



ASSOCIATION DU JEUNE BARREAU DE MONTRÉAL
YOUNG BAR ASSOCIATION OF MONTREAL

MÉMOIRE DE L'ASSOCIATION DU JEUNE BARREAU DE MONTRÉAL

Projet de loi 28 – Loi instituant la réforme du Code de procédure civile

**Présenté à la
COMMISSION DES INSTITUTIONS**

Déposé le 30 août 2013

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	5
COMMENTAIRES DE L’AJBM.....	8
1. LA TERMINOLOGIE	8
(A) LE LANGAGE CLAIR	8
(B) LA VERSION ANGLAISE	9
2. LA PRIMAUTÉ DU DROIT ET LA SÉPARATION DES POUVOIRS	10
3. LES MODES PRIVÉS DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS (ART. 1 À 7) ..	11
(A) LA NOMENCLATURE	11
(B) LE VOLONTARISME.....	11
4. LES PRINCIPES DE LA PROCÉDURE (ART. 8 À 28)	12
(A) LE RESPECT DÛ À LA JUSTICE (ART. 14, 2 ^E . AL.)	12
(B) LE DROIT D’ÊTRE ENTENDU (ART. 17)	12
(C) LES « PRINCIPES DIRECTEURS DE LA PROCÉDURE » (ART. 17 À 24).....	13
(D) LA COOPÉRATION ENTRE LES PARTIES POUR L’ÉTABLISSEMENT D’UN DÉBAT LOYAL (ART. 20)	14
5. L’UTILISATION DES MOYENS TECHNOLOGIQUES (ART. 25 ET 26)	14
(A) LA DISPONIBILITÉ DES MOYENS TECHNOLOGIQUES	14
(B) UNE LIMITE LÉGISLATIVE	15
6. L’APPEL SUR PERMISSION (ART. 29 À 32)	16
(A) LES PROCÉDURES ABUSIVES	16
(B) LES MESURES DE GESTION D’INSTANCE	16
7. LE SEUIL DE COMPÉTENCE DE LA COUR DU QUÉBEC (ART. 35).....	17
8. LA COMPÉTENCE TERRITORIALE EN PREMIÈRE INSTANCE (ART. 41 À 48)	17
(A) LE CONTRAT D’ADHÉSION	17
(B) LES REQUÊTES EN COURS D’INSTANCE	17
9. L’ABUS DE PROCÉDURE (ART. 51 À 56).....	17
(A) LA NÉCESSITÉ D’UNE RÉFLEXION PLUS APPROFONDIE	17
(B) LA POSITION GÉNÉRALE DE L’AJBM.....	18
(C) LES POURSUITES-BÂILLONS.....	19
(D) LES PROPOSITIONS DE L’AJBM.....	20
(E) L’ATTRIBUTION DES FRAIS JUDICIAIRES : UN AUTRE MOYEN DE RÉPRIMER LES ABUS DE PROCÉDURE	21
10. L’ÉTAT (ART. 75 À 81) ET L’INTÉRÊT POUR AGIR EN JUSTICE (ART. 85).....	21
(A) LA RUBRIQUE	21
(B) LA RÈGLE DE DROIT (ART. 76)	21
(C) LES QUESTIONS D’INTÉRÊT PUBLIC.....	21
11. LA SIMPLIFICATION DE LA PROCÉDURE (ART. 101).....	22
(A) LA NÉCESSITÉ DE PRÉCISER LES MOYENS POUR AGIR.....	22
(B) L’ORALITÉ.....	23
12. LE SERMENT (ART. 106)	23
13. LA NOTIFICATION (ART. 109 À 140).....	23
(A) LA TERMINOLOGIE	23

(B)	LA NÉCESSITÉ D'UNE PREUVE DE SIGNIFICATION	23
(C)	LA NOTIFICATION EN MAINS PROPRES OU PAR UN INTERMÉDIAIRE (ART. 121 À 128).....	24
(D)	LA NOTIFICATION PAR LA POSTE (ART. 130 ET 131).....	24
(E)	VARIA	25
14.	L'AVIS D'ASSIGNATION (ART. 146).....	26
15.	LE PROTOCOLE DE L'INSTANCE (ART. 148 À 153).....	26
(A)	PLUS DE PRÉCISION	26
(B)	LA NÉCESSITÉ D'UN MODÈLE DE PROTOCOLE D'INSTANCE	27
16.	LES MESURES DE GESTION (ART. 159)	27
(A)	LA NATURE DES ORDONNANCES DE GESTION.....	28
(B)	LA PERTINENCE DE L'EXPERTISE NE PEUT ÊTRE DÉTERMINÉE AU STADE INTERLOCUTOIRE, SAUF EXCEPTION (ART. 159 (2)).....	29
(C)	L'EXPERTISE NE « RÉSOUT » JAMAIS UN LITIGE (ART. 159 (2))	30
(D)	D'AUTRES SOLUTIONS DOIVENT ÊTRE PRIVILÉGIÉES	31
(E)	LA GESTION PARTICULIÈRE D'INSTANCE : UNE NÉCESSITÉ	31
17.	LA DÉFENSE ORALE (ART. 171 ET 172)	32
(A)	LA TERMINOLOGIE	32
(B)	PLUS DE CLARTÉ.....	32
18.	LA MISE EN ÉTAT DU DOSSIER (ART. 173 À 178)	33
(A)	LE DÉLAI DE RIGUEUR (ART. 173, 1 ^{ER} AL.)	33
(B)	LES PROLONGATIONS DE DÉLAIS (ART. 173, 2 ^E AL.).....	33
(C)	LA DÉCLARATION COMMUNE DES PARTIES DOIT ÊTRE PLUS COMPLÈTE (ART. 174)	34
(D)	L'EXPERTISE NE SERT PAS À « TRANCHER » DES POINTS (ART. 174 (5)).....	35
(E)	LA DÉCLARATION COMMUNE (ART. 174, 2 ^E AL.).....	35
(F)	LA RADIATION D'UNE INSCRIPTION PRÉMATUREE (ART. 176).....	35
19.	LA CONFÉRENCE PRÉPARATOIRE (ART. 179)	35
20.	L'INTERVENTION DE TIERS À L'INSTANCE (ART. 188).....	36
21.	LES INCIDENTS CONCERNANT LES AVOCATS DES PARTIES (ART. 191 À 195).....	36
22.	LA RÉCUSATION (ART. 201 À 205 ET 572)	36
23.	L'INTERROGATOIRE PRÉALABLE À L'INSTRUCTION (ART. 221 À 230)	38
(A)	LA COMMUNICATION DE DOCUMENTS (ART. 221).....	38
(B)	LA CITATION À COMPARAÎTRE (ART. 226, 1 ^{ER} AL.).....	38
(C)	LES LITIGES IMPLIQUANT L'AUTEUR PRÉSUMÉ OU AVÉRÉ D'UN ACTE CRIMINEL (ART. 226, 2 ^E AL.)	39
(D)	LES OBJECTIONS (ART. 228)	39
(E)	L'INTERROGATOIRE « INUTILE » OU ABUSIF (ART. 230)	40
24.	L'EXPERTISE (ART. 231 À 241).....	40
(A)	LA DIVULGATION DES INSTRUCTIONS DONNÉES À L'EXPERT (ART. 232, 235 ET 238)	40
(B)	LE PAIEMENT DES HONORAIRES DE L'EXPERT (ART. 233)	41
(C)	LA FIN DU MANDAT DE L'EXPERT PAR DÉCISION DU TRIBUNAL (ART. 237 ET 241)	41
25.	LA CONSERVATION DE LA PREUVE (ART. 253 À 257)	43
26.	LA RECONNAISSANCE DE L'AUTHENTICITÉ D'UN ÉLÉMENT DE PREUVE (ART. 264).....	43
27.	LE TÉMOIGNAGE PAR DÉCLARATION (ART. 292).....	43
28.	LE TÉMOIGNAGE DE L'EXPERT (ART. 293 ET 294).....	44
(A)	LE TÉMOIGNAGE DE L'EXPERT (ART. 294, 1 ^{ER} AL.).....	44
(B)	LE CONTRE-INTERROGATOIRE DE L'EXPERT (ART. 294, 2 ^E AL.)	44

