le tribunal. La conséquence devrait nécessairement être que la récusation est aussi possible lorsque le juge exerce sa mission de conciliation, notamment lorsqu'il préside une conférence de règlement à l'amiable.

Aux termes de l'article 157 de l'*Avant-projet de loi*, c'est au juge en chef du tribunal qu'il incombe de désigner le juge qui préside une conférence de règlement à l'amiable. Les parties n'ont, semble-t-il, aucun droit de regard à ce sujet. Cette situation tranche avec celle des modes privés de prévention et de règlement des différends. Dans ce cas, l'*Avant-projet de loi* laisse aux parties le choix de leur médiateur et impose à ce dernier une obligation de dénoncer tout conflit d'intérêts ou toute situation qui pourrait laisser croire à l'existence d'un tel conflit ou mettre en doute son impartialité (art. 610). De même, pour un arbitrage, les parties choisissent aussi leur arbitre (art. 625); ce dernier est tenu de leur signaler toute cause de récusation le concernant et il peut aussi être récusé (art. 628). Plus encore, l'article 3 de l'*Avant-projet de loi* énonce que les parties qui font appel à un tiers pour les assister dans leur démarche de prévention et de règlement des différends ou pour trancher leur différend le choisissent de concert et s'assurent, avant de lui donner mandat d'agir, qu'il est impartial à leur égard. La même disposition fait obligation à ce tiers d'agir avec impartialité.

S'il en est ainsi à l'égard d'un tiers choisi par les parties, il doit nécessairement en être de même pour un juge désigné par le juge en chef pour présider une

⁵ L.R.Q., c. C-12. Le premier alinéa de l'article 23 énonce ce qui suit : « **23.** Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle. »

conférence de règlement à l'amiable. Ce juge doit être aussi désintéressé par rapport au résultat de la conciliation qu'il le serait par l'issue du litige s'il présidait le procès entre les parties. On ne peut pas imaginer qu'une partie participant à une conférence de règlement à l'amiable présidée par un juge qui serait le conjoint de la partie adverse, par exemple, pourrait avoir pleinement confiance dans l'équité de cette conférence et la possibilité qu'elle débouche sur une « solution mutuellement satisfaisante ».

Motifs de récusation. Les motifs de récusation sont énoncés à l'article 198 de l'*Avant-projet de loi*, qui doit être lu en conjonction avec l'article 17. On comprend d'une lecture combinée de ces dispositions qu'il existe un seul motif de récusation – soit un motif sérieux⁶ de douter de l'impartialité du juge – et que l'article 198 en donne un nombre non limitatif d'illustrations. De façon générale, les diverses situations identifiées dans cette disposition reprennent les motifs actuellement énoncés à l'article 234 du *Code de procédure civile*.

Pour déterminer les circonstances donnant lieu à la récusation, l'*Avant-projet de loi* ne reprend pas le critère utilisé par la jurisprudence⁷, soit la « crainte raisonnable de partialité », appréciée dans la perspective d'une personne raisonnable et bien informée. Lors de la réforme de 2002⁸, le législateur avait choisi d'introduire la crainte raisonnable de partialité comme motif de récusation, afin de donner suite à l'évolution de la jurisprudence québécoise en ce sens. Il est probable qu'elle continuera à l'utiliser même si le libellé de l'*Avant-projet de loi* est repris dans le futur *Code de procédure civile*. Si l'intention du législateur est d'engager un changement de perspective chez les tribunaux à ce sujet (par

⁶ C'est sans doute par inadvertance que l'article 17 (applicable aux juges) et l'article 628 (applicable aux arbitres) de l'*Avant-projet de loi* sont rédigés différemment : dans un cas, la disposition prévoit que le juge peut être récusé s'il existe « des motifs sérieux » de douter de son impartialité, alors que dans l'autre elle prévoit que l'arbitre peut être récusé s'il existe « un motif sérieux » de douter de son impartialité. L'utilisation du pluriel en ce qui a trait aux juges pourrait laisser croire que le législateur envisage un seuil plus exigeant pour obtenir leur récusation. Il y aurait lieu de clarifier cette question.

⁷ *Droit de la famille – 1559*, [1993] R.J.Q. 625 (C.A.); *Wightman c. Succession de feu Peter N. Widdrington*, [2008] R.J.Q. 59 (C.A.).

⁸ L.Q. 2002, c. 7 art. 47. Ce critère a été intégré au par. 9 de l'article 234 C.p.c.

exemple en raison du fait qu'il considérerait insatisfaisant le critère de la « crainte raisonnable de partialité »), il devrait le dire plus clairement.

Le législateur devrait en outre préciser son intention quant au degré de discrétion dont le tribunal dispose lorsqu'un juge fait face à une demande de récusation. Est-ce que toutes les demandes de récusation sont assujetties à l'appréciation, par le tribunal, de l'existence de motifs sérieux de douter de l'impartialité du juge ? Au contraire, est-ce que certaines situations obligent automatiquement un juge à se récuser⁹, et ce, parce que le législateur considère qu'elles suscitent intrinsèquement des motifs sérieux de douter de son impartialité et qu'il n'est pas nécessaire que le tribunal procède, en plus, à une appréciation de ce critère ?

