



L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN

THE CANADIAN BAR ASSOCIATION

Division du Québec • Québec Branch



**Mémoire relatif à
l'Avant-projet de loi instituant le nouveau
Code de procédure civile**

**présenté à la
Commission des institutions
Assemblée nationale du Québec**

**ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN
DIVISION DU QUÉBEC**

16 DÉCEMBRE 2011

AVANT-PROPOS

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui regroupe plus de 37 000 juristes, dont des avocats, notaires, professeurs et étudiants en droit dans l'ensemble du Canada. Les principaux objectifs de cette association sont de promouvoir l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

L'Association du Barreau canadien possède des divisions dans chaque province et territoire, dont une au Québec (l'« **ABC-Québec** »), laquelle regroupe de nombreux comités, bénéficiant notamment du support de 24 sections de droit.

Le présent mémoire a été préparé par un sous-comité du Comité de la législation et de la réforme du droit de l'ABC-Québec (le « **CLRD** »), regroupant en son sein des représentants de tous les comités et sections de droit de la division intéressés par la réforme du droit de la procédure civile au Québec. Ce mémoire a été révisé par le CLRD et fut approuvé par le Comité exécutif de l'ABC-Québec à titre de déclaration publique de l'ABC-Québec.

Pour toute question relative à ce mémoire, veuillez communiquer avec :

Me Claude BEAUDOIN, Directrice générale
ABC-Québec

Tél. : 514 393-9600, poste 29
Télécopie : 514 393-3350
Courriel : cbeaudoin@abcqc.qc.ca

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PRÉSENTATION DU PLAN ET COMMENTAIRES LIMINAIRES.....	3
I. LE CADRE GÉNÉRAL DE LA PROCÉDURE CIVILE.....	5
A. Les fondements (art. 1 à 27).....	5
1. La Disposition préliminaire.....	5
2. Les principes de la procédure applicables aux modes privés de prévention et de règlement des différends (art. 1 à 7).....	8
3. Les principes de la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire (art. 8 à 28)	10
a) la publicité des débats (art. 11 à 15)	10
i) le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'émettre un interdit de publication	11
ii) le huis clos automatique en matière familiale	12
iii) l'article 23 de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i>	13
b) les moyens technologiques (art. 22)	13
c) les projets pilotes (art. 27)	13
B. Compétence des tribunaux (art. 28 à 74).....	14
1. La mission des tribunaux et les principes directeurs de la procédure	14
2. Le pouvoir de punir pour outrage au tribunal.....	15
C. Procédures – formalités (art. 75 à 137).....	16
1. Demandes en cours d'instance (art. 100 et 101)	16
2. Irrecevabilité de l'affidavit (art. 105).....	16
3. Notification de documents (art. 109 à 137).....	17
II. LA PROCÉDURE EN MATIÈRE CONTENTIEUSE	17
A. Procédures – déroulement (art. 138 à 143).....	17
1. Jugement déclaratoire (art. 138, alinéa 2)	17
2. L'assignation et la réponse du défendeur	17
B. Gestion de l'instance (art. 144 à 161).....	18
1. Protocole d'instance (art. 144 à 148)	18

	Page	ii
2. Conférence de gestion (art. 149 à 153)	20	
3. Mesures de gestion (art. 155 à 156)	21	
a) l'expertise (art. 144, 155, 226, 229, 234 et 289)	21	
b) la défense orale	24	
C. Contestation et mise en état du dossier (art. 162 à 179)	25	
1. Moyens préliminaires (art. 162 à 164)	25	
2. Contestation au fond (art. 165 à 167)	25	
3. Mise en état du dossier et inscription (art. 168 à 174)	27	
4. Inscriptions par défaut (art. 176 à 179)	28	
D. Incidents de l'instance (art. 180 à 215)	28	
E. Constitution et communication de la preuve avant l'instance (art. 216 à 259)	29	
1. L'interrogatoire (art. 216 à 224)	29	
a) généralités	29	
b) objections (art. 222)	31	
2. L'expertise (art. 225 à 235)	32	
3. Les délais de communication et de production	32	
4. La contestation d'autres documents	32	
F. L'instruction (art. 260 à 298)	32	
III. LA PROCÉDURE EN MATIÈRE NON CONTENTIEUSE	33	
IV. LE JUGEMENT ET LES POURVOIS EN RÉTRACTATION ET EN APPEL	36	
A. Le jugement (art. 318 à 347)	36	
1. Les frais de justice (art. 336 à 341)	36	
B. L'appel (art. 348 à 387)	37	
V. LES RÈGLES APPLICABLES À CERTAINES MATIÈRES CIVILES	38	
A. Les demandes en matière de droit des personnes et en matière familiale (art. 388 à 457)	38	
1. L'Habeas corpus	38	
2. Les demandes en matière familiale (art. 406 à 413)	38	
3. La médiation en cours d'instance (art. 414 à 421)	40	
a) les séances d'information sur la parentalité et la médiation	40	
b) le recours à la médiation	41	

4.	L'expertise psychosociale	41
5.	Les demandes relatives aux obligations alimentaires.....	41
B.	Les demandes concernant les successions (art. 458 à 465).....	42
C.	Les demandes concernant la publicité des droits et les biens (art. 466 à 482).....	42
D.	Divers (art. 483 à 511)	42
VI.	LES VOIES PROCÉDURALES PARTICULIÈRES	43
A.	Mesures provisionnelles et de contrôle et l'injonction (art. 512 à 518).....	43
1.	Remarques générales.....	43
2.	Commentaires spécifiques.....	43
B.	Les saisies et le séquestre (art. 519 à 529).....	47
C.	L'homologation (art. 530)	47
D.	Le pourvoi en contrôle judiciaire (art. 531 à 538)	47
1.	Remarques générales.....	47
2.	Recours unifié : le pourvoi en contrôle judiciaire	48
3.	Autres recours	49
a)	recours en nullité	49
b)	recours en jugement déclaratoire	50
4.	Quelques éléments de procédure du pourvoi en contrôle judiciaire.....	50
5.	L'intérêt pour agir	51
6.	L'intervention d'un tiers.....	51
7.	L'appel	52
8.	Les droits particuliers de l'État	52
E.	Les petites créances (art. 539 à 572).....	54
F.	L'action collective (art. 573 à 606)	54
1.	Remarques générales.....	54
2.	Commentaires spécifiques.....	55
VII.	LES MODES DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS (ART. 607 À 653).....	59
VIII.	L'EXÉCUTION DES JUGEMENTS	60

A.	Généralités (art. 654 à 689)	60
B.	Saisies (art. 690 à 739)	60
C.	Vente sous contrôle de justice (art. 740 à 775)	60
1.	L'officier désigné	61
2.	Nouvelles formalités relativement aux ventes sous contrôle de justice	63
3.	Les nouvelles règles de l'exécution forcée sur action réelle	64
4.	La vente des biens	65
5.	L'abolition de l'article 909 de l'Actuel Code	66
IX.	DISPOSITIONS MODIFICATIVES GÉNÉRALES, PARTICULIÈRES, TRANSITOIRES ET FINALES (ART.776 À 800)	66
X.	COMMENTAIRES SUR LA NÉCESSITÉ D'UNIFORMISER LE LANGAGE DU NOUVEAU CODE	67
A.	Définitions.....	67
B.	Langage en général.....	67
C.	Notion de « personne »	67
D.	Preuve sommaire en matière d'abus de procédure	67
E.	Expiration des délais.....	67
F.	Notion d'« auteur »	68
G.	Notion de « dépôt » d'un acte introductif d'instance	68
H.	Notion de « règlement de l'affaire »	68
I.	Notification d'un « exposé » à l'autre partie	68
J.	Notions d'« intimidation » ou de « manipulation »	68
	CONCLUSION	69
	ANNEXE « A ».....	70
	ANNEXE « B ».....	83

LISTE DES MEMBRES DU COMITÉ DE LA LÉGISLATION ET DE LA RÉFORME DU DROIT DE L'ABC-QUÉBEC	91
--	-----------

LISTE DES MEMBRES DU SOUS-COMITÉ DU CLRD CHARGÉ DE LA RÉDACTION DU PRÉSENT MÉMOIRE.....	92
--	-----------

INTRODUCTION

Il n'y [aux lois] faut toucher que d'une main tremblante.

MONTESQUIEU, *Lettres Persanes*, n° 129,
dans *Œuvres complètes*, Paris, Seuil, 1964, p. 130¹

La Disposition préliminaire de l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*² déclare, en son quatrième alinéa, que celui-ci a pour objectifs principaux « *d'assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure, l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre et le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice* ».

De même, les notes explicative de l'Avant-projet de loi annoncent la simplification de la structure du *Code de procédure civile*³, de la terminologie qui y est utilisée, ainsi que la codification du « *principe de la proportionnalité* », tout en reconnaissant la mission du tribunal à titre de gestionnaire des instances, notamment par la voie du protocole d'instance et de conférences de gestion présidées par un juge.

Le nouveau Code, tel que proposé, semble également favoriser la justice participative et une collaboration étroite entre parties opposées. L'on réfère notamment ici au fait que les interrogatoires hors cours pourraient être déposés par l'une ou l'autre des parties et à l'encouragement d'expertises communes. Malgré ces objectifs louables, les dispositions du nouveau Code soulèvent d'importantes questions. Le présent document souligne les principales préoccupations de l'ABC-Québec.

L'ABC-Québec partage le souhait que la justice puisse être rendue de façon plus économique, plus rapide et plus efficace. Nous croyons aussi, comme le législateur, qu'il ne faille pas sacrifier la qualité aux objectifs d'économie et d'efficacité. Il y a dans la recherche de ces objectifs un équilibre fragile à maintenir.

Nous sommes également d'avis que certaines notions proposées par le nouveau Code, telle une plus grande gestion judiciaire, pourraient servir à atteindre cet équilibre. Des interventions bien placées de magistrats engagés, au moment opportun des procédures, peuvent certainement avoir des effets bénéfiques.

¹ Tel que cité par Paul-André CRÉPEAU, « Essai de lecture du message législatif », dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Les éditions Thémis, 1995, 199, 247 (note 201).

² QUÉBEC, *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, deuxième session, trente-neuvième législature, 2011 [l'« **Avant-projet de loi** » ou le « **nouveau Code** »].

³ L.R.Q., c. C-25 [le « **Code actuel** » ou le « **C.p.c.** »].

Or, nombre de mesures que le nouveau Code vise à mettre en place seraient de nature à rendre difficile l'atteinte de ces objectifs.

Ainsi, il n'y a aucun contrôle judiciaire des procédures à l'institution de l'instance ni aucune date de présentation. Les parties sont dès lors requises de préparer un protocole exhaustif et complexe alors qu'elles n'ont encore que des informations et connaissances embryonnaires. Les tribunaux se voient octroyer des pouvoirs accrus de limiter la publicité des débats alors que cette publicité est à la base de notre système juridique et alors qu'elle a toujours été un gage de l'intégrité du processus judiciaire.

Plusieurs propositions peuvent causer des surprises au détriment des justiciables et risquent de retarder l'instruction de la cause. Ainsi, la partie demanderesse ne semble plus avoir l'option de présenter des moyens préliminaires à l'encontre de la défense/contestation. Par ailleurs, on conserve cette dichotomie entre les défenses orales et écrites alors qu'on aurait pu simplement créer une procédure écrite simplifiée.

D'autre part, on abandonne le caractère exploratoire de l'interrogatoire en prévoyant que toute partie à l'instance peut le produire et on complique la préparation et la conduite de l'instruction en prévoyant que c'est seulement alors que les objections seront tranchées.

Finalement, sans justification particulière, on vient modifier de façon substantielle l'économie du *Code civil du Québec*⁴ et le régime d'exercice des recours hypothécaires en assimilant la vente sous contrôle de justice dans le cadre de l'exercice d'un recours hypothécaire à une vente en exécution de jugement. Une procédure qui se voulait souple, flexible et évolutive devient désormais lourde et complexe en prévoyant des nouveaux intervenants et de nouveaux avis. Il est difficile de comprendre comment on peut atteindre ainsi les objectifs de célérité et d'économie recherchés.

Mentionnons, en dernier lieu, que le législateur semble vouloir, jusqu'à un certain point, privatiser et rendre confidentielle une partie importante des modes de règlements des différends, invitant les parties à recourir à des « *tiers* » dans ce processus qu'elles auraient le loisir de choisir, en faisant appel à des « *normes et à des critères autres que ceux du droit* ». Bien que l'ABC-Québec reconnaisse que les modes alternatifs de résolution des différends reconnus, dont l'arbitrage et la médiation, présentent leur utilité en de nombreux contextes, elle n'est cependant pas d'accord pour inscrire ces modes au premier plan dans le cadre du nouveau Code de procédure civile, préférant que leur utilisation par les parties demeure volontaire (on ne saurait les y contraindre), la justice civile publique demeurant la pierre angulaire de notre système juridique.

⁴ L.Q. 1991, c. 64 [le « **Code civil** » ou « **C.c.Q.** »].

De même, l'ABC-Québec remet en question l'inclusion des articles 1 à 7 du nouveau Code, dont la rédaction actuelle laisse présager des entorses majeures aux principes de l'État de droit et de la règle de droit.

Il va de soi que le changement est souhaitable lorsqu'il permet de corriger des situations ou d'améliorer les systèmes, même si ce n'est qu'à long terme. Nous sommes d'avis toutefois que la prudence s'impose et que les modifications de vocabulaire de dispositions existantes ne devraient avoir lieu que lorsqu'elles sont absolument nécessaires.

Nous soumettons de plus qu'il serait préférable de conserver l'organisation du Code actuel qui suit l'ordre logique et chronologique du déroulement de l'instance.

Enfin, nous craignons que plusieurs modifications que vise à introduire le nouveau Code n'aient pas d'effet positif sur le système, au contraire.

PRÉSENTATION DU PLAN ET COMMENTAIRES LIMINAIRES

Pour les fins du présent mémoire, nous avons choisi de suivre l'ordre proposé aux termes de l'Avant-projet de loi. Ainsi, nous traiterons successivement du cadre général de la procédure civile [I], de la procédure en matière contentieuse [II], de la procédure en matière non contentieuse [III], du jugement, des pourvois en rétractation et en appel [IV], des règles applicables à certaines matières civiles [V], des voies procédurales particulières [VI], des modes de prévention et de règlement des différends [VII], de l'exécution des jugements [VIII] et des dispositions modificatives générales, particulières, transitoires et finales [IX]. Nous terminerons en formulant des commentaires sur la nécessité d'uniformiser le langage du nouveau Code [X].

De même, le texte du présent mémoire est appelé à évoluer. Pour l'instant, nous vous livrons les commentaires principaux que nous avons pu formuler dans le délai imparti. Nous le faisons sous forme de commentaires généraux et, parfois, sous forme de commentaires spécifiques à certains articles de l'Avant-projet de loi.

Nous sommes gré à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec de nous avoir accordé un délai supplémentaire pour le dépôt du présent mémoire au 18 décembre 2011, alors que le délai initial pour ce faire expirait le 18 novembre 2011. Néanmoins, il s'agit d'un délai très court pour un projet législatif de cette ampleur.

Nous profitons de l'occasion pour exprimer le souhait que la réforme législative annoncée ne fera pas l'économie d'un véritable débat sur les nombreuses questions qu'elle soulève et qu'on lui consacrerait le temps et les consultations requises afin qu'elle soit un succès. Ces récentes années, nous avons constaté que plusieurs réformes d'importance ont

pourtant fait l'économie d'un tel débat, qu'il s'agisse, au Québec, du contexte dans lequel la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*⁵ fut adoptée ou, au fédéral, de la dernière réforme de la législation sur la faillite et l'insolvabilité⁶, pour ne prendre que ces deux exemples. Rappelons que la réforme du *Code civil du Bas Canada* s'est étendue sur une période de plus de trente-six ans avant son adoption et de trente-neuf ans avant l'entrée en vigueur de l'actuel *Code civil du Québec*⁷. Si l'on a pu déplorer une telle lenteur à cette époque, ce n'est certes pas une raison pour adopter une attitude se situant à l'extrême opposée. Du reste, une partie importante du succès de la réforme du droit civil québécois peut sans aucun doute être attribuée aux importants travaux de réflexion qui l'ont précédée, qui ont permis « [...] *continuité du droit d'hier par la consolidation, ainsi que meilleure adéquation au présent, en s'appuyant notamment sur les valeurs nouvelles telles le respect de la personne et un meilleur équilibre dans le commerce juridique* »⁸.

Enfin, nous déplorons le fait que certains organismes ou individus furent consultés au préalable de manière confidentielle par le ministère de la Justice en préparation de la présente réforme et que ce droit de participer aux débats fut refusé à d'autres, dont l'ABC-Québec. L'ABC-Québec est certainement la plus importante association de juristes au Canada regroupant en son sein tous les intervenants du monde juridique – qu'ils soient étudiants en droit, avocats, notaires, juges ou juges à la retraite –, dont la mission consiste à promouvoir l'État de droit et à se faire la voix de la profession juridique, sans par ailleurs être assujettie aux contingences d'un ordre professionnel. En même temps que l'ABC-Québec souhaite une transparence toujours accrue du processus législatif, elle se réjouit de participer aux présentes consultations publiques et espère que sa contribution permettra d'améliorer l'Avant-projet de loi dans l'intérêt de tous.

En terminant, l'ABC-Québec formule le souhait que le législateur prépare et rende disponible un tableau comparatif des dispositions du Code actuel et du nouveau Code, qui permettra de mieux comprendre les changements apportés.

⁵ *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, L.Q. 2008, c. 20, L.R.Q. c. T-11.002. Sur le processus ayant mené à l'adoption de cette loi, voir : Antoine LEDUC, *Mondialisation et harmonisation du droit des sûretés*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2012, p. 206, note 560 (à paraître).

⁶ Voir, à ce sujet : Philippe H. BÉLANGER et Sylvain RIGAUD, *La réforme en matière d'insolvabilité : nouveauté et codification de pratiques existantes*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2009, p. 1-19.

⁷ Voir, pour un rappel de l'historique, Paul-André CRÉPEAU, *La réforme du droit civil canadien – Une certaine conception de la recodification (1965-1977)*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2003.

⁸ Voir : Jean PINEAU, « Le nouveau Code civil et les intentions du législateur », dans *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2003, 3, 23.

I. LE CADRE GÉNÉRAL DE LA PROCÉDURE CIVILE

A. Les fondements (art. 1 à 27)

1. La Disposition préliminaire

La codification des règles en matière procédurale, par l'entremise de l'adoption d'un Code de procédure civile, constitue très certainement une codification organisatrice⁹ de ce domaine du droit qui, dans le cas du Code actuel et, aussi, dans le cas de l'Avant-projet de loi, participe de la tradition civiliste d'origine française.

Il est toutefois étonnant de retrouver, au commencement de l'Avant-projet de loi, une Disposition préliminaire, à l'instar de l'approche adoptée par le Code civil.

L'histoire de la genèse de la Disposition préliminaire du Code civil révèle que son accouchement résulta d'une longue gestation et évolution. L'unanimité n'était pas de mise et plusieurs observateurs soulevèrent sinon des objections, à tout le moins une certaine antipathie, et ce, même après son adoption¹⁰.

S'il faut désormais saluer l'« effet de codification », voire l'« effet de système » qui émerge de cette disposition, dix-sept ans après son entrée en vigueur, l'on peut s'interroger sur l'à-propos de coiffer le nouveau Code d'une disposition équivalente, d'une part, et sur l'impact que cela risque de présenter d'autre part.

Quant à son bien-fondé, on peut être d'accord pour brièvement fixer l'esprit général d'un code, bien que la prudence s'impose dans le choix des termes. Dans le cas d'un Code de procédure civile qui obéit, quant à sa forme du moins, aux préceptes de la tradition civiliste, une Disposition préliminaire pourra faire œuvre utile et contribuer à la diffusion de l'idée voulant que le nouveau Code s'intègre justement dans le grand système juridique, dont le Code civil demeure néanmoins le « réservoir de concepts ». À cet égard, il faudra s'assurer que, dans les matières explicitement visées par le Code civil, le nouveau Code en suive l'esprit et la lettre, qu'il s'en fasse le complément et le prolongement, plutôt que d'y voir une source potentielle de contradictions. À cet égard, si le législateur estime nécessaire l'inclusion d'une telle disposition, nous suggérons que la première phrase soit reformulée de la manière suivante :

Le Code de procédure civile établit les principes de la justice civile et régit, avec le Code civil et en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne [...].

⁹ Voir, de manière générale : Dominique GAURIER, « La rédaction des normes juridiques, source de la métamorphose du droit ? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine », (2001) 31 *R.G.D.* 1, 65.

¹⁰ Voir, entre autres, Alain-François BISSON, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* », (1998) 44 *R.D. McGill* 539.

De même, la première phrase du dernier paragraphe devrait être modifiée pour se lire comme suit :

Enfin, le Code s'interprète et s'applique comme un ensemble, dans le respect du Code civil et de la tradition civiliste.

Par ailleurs, la Disposition préliminaire suggère que les modes privés feront maintenant partie de la justice civile et que seront codifiés les principes de procédure s'appliquant à ces modes privés, « *dans la mesure où aucun tel principe n'aurait été établi par les parties* ». On en conclut que les parties seraient toujours libres de fixer les règles s'appliquant à leurs modes privés de résolution de conflits, ce que réitère l'article 1 de l'Avant-projet de loi.

L'ABC-Québec est contre cette privatisation de la justice au Québec et s'objecte à ce que les parties soient libres de choisir les modes de résolution de conflits autrement que par ce qui sera explicitement prévu et autorisé à ce chapitre aux termes du Code de procédure civile et de la législation en vigueur. D'une part, la procédure applicable aux tribunaux de l'ordre judiciaire doit être l'objet premier du nouveau Code et la Disposition préliminaire, s'il en est, doit le refléter; d'autre part, et nous aurons l'occasion d'y revenir dans nos commentaires formulés dans la prochaine section, ci-dessous, il faudrait supprimer du premier paragraphe de la Disposition préliminaire la locution « [...] *lorsque celle-ci n'est pas autrement fixée par les parties* [...] ». Avec les modifications précédemment suggérées, il conviendrait de reformuler le premier paragraphe de la manière suivante :

Le Code de procédure civile établit les principes de la justice civile et régit, avec le Code civil, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne, (L.R.Q., chapitre C-12) et les principes généraux du droit, la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, de même que la procédure d'exécution des jugements et de vente du bien d'autrui. Le Code prescrit également, à titre subsidiaire et volontaire, les modes privés de prévention et de règlement des différends permis et, le cas échéant, la procédure les régissant.

L'ABC-Québec croît indiqué de rappeler les objectifs fondamentaux de la justice civile que sont l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, ainsi que le principe de proportionnalité de la procédure. Toutefois, serait-il possible d'éviter l'utilisation de l'anglicisme « *efficients* »¹¹, au second paragraphe, et de le remplacer par le terme « *efficaces* » ?

Enfin, le quatrième alinéa de la Disposition préliminaire prévoit que « *le Code s'interprète et s'applique comme un ensemble, dans le respect de la tradition civiliste* ». Cette règle d'interprétation reprend essentiellement ce que la doctrine québécoise affirme depuis longtemps à ce sujet et qui fut reprise dans l'arrêt *Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, dans lequel la Cour suprême du Canada énonçait¹²:

¹¹ Josette REY-DEBOVE et Alain REY, *Le Petit Robert 2012*, SNL Le Robert, s.v. « efficient, iente », p. 825.

¹² [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51, par. 35-40, 78.

35 D'origines fort diverses, les règles de la procédure civile québécoise font partie d'un Code de procédure. À ce titre, elles s'inscrivent dans une tradition juridique différente de la common law. Le droit fondamental en matière de procédure civile demeure celui qu'édicte l'Assemblée nationale. Ses règles se retrouvent dans un code rédigé en termes généraux. La création des règles de droit appartient ainsi principalement au législateur.

36 Le *Code de procédure civile* contient l'ordonnancement législatif du droit processuel. D'abord, il édicte l'ensemble des principales règles de procédure civile quant à la compétence des tribunaux, à l'institution des actions judiciaires, à leur mise en état, à la conduite de l'audience, au jugement et à son exécution. Ce cadre laisse place à un pouvoir réglementaire des tribunaux prévu par l'art. 47 *C.p.c.* Celui-ci permet aux juges des différentes cours d'adopter des règles de pratique, qui s'insèrent cependant dans le cadre général défini par la loi. (Voir *Charpentier c. Ville de Lemoyne*, [1975] C.A. 870; aussi D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (3e éd. 1997), vol. 1, p. 68.)

37 De plus, le droit procédural reconnaît des pouvoirs inhérents aux tribunaux pour régler des situations non prévues par la loi ou les règles de pratique. (Voir *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618.) Des décisions de gestion ponctuelles peuvent également être rendues nécessaires par les particularités de certains dossiers. Cependant, ces pouvoirs inhérents ou accessoires, que consacrent d'ailleurs les art. 20 et 46 *C.p.c.*, n'accordent aux tribunaux qu'une fonction subsidiaire ou interstitielle dans la définition du contenu de la procédure québécoise. La loi prime. Les tribunaux doivent baser leurs décisions sur celle-ci. Sans nier l'importance de la jurisprudence, ce système ne lui reconnaît pas le statut de source formelle du droit, malgré la légitimité d'une interprétation créatrice et ouverte sur la recherche de l'intention du législateur telle que l'expriment ou l'impliquent les textes de loi. (Voir J. Dainow, « The Civil Law and the Common Law : Some Points of Comparison » (1967), 15 *Am. J. Comp. L.* 419, p. 424 et 426; A. Popovici, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec? » (1973), 8 *R.J.T.* 189, p. 193 et 199.)

38 Ainsi, la législature québécoise n'a pas laissé aux tribunaux la même marge de liberté que les législatures des autres provinces. La procédure civile se retrouve principalement dans le Code. Même si les règles de pratique ont pris graduellement de l'ampleur, il demeure qu'elles sont adoptées sous l'autorité de ce Code et dans le cadre général défini par celui-ci.

39 Un tribunal québécois ne peut décréter une règle positive de procédure civile uniquement parce qu'il l'estime opportune. À cet égard, dans le domaine de la procédure civile, le tribunal québécois ne possède pas le même pouvoir créateur qu'une cour de common law, quoique l'intelligence et la créativité de l'interprétation judiciaire puissent souvent assurer la flexibilité et l'adaptabilité de la procédure. Bien que mixte, la procédure civile du Québec demeure un droit écrit et codifié, régi par une tradition d'interprétation civiliste. (Voir J.-M. Brisson, « La procédure civile au Québec avant la codification : un droit mixte, faute de mieux », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte* (1989), 93, p. 93-95; aussi du même auteur : *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, op. cit., p. 32-33.) Suivant la tradition civiliste, les tribunaux québécois doivent donc trouver leur marge d'interprétation et de développement du droit à l'intérieur du cadre juridique que constituent le Code et les principes généraux de procédure qui le sous-tendent. La dissidence du juge Biron rappelle à juste titre ces caractéristiques d'un régime de droit codifié et souligne pertinemment la nature de la méthode d'analyse et d'examen applicable en l'espèce.