29.	LES OBJECTIONS SOULEVÉES PENDANT L'INTERROGATOIRE D'UN TÉMOIN ENTENDU HORS LA PRÉSENCE DU TRIBUNAL (ART. 297).....	44
30.	LA CONSERVATION DES TÉMOIGNAGES (ART. 300 ET 301).....	44
31.	LE DÉLIBÉRÉ (ART. 323 À 325).....	45
(A)	LA DÉCISION DE ROUVRIER LES DÉBATS (ART. 323, 2 ^E AL.)	45
(B)	LES DÉLAIS (ART. 324)	45
(C)	LA LISTE DES JUGEMENTS EN DÉLIBÉRÉ (ART. 325).....	45
32.	LES FRAIS DE JUSTICE (ART. 339 À 344).....	45
(A)	L'ÉTAT DU DROIT AU QUÉBEC.....	48
(B)	L'ÉTAT DU DROIT AU CANADA.....	48
(C)	LA SOLUTION PROPOSÉE PAR L'AJBM : LE REMPLACEMENT DU TARIF DES HONORAIRES D'AVOCAT	51
33.	L'APPEL (ART. 351 À 390).....	51
(A)	LE DÉLAI D'APPEL (ART. 360).....	51
(B)	LE CAUTIONNEMENT (ART. 366).....	51
(C)	LE DOSSIER D'APPEL (ART. 370).....	51
34.	LES PROCÉDURES EN MATIÈRE FAMILIALE (ART. 409 À 452)	51
(A)	LE REGROUPEMENT DES DEMANDES DES CONJOINTS DE FAIT (ART. 412 ET 417)	52
(B)	LA PROVISION POUR FRAIS (ART. 416).....	52
(C)	D'AUTRES MESURES SOUHAITABLES	52
35.	LES COFFRES-FORTS (ART. 478, 479 ET 729).....	53
36.	LE RECOUVREMENT DES PETITES CRÉANCES (ART. 536 À 570)	53
(A)	LE SEUIL DE COMPÉTENCE DE LA COUR DES PETITES CRÉANCES (ART. 536).....	53
(B)	LE DELAI POUR LE DEPOT DE LA DECLARATION POUR VALOIR TEMOIGNAGE (ART. 554)	53
(C)	LA REMISE DE L'AUDITION EN L'ABSENCE DES PARTIES (ART. 559).....	54
(D)	L'ABOLITION DE L'OBLIGATION DE MOTIVER LE JUGEMENT (ART. 562)	54
37.	L'ACTION COLLECTIVE (ART. 571 À 604)	55
(A)	LA TERMINOLOGIE	55
(B)	LES PERSONNES MORALES (ART. 571)	55
(C)	LE REGISTRE CENTRAL DES ACTIONS COLLECTIVES QUÉBÉCOIS (ART. 573 ET 576)	55
(D)	LES AVIS AUX MEMBRES (ART. 581).....	56
38.	LA SAISIE DE SUPPORTS TECHNOLOGIQUES (ART. 727 ET 728).....	56
	UN REGARD TOURNÉ VERS L'AVENIR	56

L'ASSOCIATION DU JEUNE BARREAU DE MONTRÉAL

L'Association du Jeune Barreau de Montréal (« **AJBM** ») est un organisme à but non lucratif fondé en 1898 et regroupant les avocat(e)s¹ de 10 ans et moins de pratique inscrits à la section de Montréal du Barreau du Québec. L'AJBM est dirigée par un conseil d'administration formé de 15 avocat(e)s qui offrent bénévolement leur temps afin d'assurer la poursuite de ses objectifs, et ce, en collaboration avec ses comités, une direction générale et plus d'une centaine de bénévoles.

La mission de l'AJBM est double. D'une part, elle veille à défendre et à promouvoir les intérêts de ses membres. D'autre part, elle fournit de façon bénévole des services de consultation et d'information juridique auprès de différents segments de la population et organise des activités de bienfaisance, vise à améliorer l'accessibilité à la justice et contribue au bien-être collectif.

Au cours de leur carrière en droit, certains jeunes avocats membres de l'AJBM auront eu l'occasion d'étudier ou d'appliquer, depuis 2003, deux *Code de procédure civile* (dont l'actuel), un *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* ainsi que le *Projet de loi 28 – Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* (« **Projet de loi 28** »). Dans ce contexte, les membres de l'AJBM prennent particulièrement au sérieux l'opportunité qu'ils ont de participer à l'élaboration des règles qui s'appliqueront pendant ce qu'ils espèrent être une grande partie de leurs carrières à venir.

L'ACCÈS À LA JUSTICE : UNE PRIORITÉ DE L'AJBM

L'AJBM a à cœur l'accès à la justice. Elle remplit sa mission à cet égard par l'entremise de nombreux projets. Notamment, le Comité Services juridiques *pro bono* de l'AJBM fournit des services de préparation à l'audition à la Cour du Québec (petites créances), à la Commission des relations du travail et à la Régie du logement. Il offre aussi un service d'information juridique à la Cour municipale de Montréal, ainsi qu'une clinique juridique téléphonique. Le Comité Formation de l'AJBM organise des cours de formation et dîners-conférences. Le Comité Recherche et législation de l'AJBM, quant à lui, vulgarise et diffuse de l'information juridique par l'intermédiaire du *Blogue du CRL* et des *10 jugements essentiels*.