À titre d'exemple, la rédaction du second alinéa de l'article 198 de l'*Avant-projet de loi* n'éclaire pas adéquatement l'intention du législateur : est-ce que l'intérêt du juge ou de son conjoint dans une affaire entraîne automatiquement la récusation, indépendamment de toute autre considération, ou si le tribunal doit en plus apprécier si cet intérêt fournit des motifs sérieux de douter de son impartialité ? La question se pose d'autant plus que, à la différence de l'actuel article 234 du *Code de procédure civile*, l'intérêt n'apparaît pas dans la liste non limitative donnée au premier alinéa de l'article 198 de l'*Avant-projet de loi*¹⁰.

L'encadrement juridique de l'impartialité judiciaire ne relève pas uniquement des tribunaux. Le législateur a lui aussi un rôle à jouer dans la configuration des conditions qui permettent d'assurer et de maintenir cette impartialité. L'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* l'oblige à prendre les mesures nécessaires pour atteindre cet objectif. La jurisprudence a déjà fait le constat que le critère de la « crainte raisonnable de partialité » requérait une application au cas par cas et que les jugements rendus à ce sujet pouvaient difficilement

⁹ L'article 61 de l'*Avant-projet de loi* donne une illustration d'une telle récusation obligatoire, en énonçant que le juge qui doit décider de procédures d'outrage au tribunal ne doit pas être celui devant qui cet outrage aurait été commis. L'article 383 en donne un autre exemple, en précisant qu'un juge d'appel ne peut entendre une affaire qu'il a jugée en première instance.

¹⁰ Il est actuellement énoncé au par. 8 de l'article 234 *C.p.c.*

servir de précédents¹¹. Ce critère fournit donc aux justiciables un guide imprécis lorsqu'ils se demandent si le juge qui est saisi de leur dossier devrait se récuser. Le futur *Code de procédure civile* pourrait contribuer à dissiper cette incertitude en définissant des conditions objectives de récusation.

Procédure de récusation. L'*Avant-projet de loi* maintient la procédure de récusation mise en place lors de la réforme de 2002¹². Il laisse au juge visé par une demande de récusation l'autorité d'en décider lui-même, sa décision étant susceptible d'appel. La procédure antérieure à la réforme de 2002 attribuait plutôt à un autre juge du tribunal le soin de rendre jugement à propos de la demande de récusation.

La procédure actuelle, reprise dans l'*Avant-projet de loi*, paraît discutable. Le juge qui doit décider lui-même de sa propre récusation est placé dans une situation de conflit d'intérêts. Même avec la meilleure volonté, il est privé du détachement nécessaire pour apprécier de façon désintéressée si la situation dans laquelle lui ou son conjoint se trouvent porte atteinte à l'exigence d'impartialité. Il est difficile de comprendre pourquoi le législateur perpétue cet état de droit.

La procédure actuelle présente aussi un problème quant à la preuve des faits pertinents à la récusation. Selon l'*Avant-projet de loi*, la partie qui demande la récusation allègue les faits sur lesquels elle se fonde et le juge rend ensuite jugement. La position de ce dernier quant aux faits allégués contre lui n'est exprimée qu'au moyen du jugement par lequel il décide de la demande de récusation. Les parties n'ont donc pas l'occasion de répondre ou de faire des représentations à propos de ces faits que le juge divulgue dans son jugement, et que les parties pouvaient bien ignorer au moment où la demande de récusation est présentée. Il est donc possible que le jugement soit rendu sur la base de

¹¹ R. c. S. (R.D.), [1997] 3 R.C.S. 484, 539.

¹² L.Q. 2002, c. 7, art. 50.

faits à l'égard desquels les parties n'ont pu présenter leur point de vue. Cette situation semble peu compatible avec le principe énoncé à l'article 16 al. 2 de l'*Avant-projet de loi*, selon lequel les tribunaux ne peuvent fonder leur décision sur des moyens que les parties n'ont pas été à même de débattre.

Le droit d'appel accordé par l'article 200 de l'*Avant-projet de loi* constitue certes une mesure de protection pour la partie qui demande la récusation. Cependant, il lui fait porter un fardeau additionnel – tant au plan financier qu'au plan juridique – pour avoir la possibilité de présenter sa demande de récusation devant un juge réellement désintéressé par rapport à cette demande. Cette occasion devrait lui être fournie lors de la présentation initiale, en première instance. À cet égard, la procédure antérieure à 2002 paraissait plus appropriée et le législateur devrait considérer l'opportunité d'y revenir. Cette procédure garantissait par ailleurs au juge visé par une demande de récusation la possibilité de répondre aux faits allégués contre lui au moyen d'une déclaration, déposée au dossier.