40 Cependant, cette étude cursive resterait incomplète si l'on omettait de souligner les liens de la procédure civile avec l'ensemble du droit québécois. Cette procédure civile est soumise aux principes généraux que l'on retrouve dans le *Code civil du Québec*. Sa

disposition préliminaire, dont la jurisprudence a déjà eu l'occasion de souligner l'importance (voir *Verdun (Municipalité de) c. Doré*, [1995] R.J.Q. 1321 (C.A.), confirmé par notre Cour à [1997] 2 R.C.S. 862), déclare que le *Code civil* constitue le droit commun du Québec. La procédure civile doit donc tenir compte de ces principes. Au-delà même du *Code civil*, elle doit aussi respecter les valeurs exprimées par la *Charte québécoise* dont l'art. 52 exprime la primauté dans les matières relevant de la compétence législative de l'Assemblée nationale du Québec. Son article 53 établit d'ailleurs un principe d'interprétation favorable à son application en cas de doute. Enfin, dans un domaine comme la publicité des procès, restent présents les principes constitutionnels fondamentaux de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsqu'ils sont applicables dans un débat judiciaire privé.

[Nos soulignements]

Or, ce même tribunal a récemment affirmé, dans l'arrêt *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*¹³, l'importance, à son avis, de la *common law* comme source d'interprétation de certains des articles du Code actuel. Cette interprétation, qui ne fait pas l'unanimité, pourrait-elle être codifiée de par l'effet de la Disposition préliminaire ? À partir du moment où la codification des principes s'opère et que le législateur en fait l'exercice démocratique¹⁴, certains soutiennent au contraire que toute référence aux principes autres que ceux de la tradition civiliste peut sembler superflue. Le législateur québécois codifie ainsi un droit original, et ce, peu important les sources dont il s'inspire¹⁵. Voilà qui illustre fort bien les enjeux entourant la rédaction d'une Disposition préliminaire, dont il est difficile de mesurer les effets sur l'interprétation législative.

2. Les principes de la procédure applicables aux modes privés de prévention et de règlement des différends (art. 1 à 7)

L'ABC-Québec remet en question l'inclusion du Titre I au premier livre du nouveau Code.

En effet, il s'agit bien d'un code de procédure civile et, hormis les modes alternatifs de prévention et de règlement des différends, déjà prévus au nouveau Code, il n'est pas de l'objet d'une telle loi que de régir ces modes. En cela, il est surprenant que ces dispositions figurent au tout début du nouveau Code. Le Ministre de la Justice indique cependant que la « procédure civile » représente

l'ensemble des règles à suivre lorsqu'une personne fait appel au système de justice pour régler un conflit ou une situation qui n'est pas de nature criminelle ou pénale.

¹³ [2010] 2 R.C.S. 592, 2010 CSC 41, par. 45.

¹⁴ Voir, de façon générale, Paul-André CRÉPEAU, *La réforme du droit civil canadien – Une certaine conception de la recodification (1965-1977)*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2003.

¹⁵ Voir, notamment, Alain-François BISSON, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* », (1998) 44 *R.D. McGill* 539, 557, note 74.

Ces règles prévoient, entre autres, les différentes étapes judiciaires à respecter, les pouvoirs du juge et les différents moyens pouvant être utilisés pour régler un conflit, y compris l'arbitrage et la médiation¹⁶.

Cet énoncé comporte néanmoins des limites que sont l'arbitrage et la médiation. L'ABC-Québec est d'accord à ce que les parties puissent recourir, sur une base volontaire, aux modes privés alternatifs, comme c'est déjà le cas actuellement. Cependant, les parties seront-elles désormais « obligées » de considérer le recours à des modes privés alternatifs avant de se présenter devant les tribunaux civils pour faire sanctionner leurs droits ?¹⁷ On pourrait croire qu'il en soit ainsi, puisque les notes explicatives indiquent que l'Avant-projet de loi a pour objectif

d'affirmer l'existence de la justice civile privée reposant sur des modes privés et volontaires de prévention et de règlement des différends et d'obliger les parties à considérer le recours à ces modes avant de s'adresser aux tribunaux;

[Nous soulignons]

Nous soumettons que le législateur ne saurait contraindre une partie à se tourner vers la justice privée et, ainsi, à l'obliger d'avoir des discussions en ce sens dans tous les contextes. En effet, il est des situations où, avant de pouvoir envisager le dialogue constructif, des procédures judiciaires visant à faire sanctionner un droit, telle l'injonction, sont nécessaires et ne sont certainement pas compatibles avec l'idée même de divulguer à l'autre partie son intention de poursuivre.

Par ailleurs, l'ABC-Québec est très inquiète des principes véhiculés par les articles 1 à 7 du nouveau Code.

D'une part, l'article 1 prévoit que les modes alternatifs sont la négociation, la médiation ou l'arbitrage, ainsi que « *tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquat, qu'il emprunte ou non aux modes indiqués* ». D'autre part, l'article 5 énonce que

[l]es parties peuvent prévenir ou régler leur différend en faisant appel à des normes et à des critères autres que ceux du droit, sous réserve du respect qu'elles doivent aux droits et libertés de la personne et aux autres règles d'ordre public.

[Notre soulignement]

¹⁶ Voir le message du Ministre de la Justice du Québec, en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministre/paj/procedure.htm#message> (consulté le 11 décembre 2011).

¹⁷ Avant-projet de loi, art. 1 à 7, 19, 607 à 653.

S'ajoutent à ces dispositions, en filigrane, le fait que les parties peuvent faire appel à un « *tiers* » pour les aider dans ces modes alternatifs de résolution des conflits.

L'ABC-Québec dénonce le fait que ces dispositions soient clairement un affront au principe de l'État de droit et de la règle de droit.

En effet, dans une société juste et démocratique, le droit est le même pour tous et ne saurait souffrir d'exceptions. De même, son application doit être la même pour tous afin de rendre les rapports prévisibles et, également, afin de permettre l'établissement d'une cohésion sociale et d'un vivre-ensemble. À ce compte, comment interpréter ces dispositions ? Ouvriront-elles la porte à ce que des parties tentent de régler leurs différends, par exemple, par l'entremise de représentants d'autorités religieuses, en faisant appel à des normes religieuses ? Bien que l'article 5 mentionne que ces procédures alternatives doivent respecter « *les droits et libertés de la personne* », cette mention semble bien faible au regard de la boîte de Pandore qu'elle risque d'ouvrir.

Est-ce que ces principes feront en sorte qu'une justice à deux vitesses se créera : celle du droit commun, publique et financée par le public, et celle de droit privé, confidentielle et financée par les parties ? Est-ce que le recours à ces modes alternatifs de tout acabit sera nécessairement plus économique et rapide pour les parties ? Où sont les garanties de justice fondamentale, dont celle à un procès juste et équitable ? Quelles sont les mesures de protection dont le public va bénéficier à l'endroit de ces « *tiers* », qui ne seront pas nécessairement membres d'un ordre professionnel ? Que fait-on du principe voulant que « *tous sont égaux devant la loi* » ? Est-ce que ces dispositions sont constitutionnelles ? Est-ce plutôt une question liée au financement du système judiciaire, dont l'État veut se décharger en le privatisant, au lieu d'investir les ressources nécessaires au bon fonctionnement du système public ?

Voilà les questions et objections fondamentales que l'ABC-Québec veut partager avec le gouvernement et le grand public. Il y aurait lieu que le gouvernement réponde d'abord à ces objections avant d'édicter ces dispositions. Pour l'instant, elles nous semblent contraires à l'intérêt public et nous demandons au gouvernement d'y sursoir dans leur forme actuelle.

3. Les principes de la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire (art. 8 à 28)
 - a) la publicité des débats (art. 11 à 15)

Bien que les articles 11 à 15 du nouveau Code consacrent le principe de la publicité des débats judiciaires, ces dispositions prévoient des exceptions qui sont plus larges que celles reconnues par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Dagenais c. SRC*¹⁸,

¹⁸ [1994] 3 R.C.S. 835.

*R. c. Mentuck*¹⁹ et ceux subséquents sur la question.

En effet, la Cour suprême du Canada a énoncé des règles strictes relativement aux interdicts de publication. Une ordonnance de non publication ou de huis clos ne doit être rendue que si :

- a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;
- b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, et sur l'efficacité de l'administration de la justice.

Dans *Vancouver Sun (Re)*²⁰, la Cour a statué que ces critères s'appliquent chaque fois qu'un juge exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d'expression de la presse durant les procédures judiciaires.

- i) le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'émettre un interdit de publication

Le nouveau Code accorde un pouvoir beaucoup plus élargi qui remet en cause le principe même de la publicité des débats judiciaires. Ainsi, le tribunal peut faire exception à ce principe pour protéger la « *dignité des personnes concernées* ». Or, la jurisprudence est constante : la « susceptibilité » des gens en cause n'est pas un motif suffisant pour décréter un huis clos ou émettre une ordonnance de non publication. L'intérêt de la personne qui demande une ordonnance de non publication doit démontrer que son intérêt, qui se définit en termes d'**intérêt public à la confidentialité**, doit primer sur le principe fondamental de la publicité des débats judiciaires. L'intérêt purement privé d'une partie ne justifie jamais un interdit de publication.

Permettre à un juge d'émettre un interdit de publication pour protéger « *la dignité des personnes concernées* » ou pour protéger « *des intérêts importants* » sans exiger un **intérêt public dans la confidentialité** va donc à l'encontre de ces règles de la publicité des débats judiciaires.

De plus, le nouveau Code devrait exiger en toutes circonstances la démonstration que l'interdiction demandée est aussi limitée que possible et qu'il y a proportionnalité entre ses effets bénéfiques et ses effets préjudiciables. En vertu de la jurisprudence actuelle de la Cour suprême du Canada :

- le tribunal doit examiner toutes les options autres que l'interdiction et doit conclure

¹⁹ [2001] 3 R.C.S. 442.

²⁰ [2004] 2 R.C.S. 332.

- qu'il n'existe aucune autre solution raisonnable et efficace;
- le juge doit considérer tous les moyens possibles de circonscrire l'interdiction et à la restreindre autant que possible;
 - enfin, le juge doit comparer l'importance des objectifs de l'interdiction et ses effets probables avec celle de l'expression qui sera restreinte, pour s'assurer que les effets positifs et négatifs soient proportionnels.

Le nouveau Code n'exige pas ce genre d'analyse de la part du tribunal et donne aussi une trop grande discrétion au tribunal.

Nous sommes d'avis que le nouveau Code devrait tout simplement réitérer les critères des arrêts *Dagenais* et *Mentuck*.

Néanmoins, on peut comprendre que certaines réticences existent à ce que tous les détails ou éléments de preuve d'un dossier judiciaire soient publics. Certains se demandent s'il est vraiment dans l'intérêt de la justice qu'une simple recherche sur Internet donne accès, en identifiant une partie, à un jugement de divorce, une action en congédiement ou une action en libelle contre un média la concernant? On peut arguer qu'il ne soit pas déraisonnable de prévoir une discrétion du tribunal à ces égards. Dans la même veine, des états financiers de sociétés privées, des plans d'affaires, des rapports d'impôts, des rapports médicaux ou psychologiques ne devraient pas être accessibles au public au seul motif qu'ils sont produits comme moyen de preuve dans une instance. Ces éléments pourraient être pris en compte dans la codification éventuelle des critères jurisprudentiels évoqués ci-dessus, afin de permettre d'encadrer et de préciser la discrétion judiciaire à ce sujet.

ii) le huis clos automatique en matière familiale

Rappelons qu'un huis clos obligatoire est probablement contraire au droit fondamental de la liberté d'expression et du droit fondamental à une audition publique et impartiale de sa cause²¹. C'est pour cette raison que le législateur prévoit, non seulement dans le Code actuel mais aussi dans le nouveau Code, que le huis clos en matière familiale s'applique nonobstant l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²².

Cependant, à l'heure actuelle, les dossiers de la Cour en matière familiale sont présentement accessibles au public, bien que certains éléments du dossier, dont le dossier médical ou le rapport d'expertise préparé par un médecin, un psychologue ou un travailleur social, demeurent confidentiels²³.

²¹ *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

²² L.R.Q., c. C-12 [la « *Charte des droits et libertés de la personne* »].

²³ *Règlement de procédure civile (Cour supérieure)*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r-8 [le « **R.p.c.C.S.** »], art. 3.

Le nouveau Code mettrait fin à cette accessibilité. Toute personne (autre que les avocats et autres personnes désignées) qui désire consulter un dossier de la Cour en matière familiale devrait justifier un « *intérêt légitime* » à la consultation. Ceci va également à l'encontre du principe de la publicité, d'autant plus qu'il y a déjà en place une interdiction d'identifier les parties à une cause familiale. À tout le moins, l'article 14 de l'Avant-projet de loi est trop restrictif. Les avocats, *ad litem* ou non, devraient avoir le droit de consulter ces dossiers.

iii) l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*

Présentement, la « clause nonobstant » est invoquée à l'article 11 de l'Avant-projet de loi pour valider le huis clos en matière familiale.

Le nouveau Code édicte que toutes les exceptions à la règle de publicité s'appliquent nonobstant l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. La question se pose donc : est-ce l'intention du législateur de mettre de côté cette Charte chaque fois qu'il créera une exception à la publicité des débats judiciaires ?

b) les moyens technologiques (art. 22)

Nous notons la volonté du législateur de favoriser l'accès aux moyens technologiques dans les instances judiciaires, ce qui, selon nous, est un objectif tout à fait louable. Par contre, il serait approprié de spécifier ce qu'il entend par la locution « *tout moyen technologique approprié* » et de spécifier, le cas échéant, si les moyens traditionnels doivent être préférés aux moyens technologiques ou s'il s'agit plutôt de l'inverse. L'article 25 de l'Avant-projet fait de même, indiquant que « *tout moyen technologique approprié qui est disponible tant pour les parties que pour le tribunal* ». Les actes de procédures pourront être « notifiés » par un moyen technologique, sauf certains actes de procédure telle la demande introductive d'instance²⁴.

c) les projets pilotes (art. 27)

L'ABC-Québec se demande si le fait de codifier la possibilité pour le Ministre de la Justice de mettre en œuvre des projets-pilotes est approprié dans un Code de procédure civile, et ce, pour une période de trois ans. Qu'arrive-t-il à l'expiration de ce délai ? Y a-t-il une obligation pour le Ministre de consulter les intervenants, avant de décider d'adopter ou non dans la loi la mesure ayant fait l'objet du projet pilote ? Quels seront les critères devant aider le Ministre dans cette tâche ?

Nous soumettons par ailleurs que l'ABC-Québec devrait faire partie des organismes

²⁴ Avant-projet de loi, art. 111, al. 2, 132-133.

consultés, avant la mise en œuvre de tels projets pilotes.

De même, les parlementaires devraient à tout le moins être informés d'un projet pilote avant sa mise en œuvre, car de principe, il revient au législateur, dans notre tradition de « dire le droit », et ce, afin d'assurer un minimum de transparence et de reconnaître le principe de la séparation des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire.

Notons que le projet pilote visant à imposer l'expert unique, dans le district judiciaire de Laval en 2008, soulevait nombre de questions sérieuses, et les objections de principes furent nombreuses. Comment un tel projet pilote peut-il être implanté sans les consultations publiques préalables nécessaires et sans avoir reçu l'aval du législateur, dans l'exercice de son pouvoir souverain ? Notons, à ce sujet, que l'ABC-Québec a obtenu un avis juridique du Professeur Henri Brun, constitutionnaliste réputé de la Faculté de droit de l'Université Laval, pour qui l'imposition d'un expert unique aux parties violait plusieurs des principes constitutionnels de garanties de justice fondamentale. L'ABC-Québec rend public, aujourd'hui, cet avis juridique et le joint à ce mémoire en **Annexe « A »**, afin de démontrer les risques entourant de telles démarches.

Partant, il nous semble hasardeux que le Ministre puisse décider d'adopter, même temporairement, des changements aux règles de procédure sous forme de projet pilote, sans avoir respecté les formalités du processus législatif, et nous remettons en question l'introduction de cette disposition de l'Avant-projet de loi dans sa forme actuelle.

B. Compétence des tribunaux (art. 28 à 74)

1. La mission des tribunaux et les principes directeurs de la procédure

Concernant la mission des tribunaux, les articles 9 et 10 du nouveau Code accordent le pouvoir aux tribunaux de statuer même en l'absence de litige et de corriger les impropriétés dans les conclusions de l'acte de procédure. Cela représente, à notre avis, un niveau d'ingérence excessif dans le travail des parties. De même, la première phrase de l'article 9 de l'Avant-projet de loi indique que

[I]es 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.

[Notre soulignement]

La formule est belle mais peut paraître redoutable. Quelle en sera la portée ? Cela aura-t-il pour effet d'élargir les principes énoncés dans l'arrêt *Lac d'Amiante du Québec ltée c.*

2858-0702 *Québec inc.*²⁵, précité ? Il serait sans doute préférable de supprimer cette partie de phrase afin d'éviter les incertitudes.

Ajoutons à cela le fait que l'Avant-projet de loi confère au juge des pouvoirs d'intervention au stade préliminaire de l'instance, lors de l'établissement du protocole de l'instance. Le tribunal peut dès lors convoquer une conférence de gestion et exercer diverses mesures de gestion, notamment le contrôle de la procédure, des expertises, des interrogatoires et de la participation des tiers²⁶. Le législateur prévoit à l'article 32 de l'Avant-projet de loi qu'il n'y aura aucun appel des décisions portant sur ces mesures de gestion, sauf si la décision paraît déraisonnable au regard des principes directeurs de la procédure. Encore ici, ces pouvoirs nous semblent excessifs.

En ce qui a trait aux principes directeurs de la procédure, nous soumettons qu'il serait bénéfique pour le législateur de statuer sur cette notion au-delà de ce qui est établi aux articles 16 à 23, afin de codifier l'abondante jurisprudence rendue à ce sujet.

2. Le pouvoir de punir pour outrage au tribunal

Sur ce point, notons l'innovation de l'Avant-projet de loi, qui constitue une réponse mesurée aux doléances exprimées au sujet de l'importance de faire respecter les ordonnances de la Cour supérieure, notamment en matière d'injonction (voir nos commentaires à ce sujet, ci-dessous, aux articles 512 et suivants).

Fait à noter, la « *personne qui manque à son serment* » peut, aux termes de l'article 58 de l'Avant-projet de loi, se rendre coupable d'outrage au tribunal. Le serment est plus englobant que le manquement au devoir actuel (art. 50, alinéa 2, C.p.c.). Le serment est défini à l'article 23 de l'Avant-projet de loi et constitue un engagement solennel pour la personne qui le prête de dire la vérité.

Ainsi, en comparaison du Code actuel, les sanctions sont durcies (article 62), balisées et seules celles prévues peuvent être prononcées²⁷.

Une nouveauté : l'amende n'excédant pas 5 000 \$, ou l'emprisonnement pour une période d'au plus un an de l'article 51 C.p.c. sont remplacés par la peine et l'emprisonnement.

La peine est monétaire et consiste dans le paiement, à titre punitif, d'un montant qui n'excède pas par jour, 10 000 \$ si l'outrage est le fait d'une personne physique, ou 100 000 \$ s'il est le fait d'une personne morale, d'une société ou d'une association.

²⁵ [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51.

²⁶ Avant-projet de loi, art. 145, 149 et 155.

²⁷ La phrase introductive de l'article 51 C.p.c. : « *Sauf dans les cas où il est autrement prévu* », n'existe plus dans l'Avant-projet de loi.

Pour valoir compensation de cette peine, des travaux d'utilité sociale dont la nature et les conditions sont précisées par le tribunal ou établies conformément au *Code de procédure pénale*²⁸ peuvent être exécutées par la personne même ou ses dirigeants sur une période d'au plus un an.

Si, malgré la peine imposée, la personne refuse d'obtempérer, le juge peut ordonner l'emprisonnement pour la période qu'il fixe. Dans le Code actuel, cette période est d'au plus un (1) an.

L'ABC-Québec s'interroge sur l'intention claire du législateur. Sur ce point, l'Avant-projet de loi, plus particulièrement la dernière ligne de l'article 62, prête à confusion. Si le législateur veut imposer peine civile et emprisonnement, il y aurait lieu de remplacer les mots « *malgré la peine imposée* » par les mots « *en sus de la peine imposée* » après le mot « *juge* ».

Il est aussi écrit que « *[e]n aucun cas, cette peine ne doit excéder un an* ». Or, la peine à laquelle réfère cet article est soit le paiement à titre punitif d'une somme prédéterminée qui peut-être compensée ou commuée en travaux d'utilité sociale. Puisque l'emprisonnement est la conséquence du non respect de la peine, il y aurait lieu de substituer le mot « *emprisonnement* » au mot « *peine* » à la dernière ligne de cet article.

C. Procédures – formalités (art. 75 à 137)

1. Demandes en cours d'instance (art. 100 et 101)

Dans le nouveau Code, les articles 100 et 101 prévoient que les demandes orales en cours d'instance seront présentées sans formalité alors qu'elles doivent être présentées avec un avis de trois jours lorsqu'il s'agit d'une demande écrite. Nous croyons que la présentation orale sera défavorable à la partie adverse et pourrait la prendre par surprise. Il serait opportun de fournir une justification de cette mesure.

De plus, l'article 101 prévoit que les faits allégués à la demande en cours d'instance sont présumés avérés, et ce, sans qu'il soit nécessaire de fournir d'affidavit à l'appui de ces mêmes allégations. Selon notre compréhension, ceci aura pour conséquence de renverser le fardeau de la preuve de telle sorte qu'il appartiendra à la partie qui conteste la requête en cours d'instance de prouver que celle-ci ne devrait pas être accordée. Cela aurait donc pour effet que toute requête en cours d'instance bénéficierait d'une quasi présomption de validité sans même que la partie requérante n'ait à en justifier le bien-fondé.

2. Irrecevabilité de l'affidavit (art. 105)

L'article 105 prévoit, sans justification, que l'affidavit qui contient une répétition de

²⁸ L.R.Q., c. C-25.1.

l'énoncé de l'acte de procédure qu'il appuie pourrait être déclaré irrecevable. Nous nous demandons quelle est la justification de cette nouvelle règle.

3. Notification de documents (art. 109 à 137)

Le Code actuel prévoit à son article 82.1 que l'acte de procédure transmis par télécopieur est présumé être un original pour fin de notification, notamment. Cet article ne semble pas avoir été repris dans le nouveau Code, alors qu'il est d'une grande utilité en pratique.

II. LA PROCÉDURE EN MATIÈRE CONTENTIEUSE

A. Procédures – déroulement (art. 138 à 143)

1. Jugement déclaratoire (art. 138, alinéa 2)

Le recours en jugement déclaratoire est repris dans la section attribuée à la demande en justice, soit au second alinéa de l'article 138. Nous soumettons que ce recours devrait demeurer dans les Voies procédurales particulières prévus au Livre VI du nouveau Code étant donné que les conditions auxquelles doit répondre une demande de jugement déclaratoire diffèrent des critères généralement applicables aux demandes en justice.

2. L'assignation et la réponse du défendeur

L'article 141 du nouveau Code, à son premier alinéa, exige que le demandeur « *indique les pièces* » au soutien de sa demande et impose donc au défendeur le fardeau de demander copie des pièces.

Nous sommes d'avis que le demandeur devrait fournir immédiatement copie des pièces au soutien de sa demande, et ce, dans le but d'accélérer le processus et d'augmenter les chances du défendeur de pouvoir établir une théorie de la cause ainsi que ses moyens de défense.

Sans la réception immédiate des pièces, il devient certainement illusoire d'exiger un protocole de l'instance dans le délai de 45 jours qui est présentement proposé par le nouveau Code.

Nous suggérons donc la modification de cette disposition projetée afin de prévoir la communication immédiate des pièces par le demandeur. Également, nous suggérons, en cas de litige multipartite, que le demandeur ait l'obligation d'informer tous les procureurs ayant fourni une réponse de l'identité de l'ensemble des procureurs au dossier en communiquant un avis à cet égard.

B. Gestion de l'instance (art. 144 à 161)

1. Protocole d'instance (art. 144 à 148)

Nous formulerons dans un premier temps des commentaires généraux quant au protocole d'instance, pour ensuite y aller de commentaires spécifiques à certains articles de l'Avant-projet de loi.

Alors que le législateur souhaite faciliter et favoriser l'accès à la justice et diminuer ses coûts, nous sommes d'avis que certains changements proposés auront plutôt l'effet contraire.

D'un point de vue pratique, un protocole d'instance aussi détaillé que celui prévu par le nouveau Code, et ce, à une étape beaucoup trop prématurée, aura pour effet d'obliger les procureurs à investir un nombre important d'heures à tenter de collaborer entre eux afin de se positionner sur l'ensemble des opérations nécessaires au déroulement de l'instance. Ceci aura pour conséquence d'engendrer des coûts exorbitants pour les parties, et ce, à un stade où un règlement imminent n'est pas envisageable.

La pratique démontre que les parties à un litige n'ont tendance à adopter une position favorable au règlement de celui-ci qu'une fois l'ensemble des enjeux exposés. Or, ceci n'est pas réaliste au 45^e jour de l'instance, alors que la défense n'a pas été déposée, que les parties n'ont toujours pas procédé à la communication de la preuve, aux admissions le cas échéant, à la communication des pièces, aux interrogatoires et à l'évaluation de leur propre expertise et/ou de celles des autres parties.

Nous soumettons donc qu'afin de respecter l'objectif de proportionnalité et d'accès à la justice, il serait préférable qu'un protocole d'instance à ce point détaillé intervienne à une étape ultérieure de la procédure, soit après la défense et la tenue des interrogatoires, à tout le moins. Une rencontre de gestion à cette étape serait toutefois certainement souhaitable.

Par ailleurs, l'article 489, quant à lui, prévoit un délai d'assignation de 30 jours pour le défendeur étranger. Ce délai causera une difficulté importante pour le respect du délai de 45 jours applicable au protocole d'instance.

Voici des commentaires plus spécifiques à certains articles relatifs au protocole d'instance :

Article 144

Quant à l'article 144 du nouveau Code, lequel énonce ce que doit contenir le protocole d'instance, celui-ci est extrêmement exhaustif quant au contenu dudit protocole, et ce, à un stade embryonnaire d'un dossier judiciaire.

En quelque sorte, par les engagements et conventions que les parties doivent établir, la procédure devient moins flexible et peut constituer un obstacle à la recherche de la vérité

et une entrave au principe des débats contradictoires. En plus, des sanctions peuvent être imposées en cas de non-respect du protocole, dont celles prévues à l'article 146 du nouveau Code, ce qui est contraire aux objectifs énoncés.

Nous croyons que l'article 144 crée un carcan qui ne tient pas compte de la nature évolutive des dossiers judiciaires et force les parties (et plus précisément les défendeurs) à se commettre avant la mise en état du dossier, et ce, sur plusieurs éléments. Ce protocole limite le droit des défendeurs à une défense pleine et entière puisqu'ils doivent s'engager à l'avance, sous forme de contrat judiciaire, et ce, sans connaître l'ensemble des faits et pièces auxquels ils font face, et sans avoir eu le temps de discuter avec les professionnels qu'ils pourraient vouloir consulter à cette fin. Encore une fois, l'article 144 ne tient pas compte de la diversité des types de litige qui sont soumis aux tribunaux.