Aussi, c'est l'AJBM qui a pris l'initiative dans les années 1950 du premier bureau d'assistance judiciaire au Québec, où ses membres représentaient de façon bénévole les justiciables les moins fortunés. Ce bureau d'assistance judiciaire a été le précurseur du système d'aide juridique que l'on connaît aujourd'hui. Poursuivant dans cette lancée, l'AJBM a mis sur pied en 2012 un sous-comité dont le mandat est d'étudier les problématiques vécues par le régime québécois d'aide juridique. L'AJBM revisite ainsi un dossier qui lui est cher : la promotion et la facilitation de l'accès à des services légaux de qualité pour les personnes à moindre revenu.

L'AJBM partage indéniablement l'objectif du législateur de mettre en œuvre de nouveaux moyens permettant de favoriser l'accessibilité à la justice. Un énorme pas a été franchi avec la présentation de l'*Avant-projet de loi instituant la réforme du Code de procédure civile* (l'« **Avant-projet de loi** »), et l'AJBM a été fière de pouvoir contribuer aux efforts du législateur dans le cadre de l'étude de cet *Avant-projet de loi*, en déposant un mémoire daté du 16 décembre 2011 (« **Mémoire concernant l'Avant-projet de loi** ») et en comparaisant devant la Commission des institutions le 1^{er} février 2012.

¹ Le masculin est employé dans le reste de ce document, dans le seul but d'alléger le texte.

LE PROJET DE LOI 28

L'AJBM salue l'écoute dont a fait preuve le législateur dans le cadre des consultations publiques. Le Projet de loi 28 déposé le 30 avril 2013 se trouve certainement enrichi.

L'AJBM espère que, grâce au présent mémoire et à sa participation à une nouvelle séance de la Commission des institutions, conjointement avec le Jeune Barreau de Québec, elle arrivera à contribuer encore davantage à l'élaboration de règles qui pourront véritablement favoriser l'accès à la justice, et à l'élimination de celles qui sont susceptibles d'y nuire.

Au stade de l'Avant-projet de loi, l'AJBM s'était astreinte à commenter les grandes orientations de l'Avant-projet de loi, comme plusieurs autres intervenants. Cette approche fut dictée par les courts délais dans lesquels le Mémoire concernant l'Avant-projet de loi a dû être produit, certes, mais de façon plus importante encore, par le questionnement de l'AJBM quant à l'opportunité même d'introduire un tout nouveau code de procédure civile.

Considérant la volonté claire du législateur d'aller de l'avant avec la réforme proposée, l'AJBM comprend qu'elle dispose d'une dernière occasion pour se pencher plus en profondeur le contenu du Projet de loi 28 et faire part de ses commentaires à cet effet.

Le *Code de procédure civile* étant l'ultime outil guidant la pratique de plusieurs de nos membres, nous avons jugé prudent de soulever plusieurs drapeaux rouges, afin d'éviter les écueils qui pourraient autrement limiter les effets bénéfiques de la réforme envisagée.

« Le Code de procédure civile est une loi sans nul doute technique, mais c'est aussi une loi qui met en œuvre des principes importants et qui permet, dans les faits, d'exercer des droits qui sont fondamentaux pour les citoyens [...] il faudra, tout au long du processus, avoir en tête d'agir, certes, dans le meilleur intérêt des différents intervenants du monde juridique, pour qui le Code de procédure est un outil de travail quotidien, mais surtout et avant tout dans le meilleur intérêt de tous les citoyens et justiciables, envers lesquels nous sommes en premier lieu redevables [...]. »

« Ce qu'on vise, en termes d'accès à la justice, c'est l'accès à l'exercice du droit, une reconnaissance que des gens ont des droits mais qu'ils renoncent de plus en plus à les exercer, dû notamment aux délais et aux coûts. Donc, ce qu'on cherche à faire lorsqu'on parle d'accès à la justice, traditionnelle dans ce volet-là, c'est celle de l'accès à l'exercice du droit. Jamais on ne voudra que ce soit dans l'exercice d'une activité qui amène à dénaturer le droit ou à ne pas appliquer le bon droit. L'exercice du droit sous-entend que ce qu'on cherche, c'est de meilleures méthodes pour que le bon droit s'applique. Alors, je le dis juste pour que vous ne croyiez pas que tout ce qui anime, c'est de permettre aux gens d'aller devant les tribunaux, puis qu'on se fout de la réponse qui va... de la conclusion de la démarche devant les tribunaux. »

M. Jean-Marc FOURNIER, ministre de la Justice en charge de l'Avant-projet de loi, devant la Commission des institutions, les 17 et 18 janvier 2012.

« [...] le législateur, lorsqu'il modifie une loi, entend produire un effet. Ainsi, l'abrogation d'une loi pourra faire présumer que celle-ci était en vigueur. De même, la modification d'une loi en vue d'y ajouter un élément permet de présumer que l'élément n'y était pas déjà. Penser autrement serait conclure à l'inutilité de l'intervention du législateur. »

Pierre-André CÔTÉ, L'interprétation des lois, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 613.

C'est en ayant l'ensemble de ces propos à l'esprit que l'AJBM soumet le présent mémoire.

LE MÉMOIRE DE L'AJBM

Évidemment, nous ne pouvons pas commenter l'ensemble des sujets traités dans le Projet de loi 28. D'autres intervenants se chargeront d'apporter des commentaires extrêmement pertinents qui, avec ceux de l'AJBM, permettront au législateur d'avoir le bénéfice d'un portrait global le plus complet possible.

Le présent mémoire comporte notamment une analyse approfondie des sujets suivants, qui préoccupent tout particulièrement l'AJBM :

- La primauté du droit et la séparation des pouvoirs;
- Les moyens technologiques;
- L'abus de procédure;
- La notification;
- La gestion d'instance;
- L'expertise;
- Les frais de justice.

L'AJBM ne peut qu'applaudir l'empressement avec lequel le ministre de la Justice entend mettre en œuvre des mesures destinées à favoriser l'accès à la justice. Cependant, au terme de l'exercice effectué ici, nous ne pouvons faire autrement que de constater qu'il reste encore beaucoup de chemin à faire. Ainsi, avec respect, l'AJBM entretient des doutes quant à la possibilité que le Projet de loi 28 soit adopté avec la célérité voulue.

Le présent mémoire est l'œuvre d'un sous-comité de membres bénévoles du Comité Recherche et législation de l'AJBM, appuyé du conseil d'administration de l'AJBM. L'AJBM tient notamment à remercier Mes Christelle Arnaud, Samuel Bachand, Jonathan Bachir-Legault, Marie-Hélène Beaudoin (administratrice responsable du Comité Recherche et législation de l'AJBM), Elisa Clavier, Sébastien Dubé, Rhonda Grintuch, Sarah D. Pinsonnault, Audrey Préfontaine, Julie Robert, Valérie Scott, Magdalena Sokol et Karine St-Louis pour la qualité de leur travail et leur apport inestimable. Le contenu de ce mémoire ne lie toutefois que l'AJBM.