Enfin, l'article 197 de l'*Avant-Projet de loi* permet à une partie de renoncer à son droit de récuser un juge, mais formule une exception : « sauf le cas où le juge ou son conjoint a un intérêt dans l'affaire ». Il est difficile de voir comment, en pratique, cette exception pourra recevoir application. Si la partie ne présente pas de demande de récusation dans de telles circonstances, et que le juge ne se récuse pas volontairement, il y aura bel et bien une renonciation, quoi qu'en dise l'article 197 de l'*Avant-projet de loi*. Pour que cette interdiction de renoncer au droit de récuser ait une véritable portée, la loi devrait indiquer quelle est la conséquence juridique si les personnes concernées passent outre à une telle interdiction. De plus, la notion d'intérêt couvre un large éventail de situations et elle est susceptible d'appréciations divergentes, de sorte que les parties ne pourront jamais avoir de réelle certitude quant au fait qu'elles peuvent ou qu'elles ne peuvent pas renoncer à la récusation du juge. L'*Avant-projet de loi* ne devrait pas laisser subsister une aussi grande marge d'incertitude à cet égard.

C) L'IMMUNITÉ JUDICIAIRE

Dispositions pertinentes. Le quatrième alinéa de l'article 9 de l'*Avant-projet de loi* se lit comme suit :

Le tribunal et les juges bénéficient de l'immunité judiciaire dans l'exercice de leur mission.

Par comparaison, l'article 608 prévoit ce qui suit :

608. *Les tiers qui interviennent pour aider les parties à prévenir ou à régler leur différend ou pour le trancher, notamment les médiateurs et les arbitres, ne peuvent être poursuivis en justice en raison des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, à moins qu'ils n'aient agi de mauvaise foi ou n'aient commis une faute lourde ou intentionnelle.*

Codification de l'immunité judiciaire. L'article 9 de l'*Avant-projet de loi* consacre le bénéfice de l'immunité judiciaire en faveur du tribunal et des juges. C'est une heureuse initiative de la part du législateur. Jusqu'à présent, les tribunaux ont seuls formulé et défini l'immunité qui s'attache à l'exercice de leurs fonctions, bien que certaines dispositions législatives y fassent aussi référence¹³. L'intervention du législateur ajoute une légitimité supplémentaire à cette règle de droit développée par la jurisprudence.

L'un des aspects cruciaux de la règle proposée par l'*Avant-projet de loi* est l'égalité fondamentale de tous les juges quant à l'immunité qui s'attache à l'exercice de leurs fonctions. La jurisprudence distingue parfois l'immunité des juges des tribunaux supérieurs de celle des juges des autres tribunaux. Bien que la *Loi sur les privilèges des magistrats* accorde déjà aux juges de nomination provinciale la même immunité que celle des juges de la Cour supérieure, le caractère innovateur de l'article 9 de l'*Avant-projet de loi* réside dans le fait qu'il

¹³ À titre d'exemples : *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 151.14 (conférence de règlement à l'amiable); *Loi sur les commissions d'enquête*, L.R.Q. c. C-37, art. 16; *Loi sur les privilèges des magistrats*, L.R.Q. c. C-24, art. premier.

fournit un fondement commun à l'immunité de l'ensemble des membres de la magistrature. Il n'y a en effet pas de raison de principe pour que l'immunité des juges de nomination provinciale soit à la remorque de celle des juges des tribunaux supérieurs.

Ne serait-il pas aussi approprié que le législateur saisisse l'occasion de cette codification pour définir l'immunité judiciaire, à tout le moins pour consacrer la portée que la jurisprudence lui donne quant à la protection du juge contre les poursuites civiles et quant à l'impossibilité de le contraindre à témoigner à propos de l'exercice de ses fonctions ? Une telle démarche permettrait de bien distinguer l'immunité des juges de celle – de moindre portée – que l'article 608 de l'*Avant-projet de loi* confère aux arbitres et aux médiateurs. Cette précision est importante puisque, bien que les missions du juge et celles des arbitres et médiateurs tendent à des objectifs similaires, la protection que leur offre la loi dans la réalisation de ces missions est différente.

La codification de l'immunité judiciaire pourrait également fournir au législateur l'occasion de dissiper l'ambiguïté de la jurisprudence en ce qui a trait aux limites de cette immunité. Dans l'état actuel du droit, ces limites ont été tracées par la Cour suprême du Canada au moyen d'un critère relativement flou¹⁴, laissant place à bien des interrogations, et qui repose sur une appréciation de la bonne foi du juge et de l'étendue de sa compétence ou de ses pouvoirs. Bien que l'immunité judiciaire soit généralement considérée comme offrant une protection absolue aux juges, le critère retenu par la Cour suprême du Canada n'a pas réussi à empêcher les poursuites contre les juges, ni les attaques disgracieuses à leur égard dans le cadre de telles poursuites. Il y aurait un avantage évident pour les membres de la magistrature et pour les justiciables en général à ce que le législateur fixe les limites de l'immunité au moyen d'un critère objectif, qui donne le moins possible place à l'interprétation.

¹⁴ *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, 744; *Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.), 675.