Il s'agit quant à nous d'une disposition qui contrevient aux principes des débats contradictoires et au droit à la défense pleine et entière. En ce sens, ce qui est proposé minera la qualité de la justice civile au profit de la célérité. En présence d'un accroc possible au principe de la nature contradictoire des débats et au droit à une défense pleine et entière, il y aurait lieu de revoir la portée du protocole proposé par le nouveau Code. Le protocole pourrait être scindé en deux ou trois étapes. Chacun de ces protocoles pourraient être soumis au Tribunal en séquence dans un délai prédéterminé.

Plus précisément, les éléments problématiques, quant à nous, sont les suivants :

- l'établissement immédiat des questions en litige alors que le dossier est embryonnaire. Nous croyons en effet qu'il est difficile à cette étape des procédures de convenir des questions en litige, ce qui risque d'occasionner un débat inutile et coûteux à une étape aussi préliminaire ;
- le fait de divulguer les coûts prévisibles des frais de justice peut contrevenir au secret professionnel vu le libellé des articles 336 et 339 du nouveau Code notamment quant aux frais d'experts. Au niveau pratique, cette divulgation peut également créer un levier indu de négociation en faveur d'une partie lorsque, par exemple, le coût des frais de justice de plusieurs défendeurs est de loin supérieur à celui d'un seul demandeur. De plus, il est difficile d'imaginer le coût prévisible des frais de justice à cette étape des procédures. Si les frais de justice sont limités aux coûts de sténographie, il n'y a aucune pertinence à les évaluer à ce stade des procédures. Si toutefois ils incluent les honoraires extrajudiciaires, cette question est confidentielle et relève du secret professionnel entre l'avocat et son procureur ;
- le fait qu'au moment de l'établissement du protocole, la communication des pièces n'a pas nécessairement eu lieu;
- le fait de divulguer la raison pour laquelle il n'y aura pas d'expertise commune;
- les détails des interrogatoires ainsi que leur forme (écrite versus orale) alors qu'il n'y a pas de défense au dossier, ni de divulgation quant aux moyens de défense;

- l'obligation d'établir la nécessité d'une défense écrite par opposition à la défense orale (devenue la norme aux termes du nouveau Code) alors que le dossier est embryonnaire;
- peu d'admissions quant aux faits pourront avoir lieu en l'absence des moyens de défense et des interrogatoires.

Ces éléments problématiques sont aggravés par le délai de 45 jours prévu pour déposer le protocole dans toute matière autre que familiale.

Ajoutons qu'en cas de litige multipartite, le point de départ du délai de 45 jours ne sera pas le même pour tous les défendeurs. Conséquemment, le délai de 45 jours devrait courir à partir de la dernière signification effectuée et le demandeur devrait avoir l'obligation d'aviser les procureurs des défendeurs du point de départ du délai.

Article 145

Quant à l'application du délai de 20 jours pour la tenue d'une conférence de gestion prévu à l'article 145 du nouveau Code, cela risque de créer des problèmes (en pratique) de non-disponibilité des procureurs, voire même du tribunal. Ces problèmes seront exacerbés dans le contexte de litiges multipartites. Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis que la requête introductive d'instance devrait être accompagnée d'un avis de présentation permettant aux parties de faire des représentations devant la Cour à une date déterminée quant à la nécessité d'une conférence de gestion, et ce, afin, notamment, d'alléger le fardeau administratif des tribunaux.

Article 146

Les conséquences du non-respect du protocole de l'instance devraient être précisées. Les parties devraient également, de consentement, pouvoir modifier le protocole de l'instance sans subir quelque conséquence que ce soit.

2. Conférence de gestion (art. 149 à 153)

Article 149

Il nous semble que les pouvoirs du juge, à un state aussi embryonnaire du litige, sont trop importants. La possibilité de rendre un jugement par défaut, contre une partie qui a comparu et exprimé son intention de contester l'action intentée contre elle, nous semble susceptible d'occasionner de longs et coûteux débats. Il faut retenir qu'à ce stade, la partie a comparu et négocié un protocole de l'instance.

3. Mesures de gestion (art. 155 à 156)

a) l'expertise (art. 144, 155, 226, 229, 234 et 289)

Nous regrouperons à cet endroit tous nos commentaires sur le sujet. Le nouveau Code contient une réforme importante de la preuve par experts :

- l'expertise commune aux parties sera favorisée (art. 144);
- une seule expertise par discipline ou matière, sauf avec l'autorisation du tribunal (art. 226);
- les parties devront divulguer au tribunal les instructions qu'elles ont données à l'expert (art. 226);
- la mission de l'expert est d'éclairer le tribunal dans sa prise de décision et non de représenter une partie (art. 229);
- Lorsque les rapports d'experts sont contradictoires, les parties devront réunir les experts afin de concilier leurs opinions, déterminer les points qui les opposent et faire un rapport additionnel sur ces points (art. 234);
- une partie ne pourra interroger l'expert qu'elle a retenu au procès, sauf autorisation du tribunal ou afin d'obtenir un témoignage sur des éléments de preuve nouveaux (art. 289);
- le contre-interrogatoire de l'expert retenu par la partie adverse est aussi limité à ce qui est nécessaire pour obtenir des précisions sur son rapport ou sur les points de divergence entre les experts (art. 289).

L'expert est investi de l'autorité du tribunal pour recueillir la preuve dont il a besoin pour accomplir sa mission. Ainsi, ce dernier a des pouvoirs d'enquête et peut donc obtenir les documents qu'il juge nécessaires et interroger des individus. L'impartialité de l'expert devient donc une considération capitale et quelques doutes sur cette impartialité pourra mettre en péril la position d'une des parties au litige.

Nous nous questionnons également sur l'obligation de divulguer au tribunal les instructions données à l'expert. Ceci veut-il dire que le tribunal peut contraindre une partie à soumettre le mandat donné à l'expert ainsi que toute communication y afférente, laquelle communication pourrait contenir des éléments confidentiels, stratégiques, etc. ?

Par ailleurs, nous sommes préoccupés par l'impossibilité pour les parties d'interroger leur propre expert. Ceci aura pour effet que le rapport de l'expert tiendra lieu de témoignage et ne pourra être modulé, nuancé ou corrigé selon la preuve présentée au procès. En effet, l'expert assiste au procès et dans l'éventualité où une preuve est soumise et que celle-ci aurait pour effet d'influencer son rapport, la partie qui l'a retenu devrait pouvoir le faire

témoigner sur cet aspect.

Finalement, le contre-interrogatoire de l'expert ne devrait pas être limité à obtenir des précisions sur les points de divergence entre les experts. Une partie devrait avoir le droit de le contre-interroger sur sa crédibilité et son impartialité.

Quant à l'article 155 de l'Avant-projet de loi, il nous semble risqué de laisser une aussi grande latitude au tribunal, quant au choix et à l'étendue des expertises, à un stade aussi peu avancé des procédures. Le demandeur, qui a eu le temps et le loisir de préparer son dossier, risque d'avoir un avantage indu à cet égard. Puisqu'il en va du droit à une défense pleine et entière, cette disposition risque d'occasionner des débats inutiles. Il nous semble que la partie devrait choisir l'identité de son expert et circonscrire le mandat à lui confier.

De même, ajoutons qu'en responsabilité professionnelle, le recours aux experts est fondamental. Il nous paraît primordial que le juge ne puisse pas posséder le pouvoir d'imposer aux parties l'expertise commune à défaut de leur consentement, même dans les affaires où la somme en jeu est de moindre importance.

Le « *principe de la proportionnalité* » mentionné au deuxième alinéa de l'article 155 de l'Avant-projet de loi, et son respect, demeure un concept peu précis et vague.

Les enjeux pour un professionnel poursuivi vont bien au-delà des sommes qui lui sont réclamées. Une poursuite en responsabilité professionnelle est une attaque à l'intégrité et à la réputation de celui qui est poursuivi. Cette poursuite et son issue aura des conséquences importantes pour sa carrière, la continuation de son emploi et sa capacité d'obtenir une assurance responsabilité professionnelle dans le futur.

Dans les faits, l'expertise commune imposée est un arbitrage qui liera le tribunal à défaut d'entendre un autre expert. Pratiquement dans tous les cas, le juge n'aura aucun autre choix que de faire siennes les conclusions de l'expertise commune.

Par ailleurs, cet expert commun, nommé par la Cour, sans le consentement des parties, ne peut présenter les garanties d'objectivité et d'impartialité d'un juge. En effet, cet expert commun imposé sera nécessairement un pair du professionnel poursuivi avec toutes les conséquences que cela emporte sur ses connaissances préalables favorables ou défavorables de la pratique de ce professionnel. L'expert retenu par une partie peut être contre-interrogé sur ses connaissances antérieures du professionnel poursuivi, l'expert commun n'est pas contre-interrogé.

Il faut aussi mentionner qu'il est de bonne pratique pour les avocats en responsabilité professionnelle de consulter un expert avant d'intenter une procédure judiciaire contre un professionnel. Or, le recours à l'expertise commune ordonnée par la Cour sans le consentement des parties ferait en sorte que la partie demanderesse devrait assumer à la fois les honoraires de l'expert qu'elle retient au préalable et une partie des honoraires de l'expertise commune qui sera ordonnée par la Cour. Cela ne milite donc pas en faveur d'une meilleure accessibilité au système judiciaire.

Par ailleurs, les pouvoirs d'enquête accordés à l'expert relèvent beaucoup plus du système inquisitoire français que du système contradictoire dont la procédure civile du Québec est largement inspirée. La vaste majorité des experts entendus par les tribunaux n'a aucune formation juridique et ne peut donc pas appliquer de façon sérieuse les règles s'appliquant à l'administration de la preuve, y incluant celle de l'équité procédurale. Nous sommes inquiets des larges pouvoirs confiés aux experts par le législateur et des dérives que cela peut entraîner (art. 231).

Il est aussi préoccupant de noter que les professionnels les plus compétents et respectés dans une profession donnée ont souvent peu de temps à consacrer à l'expertise judiciaire. À l'inverse, les experts qui ont beaucoup de temps à consacrer à cette activité sont souvent retraités ou ont parfois cessé leur pratique et ne sont plus à jour quant aux règles de la science actuelle.

Pour ces raisons, nous nous opposons à ce que le juge puisse imposer l'expertise commune même lorsque le respect de la proportionnalité l'impose.

Si ce pouvoir du juge devait être maintenu, il faudrait qu'il soit beaucoup mieux encadré car la notion de respect de la proportionnalité est beaucoup trop imprécise et vague.

De nouveau, nous référons à l'avis juridique que l'ABC-Québec obtenait du Professeur Henri Brun, de la Faculté de droit de l'Université Laval, figurant à l'**Annexe « A »** du présent mémoire, au sujet de la validité constitutionnelle d'imposer aux parties un expert unique.

Nous désirons ajouter les commentaires spécifiques suivants relatifs à certains articles de l'Avant-projet de loi :

Article 225 alinéa 2

Nous ne croyons pas que l'expertise devrait porter sur « *la constatation et l'appréciation de faits relatifs au litige* », celles-ci relevant du tribunal. Ce texte devrait plutôt se lire : « *L'expertise porte, en tenant compte des faits relatifs au litige, sur...* ».

Article 231

Nous sommes préoccupés par l'alinéa 2 de cet article et croyons qu'il ne devrait s'appliquer qu'à l'expert nommé par le tribunal. Nous croyons qu'une trop grande latitude accordée à l'expert commun en matière d'enquête risque d'inciter les parties à retenir des experts distincts. L'expert n'étant généralement pas un juriste, il y a danger que les principes de justice naturelle ne soient pas respectés. Au minimum, le tribunal devrait, lorsqu'il autorise l'enquête, en fixer les modalités.

Article 233

La partie ne devrait pas être contrainte de déposer son rapport d'expertise et le texte devrait plutôt se lire : « *La partie qui entend produire son rapport d'expert le communique aux autres parties et le verse au dossier du tribunal...* ».

Article 288

L'expert devrait, en tout état de cause, pouvoir témoigner devant le juge et être interrogé par l'avocat de la partie qu'il fait entendre. Si le rapport tient lieu du témoignage, il sera beaucoup plus détaillé et volumineux et les coûts risquent d'être beaucoup plus importants. Si le rapport tient lieu du témoignage, le tribunal ne pourra pas obtenir les éclaircissements nécessaires.

Article 289

Cette disposition comporte des enjeux majeurs. Il est inacceptable, dans un système contradictoire, qu'une partie soit privée de la possibilité de présenter une preuve pleine et entière à la cour. Dans le contexte où cette dernière recherche la vérité, le contre-interrogatoire permet d'établir la crédibilité et l'impartialité de l'expert. Il y a d'autres outils dans l'avant-projet qui permettent de circonscrire le débat : la limite du nombre d'experts, les rencontres obligatoires entre experts, l'établissement d'une liste des points spécifiques sur lesquels ils ne s'entendent pas... Le contre-interrogatoire demeure l'outil par excellence pour aider le tribunal à trancher lorsqu'il y a contradiction.

Article 290

Il devrait revenir au tribunal, à défaut d'entente entre les parties, de fixer l'ordre de présentation de la preuve par expert et les modalités de leur témoignage.

b) la défense orale

Article 155, alinéa 6

De principe, la défense devrait être écrite, sauf exception justifiée par le contexte ou suivant l'accord des parties. En cela, l'ABC-Québec considère que les critères du Code actuel balisent bien les cas où l'on peut procéder par défense orale. Par conséquent, nous considérons qu'il n'y a pas lieu de changer l'état du droit à cet égard. Dans les cas où le Code prescrit la défense orale, le défendeur devrait toujours pouvoir, de consentement du demandeur ou sur permission du tribunal, présenter une défense écrite. Voir nos commentaires additionnels, ci-dessous, relativement aux articles 165 à 167 de l'Avant-projet de loi sur la « Contestation au fonds ».

C. Contestation et mise en état du dossier (art. 162 à 179)

1. Moyens préliminaires (art. 162 à 164)

Le nouveau Code prévoit notamment :

- le maintien des dispositions relativement au droit du défendeur de soulever des moyens préliminaires à l'encontre de la demande; mais
- l'abandon de l'article 184 de l'actuel C.p.c., soit le droit du demandeur de soulever ces mêmes moyens préliminaires à l'encontre de la défense.

La rédaction des articles 162 à 164 du nouveau Code (tout comme les articles 163 à 168 de l'actuel C.p.c.) est non-équivoque quant au droit du défendeur de soulever des moyens préliminaires à l'encontre de la demande. Nous sommes en faveur du maintien de ce droit pour le défendeur.

Toutefois, l'abandon de l'article 184 de l'actuel C.p.c. crée une confusion à savoir si le demandeur perd, quant à lui, son droit d'invoquer des moyens préliminaires à l'encontre de la défense de la partie adverse et plus particulièrement, son droit de soulever l'irrecevabilité de la défense et/ou de demander, pour assurer le bon déroulement de l'instance, des précisions sur les allégations de la défense, la communication de documents ou encore la radiation d'allégations non pertinentes.

Le cas échéant, l'abolition du droit d'un demandeur de se prévaloir des moyens préliminaires prévus aux articles 162 à 164 du nouveau Code à l'encontre de la défense de la partie adverse, alors que le défendeur peut invoquer ces mêmes moyens à l'encontre de la demande, créerait une iniquité fondamentale entre les droits des parties à un litige.

Les mêmes commentaires s'appliquent à l'égard de toute partie pouvant être appelée à intervenir à un litige.

Vu ce qui précède, nous sommes d'avis que le droit d'une partie de soulever des moyens préliminaires à l'encontre d'une défense doit être maintenu et suggérons qu'une disposition similaire à l'article 184 de l'actuel C.p.c. soit ajoutée au nouveau Code.

2. Contestation au fond (art. 165 à 167)

Le nouveau Code contient une réforme importante à l'égard de la contestation au fond, soit:

- L'abolition de l'article 172.2 de l'actuel C.p.c. prévoyant une énumération claire et objective des cas où la défense est orale;
- L'article 167 du nouveau Code crée, dans tous les cas, une appréciation subjective

du recours à la défense orale en raison du degré de complexité de l'affaire ou de l'intérêt à ce qu'elle soit décidée rapidement.

Nous sommes inquiets que ces modifications auront pour effet de provoquer systématiquement, suite au dépôt d'une demande, un débat entre les parties à savoir si « *l'affaire présente un degré élevé de complexité ou s'il y a intérêt à ce qu'elle soit décidée rapidement* ». Le demandeur plaidera nécessairement en faveur d'un degré de complexité moindre et d'un intérêt à obtenir jugement rapidement, et ce, afin de pouvoir procéder par voie de défense orale et le défendeur en faveur d'un degré de complexité élevé et de l'absence d'intérêt à obtenir rapidement une décision afin de se prévaloir plutôt d'une défense écrite. Une telle situation serait contraire aux objectifs énoncés à la Disposition préliminaire du nouveau Code visant notamment une application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure.

À notre avis, il faut maintenir une énumération objective et claire des cas d'ouverture à la défense orale, telle que prévue à l'article 175.2 de l'actuel C.p.c., tout en permettant aux parties de convenir que la défense sera écrite ou au tribunal de l'ordonner, sur demande, s'il considère que l'affaire présente un degré élevé de complexité ou qu'il n'y a pas intérêt à ce qu'elle soit décidée rapidement.

Ce faisant, la défense orale sera, à notre avis, plus fréquemment utilisée par les parties de sorte que les principes directeurs du nouveau Code, tels la simplicité et la rapidité des débats de même que la limitation des coûts, seront respectés.

Notons par ailleurs que le principe de la défense orale est plus difficilement applicable en matière familiale où, hormis les véritables situations d'urgence, ces procédures nécessitent habituellement plus de temps que les autres, en raison de leur caractère souvent très émotif, notamment en matière de séparation et de divorce. Pour cela, il serait préférable d'indiquer que l'article 167 de l'Avant-projet de loi ne s'applique pas à ces situations.

Voici quelques commentaires d'ordre plus spécifique à certaines dispositions :

Article 165

Cet article devrait, pour la première phrase, s'écrire ainsi :

« La défense, qu'elle soit écrite ou orale, consiste à faire valoir tous les moyens de droit ou de fait qui s'opposent au maintien, total ou partiel, des conclusions de la demande; [...] (la portion soulignée est rajoutée) »

Au second alinéa, la mention « *court argumentaire schématique* » devrait être remplacée par « *l'exposé sommaire du défendeur sur les motifs de sa contestation* ». En effet, la mention « *court argumentaire schématique* » peut être interprétée de façon bien différente d'un avocat à l'autre.

Article 166 (alinéa 2)

Il est à noter que parfois, la demande reconventionnelle est très complexe et que sa contestation pourrait définitivement nécessiter un écrit. Si les parties y consentent, l'autorisation du tribunal pour contester par écrit une demande reconventionnelle ne devrait pas être nécessaire.

3. Mise en état du dossier et inscription (art. 168 à 174)

Article 168

Nous considérons le critère pour obtenir la prolongation du délai d'inscription trop rigoureux, et ce, plus particulièrement, dans les cas où cette demande est faite de façon subséquente à la conférence de gestion. En effet, le critère retenu par le législateur est que *« les parties lui démontrent qu'elles étaient en fait dans l'impossibilité, lors de cette conférence, d'évaluer adéquatement le délai qui leur était nécessaire pour mettre le dossier en état ou que, depuis, des faits alors imprévisibles sont survenus »*.

D'une part, le texte retenu ne donne pas beaucoup de flexibilité au tribunal et, d'autre part, ce critère fait abstraction de la réalité juridique moderne où plusieurs autres facteurs peuvent contribuer à retarder la mise en état d'un dossier comme les congés parentaux des avocats, la non-disponibilité des témoins et des témoins experts, la suspension qui était parfois requise dans les procédures afin de tenter d'obtenir ou trouver un règlement hors cour.

De plus, l'expérience a démontré que l'imposition de critères stricts pour l'inscription n'était, dans les faits, pas suivie par les tribunaux qui appliquaient un test moins sévère pour accorder des prolongations du délai pour inscrire les dossiers.

Nous croyons que les critères devraient être moins stricts et la flexibilité attribuée au juge plus grande dans l'appréciation des motifs justifiant la prolongation du délai d'inscription.

Article 170

Le délai de 5 jours applicables au défendeur lorsque la déclaration n'a pu être commune pour répondre à celle déposée par le demandeur est inutilement court et susceptible de causer, par ce fait, la nécessité de présenter des requêtes pour prolongation de délai coûteuses et inutiles. Comme à l'article précédent, le législateur ne tient pas compte des impératifs de la pratique moderne et le fait qu'il est fort possible qu'un avocat ne soit pas en mesure de répondre, dans un délai de 5 jours, à une procédure qui lui est signifiée sans préavis et sans concertation. Un délai d'au moins 10 jours devrait être accordé pour faire cette réponse qui demande, notons-le, du travail qui peut requérir l'assistance du client ou des experts.

4. Inscriptions par défaut (art. 176 à 179)

Articles 176 à 179

Nous saluons le caractère positif de la réforme des articles traitant des affaires procédant par défaut du défendeur. Le nouveau langage utilisé est beaucoup plus clair et nous accueillons positivement ces modifications.

D. Incidents de l'instance (art. 180 à 215)

Articles 180 à 186

Nous accueillons favorablement les nouveaux articles et le nouveau langage utilisé concernant l'intervention de tiers à l'instance. Il s'agit d'une nette amélioration sur l'ancien texte qui était parfois obscur, difficile et non conforme à la pratique.

Articles 197 à 200

Nous sommes préoccupés par le maintien de la règle selon laquelle le juge visé par une demande de récusation entende celle-ci. Nous croyons que ce type de requête devrait être entendu par le juge en chef ou un juge désigné par lui de façon à ne pas retarder l'audition. L'expérience récente dans l'affaire *Quebecor inc. c. Société Radio-Canada*²⁹ démontre la futilité de cet exercice lorsque le juge, visé par la requête en récusation bien fondée, doit lui-même se pencher, avec sérénité, sur son propre comportement.

Article 204

Nous accueillons positivement la possibilité qui est créée, à cet article, d'obtenir du tribunal, pendant l'instance, un jugement de type déclaratoire pour assurer le bon déroulement de l'instance. Nous voyons là une évolution positive de la procédure et une opportunité de faire trancher rapidement certaines questions de droit ou procédurales pendant l'instance, de sorte à régler en partie ou simplifier le dossier et ainsi réduire les coûts pour les parties.

²⁹ 2010 QCCS 6907, j. Larouche; 2010 QCCA 2208, j. Robert (requête pour permission d'appeler accueillie); 2011 QCCA 387, j. Robert, Bich et Dufresne (appel accueilli).

**E. Constitution et communication de la preuve avant l'instance
(art. 216 à 259)**

1. L'interrogatoire (art. 216 à 224)
 - a) généralités

Le nouveau Code contient une réforme complète des interrogatoires préalables :

- l'abandon de la distinction entre l'interrogatoire avant et après défense;
- Les conditions, le nombre et la durée des interrogatoires devront être prévus dans le protocole d'instance (art. 216);
- Une partie pourra procéder à un interrogatoire écrit portant sur les faits se rapportant au litige (art. 217 et ss.);
- la partie qui interroge n'aura plus le contrôle exclusif des notes sténographiques de son interrogatoire. Chaque partie aura le droit de produire les notes ou des extraits (art. 221);
- chaque interrogatoire sera limité à cinq heures (deux heures en matière familiale ou lorsque la valeur en litige est de moins de 100 000\$), sauf autorisation du tribunal (art. 223);
- Aucun interrogatoire préalable ne sera permis dans les affaires où la réclamation est inférieure à 30 000 \$ (art. 223).

Rappelons à ce titre nos inquiétudes quant à l'obligation de prévoir dans le protocole d'instance les conditions, le nombre et la durée des interrogatoires, éléments difficiles à évaluer à cette étape préliminaire.

Nous sommes également préoccupés par le droit de la partie interrogée de produire la transcription de son propre interrogatoire au dossier de la Cour. L'objectif de l'interrogatoire préalable, tel que le rappelle la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Glegg c. Smith & Nephew Inc.*³⁰, est de favoriser la divulgation de la preuve dans l'intérêt de la conduite juste et efficace des procès :

Son emploi permet à un plaideur de mieux connaître les fondements de la réclamation présentée contre lui, d'évaluer la qualité de la preuve et, à l'occasion, d'évaluer l'opportunité [sic] de maintenir la contestation ou, au moins, de mieux définir le cadre de celle-ci. Bien employée, cette procédure peut contribuer à accélérer la marche du procès et la résolution des débats judiciaires.

³⁰ [2005] 1 R.C.S. 724, 2005 CSC 31, par. 22.

Les dispositions du nouveau Code font en sorte que la partie qui interroge doit se préoccuper du fait que les réponses obtenues dans le cadre de son interrogatoire pourront être utilisées contre elle. Or, le but de l'interrogatoire au préalable est justement de permettre à une partie de préparer son dossier et d'avoir la latitude nécessaire pour obtenir le plus d'informations pertinentes possibles sans avoir à se soucier du fait que la partie adverse pourra utiliser l'interrogatoire contre elle. Ceci aura pour conséquence que la partie qui interroge s'abstiendra de poser des questions pouvant susciter des réponses défavorables, ce qui est contraire au principe du « *discovery* ». La portée de l'interrogatoire préalable sera ainsi restreinte, ce qui va à l'encontre de sa raison d'être. Cela risque, au surplus, de causer des surprises et des délais indus au procès, le tout contrairement aux objectifs de célérité et d'économie du nouveau Code.

En somme, l'interrogatoire au préalable est depuis longtemps un mode d'enquête efficace permettant de circonscrire les enjeux et de mettre en évidence les faiblesses d'une position. Dans ce contexte, il favorise souvent un règlement hâtif du dossier. Si les deux parties ont le loisir de déposer l'interrogatoire et la réponse au dossier de la cour, il nous semble que les parties perdront son effet bénéfique et qu'elles risquent de faire face à des surprises lors de l'instruction. Elles n'auront plus une vision complète du dossier avant l'instruction de la cause.

Quant aux autres mesures proposées dans le nouveau Code, soit notamment la limite de cinq heures (deux heures en matière familiale), et le fait qu'aucun interrogatoire préalable ne peut avoir lieu si la réclamation est inférieure à 30 000 \$, celles-ci semblent remplir les objectifs du législateur. Cependant, la limitation de la durée de l'interrogatoire ne nous semble pas réaliste. De même, l'interrogatoire préalable du consentement des parties ou sur permission de la Cour dans ce contexte devrait être permis. Cela s'intégrerait mieux avec les objectifs poursuivis par le législateur.

Voici quelques commentaires d'ordre plus spécifique à certaines dispositions :

Article 220

Il nous semble que le délai actuel de dix (10) jours pour l'assignation à comparaître d'un témoin est plus respectueux de l'agenda de tout un chacun.