Association du Jeune Barreau de Montréal

Le 30 août 2013



COMMENTAIRES DE L'AJBM

[N.D.R.] : Toute référence au numéro d'une disposition, sans mention accompagnatrice, renvoie au Projet de loi 28. Les références au *Code de procédure civile* actuellement en vigueur sont suivies de la mention « Code actuel ».

1. La terminologie

L'AJBM avait questionné la terminologie employée au stade de l'Avant-projet de loi. Nous constatons qu'aucun changement significatif n'a été effectué à cet égard dans le Projet de loi 28, ce que nous regrettons.

Pour que les justiciables puissent démystifier adéquatement le processus judiciaire, le nouveau langage doit être plus clair que l'ancien. Or, le libellé du Code nous semble desservir, dans plusieurs cas, l'objectif principal au cœur de la réforme envisagée : l'accessibilité à la justice.

De plus, le langage utilisé dans le Projet de loi 28 a parfois pour effet d'entraîner des changements drastiques aux principes juridiques jusqu'à maintenant largement reconnus et appliqués, transformant accidentellement l'ordre établi.

(a) Le langage clair

« Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement, et les mots pour le dire arrivent aisément. »

Nicolas Boileau, *L'Art poétique, Chant I (1674)*, cité dans BARREAU DU QUÉBEC, *Le langage clair : un outil indispensable à l'avocat*, 2008, p. 4

Plutôt que de développer un nouveau jargon juridique complexe, étranger de tous, pourquoi ne pas ajouter un lexique permettant de définir et d'expliquer les termes juridiques déjà utilisés et connus en droit civil québécois²? Un tel exercice de vulgarisation aiderait davantage les justiciables à comprendre le déroulement de la procédure³.

La terminologie qui crée de l'incertitude quant aux délais qui s'appliquent est particulièrement inquiétante, puisqu'elle entraîne l'impossibilité pour les justiciables de prévoir quand ils doivent agir. Par exemple :

- L'expression « régulièrement », qui est employée au deuxième alinéa de l'article 62, devrait être précisée, afin qu'une personne qui risque l'emprisonnement connaisse la véritable étendue de son droit d'être entendue.
- Il est impossible, de façon pratique, de calculer un délai de « 30 jours avant la mise en état de l'affaire », comme le prévoit l'article 77, puisque la date prévue pour la mise en état de l'affaire peut être modifiée. Des droits constitutionnels risquent d'être perdus pour de simples questions procédurales.

² BARREAU DU QUÉBEC, *Le langage clair : un outil indispensable à l'avocat*, 2008, disponible en ligne au <http://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/guide-langage-clair.pdf>, p. 9.

³ Voir, par exemple, le guide réalisé par la FONDATION DU BARREAU DU QUÉBEC, *Seul devant la Cour : En matières civiles*, 2009 (dernière mise à jour en juillet 2012).

- Le mot « quantième », qui est employé à l'article 83, n'est pas un terme d'usage courant dont la signification est connue de tous.
- La notion du délai « qui s'impose aux parties pour assurer la bonne administration de la justice », prévue à l'article 84, est vague et imprécise. Elle ne permet pas aux justiciables de déterminer quels sont les délais qui, sans être de rigueur, ne peuvent tout de même pas faire l'objet d'une prolongation.
- L'expression « délai raisonnable » qui se trouve sous le Code actuel, dont la durée a dû être cernée par interprétation jurisprudentielle⁴, gagnerait à être définie à l'article 529.

Il faudrait par ailleurs uniformiser la terminologie, pour éviter la confusion provenant de l'utilisation de termes différents pour désigner une même réalité.

D'autres exemples de terminologie problématique ayant trait à certains concepts en particulier seront soulevés plus loin dans ce mémoire.

(b) La version anglaise

L'AJBM n'a pu procéder à une révision article par article de la traduction du Projet de loi 28, en raison du court échéancier et des ressources limitées à sa disposition. Cela dit, nous croyons qu'un tel exercice de révision devrait absolument avoir lieu.

La version anglaise du Code actuel fait déjà l'objet de plusieurs critiques et a donné lieu à de nombreux débats, tout comme celle du *Code civil du Québec*; il vaut mieux investir davantage dans la traduction du Projet de loi 28, notamment afin d'éviter les gallicismes qui tendent à introduire des expressions dénuées de sens en anglais⁵, améliorer la constance dans la terminologie utilisée pour traduire le Projet de loi 28⁶ et assurer une meilleure correspondance entre l'utilisation du singulier et du pluriel dans les versions française et anglaise.

⁴ Le délai raisonnable est un délai de 30 jours, à moins de circonstances exceptionnelles : *Loyer c. Commission des affaires sociales*, J.E. 99-957 (C.A.).

⁵ Par exemple, « sous peine de » est traduit par « under pain of » dans la version anglaise. Il existe plusieurs façons de traduire cette expression, à savoir « failing which », « under the risk of », « subject to », « under penalty of », « by sanction of », etc., selon le contexte.

⁶ Par exemple, la traduction du mot « notamment » est indistinctement effectuée par les expressions « in particular », « especially », « including » et « among other », alors que celles-ci sont porteuses d'un impact juridique très différent.

2. La primauté du droit et la séparation des pouvoirs

« 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.

[...]

Le Code de procédure civile contient l'ordonnancement législatif du droit processuel. [...]

[...]

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. »

Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc., 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743.

« [...] dans la mesure où la fonction d'un palais de justice ne varie pas suivant l'identité de la juridiction chargée de l'affaire amenant un justiciable ou un usager dans ce lieu, les normes adoptées par le ministère de la Justice et par les juges de la Cour supérieure doivent être semblables. [...] »

Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général), 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19, par. 59

« Les tribunaux ne sont pas maîtres de disposer du pouvoir judiciaire qu'ils exercent. C'est une source extérieure au pouvoir judiciaire qui leur attribue leurs fonctions : soit les principes de la Constitution, soit les dispositions de la loi. Il existe, au sein du système juridique, certains principes fondamentaux qui ne peuvent être altérés par les tribunaux, ni par aucune institution de l'État. Le principe de la primauté du droit en est un exemple. Il doit nécessairement en être de même en ce qui concerne les principes juridiques qui justifient l'existence et la fonction des tribunaux dans l'ordre juridique. Ces principes contraignent les tribunaux parce qu'ils établissent la perspective dans laquelle la fonction judiciaire doit être exercée. Ils contraignent également les autres institutions de l'État, pour la même raison : en délimitant le pouvoir propre à la fonction judiciaire, ces principes constitutionnels limitent nécessairement l'autorité accordée aux institutions législatives et exécutives. »

Luc HUPPÉ, Le régime juridique du pouvoir judiciaire, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2000, p. 14

Le Projet de loi 28 constitue un « ensemble de règles » qui vise à « simplifier et moderniser la structure du *Code de procédure civile* »⁷. Déjà, l'adaptation à un nouveau *Code de procédure civile* présentera des défis majeurs pour tous ceux qui seront appelés à l'utiliser. S'il faut par surcroît que le droit change au gré des branches exécutive et judiciaire de l'État, les justiciables risquent de s'y retrouver difficilement.