Article 221

Nous réitérons les commentaires faits précédemment et insistons sur le fait que l'interrogatoire au préalable est un outil efficace pour circonscrire le débat et favoriser un règlement hâtif du dossier.

Article 223 (alinéa 2)

Nous croyons que les parties devraient pouvoir s'entendre pour fixer un interrogatoire d'une durée plus longue que celle prévue à l'Avant-projet de loi. À défaut d'entente,

l'autorisation du tribunal serait requise.

b) objections (art. 222)

Le nouveau Code contient une réforme importante des objections :

- si une objection est formulée, le témoin sera tenu de répondre, sous réserve de l'objection, sauf en ce qui a trait aux objections formulées au motif que le témoin ne peut être contraint ou encore portant sur un droit fondamental (art. 222);
- les objections seront notées pour être tranchées lors de l'instruction par le tribunal (art. 222);
- les objections formulées au motif que le témoin ne peut être contraint ou encore sur les droits fondamentaux (par exemple fondées sur le secret professionnel) devront, quant à elles, être soumises à un juge dès que possible (art. 222).

Nous sommes préoccupés par l'obligation du témoin de répondre aux questions nonobstant la formulation d'une objection. Dans l'arrêt *Glegg c. Smith & Nephew Inc.*³¹, la Cour suprême du Canada rappelle qu'un principe modérateur de la conduite de la preuve civile, y compris au stade des interrogatoires préalables, est celui de la pertinence de la preuve : « [c]e principe régit les interrogatoires préalables, comme les communications de dossiers ».

Par conséquent, nous croyons que l'obligation imposée au témoin de répondre à des questions sans connexité avec le litige va à l'encontre de ce principe. En effet, le témoin pourrait se voir obligé de divulguer des faits non pertinents qui pourraient, par exemple, être confidentiels ou révéler un secret commercial ou industriel.

Ceci ouvre la porte à l'utilisation de l'interrogatoire aux fins d'obtenir des renseignements confidentiels et secrets commerciaux (tels des listes de clients, listes de prix, procédés de fabrication) de la partie adverse dans un contexte où ces parties seraient, par exemple, des compétiteurs.

Nous croyons que le témoin devrait être tenu de répondre uniquement si l'objection soulevée est fondée sur la pertinence. Nous ne croyons pas que le témoin devrait être tenu de répondre à une question qui par exemple relève du secret professionnel, révèle des secrets commerciaux ou encore par laquelle on lui demande de formuler une opinion. On peut imaginer plusieurs situations d'abus qui risquent d'occasionner des débats inutiles. Dans la version actuelle du texte de l'Avant-projet de loi, il semble que la distinction que l'on retrouve au deuxième alinéa de l'article 222 ne porte que sur le moment où les objections sont soumises à un juge pour qu'il en décide et non sur l'obligation ou non de

³¹ [2005] 1 R.C.S. 724, 2005 CSC 31, par. 21.

répondre aux questions.

Cela pourra également avoir pour effet que des interrogatoires pourront être inutilement longs et ainsi avoir l'effet contraire de l'objectif recherché par le législateur, soit d'économiser temps et argent au justiciable.

Ne pouvoir résoudre qu'au procès les objections sur la confidentialité et l'absence de connexité au litige va à l'encontre d'une résolution rapide des différends et peut engendrer des demandes exagérées de documents et faire en sorte que de nombreux engagements soient souscrits, ce qui encore une fois va à l'encontre des intérêts du justiciable. Il faut donc maintenir le droit d'obtenir une décision du tribunal rapidement sur les questions qui touchent la pertinence et, plus particulièrement, la confidentialité et l'absence de connexité. Le cas échéant, la gestion efficace de l'instance pourrait être mise en péril, ce qui est contraire aux objectifs du législateur.

2. L'expertise (art. 225 à 235)

Voir nos commentaires précédemment formulés, ci-dessus, regroupés sous l'article 155 de l'Avant-projet de loi.

3. Les délais de communication et de production

Article 242

L'impossibilité de produire des pièces après l'inscription, tel que prévu à l'article 242 du nouveau Code, engendre des préoccupations importantes et risque de porter préjudice aux parties au litige et ce, indistinctement du fait que le défaut de produire la pièce au moment opportun ne leur est pas imputable. De plus, l'obligation d'obtenir la permission du tribunal, au lieu d'un simple acquiescement de la partie adverse, engendrera des coûts injustifiés et nuira à l'objectif d'accessibilité à la justice.

4. La contestation d'autres documents

Article 257

Cette article est ambigu puisqu'il n'y a pas comme tel de formalités requises pour que la validité d'un document soit établie avant l'étape de l'instruction. Le cas échéant, il faudrait préciser quelles sont ces formalités. Il faudrait également préciser que la déclaration détaillée, prévue au deuxième alinéa, est assermentée.

F. L'instruction (art. 260 à 298)

Article 265

À l'instar de l'article 271 *in fine*, il y aurait lieu d'enlever le mot « personnellement » puisque les règles de preuve sont prévues au Code civil et non au Code de procédure

civile. Il y a notamment un certain nombre d'exceptions à l'interdiction de faire une preuve par ouï-dire.

Article 293 al. 2

Le tribunal devrait également préciser les modalités de la tenue d'interrogatoire de témoins à distance par un moyen technologique, afin d'assurer la fiabilité de ce témoignage.

Article 294

Voir les commentaires formulés au sujet de l'article 222. Le témoin ne devrait être tenu de répondre que lorsque l'objection porte sur la pertinence. Il ne devrait pas être tenu de répondre lorsque la question soulève le secret professionnel, risque de révéler des secrets commerciaux ou requiert qu'il émette une opinion.

Article 295

L'article 295 ne prévoit pas qui doit assumer les frais relativement aux services d'un interprète à l'extérieur des circonstances énoncées au deuxième paragraphe de cet article.

III. LA PROCÉDURE EN MATIÈRE NON CONTENTIEUSE

De manière générale, nous apprécions l'appellation de « *mandat de protection* », laquelle avait été suggérée depuis belle lurette par bien des auteurs; de la même façon, nous constatons la disparition de la « personne raisonnable » (au profit de personnes dites « intéressées »)? Qui sont-elles dans un mandat?) pour laquelle nous émettons la réserve suivante : nous croyons que le mandat de protection devrait nécessairement être connu d'une personne qui ne soit pas le mandataire et qui gravite dans l'entourage de la personne inapte; en effet, un mandat de protection est une procédure discrète sans besoin d'une assemblée de parents, d'alliés ou d'amis. La mise sous protection par voie de mandat se devrait d'être connue d'au moins un membre de la famille, n'y ayant aucun intérêt.

Nous remarquons la disparition de l'art. 394.1 C.p.c., pourtant bien utile pour la représentation des personnes estimées inapte, avec les ordonnances d'honoraires accessoires.

La lecture de tous ces articles du nouveau Code en matière de protection pêche par manque d'explications et contraint le justiciable à s'informer des pratiques de la Cour plutôt que de se fier à une démarche claire, expliquée au Code; il nous apparaît que l'obsession du simplisme a prévalu sur toute autre considération.

Quant à l'article 25 du nouveau Code, l'exigence de la présence physique du majeur inapte, malgré l'accord des parties, donne une latitude appréciable au tribunal pour contrer toute tentative de mettre sous protection une personne sans l'avoir interrogée préalablement.

Quant au paragraphe 30 alinéa (2) du nouveau Code, le doute persiste quant à l'application de cet article à l'égard des requêtes en remplacement d'un curateur ou d'un tuteur : ces requêtes sont-elles concernées par un appel *de plano* ou sur permission ?

Quant à l'article 44 du nouveau Code, une concordance dans les termes serait appréciée : pourquoi, à l'article 50 du nouveau Code, parle-t-on « d'enfants » à la place du « mineur »?

Nous constatons la disparition des Cours municipales relativement aux requêtes mettant en jeu la dangerosité des personnes; nous n'avons aucune statistique sur la plus-value donnée au justiciable par l'introduction d'un tel recours à ces Cours municipales, si bien que nous devons nous contenter d'en prendre acte.

Quant aux articles 71, 72 et 73 du nouveau Code, pourquoi n'a-t-on pas ajouté les problèmes de capacité à la liste des matières pour lesquelles le greffier n'a pas juridiction ? Nous soumettons également que le pouvoir d'un greffier sur un examen mental devrait être limité à une entente entre les parties, le cas échéant, et que d'aucune manière il ne puisse adjuger d'un tel incident, quand il est contesté.

Quant à l'article 38 du nouveau Code, notre interprétation va dans le sens où la Cour supérieure et celle du Québec assumeront dorénavant une juridiction concurrente tant en matière de dangerosité que celle relevant du refus de soins requis par l'état de santé d'une personne inapte à consentir (par exemple, refus de soins).

À première vue, nous avons tout lieu de nous réjouir de la fin de cette scission aberrante juridictionnelle, qui résulte en bout de course à un accès facilité du justiciable; toutefois, l'économie de la preuve à effectuer dans ces deux manières est tout à fait différente l'une de l'autre et, en regard des problèmes d'application de la loi en matière de dangerosité, nous avons des craintes à ce que ces mêmes problèmes d'application contaminent l'application de la loi en matière de refus de soins. En effet, nous craignons qu'une requête en garde en établissement s'accompagne d'une ordonnance d'administration de soins, sans que la démonstration légale soit faite et par pure commodité pour les établissements de santé.

Quant à l'article 82 du nouveau Code, il aurait été nécessaire d'ajouter « la capacité ».

Quant à l'article 236 du nouveau Code, nous estimons cet article devrait aider les proches d'une personne inapte à forcer l'évaluation de l'inaptitude de leur proche; cet article nous semble indiquer assez de balises pour qu'il n'y ait pas d'abus cependant.

Quant à l'article 238 du nouveau Code, il faudrait ajouter la sauvegarde de l'autonomie, le cas échéant, (allusion à l'article 257 C.c.Q.).

Quant à l'article 302 du nouveau Code, la notion « d'intérêt public » est une nouveauté et nous doutons de l'autorité d'un notaire pour en adjuger.

Quant à l'article 306 du nouveau Code, nous avons déjà fait nos commentaires sur l'absence de « personne raisonnable » dont la présence nous semble essentielle pour l'homologation d'un mandat de protection.

Quant à l'article 307 du nouveau Code, nous apprécions qu'une latitude soit donnée au Tribunal en matière d'élaboration d'un protocole d'instance, advenant le cas où il y a contestation.

Quant à l'article 308 du nouveau Code, il serait grandement utile de prévoir que ces indemnités seront disponibles dans la mesure où le patrimoine de la personne représentée puisse le permettre (allusion à l'article 218 C.c.Q.).

Quant à l'article 310 du nouveau Code, la qualité de « liens étroits » qui définit les personnes à convocation sont à préciser : sont-ils les intéressés à convocation obligatoire? (articles 266 et 226 C.c.Q.).

Quant à l'article 313 du nouveau Code, se pose la question de l'opportunité de l'assistance d'un avocat dans le cheminement de la procédure diligentée par le notaire qui doit agir, selon l'article 310 du nouveau Code, dans l'intérêt premier de la personne... Nous comprenons mal quelle place doit prendre un avocat qui n'a pas un rôle de représentation, mais d'assistance dans ce processus.

Quant à l'article 285 du nouveau Code, nous notons que le tuteur *ad hoc* est évacué; or, il s'agissait d'un moyen d'obtenir la désignation d'un tuteur sans convocation de l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis (article 205 C.c.Q.). Cette pratique sera désormais chose du passé; il y avait là un avantage d'ordre pratique évidemment.

Quant à l'article 348 du nouveau Code, nous notons que l'appel est maintenant élargi à toute personne qui devra être notifiée du régime de la protection; nous n'y voyons pas ici

un avantage évident à cette ouverture, puisqu'elle peut se traduire en coûts supplémentaires pour la personne vulnérable.

Nous notons de manière générale encore, que le Curateur public n'est plus avisé des jugements comme il était sous l'empire du C.p.c. (articles 886, 863.3 C.p.c.).

Enfin, dans la perspective de la médiation, dont une conséquence indirecte serait de désengorger les rôles des tribunaux, n'y aurait-il pas lieu de prévoir qu'advenant une contestation de régime portant uniquement sur la candidature d'un tuteur ou curateur, ou de membres de conseil de tutelle ou de curatelle, un renvoi automatique soit fait au service de médiation avant une quelconque inscription à un rôle d'audition; il est évident que cette obligation ne s'appliquerait pas à la contestation d'une inaptitude.

Même s'il existe (art. 312 du nouveau Code) une nécessité d'obtenir une évaluation médicale et psychosociale pour le notaire instrumentant la prise d'effet d'un mandat, il n'existe pas d'obligation semblable à l'art. 884.2 Code actuel qui oblige le maintien de telles évaluations lors de l'homologation d'un mandat, peu importe l'auxiliaire de justice qui officie; cette nécessité d'ordre public doit apparaître plus clairement.

IV. LE JUGEMENT ET LES POURVOIS EN RÉTRACTATION ET EN APPEL

A. Le jugement (art. 318 à 347)

1. Les frais de justice (art. 336 à 341)

Le Tarif des honoraires judiciaires des avocats est abrogé par le nouveau Code, lequel prévoit désormais à l'article 337, al. 1 que « *les frais de justice sont à la charge des parties et chacune d'elles supporte ses propres frais* ».

Il s'agit d'une modification significative par rapport à l'actuel C.p.c., lequel prévoit plutôt que la partie qui succombe supporte les dépens, frais de sténographe compris (art. 477 C.p.c.).

Selon nous, ce changement est contraire aux intérêts des parties et va à l'encontre des principes directeurs du nouveau Code, notamment l'accessibilité de la justice et le recours à des modes privés de règlement de différends.

D'une part, les coûts de justice sont considérables et constituent une barrière à l'accessibilité à la justice. Autoriser une partie qui a gain de cause de recouvrer une portion de ses frais permet d'atteindre un meilleur équilibre économique et d'éviter que seules les personnes ayant les moyens puissent se prévaloir du système de justice.

D'autre part, il y a un risque qu'un défendeur réponde à la demande dans le seul but

d'éviter de payer les frais de justice de la partie adverse. En effet, l'article 141, al. 2 du nouveau Code prévoit que le défendeur qui ne répond pas à la demande formée contre lui dans le délai de 15 jours pourrait être tenu des frais de justice.

Les tribunaux conservent une grande discrétion dans l'attribution des dépens et peuvent ordonner que chaque partie assume ses frais de justice lorsque les conditions le justifient, notamment en matière familiale. Toutefois, paradoxalement, en établissant que chaque partie paie ses frais, le législateur décourage les parties qui n'ont pas les moyens de faire valoir leurs droits tout en encourageant les parties à avoir recours au système judiciaire lorsque leurs prétentions ne sont pas fondées. Cela nous apparaît contraire à la jurisprudence développée dans certains secteurs comme la diffamation ou les honoraires sont régulièrement accordés.

Ajoutons, en dernier lieu, que le nouveau Code semble contredire le fait que le *Tarif des honoraires judiciaires des avocats* est abrogé aux termes de son article 798. En effet, l'article 141 prévoit que le défendeur qui ne répond pas dans les quinze (15) jours de la réception de la demande formée contre lui peut être condamné pour défaut et être tenu des « frais de justice »; l'article 338 précise que le tribunal peut condamner une partie au paiement des frais de justice si le principe de proportionnalité n'a pas été respecté; enfin, l'article 341 indique que « [l]a partie qui a droit au paiement des frais de justice les établit suivant les tarifs en vigueur » (de quels tarifs s'agit-il ?). La cohérence d'ensemble nous échappe.

B. L'appel (art. 348 à 387)

Exposé conjoint des faits (article 369)

L'actuelle Règle 65 alinéa 2 C.p.c. prévoit cette possibilité et indique qu'il est alors inclus au mémoire de l'appelant au début de l'Annexe III.

Cette solution nous apparaît plus raisonnable que celle proposée par l'article 369 de l'Avant-projet de loi et ne cause aucun inconvénient aux juges puisqu'ils l'auront dès la production du premier mémoire et cela permettrait de donner une fenêtre un peu plus longue aux parties pour négocier cet exposé conjoint, soit 90 jours au lieu de 45.

On pourrait prévoir que l'appelant prépare la première version de l'exposé et la soumette à l'intimé au plus tard 60 jours après le dépôt de la déclaration. L'intimé pourra alors y ajouter la preuve qu'il désire et il aurait 20 jours au moins pour le faire afin de laisser 10 jours aux parties pour s'ajuster et à l'imprimeur de préparer les copies requises.

Le délai de départ plus long permettrait à l'appelant de mieux cibler sa preuve avant de la soumettre à l'intimé n'imposant pas à celui-ci le fardeau initial de décortiquer la preuve alors qu'il a déjà gagné sa cause.

Mentionnons par ailleurs que l'exposé de l'article 368 ne saurait trouver application dans tous les cas qui y sont mentionnés, notamment en matière familiale, où le mémoire devrait

être permis. Ensuite, le délai de l'article 371 pour la production des mémoires, limité à trois mois en l'absence d'une décision de gestion d'un juge d'appel, n'est pas réaliste en matière de droit familial. En effet, les praticiens de ce domaine exercent souvent seuls ou en petit cabinet et n'ont pas les mêmes ressources que d'autres cabinets de taille plus importante, et ce délai devrait être plus grand.

V. LES RÈGLES APPLICABLES À CERTAINES MATIÈRES CIVILES

A. Les demandes en matière de droit des personnes et en matière familiale (art. 388 à 457)

1. L'Habeas corpus

Article 393

Cette section concerne l'Habeas corpus, présentement aux articles 851 à 861 C.p.c.

À l'article 393, il est fait mention que la personne privée de sa liberté peut s'adresser à la Cour supérieure pour qu'il soit statué sur la légalité de sa détention.

Dans le Code actuel, la demande est adressée à un juge en son bureau. À la lecture de l'article 393, nous ignorons à qui devra s'adresser la personne qui requiert un habeas corpus. Il faudrait préciser que ce soit au juge en son bureau.

2. Les demandes en matière familiale (art. 406 à 413)

Article 407

L'article 407, l'actuel 813.4 C.p.c., a été repris sans grande modification. Cet article est de peu d'utilité en matière familiale, puisque ce n'est, à toutes fins pratiques, qu'en matière de régime de communauté de biens qu'un des conjoints peut prétendre avoir un droit sur un immeuble en vertu de son régime matrimonial.

Nous suggérons deux modifications:

1) La première, en indiquant que la dénonciation peut être faite lorsqu'un conjoint peut prétendre à une créance résultant d'un droit sur un immeuble en vertu du patrimoine familial ou du régime matrimonial ou d'union civile.

En effet, il est maintenant bien établi qu'en matière de patrimoine familial et de régime de société d'acquêts, les parties ont un droit de créance et non un droit dans un bien et il est tout aussi important de protéger les droits résultant du patrimoine familial et de la société d'acquêts que de ceux mariés sous un régime de communauté.

2) La deuxième, en remplaçant les mots « *résidence familiale est la propriété de l'un des conjoints* » par les « *résidences familiales utilisées par les conjoints* ».

Article 408

Nous nous interrogeons sur l'ajout des mesures accessoires dans cet article sans que nous puissions déterminer quelle demande est visée par cet ajout.

De plus, puisque le Code civil prévoit que les parties peuvent faire déterminer par le tribunal tout différend quant à l'exercice de l'autorité parentale, nous suggérons d'ajouter l'exercice l'autorité parentale dans cet article.

Alors que la plupart des sections du nouveau Code ont été remaniées de façon que la lecture soit aisée, cet article est difficile de lecture et de compréhension et accuse une lourdeur que nous déplorons. Nous suggérons que les articles 408 et 409 soient reformulés afin d'être plus compréhensibles.

Article 409

Cet article sera bien accueilli par les avocats en droit familial puisqu'il permet à des conjoints de fait de réunir dans une même procédure tous les recours permis lorsque, par exemple, ils sont mariés. Cet article facilitera et rendra moins onéreux pour les conjoints de fait des recours qui doivent présentement être introduits de deux ou trois manières différentes.

Article 410 (premier alinéa)

Nous considérons que c'est une bonne initiative de prévoir que les parties devront produire un état des biens. Par ailleurs, les seuls cas où les parties n'ont pas déjà à produire un état de leur actif et passif concernent des parties sans enfants ou dont l'un des époux demande une pension alimentaire pour ses propres besoins.

Pour les autres cas, nous croyons superflu d'ajouter aux nombreux formulaires déjà prescrits en matières familiales un formulaire obligatoire d'état des biens d'une partie. Lorsqu'un dossier comporte une conclusion de partage de patrimoine familial, les parties doivent nécessairement préparer et déposer le formulaire IV prescrit dans le *Règlement de procédure en matière familiale (Cour supérieure)*³² à l'article 31.

De plus, lorsqu'il y a des enfants, le formulaire de fixation de pensions alimentaires pour enfants prescrit déjà que les parties doivent compléter l'état de leur actif et passif avec indication de la valeur de chaque bien. Nous croyons que lorsque cette section est complétée avec soin par les parties, l'état des biens devient superflu.

Il en est de même lors d'une demande de pension alimentaire pour époux, alors que les

³² R.R.Q., 1981, c. C-25, r-9 [le « *Règlement de procédure en matière familiale* »].

parties doivent compléter le formulaire III, soit l'État des revenus, dépenses et bilan prescrit dans le *Règlement de procédure en matière familiale* (règles 26 à 30).

L'état des biens devrait être signé sous serment.

Article 410 (deuxième alinéa)

L'article 410 reprend les règles 26, 27 et 28 du *Règlement de procédure en matière familiale* qui prévoit également le formulaire III, soit l'État des revenus et dépenses et bilan. Il ne faudrait pas que toutes ces règles entrent en conflit avec celles qui sont présentement à l'étude afin d'éviter des conflits et des interprétations différentes.

Article 413

L'article insère la provision pour frais qui est actuellement prévue à l'article 20 des *Règles de pratique en matière familiale*. Il faudrait prévoir d'abroger cet article pour éviter des interprétations différentes.

3. La médiation en cours d'instance (art. 414 à 421)
 - a) les séances d'information sur la parentalité et la médiation

Article 414

Malgré le libellé de l'article, il n'existe actuellement aucune loi obligeant les conjoints de fait à un partage des biens.

Présentement, les parties doivent nécessairement déposer l'attestation de médiation pour l'audition des mesures provisoires. Doit-on comprendre que l'attestation de participation devra être faite avant la prise des procédures ou lors de l'instruction finale, i.e. au mérite?

La section ne reprend pas l'exemption permise à l'actuel article 814.10 C.p.c. lorsqu'une des parties a des motifs sérieux de ne pas participer à une séance de médiation et nous trouvons important de permettre à des parties de ne pas y participer pour des motifs sérieux. Dans le cas où les enfants sont majeurs, la séance d'information sur la parentalité sera-t-elle obligatoire puisque la séance portera sur la parentalité et la médiation ?

Il se peut également qu'il n'y ait pas d'enfants mais que les droits patrimoniaux soient au coeur du débat. Il n'y a pas lieu de faire participer les parties à une séance de parentalité dans les cas où les enfants sont majeurs ou lorsque les enfants sont autonomes.

L'article 338 du nouveau Code prévoit qu'une partie peut être tenue aux frais de justice, si sans motif valable, elle a refusé de participer à une séance d'information sur la parentalité et la médiation en matière familiale.

Très souvent, le tribunal ne veut pas imposer des dépens en matière familiale parce que dans ces types de dossiers, les juges tentent d'éviter de confronter les parties à savoir qui a raison et qui a tort. En introduisant une pénalité pour avoir refusé d'assister à une séance, l'article 338 ouvre la porte à des débats qui ne feront qu'envenimer la situation, allonger les délais alors que le temps passé à la Cour est si coûteux.

b) le recours à la médiation

Nous avons un commentaire : nous ne retrouvons pas de texte équivalent à celui de l'article 815.3 C.p.c. quant à la confidentialité de ce qui a été dit ou écrit en cours de médiation.

La présente section ayant été insérée spécialement au livre V et non au livre VII intitulé « Les modes privés de prévention et de règlement des différends », il y a place pour argumenter que lors d'une médiation en cours d'instance, la garantie de confidentialité n'a pas à être respectée. Il est nécessaire que cette garantie soit énoncée dans cette section.

4. L'expertise psychosociale

L'article 424 modifie de façon substantielle l'actuel article 32 du *Règlement de procédure en matière familiale* en ce que le tribunal peut ordonner qu'une expertise soit effectuée alors que présentement, il faut que les deux parties consentent à cette expertise. Qu'arrivera-t-il si l'enfant de 14 ans ne veut pas participer à une expertise, si l'une des parties ne veut pas collaborer? On ne peut obliger une partie à participer ou à se soumettre à une expertise.

Nous suggérons que les articles 37 et 38 du *Règlement de procédure en matière familiale* soient reproduits au nouveau Code afin d'indiquer que le rapport d'expertise fait partie de la preuve, que l'expert peut être appelé à témoigner et que les parties reçoivent une copie du rapport versé au dossier sous enveloppe scellée.

5. Les demandes relatives aux obligations alimentaires

Les articles 440 et 441 du nouveau Code, dans leur forme actuelle, portent à confusion. Ce chapitre réforme les articles 825.8 à 825.14 C.p.c. Or, ces articles s'appliquent aux demandes relatives aux obligations alimentaires à l'égard des enfants.

En omettant d'indiquer dans le titre les termes « à l'égard d'enfants », nécessairement, ce chapitre s'applique aussi aux obligations alimentaires entre conjoints (pour l'instant, les époux ou ceux unis civilement).

Ou bien le chapitre doit être renommé en ajoutant « à l'égard d'enfants » ou bien l'article 441 doit être reformulé afin de préciser que dans les cas relatifs aux obligations alimentaires, la demande ou la contestation, s'il y a lieu, ne sera entendue que suite à :

-
- la production au greffe de la déclaration sous serment pour transmission à Revenu Québec dans les cas de fixation de pensions alimentaires pour enfants ainsi que pour conjoints;
 - la production au greffe en même temps que les documents prescrits du formulaire de fixation de la pension alimentaire pour enfants complété et signé sous serment;
 - la production au greffe, conjointement avec les déclarations de revenus des parties, du formulaire d'État des revenus et dépenses et du bilan de chacune des parties, complété et signé sous serment.

Un commentaire s'impose quant à l'obligation de produire des formulaires de fixation de la pension alimentaire pour enfants. Le formulaire est structuré de manière à inclure les revenus des deux parents alors que dans la grande majorité des cas, lors de l'introduction de l'instance, la partie demanderesse ignore le revenu exact de l'autre partie et ce formulaire ne sert donc qu'à préciser les revenus de la partie demanderesse et à établir son actif et passif. La détermination de la contribution de chacun des parents sera connue uniquement après l'échange des revenus des deux parents. Ceci oblige les parties à refaire d'autres formulaires à plusieurs étapes du dossier : lors de l'introduction de l'instance, lorsque les revenus des deux parties sont échangés pour l'ordonnance intérimaire, puis un autre pour les mesures provisoires si les revenus ont le moindrement changé et un autre lors de l'audition au fonds.

Afin de réduire le nombre de formulaires, puisque les trois premiers sont faits dans un court laps de temps, nous suggérons que les parties doivent s'échanger les formulaires de fixation de la pension alimentaire dans les dix (10) jours de l'introduction de l'instance, lorsque les revenus auront été échangés de part et d'autre. Avec la demande de pension alimentaire, la partie pourrait produire dans un premier temps la déclaration sous serment ainsi que la plus récente déclaration de revenus, et par la suite, échanger le formulaire de fixation de la pension alimentaire pour enfants.

B. Les demandes concernant les successions (art. 458 à 465)

L'ABC-Québec formulera ses commentaires relativement à ces dispositions dans une version ultérieure du présent mémoire.

C. Les demandes concernant la publicité des droits et les biens (art. 466 à 482)

L'ABC-Québec formulera ses commentaires relativement à ces dispositions dans une version ultérieure du présent mémoire.

D. Divers (art. 483 à 511)

L'ABC-Québec formulera ses commentaires relativement à ces dispositions dans une version ultérieure du présent mémoire.

VI. LES VOIES PROCÉDURALES PARTICULIÈRES

A. Mesures provisionnelles et de contrôle et l'injonction (art. 512 à 518)

1. Remarques générales

Sous réserve de certains retraits ou ajouts d'intérêt, dont l'absence de définitions – et ce, pour l'ensemble de l'Avant-projet de loi d'ailleurs –, là s'arrête la métamorphose et, en ce sens, la réduction du nombre de dispositions traitant de l'injonction ne modifie guère le processus actuel. La procédure, dans son ensemble, reste la même : la juridiction compétente et habilitée à entendre ce recours particulier demeurant la Cour supérieure du Québec. Les sanctions existantes, en cas de non respect de l'émission d'une injonction, sont maintenues; toutefois, la gamme des remèdes offerts au tribunal en cas de contravention à un ordre de faire ou de ne pas faire est élargie par le législateur.

Sur ce dernier point, notons l'innovation de l'Avant-projet de loi, qui constitue une réponse mesurée aux doléances exprimées au sujet de l'importance de faire respecter les ordonnances de la Cour Supérieure en la matière. Nous avons déjà commenté cette réponse, ci-dessus, relativement aux articles 57 à 62.

Nous avons quelques commentaires spécifiques à certaines dispositions de l'Avant-projet de loi.

2. Commentaires spécifiques

Article 512

La définition de l'injonction est épurée et précisée.

Le libellé du premier linéa de l'article 512 a pour effet de retrancher les mots et/ou groupes de mots suivants, que l'on retrouve à l'article 751 C.p.c :

- « ou de l'un de ses juges » ;
- « employés »;
- « dans les cas qui le permettent »;
- « ou une opération »;
- « sous les peines que de droit »;

Le retrait des mots « *dans les cas qui le permettent* » et « *ou une opération* » non seulement allège le texte, mais surtout, écarte l'idée selon laquelle l'émission du remède injonctif sollicité soit limitée à des situations connues et définies.

Sont par contre ajoutés les mots ou groupe de mots suivants :

- morale, d'une société ou d'une association ;
- tout jugement qui prononce une injonction est signifié aux parties et aux autres personnes qui y sont visées

Ces ajouts clarifient les parties visées par une ordonnance d'injonction. L'emploi du mot « *personne* » englobe les individus et, dans le cas d'une personne morale de droit privé ou de droit public, d'une société ou d'une association, ses dirigeants ou représentants, mais non ses employés.

L'exclusion des employés étonne. L'employé d'une personne morale, d'une société ou d'une association n'en est pas nécessairement le représentant ni, bien sûr, son dirigeant. Si le législateur estime que l'employé est un représentant, il serait préférable de le préciser.

Les mots « *sous les peines que de droit* » de l'actuel article 751 C.p.c. sont aussi retranchés, ce qui allège le texte et n'a aucune d'incidence sur le pouvoir défini et conféré actuellement aux tribunaux de punir pour outrage au tribunal.

Par ailleurs, le second alinéa de l'article 512 du nouveau Code indique que « *[t]out jugement qui prononce une injonction est signifié aux autres parties qui y sont visées* ».

Or, la lecture combinée de cette disposition avec les articles 109 et 135 de l'Avant-projet de loi sème une certaine confusion qu'il y a lieu de dissiper eu égard aux notions de « signification » et de « notification ». L'usage uniforme du terme « signification » pour les procédures d'injonction serait préférable.

Le législateur codifie ici ce que la pratique consacre, soit la signification de tout jugement en injonction, non seulement à la partie adverse, mais aussi à toutes les personnes visées. Cette précision rappelle d'abord au bénéficiaire de l'ordonnance cette condition obligatoire avant son exécution et l'application des sanctions qui y sont rattachées et, ensuite, à la partie visée son intérêt à la respecter si elle veut éviter les conséquences pénales et monétaires qu'elles comportent.

Article 513

Un changement loin d'être anodin est proposé à cette disposition.

L'article 753.1 C.p.c. édicte que « *la demande peut être présentée sans la requête introductive si celle-ci n'a pu être déposée en temps utile* » [nous soulignons].

La disposition proposée mentionne toutefois que « *la partie peut présenter sa demande pour une injonction interlocutoire avant le dépôt de sa demande introductive d'instance s'il lui est impossible de déposer cette dernière en temps utile* » [nous soulignons].

La nouvelle disposition impose donc un fardeau plus élevé de diligence et de justification

que la disposition actuelle.

Il semble que le législateur veuille limiter les cas de demande d'injonction interlocutoire avant le dépôt d'une demande introductive d'instance. Nous sommes d'avis qu'il est nettement préférable de présenter une demande d'injonction interlocutoire une fois la demande introductive d'instance déposée.

Cependant, l'on peut avec raison s'interroger sur ce qui pourrait s'avérer « *impossible* » au sens de cette nouvelle disposition. Le *corpus* jurisprudentiel du critère de l'« *impossibilité d'agir en faits et en droit* » pour expliquer le dépôt ultérieur de la demande introductive d'instance pourrait-il servir le demandeur ?

Le mot *impossible* semble faire obstacle au droit de demander une injonction interlocutoire avant le dépôt de la demande introductive d'instance.

Le mot « *impossible* » nous semble donc trop rigide. Il devrait être remplacé par la locution suivante : « *si elle ne peut, pour des motifs qu'elle doit justifier par une preuve prépondérante qui puisse satisfaire le tribunal et produite simultanément avec la demande d'injonction interlocutoire, déposer cette demande en temps utile* ».

Si le demandeur n'est pas en mesure de présenter cette preuve, le tribunal pourrait alors choisir d'émettre tout de même l'injonction interlocutoire et fixer un délai péremptoire pour le dépôt de la demande introductive d'instance, comme c'est le cas présentement.

Notons par ailleurs qu'il s'agit d'un cas où le cautionnement pourrait être ordonné contre le demandeur qui ne peut déposer sa demande introductive d'instance en injonction en temps utile. Or, au chapitre de l'injonction, le législateur propose d'abroger l'article 755 C.p.c.

Nous sommes d'avis contraire. Le cautionnement en soi et le pouvoir d'un juge ou du tribunal d'en fixer le montant doit être maintenu.

Par ailleurs, aux fins d'uniformité, nous suggérons que le mot « *dirigeant* » soit ajouté au premier alinéa de l'article 104 du nouveau Code afin d'être en conformité avec l'article 513 du nouveau Code. Il convient, pour le même motif, d'ajouter à l'article 105, 3^{ième} ligne après les mots « *que le déclarant peut attester* » les mots « *soit par son représentant, dirigeant ou son préposé* »

L'actuelle **signification** fait place à la **notification**. Plusieurs modes de notifications sont prévus (voir les articles 112 à 137 de l'Avant-projet de loi).

Nous sommes favorables à la signification par huissier de tout jugement en injonction. Cela permet d'ailleurs à la partie qui a obtenu l'émission de l'injonction de se prévaloir d'une preuve solide de sa connaissance par la partie opposée.

Dans les cas d'urgence, le **tribunal** peut y faire droit provisoirement, même avant la

notification. L'injonction provisoire ne peut en aucun cas, sans le consentement des parties, excéder 10 jours.

Le troisième alinéa de l'article 513 du nouveau Code est la redite de l'article 753 C.p.c. Un changement cependant : c'est le **tribunal** qui peut y faire droit et non le **juge**. L'ABC soumet que le législateur doit éliminer la confusion qui ressort clairement de la lecture combinée de cette disposition et de l'alinéa deuxième de l'article 69 de l'Avant-projet de loi. En effet, cette dernière disposition prévoit la possibilité pour le « *juge d'entendre une demande d'injonction provisoire en son cabinet ou un endroit qui en tient lieu. Il peut toujours déférer au tribunal, d'office ou sur demande, toute affaire qui lui est soumise* ». En cela, l'article 513 alinéa 3 devrait plutôt se lire :

*« En cas d'urgence, elle peut être émise provisoirement par un **juge siégeant en son cabinet ou un endroit qui en tient lieu** ».*

En plusieurs domaines, le temps est une composante cruciale entre la préservation et la perte de droits. Permettre de référer au tribunal risque de dénaturer le remède, voire le rendre inefficace, puisqu'il n'existe alors aucune garantie que la procédure urgente du demandeur puisse être entendue sans délai indu.

Article 514

L'article 514 de l'Avant-projet de loi réunit les articles 752 et 757 C.p.c.

Les changements proposés par le législateur auxquels adhère l'ABC-Québec sont à l'effet que :

- l'injonction interlocutoire vise à empêcher que ne soit causé à la partie en demande un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement au **fond** inefficace. On ne parle plus de jugement **final**. Le législateur veut éviter que la Cour Supérieure du Québec puisse avoir le pouvoir de rendre une injonction qui viserait un arrêt de la Cour d'appel du Québec à venir en raison de cette distinction entre « *jugement au fond* » et « *jugement final* ». Un jugement au fond n'est pas nécessairement un jugement final alors qu'un jugement final peut être un jugement au fond;
- Un **juge seul** ne peut plus suspendre ou renouveler une injonction interlocutoire, ce rôle est exclusif au **tribunal**.

L'ABC invite le législateur à codifier à l'article 514 le critère de la prépondérance des inconvénients nécessaire à l'octroi d'une injonction interlocutoire et largement appliqué par la Cour Supérieure du Québec.

Article 515

L'article 515 correspond aux articles 753.1 et 756 C.p.c. :

- si la requête introductive d'instance a été déposée mais pas signifiée, elle l'est avec l'injonction interlocutoire accordée;
- si la requête introductive d'instance n'est pas déposée, l'injonction est signifiée sans la demande mais celle-ci est signifiée dans le délai fixé par le tribunal;
- ici encore, le mot « juge » est remplacé par « tribunal ».

Nous constatons que le mot « signification » est employé. L'article 135, alinéa 3 de l'Avant-projet de loi, dit que le jugement prononçant une injonction ou comportant un autre ordre de faire ou de ne pas faire est **notifié** par huissier. Nous réitérons nos commentaires énoncés plus avant concernant cette utilisation des mots « notification » et « signification ».

Article 518

Les sanctions rattachées à la conduite de toute personne qui se rend coupable d'outrage au tribunal au sens de l'article 518 de l'Avant-projet de loi sont régies par les articles 57 à 62 de l'Avant-projet de loi. Nous référons à nos commentaires précédemment formulés relativement à ces dispositions.

B. Les saisies et le séquestre (art. 519 à 529)

L'ABC-Québec formulera ses commentaires relativement à ces dispositions dans une version ultérieure du présent mémoire.

C. L'homologation (art. 530)

L'ABC-Québec formulera ses commentaires relativement à cette disposition dans une version ultérieure du présent mémoire.

D. Le pourvoi en contrôle judiciaire (art. 531 à 538)

1. Remarques générales

Le pourvoi en contrôle judiciaire est l'objet du Chapitre IV du Titre I (mesures provisionnelles et de contrôle, art. 512 à 538) du Livre VI (les voies procédurales particulières, art. 512 à 606).

Lors de la première phase de la réforme de la procédure civile entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, le législateur avait introduit un véhicule procédural unique, soit la requête introductive d'instance, sans toutefois unifier les recours visant à mettre en œuvre le pouvoir de surveillance et de réforme de la Cour supérieure sur les tribunaux ainsi que les corps politiques, les personnes morales de droit public ou de droit privé. En conséquence,

ont subsisté les recours extraordinaires, qu'il s'agisse du mandamus, du « *moyen de se pourvoir en cas d'usurpation de fonctions* » (aussi appelé « *quo warranto* ») et la révision judiciaire, ainsi que le recours déclaratoire et en nullité.

Désormais, l'Avant-projet permet d'unifier les recours extraordinaires sous réserve de certains éléments particuliers dans le cas du *quo warranto*. À l'instar de la réforme du contrôle judiciaire de l'Administration fédérale au début des années 1990, l'Avant-projet de loi permet de recourir au pourvoi en contrôle judiciaire pour faire intervenir la Cour supérieure dans l'exercice de son pouvoir de surveillance et de réforme, sans qu'il ne soit nécessaire d'identifier le recours. Comme l'a écrit le juge Sopinka de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada* à propos des modifications apportées à la *Loi sur la Cour fédérale*³³ :

De plus, je remarque que l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale, qui est entré en vigueur le 1^{er} février 1992, prescrit désormais une procédure uniforme de demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir les redressements prévus à l'art. 18. Dans l'ouvrage intitulé *Federal Court practice* 1994, David Sgayias et ses co-auteurs déclarent ceci, à la p. 88, au sujet de l'effet de l'art. 18.1 :

[TRADUCTION] L'article énonce expressément les conditions requises, les motifs de contrôle et les pouvoirs de la Cour relativement aux demandes de contrôle judiciaire. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de mentionner expressément les recours extraordinaires ou par voie de bref de prérogative au moment de présenter une demande de contrôle judiciaire.³⁴

[Le soulignement est dans l'arrêt]

2. Recours unifié : le pourvoi en contrôle judiciaire

L'Avant-projet de loi prévoit donc un recours unifié nommé « *pourvoi en contrôle judiciaire* » aux articles 531 à 538. L'article 531 énonce :

531. La Cour supérieure saisie d'un pourvoi en contrôle judiciaire peut, selon l'objet du pourvoi, prononcer l'une ou l'autre des conclusions suivantes :

1^o déclarer inapplicable, invalide ou inopérante une disposition d'une loi du Québec ou du Canada, un règlement pris sous leur autorité, un décret gouvernemental ou un arrêté ministériel ou toute autre règle de droit;

2^o évoquer, à la demande d'une partie, une affaire pendante devant une juridiction autre que la Cour d'appel, ou réviser ou annuler le jugement rendu par une telle juridiction ou une décision prise par un organisme ou une personne qui relève de la compétence du Parlement du Québec si la juridiction, l'organisme ou la personne a agi sans compétence ou l'a excédée ou si la procédure suivie est entachée de quelque irrégularité grave;

³³ Devenue la *Loi sur les cours fédérales*, L.R.C., 1985, c. F-7.

³⁴ [1994] 3 R.C.S. 627, 648.

3° enjoindre à une personne qui occupe une fonction au sein d'un organisme public, d'une personne morale ou d'une association au sens du Code Civil d'accomplir un acte auquel la loi l'oblige s'il n'est pas de nature purement privée;

4° destituer de sa fonction une personne qui, sans droit, occupe ou exerce une fonction publique ou une fonction au sein d'un organisme public, d'une personne morale ou d'une association au sens du Code Civil.

Le paragraphe 1 vise le recours déclaratoire utilisé plus particulièrement dans le contentieux constitutionnel, alors que le paragraphe 2 vise évidemment le recours en révision judiciaire (ou en évocation) prévu à l'article 846 C.p.c. et autrefois nommé recours en *certiorari* (et recours en prohibition); le paragraphe 3 vise le recours en *mandamus*, C.p.c. 844, alors que le paragraphe 4 vise le *quo warranto*.

Quant aux conditions particulières concernant les conclusions du paragraphe 4° de l'article 531 (*quo warranto*), qu'il suffise de mentionner que les articles 535 à 538 reprennent en substance les dispositions des articles 838 à 843 C.p.c., sous réserve que l'Avant-projet de loi ne fixe plus de montant minimum à titre de cautionnement devant être payé par le requérant. De même, l'Avant-projet de loi ne pose plus de limite quant au montant des dommages-intérêts punitifs qui peut être obtenu par ce recours, contrairement à l'article 840 C.p.c. établissant la limite à 500 \$. Finalement, l'Avant-projet de loi, à l'article 35 concernant la compétence de la Cour du Québec, ne prévoit plus que le recours en *quo warranto* doit être exercé devant trois juges de la Cour du Québec, comme c'est le cas à l'article 36 C.p.c., malgré plusieurs jugements rendus par la Cour supérieure depuis 1977 ainsi qu'un arrêt de la Cour d'appel rendu en 1984³⁵, ce qui est une bonne chose, que l'ABC-Québec salue.

3. Autres recours

a) recours en nullité

Il importe de mentionner que le recours en nullité, désigné avant 2003 comme étant une « *action directe en nullité* », visant à mettre en œuvre le pouvoir général de contrôle judiciaire de la Cour supérieure confirmé à l'article 33 C.p.c. et que l'on retrouve dans l'Avant-projet de loi à l'article 34, s'exerce également au moyen d'un pourvoi en contrôle judiciaire.

En somme, indépendamment de la nature de la décision ou de l'acte attaqué (judiciaire, quasi judiciaire ou administratif), on devra utiliser ce recours unifié qu'est le pourvoi en contrôle judiciaire.

³⁵ *Vanier c. Rioux*, 1984 C.A. 43 (requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée le 17 mai 1984)

b) recours en jugement déclaratoire

Par ailleurs, le recours en jugement déclaratoire prévu à l'article 453 C.p.c., utilisé en droit public y compris en matière de contrôle judiciaire³⁶, se trouve au deuxième alinéa de l'article 138 de l'Avant-projet de loi.

Cet article, à l'instar de l'article 453 C.p.c., ne précise pas si la demande en justice introductive de l'instance pour obtenir un jugement déclaratoire peut être présentée à la Cour du Québec ou à la Cour supérieure seulement. Toutefois, dans une affaire où le premier juge avait conclu à la compétence de la Cour du Québec puisque la valeur du litige était inférieure au montant fixé par l'article 34 C.p.c., à l'époque 30 000 \$, la Cour d'appel a noté que les parties demandaient une déclaration générale sur leurs droits et obligations respectifs et que « *le pouvoir de prononcer des jugements déclaratoires est un aspect de l'exercice du pouvoir de contrôle et de surveillance de la Cour supérieure, lequel lui appartient constitutionnellement en tant que tribunal de droit commun et n'est pas, par conséquent, attribué à la Cour du Québec* »³⁷. Le nouveau Code devrait préciser que ce recours doit être entendu par la Cour supérieure afin d'éviter une incertitude à ce chapitre.

4. Quelques éléments de procédure du pourvoi en contrôle judiciaire

Cela dit, mentionnons que l'Avant-projet de loi, à l'article 532, alinéa 2, prévoit que le pourvoi doit être signifié dans un délai raisonnable, comme c'est le cas actuellement en vertu de l'article 835.1 C.p.c. De même, la règle de l'épuisement des recours, en particulier l'appel, avant de demander à la Cour supérieure d'exercer son pouvoir de surveillance et de contrôle actuellement prévu à l'article 846, alinéa 2, pour les recours en révision judiciaire et en évocation, s'applique au pourvoi en contrôle judiciaire en vertu de l'article 532, alinéa 1, de l'Avant-projet de loi.

Par ailleurs, l'Avant-projet de loi ne comporte pas de modification substantielle à l'égard de certains éléments de procédure : ainsi, le délai de présentation de 15 jours prévu à l'article 835 C.p.c. est conservé à l'article 533 de l'Avant-projet de loi; de même, l'article 533 prévoit que la demande de pourvoi en contrôle judiciaire est instruite par priorité alors que l'article 834.2 C.p.c. prévoit que la requête doit être instruite et jugée d'urgence. La demande de pourvoi en contrôle judiciaire n'opère pas sursis des procédures pendantes et il en est de même pour une requête introductive d'instance visant l'exercice des recours

³⁶ *Dutec c. St-Agathe-des-Monts (Ville)*, 1977, 2 R.C.S. 1132; D. GRENIER et M. PARÉ, *La requête en jugement déclaratoire en droit public québécois*, 2^e éd., Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1999.

³⁷ *Québec (sous-ministre du Revenu) c. Industrielle Alliance compagnie d'assurance sur la vie*, REJB 2000-21740 (C.A.), confirmée de nouveau dans *Domtar inc. c. Produits Kruger Ltée*, [2010] R.J.Q. 2312 (C.A.).

extraordinaires, article 834.1 C.p.c. : il faut demander à la Cour de surseoir aux procédures. Enfin, l'obligation de signifier le jugement prévue à l'article 836 C.p.c. est limitée uniquement au cas où le jugement ordonne d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte (article 533, alinéa 3 de l'Avant-projet de loi). Finalement, en vertu de l'article 534 de l'Avant-projet de loi, un juge d'appel peut, en tout temps après le dépôt d'une déclaration d'appel, ordonner le sursis de l'exécution de toute procédure dont l'exécution n'est pas suspendue par l'appel, ce que prévoit l'article 834.1, alinéa 2, C.p.c.

5. L'intérêt pour agir

En ce qui a trait à l'intérêt pour agir, l'exigence d'être une partie en première instance pour exercer le recours en révision judiciaire en vertu de l'article 846 n'est pas reprise pour l'exercice d'un pourvoi en contrôle judiciaire. De plus, le nouvel article 85, alinéa 2, codifie les critères établis par la jurisprudence pour permettre à la Cour supérieure d'étendre l'intérêt d'un demandeur pour agir dans le cas de litiges soulevant une question d'intérêt public « *en tenant compte de son intérêt véritable, de l'existence d'une question sérieuse qui puisse être valablement résolue par le tribunal et de l'absence d'un autre moyen efficace de le saisir de la question.* ». Il s'agit, en effet, de la codification des critères établis par les tribunaux en droit constitutionnel et en droit administratif³⁸. Toutefois, on peut penser que l'existence d'un droit substantiel continuera d'être prise en compte pour apprécier l'intérêt du demandeur³⁹. Il n'en résulte donc pas que n'importe qui pourra intervenir dans un litige qui soulève une question d'intérêt public⁴⁰.

6. L'intervention d'un tiers

En ce qui a trait à l'intervention d'un tiers, il importe de signaler que l'Avant-projet de loi prévoit, à l'article 181, l'intervention dite « *amicale* » lorsque le tiers n'entend que participer au débat lors de l'instruction, comme le prévoit l'article 211 C.p.c. sans pour autant qualifier la nature de l'intervention. De plus, en vertu du deuxième alinéa de l'article 183 de l'Avant-projet de loi, lorsqu'un tiers entend participer au débat lors de l'instruction, le tribunal, après avoir entendu le tiers et les parties, pourra autoriser l'intervention s'il l'estime opportun, en prenant en compte l'importance des questions en litige, au regard notamment de l'intérêt public et de l'utilité de l'apport du tiers au débat.

³⁸ *Ministre des Finances du Canada c. Finlay*, [1986] 2 R.C.S. 607; *Conseil du patronat du Québec inc. c. Procureur Général du Québec*, [1991] 3 R.C.S. 685.

³⁹ *Noël c. Société d'Énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, par. 37 et 38.

⁴⁰ *Landry c. Richard, ès qualités*, EYB 2010-175959 (C.A.), le juge Gagnon, siégeant comme juge unique, rejette une demande d'intervention du Barreau du Québec dans une cause impliquant un syndic de l'Ordre et il fait état de la jurisprudence sur l'intérêt requis en droit public.

7. L'appel

En ce qui a trait à l'exercice du recours en appel d'un jugement rendu sur le pourvoi en contrôle judiciaire, l'Avant-projet de loi, à l'article 30, paragraphe 8, conserve l'obligation d'obtenir la permission d'appeler des jugements de la Cour supérieure rendus en matière de contrôle judiciaire portant sur l'évocation d'une affaire pendante devant une juridiction ou la révision d'une décision, comme c'est le cas en vertu de l'article 26, alinéa 2, paragraphe 4^o C.p.c. Il s'ensuit que la distinction entre les différents recours unifiés à l'article 531 de l'Avant-projet conserve son utilité aux fins de l'appel puisque la permission d'appeler n'est requise que pour les recours visés au paragraphe 2^o de l'article 531. On pourrait être tenté de recourir au pourvoi en contrôle judiciaire fondé sur l'article 34 de l'Avant-projet de loi au lieu d'utiliser le pourvoi en contrôle judiciaire correspondant à celui prévu au paragraphe 2^o de l'article 531, soit les cas de révision judiciaire ou d'évocation, afin de s'assurer d'un appel de plein droit au lieu d'un appel sur permission, comme c'est le cas pour le recours en révision judiciaire ou en évocation en vertu de 846 C.p.c. par rapport au recours en nullité en vertu de 33 C.p.c.

Pour terminer sur l'exercice du recours en appel, mentionnons qu'au paragraphe 29, alinéa 2, l'Avant-projet de loi prévoit un appel de plein droit, notamment dans le cas de jugements « *qui prononcent sur les droits particuliers de l'État* ».

8. Les droits particuliers de l'État

Les droits particuliers de l'État font l'objet du Titre IV du Livre I; il s'agit des articles 75 à 81 dont la plupart des dispositions correspondent à celles des articles 94 à 100 C.p.c. Nous joignons un **tableau**, en **Annexe « B »**, qui permet de comparer les articles 75 à 81 de l'Avant-projet de loi avec les articles 94 à 100 C.p.c.

Les dispositions de l'article 76 de l'Avant-projet de loi prévoient notamment les cas où un avis doit être communiqué au Procureur général du Québec dans les affaires civiles, administratives, pénales ou criminelles pour mettre en question le caractère opérant, l'applicabilité constitutionnelle ou la validité d'une disposition d'une loi, d'un règlement, d'un décret ou d'un arrêté ministériel ou de toute autre règle de droit, ou encore lorsqu'il s'agit de demande de réparation fondée sur la violation ou la négation de l'un ou l'autre des droits et libertés fondamentaux prévus par la *Charte des droits et libertés de la personne* ou par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴¹; les articles 77 et 78 de l'Avant-projet prévoient notamment la teneur et les délais d'avis (articles 95 et 95.1 C.p.c.). L'article 76 de l'Avant-projet comporte une précision qui ne figure pas à l'article 95 C.p.c. : l'avis au Procureur général est également requis lorsque la légalité d'un

⁴¹ L.R.C., 1985, App. II, n^o 44 la [« *Charte canadienne des droits et libertés* »].

règlement auquel la *Loi sur les règlements* (L.R.Q., c. 18.1) s'applique est mise en question.