De plus, les justiciables doivent être en mesure de régler leur conduite en fonction de règles connues, qui sont les mêmes pour tous.

⁷ Préambule du Projet de loi 28.

Bien que nous comprenions les préoccupations de flexibilité qui animent ces dispositions, nous nous questionnons sur l'opportunité des articles 28, 63, 2^e al et 150, 1^{er} al., qui semblent élargir les pouvoirs inhérents dont les tribunaux disposent déjà dans le contexte de l'administration de la justice, pour désormais permettre la dérogation aux dispositions du *Code de procédure civile* ou la création de nouvelles règles de droit par les tribunaux ou par le ministère de la Justice, sans l'approbation de l'Assemblée nationale.

Nous avons foi que le ministre de la Justice, lorsqu'il jugera opportun de soumettre le Projet de loi 28 pour adoption, aura pris l'avis des intervenants concernés du système judiciaire et aura amplement étudié et évalué les conséquences de ses choix législatifs. Il nous semble donc qu'il ne devrait pas y avoir lieu à changement de sitôt. Si toutefois le législateur entrevoyait quelque problème que ce soit par la suite, le législateur serait toujours libre de proposer et de faire adopter un projet de loi apportant les rectifications nécessaires.

Subsidiairement, l'AJBM soumet que l'article 28 ne devrait pas être inclus sous la rubrique « Chapitre IV : Les règles d'interprétation et d'application du Code », puisqu'il s'agit de modifier des règles ou d'en adopter de nouvelles, et non pas d'interpréter ou d'appliquer les règles qui existent dans le Code. Il suffirait de désigner cette section sous l'appellation « Chapitre IV : Des projets-pilotes ».

Aussi, d'un point de vue pratique, il faudrait trouver un moyen de centraliser la publication des avis des tribunaux, en faisant une référence croisée au numéro d'article auquel ils se rattachent. En effet, dans l'état actuel des choses, chaque fois que l'on doit appliquer une disposition prévue dans le *Code de procédure civile*, l'on doit, en sus d'identifier la loi ou le règlement en cause, dépouiller l'ensemble des avis contenus sur le site internet de la Cour ayant juridiction pour vérifier s'il existe une directive du tribunal qui pourrait apporter une modulation, ce qui est une tâche complexe pour les avocats, mais encore davantage pour les personnes qui se représentent seules.

Il faudrait d'ailleurs éviter d'utiliser l'appellation « Avis aux membres du Barreau », qui est passée en usage pour désigner ce type d'avis. Cette expression peut donner l'impression que les avis ne s'appliquent qu'aux avocats, plutôt qu'aux justiciables en général.

3. Les modes privés de prévention et de règlement des différends (art. 1 à 7)

(a) La nomenclature

L'AJBM comprend que l'expression « mode privé de prévention et de règlement des différends » provient d'une appellation consacrée dans le domaine de la résolution alternative des conflits, à l'extérieur des tribunaux. Toutefois, cette expression s'avère paradoxale dans le contexte d'un code de procédure civile, où toutes les dispositions visent à régir des différends qui sont nés et actuels, qui ne sont donc plus sujets à la « prévention ». De plus, l'expression est longue et complexe, et s'inscrit donc à l'encontre de l'objectif du législateur de simplifier la terminologie.

L'AJBM propose plutôt d'utiliser l'expression « mode privé de règlement des différends ».

(b) Le volontarisme

L'article 1 prévoit toujours une obligation préjudicielle de considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement des différends, entrant ainsi en contradiction avec le volontarisme

qui est l'essence même de cette méthode de résolution de conflits. De plus, l'article 148 prévoit que « les parties sont tenues de coopérer pour régler l'affaire ».

L'AJBM tient à réitérer sa désapprobation quant à l'inclusion de telles obligations dans un code de procédure civile, partagée par plusieurs intervenants au stade de l'Avant-projet de loi⁸.

4. Les principes de la procédure (art. 8 à 28)

(a) Le respect dû à la justice (art. 14, 2^e. al.)

Si le deuxième alinéa de l'article 14 a été introduit afin de codifier la règle du *sub judice*, il serait important de clarifier le libellé afin de refléter cette codification, puisqu'en soi, un « devoir de réserve » n'est pas porteur d'une grande signification pour le justiciable ordinaire appelé à lire un code de procédure civile.

L'inspiration devrait être puisée à l'article 2.01.01 du *Code de déontologie des avocats*⁹, qui énonce en termes clairs les obligations découlant de la règle du *sub judice*, laquelle a pour but d'écarter toute influence extérieure du tribunal appelé à rendre une décision dans une affaire donnée¹⁰, et non pas d'« assurer le respect dû à la justice », une obligation déjà incluse au premier alinéa de l'article 14 du Projet de loi 28.

(b) Le droit d'être entendu (art. 17)

« [...] Le droit d'être entendu est un principe fondamental d'équité procédurale qui ne peut souffrir beaucoup d'exceptions. On en retrouve une confirmation dans les termes qu'utilise l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne :

23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle. »

Fabrikant c. Swamy, 2010 QCCA 330, par. 30.

⁸ Voir notamment le *Mémoire du Barreau du Québec sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 19 décembre 2011, Annexe A, p. 7.

⁹ R.R.Q., c. B-1, r. 3.

¹⁰ Brigitte DESLANDES et Jean LANCTÔT, « Certains autres devoirs et obligations de l'avocat », dans ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Collection de droit 2012-2013*, vol. 1, « Éthique, déontologie et pratique professionnelle », 2012.

« Il ne peut y avoir de prononcé sur une demande en justice sans que la partie contre laquelle la demande est formée n'ait été entendue, c'est-à-dire n'ait eu l'occasion de faire valoir ses moyens, mais sans nécessairement avoir droit à une audition orale, ou n'ait été dûment appelée, c'est-à-dire n'ait reçu une signification régulière de l'action intentée.

Cette règle audi alteram partem constitue un « principe vénérable » parmi les « principes fondamentaux de la justice », un « principe fondamental basé sur l'équité naturelle et dont l'inobservance détruit la juridiction du tribunal et entraîne la nullité de toutes les procédures subséquentes, y compris le jugement. »

FERLAND, Denis et EMERY, Benoît, Précis de procédure civile du Québec, Vol. 1, 4^e éd., Éditions Yvon Blais, pp. 23-24

Bien que l'article 17 énonce que le droit d'être entendu constitue un principe directeur de la procédure – avec raison, s'agissant d'un principe fondamental –, quelques dispositions du Projet de loi 28 semblent contredire ce droit, sans justification apparente.

D'abord, plusieurs modifications apportées à la manière dont une partie peut être appelée au débat sont susceptibles de poser obstacle au droit d'être entendu. Une discussion en profondeur des dispositions sur la notification sera faite à la section 13, ci-dessous.

Par ailleurs, l'article 152, en prévoyant que le tribunal peut « soit convoquer les parties pour établir le protocole soit l'établir, même d'office », semble ménager une exception au droit d'être entendu. Puisque le protocole d'instance constitue un instrument majeur de la réforme, qui influencera de façon très significative le déroulement de l'instance et les moyens que pourront faire valoir les parties, il est absolument indispensable que les parties soient entendues; il ne peut s'agir d'une simple possibilité alternative. Surtout considérant le fait que le tribunal n'a pas acquis, au début de l'instance, une connaissance du dossier qui lui permette de déterminer *proprio motu* comment les parties doivent gérer leur dossier.

(c) Les « principes directeurs de la procédure » (art. 17 à 24)

« Il est de nos jours admis que les rubriques ou intertitres font partie de la loi et qu'on peut y avoir recours pour l'interpréter. Les rubriques peuvent être utiles en permettant de situer une disposition dans la structure générale du texte : elles en montrent pour ainsi dire la charpente, l'ossature. On peut également les considérer comme faisant fonction de préambule aux dispositions qu'elles introduisent : elles constituent une clé pour l'interprétation des articles qu'elles coiffent. » :

Pierre-André CÔTÉ, L'Interprétation des lois, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, p. 79.

Le titre II du Livre I s'intitule « Les principes de la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire ». L'ensemble des dispositions qui se retrouvent sous ce titre constituent des dispositions de principe, qui devraient guider l'application des règles de procédure civile en tout temps.

Or, ailleurs dans le Projet de loi 28, plusieurs dispositions (art. 30, 150 et 491) réfèrent précisément aux « principes directeurs de la procédure civile », ce qui semble laisser croire que seuls les principes énoncés sous l'intitulé « Chapitre III : Les principes directeurs de la procédure » (art. 17 à 24) s'appliqueraient alors.

Afin d'éviter de créer une hiérarchie des principes, si le législateur tient à conserver la division du titre II en quatre chapitres, il faudrait retirer le mot « directeurs » aux articles 30, 150 et 491 susmentionnés, afin que ces derniers réfèrent sans distinction aux « principes de la procédure ».

(d) La coopération entre les parties pour l'établissement d'un débat loyal (art. 20)

Il serait opportun de profiter de la réforme pour donner davantage de poids à l'obligation de coopération entre les parties (art. 20).

Sans proposer la mise en œuvre d'un processus similaire aux « affidavits of documents » qui doivent être produits dans les provinces de common law, où tous les documents pertinents doivent être dénoncés¹¹, l'AJBM regrette en particulier que le Projet de loi 28 ne contienne aucune disposition accroissant l'obligation de dénonciation et de communication de la preuve avant l'inscription, voire avant les interrogatoires.

5. L'utilisation des moyens technologiques (art. 25 et 26)

L'AJBM appuie avec enthousiasme l'utilisation de l'expression « moyen technologique », qui se conforme au principe de neutralité technologique et permettra la pérennité du *Code de procédure civile* face à l'évolution rapide des technologies de l'information.

Par ailleurs, sur le plan des principes de la procédure, la plus grande place accordée aux technologies de l'information permet un accès accru à la justice pour les justiciables et favorise le respect du principe de proportionnalité des moyens et des coûts.

Dans plusieurs cas, l'utilisation des moyens technologiques pourrait conduire à une justice de plus grande qualité, en permettant notamment une meilleure recherche de la vérité, là où les parties auraient autrement renoncé à faire entendre certains témoins en raison des coûts prohibitifs de déplacement. Cela pourrait également devenir un outil précieux afin de limiter les inconvénients imposés aux témoins appelés dans une instance, conformément à la *Déclaration de principe concernant les témoins* intervenue le 1^{er} juin 1998. Finalement, les moyens technologiques pourraient être employés pour permettre aux parties d'être entendues dans les districts éloignés où les juges sont peu nombreux, ou pour limiter les coûts de déplacement et d'attente des parties et des avocats au tribunal. Des auditions par visioconférence pourraient souvent remplacer les auditions en chambre de pratique.

(a) La disponibilité des moyens technologiques

Malheureusement, le renouvellement des ressources technologiques des tribunaux ne suit généralement pas le rythme effréné auquel se développent les mesures ingénieuses qui permettent à la société de gérer ses communications de façon toujours plus efficace. À l'heure actuelle, la communication de procédures et pièces sous forme électronique trouverait obstacle même dans le district de Montréal. En effet, la majorité des juges n'ont pas accès à un ordinateur en salle de Cour, ce qui limite grandement les possibilités de transmission de documents par voie électronique, ou même sur des supports tels les clés USB ou les CD. Par ailleurs, la majorité des conférences de gestion qui ont actuellement lieu à distance continuent d'être tenues par audioconférence, en l'absence d'installations de visioconférence adéquates.

¹¹ Une obligation aussi onéreuse pourrait nuire aux objectifs de célérité et de proportionnalité de la justice qui sont favorisés par la réforme.

Des mesures additionnelles devront impérativement être déployées afin de développer l'utilisation des moyens technologiques dans les palais de justice de la province. Et ce, dans un avenir rapproché. Sinon, l'objectif de la réforme qui consiste à favoriser les moyens technologiques ne pourra être rempli.

Dans l'état actuel des choses, malgré tous les bienfaits envisagés a priori, le fait que le Projet de loi 28 prévoit que l'utilisation des moyens technologiques doit aller « de pair avec l'environnement technologique qui soutient l'activité des tribunaux » (art. 26 et 66) risque de constituer un frein à l'utilisation des moyens technologiques, et pourrait contribuer à ce que le *statu quo* soit maintenu et que les actes de procédure et pièces continuent d'être produits sur papier plutôt que par des moyens technologiques.

Ainsi, l'AJBM suggère donc de retirer cette expression aux articles 26 et 66. Le fait que le moyen technologique soit « approprié » suffirait pour permettre de mettre des balises là où il le faudrait.

De plus, puisque les justiciables (et même souvent les avocats) ignorent quelles sont les ressources à la disposition du tribunal, il devrait être impératif que les règlements des tribunaux en fasse état, afin que tous puissent gérer leurs dossiers en conséquence. Autrement, les parties pourraient se voir obligées de produire leurs documents en double, en version électronique et sur support papier, afin de s'assurer que le tribunal puisse en prendre connaissance s'il s'avérait qu'il ne dispose pas des ressources technologiques nécessaires.

Finalement, l'AJBM soumet qu'il faudrait éventuellement songer à ce que les règlements des tribunaux soient modifiés afin que l'utilisation des supports informatiques devienne la règle plutôt que l'exception, tant pour la communication d'actes de procédures et de pièces que pour la production des cahiers d'autorités¹². À cet égard, nous notons que peu de temps après l'entrée en vigueur du Code actuel (réforme de 2003), la Cour supérieure concluait déjà que la communication de pièces volumineuses sur support électronique respectait davantage la règle de la proportionnalité¹³. Or, à notre connaissance, aucune mesure concrète n'a été prise depuis ce temps pour favoriser ce mode de transmission.