L'article 79 de l'Avant-projet de loi prévoit que le Procureur général du Québec peut être appelé à intervenir comme partie dans une instance mettant en cause une question d'intérêt public ou encore peut décider d'intervenir d'office à une instance d'intérêt public ou encore de se pourvoir en appel de tout jugement portant sur telle question d'intérêt public. On s'étonne que le troisième alinéa de l'article 79 prévoit un droit d'appel « *de tout jugement portant sur une question d'intérêt public* » puisqu'il s'agit d'un élément faisant partie des droits particuliers de l'État pour lesquels l'appel de plein droit est déjà prévu à l'article 29, alinéa 2. Peut-être a-t-on voulu reprendre ici ce que l'on retrouve au deuxième alinéa de l'article 492 C.p.c. qui permet au Procureur général, d'office, d'en appeler du jugement final rendu dans une instance soulevant l'application d'une disposition d'ordre public, comme s'il était partie au procès.

L'article 80 de l'Avant-projet de loi prévoit que le ministre des Finances doit payer les sommes auxquelles est condamné le Procureur général du Québec par jugement passé en force de chose jugée (article 94.10 C.p.c.). Les droits particuliers de l'État, à l'article 81 de l'Avant-projet de loi, comprennent également une immunité générale, sauf au cas de défaut ou d'excès de compétence comme c'est le cas à l'article 100 C.p.c.

Finalement, mentionnons que les droits particuliers de l'État, aux articles 75 à 81 de l'Avant-projet de loi, comportent certaines divergences avec le chapitre V intitulé « *Des causes intéressant l'État* » du Titre III du Code actuel (articles 94 à 100). Ainsi, l'article 75 prévoit que l'État et ses organismes peuvent « *conformément au règlement du gouvernement pris sur le sujet et dans la mesure où l'intérêt public ou l'espace normatif prévu par les lois le permet, utiliser, avant de s'adresser aux tribunaux, l'un ou l'autre des procédés privés de prévention et de règlement qui s'offrent à eux* ». En certains cas, la réglementation gouvernementale prévoit déjà la possibilité pour certains organismes publics de recourir à l'arbitrage pour le règlement de certains différends⁴². En revanche, l'article 94 C.p.c. qui prévoit que toute personne ayant un recours à exercer contre le gouvernement peut l'exercer de la même manière que s'il s'agissait d'un recours contre une personne majeure et capable, sous réserve seulement des dispositions du présent chapitre, n'est pas repris dans l'Avant-projet de loi. Certes, le livre V du Code civil (les obligations, article 1371 à 2643) s'applique à l'État ainsi qu'à ses organismes et à toute personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables (article 1376 C.c.Q.). De même, l'article 94.1 C.p.c. prévoyant que nul recours qui peut être exercé contre un organisme de l'État ou contre toute autre personne morale de droit public, ne peut être exercé contre le gouvernement, n'est pas repris dans l'Avant-projet de loi, bien que la Cour d'appel l'ait appliqué pour rejeter un appel interjeté uniquement contre le Procureur général et non contre l'organisme public avec qui un lien

⁴² *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, c. C-65.1, r.5, art. 54, avec l'autorisation du ministre de la Justice.

de droit était établi ⁴³. Nous considérons que la disparition de cette disposition n'est pas avantageuse, car cela créera de l'incertitude. L'ABC-Québec s'interroge sur les raisons de cette suppression.

D'autres dispositions concernant des règles applicables aux poursuites dirigées contre l'État que l'on retrouve actuellement au chapitre V, articles 94 à 100 C.p.c., se retrouvent également dans l'Avant-projet de loi, mais ailleurs que dans le titre IV intitulé « *Les droits particuliers de l'État* ». Ainsi, la règle à l'effet que les recours intentés contre le gouvernement sont dirigés contre le Procureur général du Québec (article 94.3 C.p.c.) se trouve au chapitre IV intitulé « *La désignation des parties à la procédure* », article 96, alinéa 1 de l'Avant-projet de loi; précisons que le deuxième alinéa prévoit qu'une demande visant les droits et obligations d'un organisme public ou d'un officier public ou d'un titulaire d'une charge, auxquels il est demandé d'agir pour modifier un acte ou un registre, doit être dirigée directement contre eux. Enfin, les délais spéciaux dans le cas d'une inscription pour jugement par défaut contre le Procureur général et pour l'avis de l'inscription pour jugement ou preuve et audition, prévus aux articles 94.6 et 94.7 C.p.c., se trouvent maintenant au chapitre VIII intitulé « *Le traitement des affaires inscrites par suite du défaut du défendeur* », plus précisément à l'article 176, alinéa 1 de l'Avant-projet de loi.

E. Les petites créances (art. 539 à 572)

L'ABC-Québec salue le fait que le seuil d'admissibilité pour les petites créances ait été haussé à 15 000 \$. Les dispositions de ce titre sont par ailleurs bien présentées.

F. L'action collective (art. 573 à 606)

1. Remarques générales

Sous réserves de certains retraits ou ajouts d'intérêt, la procédure dans son ensemble reste similaire à ce qui prévaut sous l'empire du Code actuel, la juridiction compétente et habilitée à entendre ce recours particulier demeurant la Cour supérieure du Québec. Soulignons que l'on se demande pourquoi le législateur parle désormais de l'action collective plutôt que du recours collectif.

L'ABC-Québec désire toutefois signaler que le principe de proportionnalité de l'article 4.2 C.p.c., repris dans la Disposition préliminaire de l'Avant-projet de loi, ne doit pas être oublié dans le cadre de l'action collective.

L'ABC estime que, dans un esprit de coopération et d'équilibre entre les parties, comme le prévoit la Disposition préliminaire, il devrait être permis de contester par écrit la requête pour permission d'introduire l'action collective et surtout, de permettre que l'interrogatoire du demandeur ait lieu. L'Avant-projet de loi maintient pourtant cette

⁴³ George c. Procureur général du Québec, [2006] R.J.Q. 2318, 2328, par. 54 à 64.

interdiction.

Dans la mesure où la Disposition préliminaire de l'Avant-projet de loi insiste et invite tout au long de ses dispositions à une transparence réciproque accrue des parties afin de favoriser l'accessibilité, la justice, l'efficacité et la réduction, si possible, des irritants procéduraux et économiques, dans un souci constant de coopération et de bonne foi, autoriser l'interrogatoire du demandeur à l'action collective serait sage et en cohérence avec le souhait exprimé par le législateur.

À tout le moins, le souci d'équilibre annoncé par le législateur ne serait pas réduit à un vœu pieux ou dilué par une absence de réalisme et de pragmatisme judiciaire. Car en réalité, l'interrogatoire du demandeur peut certes, en certains cas, éviter des litiges, susciter des négociations et déclencher un processus de médiation ou de règlement d'un litige autrement coûteux et contraire à l'intérêt collectif des membres.

2. Commentaires spécifiques

Article 573

On note que « *l'action collective est le moyen de procédure qui permet à une **personne** d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres d'un groupe* ». Le C.p.c parle de **membre**.

Ensuite, l'alinéa 2 de l'article 573 lève l'interdiction actuelle exprimée à l'alinéa 2 de l'article 999 d) C.p.c. selon laquelle une personne morale de droit privé, la société ou l'association ne puisse être membre d'un groupe que si elle comptait dans les 12 mois précédant la requête pour autorisation au plus 50 personnes liées à elles par contrat de travail sans par contre être liées avec le représentant du groupe pour être membre.

L'article 1000 C.p.c a été retranché. Il serait préférable de laisser la disposition qui confirme la compétence exclusive d'attribution de l'action collective à la Cour supérieure du Québec.

Article 574

L'article 574 reprend l'esprit de l'article 1001. Le juge en chef désigne, dès la demande d'autorisation d'exercer l'action collective, un juge pour assurer la gestion particulière de l'instance et entendre toute la preuve relative à une même action collective.

L'ABC est toutefois d'avis que la discrétion attribuée au juge en chef de la Cour supérieure de désigner un juge frappé d'une cause de récusation, consacrée par les mots « *s'il estime que la situation ne porte pas atteinte à l'exigence d'impartialité du juge* » devrait être balisée, d'une part, et d'autre part, il faudrait préciser les situations où une telle désignation ne porterait pas atteinte à l'exigence d'impartialité du juge.

Article 575

La création d'un registre central des actions collectives est reconduit à l'article 575. Les autres documents indiqués dans les instructions du juge en chef devraient être précisés.

Article 576

L'action collective est exercée par requête. La demande d'autorisation est signifiée, avec un avis d'au moins 30 jours de la date de sa présentation. Le C.p.c prévoit 10 jours. Elle est reçue si les quatre (4) critères, déjà connus et codifiés au C.p.c. et essentiellement inchangés par l'Avant-projet de loi, sont satisfaits.

Le dernier alinéa de l'article 576 prévoit l'obligation de notifier la demande d'autorisation et l'avis au représentant des demandeurs dans une action collective multiterritoriale visant des membres au Québec si l'action a le même objet ou un objet semblable et que le « *tribunal l'estime nécessaire* ».

Nous sommes d'avis que cet alinéa doit être clarifié. En effet, « *au représentant du demandeur dans une action* » réfère obligatoirement à une autre action. Qui plus est, la notification devrait être obligatoire et non laissée à la discrétion du juge.

Article 579

De droit nouveau, l'article 579 prévoit que le tribunal ne peut refuser l'exercice d'une action collective « *en se fondant sur le seul fait que les membres du groupe décrit sont partie à une action collective multiterritoriale déjà introduite à l'extérieur du Québec* ».

Cependant, le juge peut, « *s'il est convaincu que l'autre tribunal est mieux à même de trancher les questions soulevées et que les droits et les intérêts des membres résidents du Québec sont adéquatement pris en compte, suspendre, jusqu'à ce qu'un jugement soit rendu ou qu'une transaction ou un règlement soit intervenu, l'examen de la demande d'autorisation, le délai pour déposer la demande introductive d'instance ou le déroulement de l'action collective* ».

Ce même article prévoit au troisième alinéa que le juge « *peut aussi, si une action multiterritoriale est intentée à l'extérieur du Québec, refuser pour la protection des intérêts des membres du Québec, le désistement d'une demande d'autorisation ou encore autoriser l'exercice par un autre demandeur ou représentant d'une action collective ayant le même objet et visant le même groupe s'il est convaincu qu'elle assure mieux l'intérêt des membres* ».

Le second alinéa de l'article 579 soulève la question des facteurs existants qui permettent à un tribunal de suspendre l'action collective au profit d'un autre tribunal situé dans une autre province canadienne qui serait mieux à même de trancher les questions soulevées.

Nous croyons qu'il soit préférable d'énoncer des critères objectifs justifiant une telle suspension. À ce sujet, comment peut-on affirmer, dans un recours collectif où les faits générateurs et principaux sont nés par exemples en Alberta, que le Québec ou l'Ontario seraient mieux placés pour en décider ? ⁴⁴

Article 580

L'article 580 reprend en substance l'article 1010 C.p.c. Ainsi, l'appel du jugement qui autorise l'action collective est interdit. À l'opposé, le jugement qui rejette la demande peut faire l'objet d'un appel de plein droit.

Plusieurs praticiens (pour ne pas dire le monde des affaires) continuent de dénoncer cette règle souvent critiquée et qualifiée d'inique et/ou d'injustifiée. Il est en effet très possible de soutenir qu'un mauvais jugement ne doit pas acquérir l'autorité de la chose jugée simplement afin de promouvoir l'accès à la justice. Dans cette veine, il faut considérer le fait que les entreprises québécoises (le plus souvent intimées à l'action collective) font également leur part pour financer le système judiciaire et qu'elles méritent à tout le moins un accès égal à celui-ci. De plus, il faut considérer que la Cour d'appel a tous les pouvoirs nécessaires pour rejeter les appels frivoles et dilatoires, surtout dans le contexte du nouveau Code. La Cour d'appel ne pourrait adéquatement remplir l'un de ses objectifs fondamentaux, soit d'assurer l'uniformité du droit à l'égard des critères d'autorisation, vu le nombre restreint d'appels sur cette question. Rappelons qu'ailleurs au Canada et aux États-Unis, le droit d'appel d'un jugement qui certifie une action comme recours collectif est reconnu et appliqué. Il est bien établi que dans ces juridictions étrangères, les tribunaux d'appels s'autorisent d'intervenir, si les motifs du jugement comportent des erreurs de principes ⁴⁵.

D'un autre côté, les principaux arguments invoqués pour justifier la règle actuelle de l'article 1010 C.p.c. (reprise par l'article 580 du nouveau Code), reposent sur cette idée que les parties demanderesses à un recours collectif seraient plus faibles, moins organisées, et que le fait d'autoriser des appels de décisions autorisant un recours collectif, parfois jusqu'en Cour suprême, retarderait trop le débat lui-même sur les questions principales qui sont en jeu.

L'ABC-Québec souhaite qu'un débat intelligent puisse se faire sur ces questions importantes. L'ABC-Québec se réserve le droit de prendre position dans un sens ou dans l'autre dans ce débat à un moment ultérieur, mais croît utile pour l'instant de rappeler l'importance des enjeux qu'il soulève et invite le législateur à y réfléchir.

Enfin, nous suggérons que le législateur devrait **permettre dans tous les cas la défense écrite et non orale.**

⁴⁴ *Ridley c. Bernèche*, 2006 QCCA 984.

⁴⁵ Par exemple, voir *Cassano c. The Toronto-Dominion Bank*, (2007) 87 O.R. (3d) 401 (C.A.).

Article 586

Nous ne comprenons pas pourquoi l'on a supprimé dans le nouveau Code les mots « *Sauf dans les cas où il prétend pouvoir exercer un recours en garantie* » de cette disposition ». Certains juges y verront une autre prohibition à l'encontre des recours en garantie. Le débat collectif au fonds devrait être complet et entier, surtout quand l'on songe aux multiples restrictions déjà imposées aux intimées au stade de l'autorisation.

L'article 586 interdit au défendeur de demander une scission de l'instance. Au même titre que l'interdiction du droit d'appel pour la partie contre qui le recours collectif est autorisé, l'ABC-Québec s'interroge sur cette interdiction du droit de demander une scission pour la partie intimée. Le législateur devrait prévoir la possibilité de scission dans des cas précis, là où il existe des avantages communs aux parties.

Article 592

Les règles concernant l'approbation des transactions sont généralement reprises, à l'exception de l'acquiescement sans réserve à la totalité de la demande. L'ABC-Québec s'interroge sur les motifs qui justifient un tel retrait (voir l'article 1025 C.p.c.).

L'ABC suggère également d'indiquer les critères d'approbation de la transaction, même s'ils ne sont pas exhaustifs.

Article 595

L'article 595 innove. En vertu de cette disposition de droit nouveau, la Cour supérieure peut accorder une indemnité au représentant. La disposition traite également de la rémunération des avocats. Ce texte semble codifier l'état actuel de la jurisprudence sur le sujet de la rémunération des avocats.

L'ABC-Québec est en accord avec cette reconnaissance accordée au représentant de se voir accorder une indemnité. Toutefois, des critères précis doivent être énoncés. De plus, si de telles indemnités sont souhaitables afin d'uniformiser le droit canadien sur cette question, il ne faut pas oublier l'envers de la médaille. En effet, si les requérants collectifs peuvent bénéficier de dépens, il faudrait qu'ils puissent également être condamnés à en payer.

Article 596

L'article 596 du nouveau Code, de droit nouveau, traite du cas spécifique de l'homologation d'une transaction ou de reconnaissance d'un jugement portant sur une action collective « étrangère ».

Cette disposition semble tenir compte de l'affaire *Lépine c. Société canadienne des postes*⁴⁶.

Cependant, l'utilisation au deuxième alinéa du mot « *équivalentes* » est malheureuse. Le mot « *conformes* » serait plus juste.

L'ABC-Québec estime, de manière générale, que l'article, tel que libellé, donne à craindre que le principe de courtoisie entre les provinces soit oublié et/ou volontairement écarté. Il serait approprié, si tel est le cas, que le législateur le mentionne. Dans cette hypothèse, il est possible qu'un débat se dessine sur l'opportunité et la nécessité de respecter ce principe de courtoisie et à tout le moins d'expliquer pourquoi le Québec n'entend pas s'y conformer.

Article 597

L'article 597 énonce que le tribunal ordonne le recouvrement collectif des réclamations des membres si la preuve permet d'établir d'une façon suffisamment précise le montant total de ces réclamations. Ce montant est établi sans égard à l'identité de chacun des membres ou au montant exact de la réclamation de chacun.

Le tribunal peut, après avoir établi ce montant, en ordonner le dépôt intégral ou suivant les modalités qu'il fixe auprès d'un établissement financier exerçant son activité au Québec; les intérêts sur le montant déposé profitent aux membres. Le tribunal peut réduire le montant s'il ordonne l'exécution d'une autre mesure réparatrice ou encore, au lieu d'une ordonnance pécuniaire, ordonner l'exécution d'une mesure réparatrice appropriée.

S'il y a lieu à des mesures d'exécution, les instructions à l'huissier sont données par le représentant.

On note que ce n'est plus le greffier mais l'huissier qui procède aux mesures d'exécution s'il y a lieu à titre de saisissant pour le bénéfice des membres.

L'ABC-Québec estime que c'est accroître de beaucoup le rôle et la responsabilité de l'huissier. Il serait préférable que le saisissant demeure le greffier et que l'huissier exécute.

VII. LES MODES DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS (ART. 607 À 653)

L'ABC-Québec ne formulera, pour l'instant, que des commentaires généraux au sujet des modes de prévention et de règlement des différends. Nous commenterons ce livre de manière détaillée dans une version ultérieure du présent mémoire.

⁴⁶ C.S. Can., 25 août 2005. Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée.

Article 627

Nous soumettons que le délai raisonnable prévu à l'article 627 du nouveau Code devrait être défini ou encadré davantage afin d'éviter un abus quelconque en matière d'arbitrage.

Articles 616 et 626

Le niveau d'ingérence et de pouvoir accordé aux médiateurs à l'article 616 cause une certaine inquiétude puisqu'il semblerait que le médiateur bénéficiera d'un contrôle et d'un pouvoir d'ingérence accrus alors que les parties, en réalité, devraient être maîtres de leur dossier en tout temps.

De plus, nous soumettons que le pouvoir de conciliation accordé à l'arbitre par l'article 626 devrait prévaloir uniquement lorsque les parties ont l'intention de lui attribuer un tel pouvoir.

Article 631

Le nouveau Code prévoit à l'article 631 qu'il est possible pour les parties d'aller en arbitrage alors qu'un recours est pendant devant la cour civile, et ce, tant que la cause n'est pas fixée au rôle ou que le tribunal n'a pas encore statué sur le fond du litige. Cela semble contraire à l'objectif de célérité et de proportionnalité puisque cela permettrait à une partie de soumettre un différend à l'arbitrage alors qu'une cause serait prête à être fixée pour audition et que des frais importants ont déjà été encourus par les parties.

VIII. L'EXÉCUTION DES JUGEMENTS

A. Généralités (art. 654 à 689)

L'ABC-Québec réserve ses commentaires pour une version ultérieure du présent mémoire.

B. Saisies (art. 690 à 739)

L'ABC-Québec réserve ses commentaires pour une version ultérieure du présent mémoire.

C. Vente sous contrôle de justice (art. 740 à 775)

Le nouveau Code traite de la même manière la vente sous contrôle de justice de biens saisis en exécution d'un jugement et les biens dont le délaissement est ordonné dans le cours de l'exercice de droits hypothécaires. La vente sous contrôle de justice dans ces deux circonstances devrait être traitée séparément, et ce, pour les raisons plus amplement détaillées ci-après.

1. L'officier désigné

La vente sous contrôle de justice sera dorénavant sous la responsabilité d'un huissier, lequel, dans l'exercice de ses tâches, pourra avoir recours à un avocat qui n'est pas lié à une des parties (article 741).

L'huissier déterminera le mode de vente et fixera les conditions de vente, sous réserve de celles qui pourraient être fixées par un jugement dont le délaissement est ordonné dans le cours de l'exercice d'un droit hypothécaire (article 742).

La suggestion de confier exclusivement à un huissier la vente d'un bien mobilier ou immobilier dans le cadre de l'exercice d'un droit hypothécaire ne respecte pas l'économie générale du Code civil du Québec (C.c.Q.) et va à l'encontre des objectifs recherchés par le nouveau Code. Il est pour le moins surprenant que des modifications importantes à l'exercice des droits hypothécaires soient introduites par le nouveau Code.

Aux termes du présent mémoire, l'ABC-Québec désire s'opposer à ces modifications et réclame le *statu quo ante*, pour les motifs que voici.

En effet, le C.c.Q. avait introduit une certaine flexibilité dans l'exercice des droits hypothécaires en offrant quatre recours distincts. Le législateur avait d'ailleurs prévu une certaine logique et un certain équilibre entre ces recours. Dans tous les cas, ces recours sont exercés par les créanciers (article 2748 et 2749 C.c.Q.). C'est d'ailleurs en faveur du créancier qu'est exercé généralement le délaissement (articles 2764, 2765 et 2768 C.c.Q.). Dans deux cas, le créancier exerce seul les recours (prise de possession pour fins d'administration et vente par le créancier). Il est donc clair que le législateur entendait confier au créancier un rôle important dans la réalisation de ses sûretés. Le C.c.Q. prévoit d'ailleurs que le créancier vend le bien dont il demande le délaissement puisque l'article 2766 indique que le tribunal peut ordonner de fournir une sûreté lorsque son habileté est mise en doute.

Pourquoi alors limiter l'exercice des droits du créancier, particulièrement dans le cadre d'une vente sous contrôle de justice suite à l'exercice d'un recours hypothécaire ?

Est-ce la crainte d'un conflit d'intérêt qui pourrait motiver un tel changement? Présentement, aucun texte de loi n'interdit expressément au tribunal de désigner le créancier hypothécaire ou son mandataire à titre d'officier désigné pour procéder à la vente. Cela est tout à fait compréhensible puisque le fait qu'un créancier n'ait pas les mêmes intérêts que le débiteur et d'autres créanciers ne crée pas automatiquement une situation de conflit d'intérêts. Au contraire, le C.c.Q. prévoit que le créancier administre le bien du débiteur après en avoir obtenu le délaissement. Cette administration se fait d'ailleurs dans son intérêt et c'est avec les adaptations et les nuances qui s'imposent que les dispositions du C.c.Q. sur l'administration du bien d'autrui s'appliquent. Tel que mentionné plus haut, le C.c.Q. prévoit même que le créancier vend lui-même le bien (article 2766 C.c.Q.).

En pratique, l'intérêt du créancier est de maximiser la valeur de sa garantie. À cet égard, son intérêt est le même que le débiteur comme le mentionne le juge Gendreau de la Cour d'appel dans *Restic Investments Ltd c. Montreal Trust Co. of Canada* ⁴⁷

L'objectif ultime est d'assurer la réalisation de la garantie dans les meilleures conditions possibles pour permettre au créancier le remboursement de toute sa créance, ce qui est aussi à l'avantage du débiteur.

L'objectif d'un créancier dans l'exercice de ses droits hypothécaires est d'assurer la réalisation de sa garantie dans les meilleures conditions possibles afin de lui permettre de recouvrer sa créance, ce qui est aussi à l'avantage de toutes les parties intéressées. Le fait qu'un créancier hypothécaire ou un mandataire qui le représente puisse être nommé par le tribunal à titre d'officier désigné ne nuit pas à cet objectif, au contraire.

Il n'y a pas non plus de véritable risque de conflit d'intérêt lorsqu'une personne désignée, même liée au créancier, prépare l'état de collocation. En effet, ce n'est pas la personne désignée qui décide des contestations relatives à l'état de collocation mais le tribunal, et ce, sur requête de la personne intéressée (article 910.2 C.p.c.). À notre connaissance, il y a d'ailleurs bien peu de litiges relativement à des états de collocation devant nos tribunaux.

Par ailleurs, la modification octroyant un monopole aux huissiers pour la vente sous contrôle de justice va à l'encontre des objectifs du nouveau Code. Le C.c.Q. et l'exercice des droits hypothécaires visent à permettre au créancier hypothécaire d'entreprendre l'exercice de ses recours de la façon la plus économique possible. Le créancier hypothécaire a le loisir de choisir le recours et ses mandataires dans un contexte économique ouvert. Confier un monopole à certaines personnes pour certains actes déterminés limite le choix du créancier et risque ainsi de faire augmenter les coûts. C'est certainement le cas lorsque le recours à une tierce partie dans le cadre de l'exercice d'un recours hypothécaire est imposé et que cette personne aura, au surplus, le droit de se faire assister par des professionnels de son choix qui ne sont pas liés au créancier. Cela ne favorisera certainement pas la célérité de la justice civile, ni l'application économique de la procédure.

De nombreux problèmes pratiques risquent ensuite de se poser. En effet, l'huissier va être chargé de la vente d'un bien qu'il ne connaît pas et dont il n'a pas l'administration. Il est douteux que cela protégera adéquatement les droits d'un acheteur qui se porte acquéreur lors d'une vente sous contrôle de justice suite à l'exercice d'un recours hypothécaire. Il est également douteux que cela permette la réalisation de la sûreté au meilleur prix, tant pour le bénéfice du créancier que celui du débiteur.

Au demeurant, cela voudrait dire que le créancier hypothécaire ne pourrait pas, par exemple, choisir de faire désigner par le tribunal un syndic de faillite, à titre de personne désignée pour procéder à la vente sous contrôle de justice, ce qui peut, dans certains

⁴⁷ [1998] R.J.Q. 2331, p. 2338.

dossiers, être plus avantageux que de recourir à un huissier de justice, les syndics de faillites étant sujets à l'obtention d'une licence de la part du Surintendant des faillites et détenant tous des titres professionnels, qui avocats, qui comptables agréés, présentant de ce fait une meilleure compétence pour agir dans les dossiers complexes.

Finalement, il n'y a aucune indication que le système actuel de l'exercice des recours hypothécaires ne fonctionne pas ou qu'il y ait des abus. Il n'y a donc aucune raison de changer les règles existantes relativement à l'officier désigné.

2. Nouvelles formalités relativement aux ventes sous contrôle de justice

Préalablement à la date fixée pour la vente d'un bien, un avis de vingt (20) jours devra être publié au nouveau registre d'exécution et au registre foncier ou au registre des droits personnels et réels mobiliers (article 747).

L'huissier pourra prendre en considération les représentations faites par tout intéressé relativement au mode de vente choisi, les modalités ou la mise à prix. L'intéressé qui n'est pas satisfait de la réponse de l'huissier pourra à tout moment avant la vente, s'adresser au tribunal pour faire ses représentations ou pour s'opposer à la vente (article 748).

Si un bien ne peut être vendu, l'huissier devra le retourner au propriétaire et si ce dernier refuse, le bien sera donné à un organisme de bienfaisance ou s'il ne peut l'être, l'huissier en disposera à son gré (article 755).

Nous sommes d'avis que la publication d'un avis préalable de vente ne devrait pas trouver application dans le contexte d'une vente sous contrôle de justice où les conditions sont fixées par le tribunal suite à l'exercice d'un recours hypothécaire. Dans le cadre du recours hypothécaire, le débiteur ou les autres tiers intéressés ont l'opportunité de faire valoir leurs prétentions sur le mode de vente choisi, les modalités et la mise à prix et ce, avant que jugement ne soit prononcé. La publication de ce nouvel avis préalable de vingt (20) jours ne fera, à notre avis, que créer des délais et des coûts supplémentaires pour les créanciers.