(b) Une limite législative

Puisque l'utilisation des moyens technologiques est une mesure devant favoriser l'accès à la justice et la proportionnalité pour tous, il n'apparaît pas justifié de prévoir que les parties non-représentées puissent opposer sans justification un veto à la notification par moyen technologique (art. 133, 2^e al.).

¹² À défaut de prévoir la production de toute la jurisprudence sur support informatique, des listes de jugements dont les justiciables seraient dispensés de production devraient être établies pour chaque tribunal, afin de limiter les coûts monétaires et environnementaux qu'engendre la reproduction superflue.

¹³ *Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville)*, C.S. Montréal, 500-05-000385-953, 11 juillet 2005, j. Morneau. Voir aussi l'analyse de cette décision dans Geneviève MARCOTTE, « La règle de la proportionnalité des moyens prend des proportions nouvelles », dans *Repères*, Novembre 2005, EYB2005REP405.

6. L'appel sur permission (art. 29 à 32)

(a) Les procédures abusives

Considérant le but du législateur de freiner les procédures abusives, il serait utile de modifier la règle prévue au paragraphe 3 de l'article 30 afin que tous les jugements prononçant une sanction en raison du caractère abusif d'une demande en justice ne puissent faire l'objet d'un appel que sur permission, plutôt que seulement ceux qui « rejettent » la demande en justice en raison de son caractère abusif.

En effet, il est paradoxal de constater que les cas les plus lourds d'abus – où non seulement le rejet s'impose, mais où il est par surcroît nécessaire d'accorder des dommages-intérêts ou des dommages punitifs, ou encore de prononcer une déclaration de quérulence – se voient accorder un accès plus facile à l'appel en bénéficiant d'un appel de plein droit¹⁴.

(b) Les mesures de gestion d'instance

La formulation du deuxième alinéa de l'article 31 et celle de l'article 32 sont susceptibles de créer une problématique quant à la distinction de ce qui constitue une objection à la preuve, contrairement à une mesure de gestion de l'instance.

Jusqu'à présent, il a toujours été reconnu que le rejet ou le refus d'une preuve par expert constituait un jugement interlocutoire appelable sur permission en vertu de l'article 29 C.p.c., parce que ce jugement maintenait une objection à la preuve ou ordonnait que soit faite une chose à laquelle le jugement final ne pourrait remédier¹⁵. Cette question interpelle « l'équilibre qui doit prévaloir entre l'exercice du pouvoir de gestion accordé au juge et le droit d'une partie d'être pleinement entendue »¹⁶.

Or, le Projet de loi 28 associe les décisions qui concernent la production d'une expertise au domaine de la gestion de l'instance, tel qu'il appert du paragraphe 2 de l'article 159.

Le droit à une audition pleine et entière étant un élément central du processus judiciaire¹⁷, il est nécessaire de s'assurer que le droit d'appeler sur permission demeure, comme pour les autres jugements interlocutoires qui maintiennent une objection à la preuve. Il ne faudrait pas que le simple fait qu'une décision empêchant ou limitant la preuve par expert ait été rendue dans l'intérêt de la proportionnalité entraîne l'impossibilité d'un recours en appel, si d'autres principes de la procédure civile n'ont pas été respectés. Le commentaire formulé à la section 4 c) ci-dessus au sujet des « principes directeurs de la procédure civile » prend ici tout son sens.

Le même commentaire s'applique pour d'autres mesures qualifiées de « gestion d'instance » dans le Projet de loi 28, telles le fait de « préciser les questions en litige » (art. 159 (1)).

¹⁴ *Comito c. Markos*, 2010 QCCA 1173 (dommages-intérêts); *F.L. c. Lesage*, 2010 QCCA 784 (quérulence).

¹⁵ *Gaudet c. St-Jean*, 2012 QCCA 2054, par. 3; *Presse Itée (La) c. Poulin*, 2012 QCCA 1080, par. 1; *Assurance mutuelle des fabriques de Montréal c. Pilon*, 2012 QCCA 1681, par. 3.

¹⁶ *Gaudet c. St-Jean*, 2012 QCCA 2054, par. 6.

¹⁷ *Fondation Élite jeunesse c. 9196-9709 Québec inc.*, 2012 QCCA 589, par. 11.

7. Le seuil de compétence de la Cour du Québec (art. 35)

Puisque le *Code de procédure civile* constitue l'outil de référence des justiciables, il serait important que le seuil de compétence de la Cour du Québec soit refondu directement dans le *Code de procédure civile*, et non simplement mentionné dans un avis publié dans la Gazette Officielle du Québec.

8. La compétence territoriale en première instance (art. 41 à 48)

(a) Le contrat d'adhésion

Il est superflu de mentionner « à moins que cette convention ne soit un contrat d'adhésion », au troisième alinéa de l'article 41.

Le contrat est la loi des parties, qu'il soit d'adhésion ou le résultat d'une négociation. Une clause de désignation de for comprise dans un contrat d'adhésion qui s'avère abusive pourra être annulée en vertu du droit commun, conformément à l'article 1437 C.c.Q.

De plus, le Projet de loi 28 prévoit déjà à l'article 43, 4^e alinéa, une série de contrats impliquant des parties jugées vulnérables, pour qui toute convention contraire est inopposable, ce qui assure déjà la réalisation de l'objectif législatif.

(b) Les requêtes en cours d'instance

Par ailleurs, l'AJBM suggère que l'article 48 devrait également prévoir la possibilité de faire entendre une « demande » (non introductive d'instance) dans un autre district, afin de permettre la flexibilité requise dans les cas où les ressources du tribunal d'un district s'avèreraient insuffisantes.

9. L'abus de procédure (art. 51 à 56)

(a) La nécessité d'une réflexion plus approfondie

Nous comprenons qu'en introduisant les articles 54.1 et suiv. du Code actuel en juin 2009, le législateur tentait de donner aux parties des moyens innovateurs pour se prémunir contre les débordements procéduraux. Cependant, en raison de leur caractère trop général, ces dispositions ont été employées à toutes les sauces par des parties exaspérées de subir des mesures qui étaient peut-être disproportionnées, mais qui n'étaient pas pour autant abusives. Malheureusement, les nouvelles dispositions ont donc elles-mêmes donné lieu à des débordements déplorés par les tribunaux¹⁸.

Quatre ans après l'entrée en vigueur des articles 54.1 et suiv. du Code actuel, le droit concernant l'abus de procédure n'est toujours pas clair à plusieurs égards. Le législateur avait bien prévu que des ajustements pourraient s'avérer nécessaires, et avait ainsi imposé au ministre de la Justice

¹⁸ Voir notamment *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, par. 30 : « [...] Courts must even guard against article 54.1 C.C.P. itself being invoked abusively by defendants who are inclined to cry wolf in the absence of any palpable threat of impropriety. After all, proper access to the courts is a value to be preserved for both sides to a dispute. [...] »

l'obligation de présenter un rapport sur la mise en œuvre des nouvelles dispositions¹⁹. Or, un tel rapport ne fut pas présenté, et le Projet de loi 28 fut déposé.