L'article 748 du nouveau Code porte à confusion car il n'est pas spécifié si, dans le cadre d'une vente sous contrôle de justice suite à l'exercice d'un droit hypothécaire, des représentations pourront être effectuées au huissier suite au prononcé du jugement. Ce serait un non sens de permettre de telles représentations après le prononcé d'un jugement, vu la règle de l'autorité de la chose jugée. Dans le cadre d'un recours hypothécaire, le débiteur ou autres tiers intéressés ont l'opportunité de faire valoir leurs prétentions sur le mode de vente choisi, les modalités et la mise à prix et ce, avant que jugement ne soit rendu. De plus, permettre des demandes d'opposition à une vente postérieurement au jugement entraînera la suspension de la réalisation de la vente sous contrôle de justice. Les créanciers risqueront donc de perdre des acheteurs en attendant la décision du tribunal sur l'opposition. Il serait préférable d'exclure explicitement la possibilité pour l'officier désigné de prendre en considération les représentations des intéressés suite à un jugement rendu dans le cadre d'un recours hypothécaire.

Quant à l'article 755, celui-ci ne devrait pas trouver application dans le cadre d'une vente sous contrôle justice suite à l'exercice d'un droit hypothécaire. Le jugement ordonnant la vente sous contrôle de justice ne fixe habituellement pas de délai à l'intérieur duquel un bien doit être vendu. Par conséquent, à quel moment est-ce que l'huissier déterminera si les « *biens ne peuvent être vendus* »? De plus, cela va directement à l'encontre de l'utilité de l'exercice des droits hypothécaires de forcer un créancier à remettre un bien, dont le délaissement a été ordonné par jugement, au propriétaire. Au surplus, les créanciers ont souvent des prêts assurés et doivent être en mesure de retourner le bien à l'assureur et ce, afin d'être indemnisés.

Le régime actuel est déjà considéré trop lourd et pas suffisamment rapide pour les besoins de l'économie, à telle enseigne que plusieurs créanciers choisissent de se prévaloir des dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁴⁸, notamment au séquestre de l'article 243 de cette loi dans les matières commerciales, pour procéder à la vente de biens⁴⁹.

Au lieu d'encourager l'utilisation des droits hypothécaires par les créanciers, l'Avant-projet de loi va définitivement les en dissuader. Nous réitérons donc notre demande de maintenir le *statu quo ante*.

3. Les nouvelles règles de l'exécution forcée sur action réelle

Avant de pouvoir procéder à une expulsion lorsqu'une partie condamnée à livrer ou à délaisser un bien ne s'exécute pas dans le délai imparti ordonné par le jugement ou par une convention intervenue entre les parties, l'huissier doit signifier un avis d'exécution au moins cinq (5) jours avant son exécution. Si l'avis concerne la résidence familiale du débiteur, le délai doit être d'au moins trente (30) jours et le tribunal pourrait, à la demande du débiteur, prolonger ce délai d'au plus de trois (3) mois dans le cas où l'expulsion lui causerait un « préjudice grave » (article 690).

Nous sommes d'avis que cet article va à l'encontre de la règle de l'autorité de la chose jugée. Si le débiteur veut faire des représentations sur les conditions qui seront fixées par un jugement ordonnant le délaissement d'un bien, il a l'opportunité de le faire avant le prononcé du jugement. De plus, cet article risque de créer des abus systématiques et de servir à des débiteurs sans scrupules qui exploitent le système judiciaire plutôt qu'aux gens véritablement dans le besoin.

En matière résidentielle, la quasi-totalité des propriétés servent de résidence familiale. Plusieurs débiteurs seront tentés d'alléguer le « préjudice grave » afin de bénéficier du délai supplémentaire de trois (3) mois. Au surplus, ce délai additionnel de trois (3) mois

⁴⁸ L.R.C., 1985, c. B-3.

⁴⁹ Voir, à ce sujet : Antoine LEDUC, « Notions fondamentales, partage des compétences législatives et législation applicable », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », *Faillite, insolvabilité et restructuration*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 30.

s'ajoute aux délais importants déjà encourus dans le cadre de l'exercice d'un recours hypothécaire, ce qui est préjudiciable aux créanciers. De plus, le délai supplémentaire de trente (30) jours à trois (3) mois représente un risque beaucoup plus élevé pour les créanciers puisque la créance pourrait être mise en péril pendant cette période.

Il faut comprendre que les délais sont déjà plutôt longs. En effet, les institutions financières essaient toujours d'obtenir paiement de leur débiteur directement avant de confier le dossier à des avocats. Lorsque le dossier est confié à un bureau d'avocats, il y a généralement un retard de paiement d'au moins deux mois. Un préavis de 60 jours est alors émis, suivi à son expiration d'une requête avec avis de présentation de 30 jours. Désormais, à Montréal, il faut attendre deux (2) mois avant d'obtenir jugement par défaut. Cela est suivi de la signification du jugement et de l'avis d'éviction le cas échéant. On peut donc facilement calculer huit (8) mois à partir de la date du défaut avant de pouvoir procéder à une éviction.

En matière résidentielle, il est plutôt rare que le créancier ait à procéder à une éviction. En effet, les débiteurs qui n'ont pas les moyens financiers choisiront généralement de quitter avant d'arriver à cette étape. Ces débiteurs choisissent d'organiser autrement leurs affaires et passent à autre chose. Au niveau économique et psychologique, il n'y a certainement pas d'intérêt pour eux à faire perdurer la situation. Trop souvent, ce sont au contraire des gens peu scrupuleux qui profitent de ces délais.

L'article 690 ne spécifie pas si une déclaration de résidence familiale est nécessaire afin de déterminer si une propriété sert de résidence familiale. L'expression « préjudice grave » devrait également être définie.

4. La vente des biens

La vente des biens doit se faire dans l'intérêt du propriétaire du bien, du débiteur et des créanciers, à un prix « commercialement raisonnable ». Il doit être tenu compte des intérêts des copropriétaires, des coactionnaires et des associés (article 743).

La vente sous contrôle de justice peut être annulée à la demande de l'acheteur si l'immeuble est tellement différent de la description donnée dans l'avis de vente ou le procès-verbal de saisie et qu'il est à présumer que l'acheteur ne l'aurait pas acheté s'il en avait connu la véritable description. La vente peut aussi être annulée à la demande d'un débiteur ou d'un créancier si le bien n'est pas vendu à un prix « commercialement raisonnable » (article 759).

À notre avis, l'article 743 proposé est inutile dans le cas des recours hypothécaires. Le C.c.Q. prévoit que la vente par le créancier se fait dans l'intérêt du débiteur. Sans aucun doute le législateur aura cru bon d'insérer cette exigence vu l'absence de supervision judiciaire. Il n'est toutefois pas nécessaire de le spécifier dans le cadre d'une vente sous contrôle de justice. Toute personne intéressée peut en effet intervenir devant le tribunal et faire valoir ses droits lors de la fixation des conditions de la vente. Le tribunal fixe d'ailleurs la mise à prix.

Par ailleurs, l'obligation de tenir compte des intérêts de tous est trop vague. Ces intérêts ne sont pas définis et ne sont pas toujours pécuniaires. Permettra-t-on ainsi de retarder la vente de biens le temps que soit réglée une dispute entre associés?

L'article 759 ne devrait également pas trouver application lorsque le délaissement est ordonné dans le cadre d'un recours hypothécaire car le débiteur et autres intéressés ont l'opportunité de faire leurs représentations avant le prononcé du jugement sur la mise à prix.

De plus, les délais de 20 et 60 jours pour notifier la demande en nullité risque de rendre la vente du bien plus difficile, compte tenu que l'acheteur risque de voir son achat se faire déclarer nul et ne pourrait vraisemblablement pas occuper la propriété à compter de la date de la vente.

Si cet article devait être adopté, il devrait y avoir une conséquence pour l'opposant, comme c'est le cas lorsqu'un droit de retrait est exercé suite à une vente pour taxes impayées. L'opposant pourrait être tenu d'indemniser l'acheteur et de déposer la différence entre le prix de vente et ce qu'il croit être le prix « commercialement raisonnable ».

Pour ce qui est de la possibilité de l'acheteur de demander l'annulation, l'article 759 est mal adapté à la vente sous contrôle de justice suite à l'exercice d'un recours hypothécaire. En effet, dans ce cas, l'acheteur a l'occasion de visiter et de faire inspecter la propriété et achète à ses risques et périls.

5. L'abolition de l'article 909 de l'Actuel Code

L'article 909 de l'actuel C.p.c. permet au tribunal de donner de nouvelles instructions si une vente sous contrôle de justice ne peut pas avoir lieu. Cet article est souvent invoqué lorsqu'il s'agit de demander au tribunal de modifier une mise à prix ou de changer l'officier désigné. Le nouveau Code ne comprend pas d'article similaire. Par conséquent, un créancier ayant obtenu un jugement ordonnant le délaissement forcé et la vente sous contrôle de justice d'un bien n'aura plus la possibilité de demander au tribunal de réviser les conditions d'une vente sous contrôle de justice si la vente ne peut avoir lieu. Ceci n'est pas souhaitable, notamment parce que la prise de possession, qui survient après l'obtention du jugement fixant les conditions, permet souvent de constater que la vente ne pourra se faire aux conditions stipulées. Il faut certainement prévoir clairement le droit du créancier de demander la modification des conditions de la vente.

IX. DISPOSITIONS MODIFICATIVES GÉNÉRALES, PARTICULIÈRES, TRANSITOIRES ET FINALES (ART.776 À 800)

L'ABC-Québec réserve ses commentaires pour une version ultérieure du présent mémoire.

X. COMMENTAIRES SUR LA NÉCESSITÉ D'UNIFORMISER LE LANGAGE DU NOUVEAU CODE

A. Définitions

Nous sommes d'avis que le langage proposé dans le nouveau Code serait nettement plus accessible pour le citoyen moyen si celui-ci prévoyait la définition des termes essentiels, tel que prévu à l'article 4 de l'actuel C.p.c.

Nous avons soulevé ci-dessous les articles qui pourraient, selon nous, bénéficier de changements ou de précisions au niveau des termes utilisés.

B. Langage en général

Nous proposons que le langage utilisé à travers le nouveau Code soit uniformisé.

Par ailleurs, certains articles de l'actuel C.p.c. sont repris pratiquement intégralement, à l'exception de changements mineurs à certains mots, sans pour autant apporter plus de clarté. Ces changements mineurs pourront avoir pour conséquence de rendre inutile l'interprétation judiciaire de ces anciens articles et d'obliger les tribunaux à statuer de nouveau sur des questions qui ont déjà été traitées abondamment.

Nous soumettons que l'inconvénient occasionné par la nécessité de procéder à une nouvelle interprétation judiciaire d'articles de lois préexistants dépasse de loin l'avantage qui pourrait être apporté par ces changements mineurs de vocabulaire.

C. Notion de « personne »

Il serait opportun que la notion de « personne » prévue à l'article 22 soit précisée considérant le texte de l'article 88 et la confusion qui en découle.

D. Preuve sommaire en matière d'abus de procédure

Il serait opportun de clarifier le sens à accorder au terme « sommairement » prévu à l'article 52 en matière de preuve d'abus de procédure, notamment afin de codifier la jurisprudence rendue sous l'article 54.2 de l'actuel C.p.c.

E. Expiration des délais

La notion de « quantième » prévue à l'article 83 n'est pas suffisamment claire pour que la personne moyenne puisse comprendre ce que cela sous-entend. De plus, il y a confusion à savoir si l'absence d'un quantième identique n'engendrerait pas comme conséquence d'accorder un délai additionnel d'un mois dans certains cas.

F. Notion d'« auteur »

Il serait opportun de clarifier ou de distinguer le terme « auteur » utilisé aux articles 99 et 101 du nouveau Code. Alors que l'article 99 prévoit que l'auteur d'un acte de procédure doit être identifié au moyen de sa signature, l'article 101 prévoit que l'auteur de l'allégation contenue dans une demande en cours d'instance écrite peut être interrogé. Il y a donc confusion à savoir s'il s'agit de la même personne dans les deux cas et si l'interrogatoire prévu à l'article 101 équivaut à un interrogatoire sur affidavit, tel que prévu à l'actuel C.p.c.

G. Notion de « dépôt » d'un acte introductif d'instance

Nous soumettons que le terme « déposé » prévu au premier paragraphe de l'article 107 devrait s'entendre au sens de « l'émission » de l'acte de procédure alors que le même terme au deuxième paragraphe de l'article devrait s'entendre au sens de la « production » de l'acte de procédure. Il y aurait lieu de changer le terme utilisé ou de clarifier son sens.

H. Notion de « règlement de l'affaire »

L'article 143 en matière de protocole fait référence à la notion de « règlement de l'affaire ». Ce terme doit-il s'entendre au sens d'un acquiescement à la demande ?

I. Notification d'un « exposé » à l'autre partie

L'article 150 prévoit que la partie qui procède à des moyens préliminaires doit notifier un « exposé » à l'autre partie. La notion « d'exposé » n'est pas définie et nécessiterait une certaine clarification.

J. Notions d'« intimidation » ou de « manipulation »

Il serait opportun de définir ces deux concepts tels qu'ils sont utilisés à l'article 616.

CONCLUSION

L'ABC-Québec réitère que la réforme du Code de procédure civile ne saurait faire l'économie d'un débat et d'une réflexion salubre sur ses tenants et aboutissants. Cet Avant-projet de loi comporte très certainement des suggestions intéressantes, mais il est trop tôt pour parler, dans le cas présent, d'une réforme achevée. Si l'Avant-projet de loi devait être adopté dans sa forme actuelle, nous croyons que le législateur n'atteindrait pas les objectifs qu'il s'est fixé.

L'ABC-Québec sera présente aux discussions et souhaite que sa contribution fournisse un éclairage utile.

Annexe « A »

**AVIS JURIDIQUE DE MONSIEUR LE PROFESSEUR HENRI BRUN, DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ LAVAL, CONCERNANT L'EXPERT UNIQUE (8 DÉCEMBRE 2009)**

* * *

**Opinion juridique concernant la constitutionnalité
de l'expertise unique rendue obligatoire
dans les procès civils.**

Nous traitons ici de l'expertise unique dont il est question dans un projet pilote ayant fait l'objet d'une entente entre le Barreau du Québec, le Barreau de Laval, la Cour supérieure du Québec et la Cour du Québec, projet en vigueur dans le district judiciaire de Laval depuis le 12 janvier 2009. Nous examinons ce projet comme s'il s'agissait d'une loi du Parlement (un ajout au *Code de procédure civile* par exemple), de sorte que notre opinion, comme nous le verrons, vaut à plus forte raison pour l'entente de janvier 2009.

Selon cette entente, "aucun rapport d'expert ne peut être mis en preuve sans qu'il ait été autorisé par le tribunal". C'est là sa "règle de base" (article 3). Autrement dit, le tribunal peut imposer l'expert unique; il a le pouvoir d'empêcher les parties de faire leur preuve avec l'aide de leurs propres experts. Cette discrétion judiciaire s'exerce d'abord lorsque les parties n'ont pu s'entendre sur le choix d'un expert unique, lors de la négociation relative au déroulement de l'instance (article 4). Un juge désigné décide alors si les parties ont droit à leurs propres experts ou si elles devront utiliser les services de l'expert unique (article 4.5.2). La discrétion judiciaire s'exerce ensuite lorsque la partie insatisfaite du rapport de l'expert unique demande la permission de produire une expertise additionnelle. Le juge désigné, s'il accorde la permission, désigne l'expert additionnel (article 7).

Nous sommes convaincu que cette entente, tout comme le ferait une loi qui en reprendrait les termes, soulève des questions sérieuses relativement à des droits procéduraux de portée constitutionnelle, que protègent la *Charte canadienne des droits et libertés* (L.R.C. (1985), app. II, no 44: la Charte canadienne) et la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (L.R.Q., c. C-12: la Charte québécoise).

Pour ce qui est de la Charte canadienne, se trouve en cause le droit au respect des "principes de justice fondamentale" qu'énonce l'article 7. Nous sommes toutefois porté à penser que l'expertise unique, telle que promue par l'entente de janvier 2009, ne viole pas ce droit général à la justice que protège l'article 7.

Dans le cas de la Charte québécoise, l'expertise unique projetée (et appliquée dans le district de Laval) porterait en revanche atteinte aux garanties procédurales précises que protège l'article 23 (droit à une audition impartiale par un tribunal indépendant) et l'article 24 (droit à la procédure prescrite). Peut-être en serait-il également ainsi en ce qui regarde l'article 34 (droit à un avocat) et en ce qui regarde l'article 35 (droit à une défense pleine et entière), mais nous en doutons fort dans ce dernier cas. Comme aucune clause de limitation des droits, semblable à celle de l'article 1 de la Charte canadienne, ne s'applique à ces articles de la Charte québécoise, la mesure en question devrait, si l'on devait tenir à son implantation, requérir l'usage de la clause de dérogation expresse dont fait état l'article 52 de la Charte. La sécurité juridique suggère fortement en effet que l'expertise unique dans les procès civils ne puisse être imposée que par le moyen d'une loi du Parlement disant expressément devoir s'appliquer malgré la Charte. L'implantation d'une telle mesure, en tout cas, ne peut être le fait d'une entente entre barreaux et tribunaux, qui n'est pas une règle de droit.

1. La Charte canadienne (l'article 7).

Il faut rappeler tout d'abord que l'article 7 de la Charte canadienne ne s'applique pas qu'en matière criminelle et pénale. Il s'applique à d'assez nombreux aspects de la justice civile.

La protection procédurale que renferme l'article 7 est destinée, selon son texte et la jurisprudence, à ne s'appliquer que lorsque la vie, la liberté ou la sécurité des personnes est en cause. Par ailleurs, elle ne s'applique que lorsque cette mise en cause s'avère être le fait de l'État et non celui de parties privées (a. 32 de la Charte). Une fraction sans doute majeure de la justice civile n'est donc pas assujettie à l'article 7. Tel est le cas pour tous les litiges dont les enjeux sont de nature purement économique, qu'ils concernent des relations privées (interindividuelles) ou qu'ils soient relatifs à l'activité étatique. Mais à chaque fois que cette activité étatique affecte la vie, la liberté ou la sécurité des personnes, l'article 7 s'applique. Ce sera ainsi le cas en ce qui regarde une partie importante de la justice civile administrative et ce le sera aussi pour les litiges entre individus lorsque la décision judiciaire à venir est de nature à affecter la vie, la liberté ou la sécurité des personnes et non leurs intérêts purement économiques. La jurisprudence existante qui applique l'article 7 en matière civile se situe ainsi souvent dans le cadre de litiges relatifs aux relations familiales et conjugales, à la protection des jeunes ou des malades, au droit scolaire ou à l'immigration ou encore à tout ce qui touche l'intégrité ou à l'inviolabilité de la personne. Le champ d'application de l'article 7 dans le domaine de la procédure civile est donc important, bien qu'il ne couvre qu'une partie de ce domaine. Il reste à voir si ce qu'il implique est susceptible d'entraîner l'inconstitutionnalité de l'expertise unique qu'impose l'entente dont il est ici question.

Quant à son contenu procédural, l'article 7, il faut le souligner, s'exprime en termes très généraux. Lorsque la vie, la liberté ou la sécurité des personnes est en cause, la décision particulière de l'État (judiciaire ou administrative) doit respecter

les principes de justice fondamentale. L'État ne peut porter atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité d'une personne "qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale". C'est là tout ce que formule le texte même de l'article 7; aussi n'est-il pas facile de savoir quand une règle ou une façon de faire particulière enfreint la protection procédurale qu'il garantit.

La jurisprudence afférente nous vient toutefois en aide à cet égard, d'une certaine manière. La Cour suprême a en effet plusieurs fois répété que la justice fondamentale à laquelle réfère l'article 7 est un concept à géométrie variable, qui s'ajuste en fonction du contexte, dépendamment de la nature des intérêts collectifs et individuels en cause. Ce qui est juste et équitable procéduralement dépend des circonstances, et la question constitutionnelle que pose l'article 7 se rapporte à la norme minimale qu'impose cette disposition. Voir *R. v. Rodgers*, (2006) 1 R.C.S. 554; *États-Unis d'Amérique v. Ferras*, (2006) 2 R.C.S. 77; voir également *Mooring v. Canada*, (1996) 1 R.C.S. 75; *Idziak v. Canada*, (1992) 3 R.C.S. 631. Il s'agit donc en définitive de se demander, dans chaque cas, si la norme ou la pratique procédurale incriminée ne rend pas l'ensemble du processus décisionnel fondamentalement injuste.

Il n'est pas évident que cette interprétation de la protection procédurale qu'offre l'article 7 devrait conduire à la conclusion que l'expertise unique imposée par l'entente de janvier 2007 enfreint cette protection. Il existe d'une part des décisions où l'on a jugé que l'article 7 exige rien de moins qu'une audition devant un magistrat indépendant et impartial, en état de rendre une décision fondée sur tous les faits pertinents, y compris ceux révélés par la preuve produite par chaque partie. Voir par exemple *Charkaoui v. Canada*, (2007) 1 R.C.S. 350, où la décision dont il s'agissait concernait l'expulsion d'une personne du Canada. Il existe par contre des situations qui ont conduit les tribunaux à conclure que l'article 7 exigeait dans ce cas le respect de bien peu de normes procédurales. Voir par exemple *R. v. Rodgers*, précité. Même s'il ne faut pas perdre de vue que dans tous les cas où s'applique l'article 7 la vie, la liberté ou la sécurité de personnes est en jeu, il ne faut pas oublier

non plus que chaque règle procédurale doit être considérée à son mérite propre, tel qu'elle se présente, et cela par rapport au critère très général et souple de savoir si dans son ensemble le processus décisionnel ne s'avère pas en l'espèce fondamentalement injuste.

Le fait que le caractère contraignant de l'expertise unique relève d'une discrétion judiciaire pouvant s'exercer à deux reprises plutôt qu'une, selon les termes de l'entente de janvier 2009, rend difficile la conclusion que les tribunaux jugeraient que cette procédure est forcément de nature à rendre dans certains cas le processus décisionnel injuste. Le tribunal saisi de l'affaire a en effet le loisir de faire en sorte que sa procédure soit fondamentalement juste, en appréciant le contexte factuel et procédural dans son ensemble et en autorisant le cas échéant les parties à produire leurs expertises respectives. À la limite, les tribunaux pourraient en arriver à écarter l'expertise unique dans tous les cas où s'applique l'article 7, c'est-à-dire dans les cas où la vie, la liberté ou la sécurité des personnes est en cause. Bref, ce n'est qu'au cas à cas et non d'une façon générale qu'il est ici possible de prétendre à une violation de la justice fondamentale de l'article 7. Or les juges, faudrait-il s'en étonner, ont justement tendance à juger que ne constitue pas une atteinte aux droits le fait que relève de leurs bons soins la possibilité qu'une telle atteinte ait lieu. Voir par exemple *R. v. Marmo-Levine*, (2003) 3 R.C.S. 57; *Baron v. Canada*, (1993) 1 R.C.S. 416.

Parce que la protection procédurale de l'article 7 consiste en une norme générale et non spécifique, portant sur l'ensemble du processus décisionnel, et parce que l'imposition de l'expertise unique est selon l'entente soumise à une double discrétion judiciaire, nous pensons que cette dernière ne porte pas atteinte à l'article 7 de la Charte canadienne.

2. La Charte québécoise (les articles 23, 24 et 35).

Les dispositions de la Charte québécoise, par rapport auxquelles le principe de l'expertise unique pourrait poser problème, ont toutes valeur constitutionnelle. Elles entraînent l'invalidité des lois non compatibles avec elles. Elles relèvent ultimement du Parlement, mais celui-ci ne peut déroger aux droits qu'elles énoncent que par le moyen d'une loi énonçant expressément que cette dernière s'applique malgré la Charte (article 52). Aucune disposition de la Charte ne permet par ailleurs de limiter ou de restreindre les droits qu'elles énoncent. Elles ne sont sujettes à aucune clause de limitation des droits de nature semblable à l'article 1 de la Charte canadienne ou encore à l'article 91 de la Charte québécoise qui, selon la Cour suprême, ne s'applique qu'aux articles 1 à 9 de la Charte québécoise. Voir *Ford v. Québec*, (1988) 2 R.C.S. 712.

Une de ces dispositions formule une protection procédurale en termes plutôt généraux (l'article 35), une autre énonce des droits procéduraux précis (l'article 23) et la quatrième incorpore dans la Charte, par référence, des normes procédurales existant par ailleurs (l'article 24).

2.1 Le droit à une défense pleine et entière (article 35).

L'article 35 se lit comme suit:

35. [Défense pleine et entière] Tout accusé a droit à une défense pleine et entière et a le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins.

Le premier membre de cet énoncé constitue l'affirmation d'un droit général à une certaine protection procédurale. À ce titre il ressemble quelque peu à l'article 7 de la Charte canadienne, bien qu'il soit davantage possible d'y voir, du moins pour la partie défenderesse, le droit de ne pas être empêchée de faire valoir sa cause de façon complète. Le second membre du libellé de 35 suggère quant à lui, avec plus de

précision, que la partie défenderesse jouit du droit de faire entendre librement des témoins, y compris des témoins experts.

Mais le problème avec l'article 35, c'est qu'il ne s'applique vraisemblablement pas à la justice civile. Il est destiné à "tout accusé", ce qui indique plutôt clairement qu'il ne vise que la justice pénale. Le fait qu'il ne vise que la défense, et non la poursuite, indique aussi qu'il n'a pas pour objet le conflit entre deux parties privées considérées à égalité. Le concept même de "défense pleine et entière" a d'ailleurs été traditionnellement conçu et perçu comme un concept de droit criminel et pénal.

Quelques décisions ont appliqué l'article 35 en matière civile, soit par erreur, soit par volonté d'en étendre la portée au-delà de ses termes. Voir par exemple *Dubois v. Dupuis*, (1998) R.J.Q. 1366 (C.A.). Mais un arrêt plus récent semble bien avoir bloqué cette avenue. Voir *Crane Canada Inc. v. Sécurité nationale, compagnie d'assurance*, (2005) R.J.Q. 56 (C.A.), autorisation d'appeler refusée (2005) 2 R.C.S. VII. Ce n'est pas à dire pour autant, comme nous le verrons un peu plus loin, que n'existe par ailleurs pas un droit constitutionnel pour les parties à un procès civil de faire entendre pleinement et entièrement leurs points à l'aide d'experts.

2.2 Le droit à une audition impartiale par un tribunal indépendant (article 23).

Le premier alinéa de l'article 23 énonce ceci:

23. [Audition impartiale par tribunal indépendant] 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.

Il faut souligner, tout d'abord, que cette disposition a une vaste portée.

Contrairement à l'article 7 de la Charte canadienne elle s'applique à la détermination de tout droit ou obligation, y compris les droits et obligations purement économiques, et non pas seulement lorsque la vie, la liberté ou la sécurité de la personne est en cause. Contrairement à l'article 35 de la Charte québécoise dont nous venons de faire état, l'article 23 s'applique aussi bien en matière civile qu'en matière pénale (la procédure criminelle proprement dite étant réservée au législateur fédéral). Voir 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, (1996) 3 R.C.S. 919.

Pour l'essentiel, en rapport avec l'imposition de l'expertise unique, l'article 23 formule deux droits procéduraux particuliers et précis: le droit d'être entendu et le droit de l'être par un tribunal indépendant qui ne soit pas préjugé.

En ce qui a trait au droit d'être entendu, la jurisprudence relative à l'article 23 nous enseigne qu'il s'agit d'un droit d'être pleinement entendu, qui implique le droit de faire sa preuve aussi librement et entièrement que possible. Voir par exemple: *Crane Canada*, précité, paragraphe 19; *Fermont (Ville de) v. CDPDJ*, (2003) R.J.Q. 313 (C.A.); *Montréal (Communauté urbaine de) v. CDPDJ*, J.E. 2000-1286 (C.A.); *Dubois v. Dupuis*, (1998) R.J.Q. 1366 (C.A.); *149644 Canada Inc. v. St-Eustache (Ville de)*, (1996) R.D.J. 401 (C.A.). D'une façon portant à confusion par rapport à l'article 35, cette jurisprudence qualifie parfois ce droit de l'article 23 de "droit à une défense pleine et entière."

Selon nous, une règle ou une pratique selon laquelle une partie à un procès civil peut être empêchée de faire sa preuve, à l'aide de son ou de ses experts, porte à ce droit de l'article 23 une atteinte qui ne peut pas être qualifiée d'insignifiante. Et le fait que l'existence de cette atteinte puisse faire l'objet de l'exercice d'une discrétion judiciaire ne change rien à cela. Nous nous trouvons ici face à une garantie procédurale spécifique, valable dans tous les cas, et non en présence d'un droit général à un processus décisionnel fondamentalement juste, applicable dans certains

cas seulement comme à l'article 7 de la Charte canadienne. À moins d'imaginer que l'exercice de la discrétion judiciaire ait pour effet de neutraliser le principe de l'expertise unique, cette dernière a forcément pour effet de porter atteinte dans un certain nombre de cas au droit du justiciable de faire entendre sa preuve aussi pleinement et librement que possible.

En ce qui concerne le droit à un tribunal indépendant et non préjugé, la Cour suprême nous enseigne que le critère qu'il faut appliquer est celui de savoir si une personne bien informée ressentirait à cet égard une crainte raisonnable dans de nombreux cas. Voir *R. v. Lippé*, (1991) 2 R.C.S. 114. La jurisprudence directement pertinente à notre sujet est plutôt rare. Mais la Cour d'appel et la Cour suprême ont quand même jugé que l'article 23 interdisait qu'on puisse imposer à un tribunal l'obligation de consulter un tiers avant de décider. Voir *Commission des affaires sociales du Québec v. Tremblay*, (1989) R.J.Q. 2053 (C.A.), confirmé à *Tremblay v. Québec*, (1992) 1 R.C.S. 952. Une telle obligation serait selon elles de nature à créer chez le justiciable le sentiment que sa cause est décidée par quelqu'un d'autre que le tribunal. Le principe de l'autonomie décisionnelle des juges apparaît en effet se situer au coeur du principe de l'indépendance judiciaire. Il ne fait pas l'objet de modulations comme d'autres aspects de l'indépendance judiciaire. Il s'applique aux jugements administratifs et, à plus forte raison, aux jugements judiciaires. L'impartialité institutionnelle des juges postule l'existence pour eux d'un environnement qui les laisse libres de toute ingérence dans leur démarche décisionnelle. Voir Brun, Tremblay et Brouillette, *Droit constitutionnel*, 2008, p. 832 et 835.

Une règle ou une pratique qui impose l'expertise unique porte atteinte au droit à "un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé". Dans plusieurs cas il nous semble, une des parties au litige, quoique bien informée, pourrait ressentir la crainte raisonnable que sa cause se trouve tranchée par un tribunal sous influence et donc préjugé, si ce n'est en réalité par l'expert unique plutôt que par le juge réputé

indépendant auquel elle a droit. L'expertise unique, lorsqu'imposée, cache au tribunal l'existence de thèses opposées ou divergentes concernant des aspects cruciaux du litige. Le juge saisi se trouve en conséquence en possession d'une pensée unique face à des questions sur lesquelles il n'a, lui, aucune expertise. Quelle que soit la réalité de sa démarche, il peut alors apparaître au justiciable raisonnable comme dépendant de son expert, tout comme il peut apparaître à celui-ci que la décision se trouve être le fait d'un expert qui lui n'offre aucune garantie d'indépendance. Or le critère en la matière, on l'a vu, est celui de l'apparence, non de la réalité: il faut que justice paraisse avoir été rendue. Le fait que l'expert unique puisse être interrogé par les parties ne change par là donne, pour l'essentiel. Et le fait qu'une discrétion puisse présider à l'imposition de l'expertise unique non plus: ce que nous avons dit à ce propos au sujet du droit d'être entendu vaut également ici. Il s'agit ici de savoir s'il y a atteinte à 23, non pas de savoir si cette atteinte ne pourrait pas être jugée raisonnable et justifiable pour quelque raison.

2.3 Le droit à la procédure prescrite (article 24).

L'article 24 dit ceci:

24. [Motifs de privation de liberté] Nul ne peut être privé de sa liberté ou de ses droits, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite.

Cette disposition de la Charte québécoise en est en quelque sorte le parent pauvre, oublié: elle a donné lieu à une maigre jurisprudence et à peu de commentaires doctrinaux.

L'aspect de cette disposition qui nous intéresse par rapport à l'expertise unique imposée est celui qui nous dit qu'une personne ne peut être privée de ses droits que "suivant la procédure prescrite". Toute la question est de savoir quelle est dans chaque cas la procédure qui est prescrite, ce qui pose la question de savoir de

quelles sources juridiques on tire cette "prescription" quant à la procédure qu'il faut dans chaque cas respecter.

À notre avis les normes procédurales qui se trouvent ainsi constitutionnalisées par référence se situent d'abord et avant tout dans la loi du Parlement applicable au cas dont il s'agit, et ensuite dans les principes de jurisprudence (ou de common law) également applicables.

Pour ce qui est de la loi formelle, c'est surtout vers le *Code de procédure civile* qu'il faut se tourner pour connaître "la procédure prescrite" pour le procès civil. Or il se trouve dans le Code certains principes fondamentaux de procédure que heurte l'idée d'imposer l'expertise unique. D'abord le droit à une audition que formule l'article 5, pour les raisons que nous avons exposées au point précédent. Ensuite le droit des parties à la maîtrise de leur dossier, à l'article 4.1, que l'expertise unique heurte de front.

Ces dispositions du Code de procédure pourraient certes être modifiées par le Parlement sans devoir recourir à la clause de dérogation expresse de l'article 52 de la Charte. Et le sens de l'article 24 s'en trouverait alors changé d'autant. Mais d'ici là, imposer l'expertise unique de quelque autre manière est ou serait à première vue inconstitutionnel parce que contraire à l'article 24 de la Charte.

Pour ce qui est des principes jurisprudentiels, il ne fait pas de doute que l'article 24 se trouve à réitérer indirectement ce que l'article 23 fait directement en ce qui regarde le droit à une audition et le droit à un tribunal indépendant. Ces principes s'appliquent dans tous les cas où il est question de priver quelqu'un de ses droits. Mais il y a plus, car la Cour suprême considère aussi que le caractère contradictoire de notre régime judiciaire constitue un principe fondamental de notre système juridique, principe que heurte l'imposition de l'expertise unique. Voir *Borowski v. Canada*, (1989) 1 R.C.S. 324. Là encore le Parlement pourrait écarter ou

atténuer ce principe, mais d'ici là il se trouve constitutionnalisé par l'article 24.

Conclusion.

Il ne nous fait pas de doute que l'imposition de l'expertise unique, telle qu'encadrée par l'entente de janvier 2009 que nous avons résumée en introduction, porte atteinte à des droits procéduraux constitutionnalisés. Tel ne nous semble pas être le cas en ce qui regarde le droit général au respect des principes de justice fondamentale qu'énonce l'article 7 de la Charte canadienne. Mais nous pensons que l'expertise unique obligatoire porte atteinte aux droits particuliers des articles 23 et 24 de la Charte québécoise: droit à une audition, droit à un tribunal indépendant et droit à la procédure prescrite. D'autres droits procéduraux auraient pu être examinés, comme le droit à un avocat de l'article 34 de la Charte québécoise. Mais il nous semble suffisant de pouvoir affirmer que l'expertise unique forcée porte atteinte aux articles 23 et 24 de la Charte québécoise de façon significative et cela malgré un aménagement lénifiant.

Reste la question de savoir si ces atteintes aux droits ne pourraient pas être jugées quand même constitutionnelles, et donc valides. Il s'agit, autrement dit, de savoir si elles ne pourraient pas être considérées comme des limitations raisonnables des droits qu'elles enfreignent, comme il est possible de le faire pour d'autres droits grâce à l'article 1 de la Charte canadienne ou à l'article 9.1 de la Charte québécoise. Le fait que l'imposition de l'expertise unique peut être soumis à deux arbitrages judiciaires jouerait un rôle important en ce sens, lié au fait que la mesure poursuit certes un objectif légitime. C'est probablement, en dernier ressort, la pondération des intérêts collectifs et individuels divergents en cause qui permettrait de trancher un tel débat.

Mais, nous l'avons déjà souligné, aucune clause de limitation des droits ne s'applique aux articles 23 et 24. En principe les tribunaux pourraient inventer une

telle clause pour ces dispositions. La Cour suprême l'a fait pour certains droits de la *Déclaration canadienne des droits* (L.R.C. (1985), app. III). Voir *R. v. Cornell*, (1988) 1 R.C.S. 461; *R. v. Husky*, (1988) 1 R.C.S. 621, en ce qui a trait au droit à l'égalité. Mais en matière de droits procéduraux, telle n'est pas la tendance: les tribunaux ne sont pas portés à considérer qu'une procédure judiciaire qui n'est pas juste puisse être raisonnable. La Cour suprême hésite ainsi à appliquer l'article 1 de la Charte canadienne à l'article 7 de celle-ci, même si l'article 1 existe et que, manifestement, il s'applique à l'article 7. Voir *R. V. Heywood*, (1994) 3 R.C.S. 761; *Godbout v. Longueuil (Ville)*, (1997) 3 R.C.S. 844; *R. v. Demers*, (2004) 2 R.C.S. 489. Et l'ensemble de la jurisprudence relative aux droits procéduraux des articles 23 et 24 de la Charte québécoise ne s'interroge pas sur le caractère possiblement raisonnable des atteintes à ces droits: il y a atteinte ou pas, du quel constat découle la validité ou l'invalidité constitutionnelle.

Dans ces circonstances il nous apparaît que le souci de la sécurité juridique devrait dicter au pouvoir politique, s'il devait décider d'imposer l'expertise unique selon les termes de l'entente de janvier 2009, le devoir de le faire par le moyen d'une loi du Parlement disant expressément que la mesure s'applique malgré la Charte, conformément à l'article 52 de la Charte. Partant, il nous apparaît à plus forte raison impossible que l'expertise unique puisse être rendue obligatoire de façon constitutionnelle par le moyen d'une entente entre barreaux et tribunaux.

Québec, le 8 décembre 2009

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'H. Brun', with a long horizontal flourish extending to the right.

Henri Brun, Ad.E.,
professeur de droit constitutionnel.

Annexe « B »

**TABLEAU COMPARATIF DE CERTAINES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES
« CAUSES INTÉRESSANT L'ÉTAT »**

ARTICLES ACTUELS DU <i>CODE DE PROCÉDURE CIVILE</i>	NOUVEAUX TEXTES PROPOSÉS
94. Toute personne ayant un recours à exercer contre le gouvernement peut l'exercer de la même manière que s'il s'agissait d'un recours contre une personne majeure et capable, sous réserve seulement des dispositions du présent chapitre.	
94.1. Nul recours qui peut être exercé contre un organisme de l'État ou contre toute autre personne morale de droit public, ne peut être exercé contre le gouvernement.	
94.2. Il n'y a lieu à aucun recours extraordinaire ni mesure provisionnelle contre le gouvernement.	
94.3. Les recours contre le gouvernement sont dirigés contre le procureur général du Québec.	96. La demande qui porte sur les droits et obligations du gouvernement est dirigée contre le procureur général du Québec. Celle qui porte sur les droits et obligations d'un organisme public ou d'un officier public ou d'un titulaire d'une charge, auxquels il est demandé d'agir pour modifier un acte ou un registre, doit être dirigée directement contre eux.
	<u>Nouveau</u> 96. La demande qui porte sur les droits et obligations du gouvernement est dirigée contre le procureur général du Québec. Celle qui porte sur les droits et obligations d'un organisme public ou d'un officier public ou d'un titulaire d'une charge, auxquels il est demandé d'agir pour modifier un acte ou un registre, doit être dirigée directement contre eux.
94.4. La signification au procureur général se fait	122. La notification au Procureur général du

au bureau du directeur général du contentieux à Montréal ou à Québec, en s'adressant à une personne ayant la garde de ce bureau. Le procès-verbal de signification doit notamment mentionner le nom de la personne à laquelle la copie de l'acte a été laissée.	Québec se fait au bureau du directeur du contentieux du ministère de la Justice à Québec ou à Montréal aux soins de la personne ayant la garde du lieu.
94.5. (Abrogé).	
94.6. Une cause ne peut être inscrite pour jugement par défaut contre le procureur général avant l'expiration de 30 jours suivant l'expiration du délai fixé pour comparaître.	
94.7. Avis de l'inscription pour jugement ou pour preuve et audition doit être donné au procureur général qui est en défaut de comparaître ou de plaider au moins 15 jours avant la date où il sera procédé sur cette inscription.	176. Lorsque l'affaire a été inscrite par défaut de réponse à l'assignation, le demandeur peut obtenir jugement sans autre avis ni délai. Cependant, si le défaut est imputable au procureur général, le demandeur doit lui donner un avis d'au moins un mois de la mise au rôle de l'affaire. Si l'inscription par défaut a été faite faute pour le défendeur de participer à la conférence de gestion sans motif valable ou faute de contester la demande dans le délai prévu par le protocole de l'instance, il est donné au défendeur un préavis d'au moins cinq jours avant qu'il soit procédé à l'instruction de l'affaire.
94.8. (Abrogé).	
94.9. Les articles 543 à 553 et 568 à 732 ne s'appliquent pas à un jugement rendu contre le procureur général.	80. La condamnation du procureur général du Québec ne peut faire l'objet de mesures d'exécution forcée, sauf les règles particulières de l'exécution forcée sur action réelle. Si elle a pour objet le paiement d'une somme d'argent, le ministre des Finances, à la réception du jugement passé en force de chose jugée, paie la somme indiquée sur les crédits disponibles ou, à défaut, sur le fonds consolidé du revenu.

94.10. Lorsque le procureur général est condamné par jugement ayant acquis force de chose jugée à payer une somme de deniers, le ministre des Finances doit, après avoir reçu une copie certifiée de ce jugement, payer le montant dû à même les deniers disponibles à cette fin ou, à défaut, à même le fonds consolidé du revenu.	80. La condamnation du procureur général du Québec ne peut faire l'objet de mesures d'exécution forcée, sauf les règles particulières de l'exécution forcée sur action réelle. Si elle a pour objet le paiement d'une somme d'argent, le ministre des Finances, à la réception du jugement passé en force de chose jugée, paie la somme indiquée sur les crédits disponibles ou, à défaut, sur le fonds consolidé du revenu.
95. Sauf si le procureur général a reçu préalablement un avis conformément au présent article, une disposition d'une loi du Québec ou du Canada, d'un règlement adopté en vertu d'une telle loi, d'un décret, arrêté en conseil ou proclamation du lieutenant-gouverneur, du gouverneur général, du gouvernement du Québec ou du gouverneur général en conseil ne peut être déclarée inapplicable constitutionnellement, invalide ou inopérante, y compris en regard de la Charte canadienne des droits et libertés (Partie I de l'annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982) ou de la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12), par un tribunal du Québec. Un tel avis est également exigé lorsqu'une personne demande, à l'encontre de l'État ou de l'Administration publique, une réparation fondée sur la violation ou la négation de ses droits et libertés fondamentaux prévus par la Charte des droits et libertés de la personne ou par la Charte canadienne des droits et libertés. L'avis doit, de façon précise, énoncer la prétention et exposer les moyens sur lesquels elle est basée. Il est accompagné d'une copie des actes de procédure et est signifié par celui qui entend soulever la question au moins 30 jours avant la date de l'audition. Seul le procureur général peut renoncer à ce délai. Le tribunal ne peut statuer sur aucune demande sans que l'avis ait été valablement donné, et il ne	76. Dans une affaire civile, administrative, pénale ou criminelle, la personne qui entend mettre en question le caractère opérant, l'applicabilité constitutionnelle ou la validité d'une disposition d'une loi du Québec ou du Canada, d'un règlement pris sous leur autorité, d'un décret gouvernemental ou d'un arrêté ministériel ou de toute autre règle de droit doit en aviser le procureur général du Québec. Il en est de même lorsque la légalité d'un règlement auquel la Loi sur les règlements (L.R.Q., chapitre R-18.1) s'applique est mise en question. Elle est aussi tenue de le faire lorsqu'elle demande, à l'encontre de l'État, de l'un de ses organismes ou d'une personne morale de droit public, une réparation fondée sur la violation ou la négation de ses droits et libertés fondamentaux prévus par la Charte des droits et libertés de la personne ou la Charte canadienne des droits et libertés (Partie I de l'annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du Recueil des Lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982 dans L.R.C. (1985), app. II, no 44). Elle est enfin tenue de le faire lorsque, dans une instance, elle met en question la navigabilité ou la flottabilité d'un lac ou d'un cours d'eau ou le droit de propriété du lit ou des rives. Il ne peut être statué sur aucune de ces demandes sans que cet avis ait été valablement donné et le tribunal ne peut se prononcer que sur les moyens qui y sont exposés.

peut se prononcer que sur les moyens qui y sont exposés.

Les avis prévus au présent article sont également signifiés au procureur général du Canada lorsque la disposition concernée ressortit à la compétence fédérale; de même, ils sont signifiés au directeur des poursuites criminelles et pénales si la disposition concerne une matière criminelle ou pénale.

77. L'avis au procureur général doit, pour être valablement donné, exposer de manière précise les prétentions que la personne entend faire valoir et les moyens qui les justifient et être signifié au procureur général par huissier de justice aussitôt que possible dans l'instance, mais au plus tard 30 jours avant la mise en état de l'affaire en matière civile ou, dans les autres matières, 30 jours avant la date fixée pour l'instruction des moyens soulevés dans l'avis; il doit également être accompagné de tous les actes de procédure déjà versés au dossier.

Le procureur général devient alors, sans formalités, partie à l'instance et, s'il y a lieu, il peut soumettre ses conclusions sur lesquelles le tribunal doit se prononcer. Le procureur général peut seul renoncer au délai prévu.

L'avis au procureur général doit également être signifié au procureur général du Canada lorsque la règle de droit ou la disposition concernée ressortit à la compétence fédérale; de même, il est notifié au directeur des poursuites criminelles et pénales si la règle ou la disposition concerne une matière criminelle ou pénale.

78. En matière criminelle ou pénale, l'avis au procureur général fondé sur le deuxième alinéa de l'article 76 doit être signifié au moins 10 jours avant la date de l'instruction sur la demande de réparation. À défaut, le tribunal en ordonne la signification et reporte l'audience de cette demande, à moins que le procureur général ne renonce à ce délai ou que le tribunal ne l'abrège s'il l'estime nécessaire pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à celui qui fait la demande ou à un tiers.

Cet avis n'est pas requis lorsque la réparation demandée concerne la divulgation d'une preuve, l'exclusion d'un élément de preuve ou la durée du délai écoulé depuis le moment de l'accusation, ou encore dans les cas déterminés par arrêté du ministre de la Justice publié à la *Gazette officielle du Québec*.

95.1. En matière criminelle ou pénale, l'avis prévu au deuxième alinéa de l'article 95 n'est pas requis lorsque la réparation demandée concerne la divulgation d'une preuve, l'exclusion d'un élément de preuve ou la durée du délai écoulé depuis le moment de l'accusation, ou encore dans les cas déterminés par arrêté du ministre de la Justice publié à la *Gazette officielle du Québec*.

Dans les autres cas, cet avis doit être signifié au moins 10 jours avant la date de l'audition de la demande de réparation. À défaut, le tribunal en ordonne la signification et remet l'audition de cette demande, à moins que le procureur général ne renonce à ce délai ou que le tribunal ne l'abrège s'il le juge nécessaire pour éviter qu'un préjudice irréparable soit causé à celui qui fait la demande ou à un tiers.

78. En matière criminelle ou pénale, l'avis au procureur général fondé sur le deuxième alinéa de l'article 76 doit être signifié au moins 10 jours avant la date de l'instruction sur la demande de réparation. À défaut, le tribunal en ordonne la signification et reporte l'audience de cette demande, à moins que le procureur général ne renonce à ce délai ou que le tribunal ne l'abrège s'il l'estime nécessaire pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à celui qui fait la demande ou à un tiers.

Cet avis n'est pas requis lorsque la réparation demandée concerne la divulgation d'une preuve, l'exclusion d'un élément de preuve ou la durée du délai écoulé depuis le moment de l'accusation, ou encore dans les cas déterminés par arrêté du ministre de la Justice publié à la *Gazette officielle du Québec*.

96. Une partie ne peut être admise à soulever la question de navigabilité ou de flottabilité d'un lac ou d'un cours d'eau, ni celle du droit de propriété du lit ou des rives, si elle n'a pas avisé le procureur général de son intention au moins 10 jours avant la date de l'enquête, ou, s'il n'y a pas d'enquête, avant celle de l'audition.

L'avis doit énoncer la question et les moyens, et être accompagné d'une copie des actes de procédure produits au dossier.

76. Dans une affaire civile, administrative, pénale ou criminelle, la personne qui entend mettre en question le caractère opérant, l'applicabilité constitutionnelle ou la validité d'une disposition d'une loi du Québec ou du Canada, d'un règlement pris sous leur autorité, d'un décret gouvernemental ou d'un arrêté ministériel ou de toute autre règle de droit doit en aviser le procureur général du Québec. Il en est de même lorsque la légalité d'un règlement auquel la Loi sur les règlements (L.R.Q., chapitre R-18.1) s'applique est mise en question.

Elle est aussi tenue de le faire lorsqu'elle demande, à l'encontre de l'État, de l'un de ses organismes ou d'une personne morale de droit public, une réparation fondée sur la violation ou la négation de ses droits et libertés fondamentaux prévus par la Charte des droits et libertés de la personne ou la Charte canadienne des droits et libertés (Partie I de l'annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du Recueil des Lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982 dans L.R.C. (1985), app. II, no 44).

Elle est enfin tenue de le faire lorsque, dans une instance, elle met en question la navigabilité ou la flottabilité d'un lac ou d'un cours d'eau ou le droit de propriété du lit ou des rives.

Il ne peut être statué sur aucune de ces demandes sans que cet avis ait été valablement donné et le tribunal ne peut se prononcer que sur les moyens qui y sont exposés.

97. Dans toute demande touchant l'application d'une disposition d'ordre public, un juge peut, d'office ou sur demande, ordonner la signification de la demande au procureur général du Québec. L'instance est alors suspendue jusqu'à l'expiration d'un délai de 10 jours de la date de la signification. Il peut aussi, d'office, ordonner la signification au curateur public de toute demande mettant en cause l'intégrité d'une personne majeure inapte à consentir à des soins qui n'est pas représentée par un tuteur, un curateur ou un mandataire. Dans ce cas l'instance est suspendue jusqu'à l'expiration d'un délai de 5 jours de la date de la signification.	79. Dans une instance mettant en cause une question d'intérêt public, les tribunaux peuvent, même d'office, ordonner aux parties d'inviter le procureur général du Québec à intervenir comme partie. Le procureur général peut également d'office intervenir à une instance d'intérêt public; il intervient comme partie, sans avis ni formalités et sans avoir à démontrer un intérêt. Le procureur général peut se pourvoir en appel de tout jugement portant sur une question d'intérêt public.
98. Après signification de l'avis prévu par les articles 95 et 96, ou à tout moment dans le cas d'une demande visée dans l'article 97, le procureur général peut intervenir dans la cause, et prendre par écrit des conclusions sur lesquelles le tribunal doit se prononcer. Dans les cas visés dans les articles 95 et 96, le greffier transmet sans délai une copie du jugement au procureur général. Dans les cas visés dans l'article 97, il le fait si le juge a ordonné la signification au procureur général de l'acte qui contient la demande ou que ce dernier est intervenu dans la cause.	
99. Dans toute instance touchant l'application d'une disposition d'ordre public, le procureur général peut, d'office et sans avis, participer à l'enquête et à l'audition comme s'il y était partie.	

100. Il n'y a lieu à aucun recours extraordinaire ni mesure provisionnelle contre un ministre du gouvernement, ni contre une personne agissant sur ses instructions, pour le forcer à agir ou à s'abstenir d'agir relativement à une matière qui se rapporte à l'exercice de sa fonction ou de l'autorité à lui conférée par quelque loi du Québec.	
--	--

**LISTE DES MEMBRES DU COMITÉ DE LA LÉGISLATION ET DE LA RÉFORME DU DROIT DE
L'ABC-QUÉBEC**

Me Antoine LEDUC, LL.D., Co-président, Responsable du secteur « Droit civil »
Me Pierre GIROUX, LL.M., Ad. E., Co-président, Responsable du secteur « Droit
professionnel »
Me Marie-Laure LECLERCQ, Secrétaire
Me Stéphane ROUSSEAU, S.J.D., Responsable du secteur « Droit des affaires »
Me Julie HIMO, Responsable du secteur « Résolution des différends »
Me Bernard GRENIER, Responsable du secteur « Droit public et international »
Me Martin F. SHEEHAN, Président, ABC-Québec
Me Caroline FERLAND, Vice-présidente, ABC-Québec

**LISTE DES MEMBRES DU SOUS-COMITÉ DU CLRD CHARGÉ DE LA RÉDACTION DU
PRÉSENT MÉMOIRE**

Me Joëlle BOISVERT
Me Steeves BUJOLD
Me Lucilia DA SILVA SANTOS
Me France DULUDE
Me François DUPIN, Ad. E.
Mes GOWLING LAFLEUR HENDERSON s.e.n.c.r.l., s.r.l.
Me Julie FRÉGEAU
Me Jocelyne GAGNÉ
Me Pierre GIROUX, LL.M., Ad. E.
Me Miriam GRASSBY
Me Julie HIMO
Me Odette JOBIN-LADERGE, Ad. E.
Me Sylvie LEDUC
Me Antoine LEDUC, LL.D.
Me Francine MARTEL
Me Steve MCINNESS
Me Michel MILLER
Me Laurent NAHMIASH
Me André RIVEST
Me Ann SODEN, Ad. E.