Le texte des articles 51 à 56 du Projet de loi 28 apporte des changements qui méritent d'être salués, puisqu'ils permettent de rectifier des situations qui se sont avérées problématiques sous le Code actuel. Il en est ainsi de :

- La rectification apportée au libellé de l'article 51, afin d'éliminer la confusion introduite par l'arrêt *Acadia Subaru c. Michaud*²⁰ qui entraînait l'exigence d'un caractère « blâmable » dans la conduite de la procédure ou une intention sous-jacente équivalente à la mauvaise foi.
- La proposition de limiter la preuve qui pourra être présentée, comme le prévoit le deuxième alinéa de l'article 52.
- La précision apportée au troisième alinéa de l'article 52, à l'effet que les poursuites-bâillons doivent être entendues en priorité.

L'AJBM est toutefois d'avis qu'une revue plus en profondeur s'impose pour régler les écueils vécus sous l'application des articles 54.1 et suiv. du Code actuel.

(b) La position générale de l'AJBM

Il n'est pas souhaitable que les justiciables doivent s'accuser constamment d'abus de procédure pour pouvoir obtenir l'assistance du tribunal dans la gestion de l'instance. Cela nuit à l'image du système de justice.

Si l'un des objectifs majeurs de la réforme est de donner du poids à la règle de proportionnalité introduite en 2003, il faut s'attaquer à cette situation de façon spécifique.

Toutes les procédures disproportionnées ne sont pas abusives.

« [...] un juge peut conclure qu'un acte de procédure est d'une nature disproportionnée au point de devenir un abus; en contrepartie, on sait que les plaideurs de mauvaise foi ont tendance à agir de façon disproportionnée. Toutefois, il faut se prémunir contre un amalgame total de ces deux mesures procédurales qui visent, en principe, à remédier à des situations différentes et comportent généralement des sanctions distinctes. Ainsi, un juge n'hésitera pas, la plupart du temps, à rejeter une procédure abusive mais, par contre, il se limitera à encadrer celle qui est disproportionnée. »

Préfontaine c. Lefebvre, 2011 QCCA 196, par. 19

La loi et la jurisprudence imposent un degré de certitude élevé pour conclure à l'abus procédural. Il est tout à fait normal et souhaitable qu'il en soit ainsi, considérant les conséquences graves qui découlent de la qualification d'abus de procédures, tant pour les parties que pour leurs procureurs, et l'image du système de justice en général. Toutefois, dans ces circonstances, la possibilité qu'il

¹⁹ *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens au débat public*, L.Q. 2009, c. 12, art. 7.

²⁰ 2011 QCCA 1037.

« paraisse » y avoir un abus (art. 53) semble soulever une contradiction, d'autant plus que la bonne foi se présume (art. 2805 C.c.Q.).

Les tribunaux devraient disposer de mesures pour réprimer et sanctionner les manquements procéduraux qui constituent des manquements manifestes à la règle de la proportionnalité, et ce, même si la procédure n'est pas en soi abusive. Cela reflèterait l'effet initialement recherché par le législateur en référant à l'« apparence d'abus ».

Le fardeau qui s'impose à la partie qui présente une demande invoquant l'abus de procédure devrait aussi être révisé et clarifié. À cet égard, il faut noter que :

- L'article 52 du Projet de loi 28 reprend l'expression « sommairement ». Cette expression a été interprétée comme référant à la façon dont la preuve est administrée, et non au fardeau de preuve qui incombe au requérant²¹. Or, considérant que la réforme retire la possibilité de présenter de la preuve, il va de soi que la demande sera présentée « sommairement ».
- La procédure en deux étapes qui est prévue à l'article 52 du Projet de loi 28 et à l'article 54.2 du Code actuel est inutilement complexe. Au bout du compte, le degré de certitude est tellement exigeant²² que la partie qui fait la demande de déclaration d'abus se trouve à porter sur ses épaules le fardeau de « convaincre » le tribunal de l'existence de l'abus, ce qui n'est pas différent du fardeau qui incombe à la partie requérante pour toute autre demande faite au tribunal.

Finalement, une « preuve appropriée » – donc sommaire, par définition – devrait pouvoir être déposée sur autorisation du tribunal, plutôt que « si le tribunal l'estime nécessaire ». Cela serait davantage conforme à l'état du droit et aux principes de la procédure civile qui exigent que ce soient les parties qui décident des moyens qui seront soumis au tribunal, et non ce dernier qui prévoit la preuve qu'il désire entendre.

D'ailleurs, la « preuve appropriée » est déjà prévue pour d'autres demandes « sommaires » : lors de la présentation des moyens préliminaires (art. 155) et au stade de l'autorisation d'une « action collective » (art. 574). Il s'agit essentiellement d'une preuve qui ne soulève pas de véritable contestation. Une preuve faisant état d'un aveu extrajudiciaire permet, par exemple, une démonstration très efficace. Il en est de même des pièces exhibées et reconnues lors de l'interrogatoire, ainsi que des documents obtenus de la partie à qui l'on veut les opposer.

(c) Les poursuites-bâillons

Des obstacles importants se sont posés dans l'application des articles 54.1 et suiv. du Code actuel aux poursuites-bâillons, même s'il s'agissait de l'objet principal de la réforme de 2009.

En effet, les tribunaux ont exercé une grande réserve face à de nombreuses poursuites qui avaient toute l'apparence de poursuites-bâillons. Entre autres, bien que la Cour d'appel ait conclu dans

²¹ « Brièvement, promptement, sans les formalités de l'enquête et de l'instruction au fond » : *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037; *McKibben c. Townend*, 2011 QCCS 135; *Intact, compagnie d'assurances c. Garoy Construction inc.*, 2010 QCCS 1134.

²² La « plus grande prudence » doit être exercée et l'abus doit être « manifeste ». Voir notamment *Aliments Breton (Canada) inc. c. Bal Global Finance Canada Corporation*, 2010 QCCA 1369; *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037.

Développements Cartier Avenue inc. c. Dalla Riva, 2012 QCCA 431 que « confrontés à une poursuite-bâillon, [les tribunaux] doivent intervenir sans délai », elle a aussi renversé plusieurs décisions de première instance qui avaient mis en œuvre des sanctions qu'elle a jugées trop sévères²³. Aussi, rares sont les décisions qui ont rejeté des poursuites-bâillons au stade interlocutoire²⁴. Il est d'ailleurs fort difficile de le faire, puisque les poursuites en diffamation opposent deux droits fondamentaux qu'il faut mettre en équilibre, ce qui est souvent impossible au stade interlocutoire.

Dans cette optique, les mesures législatives doivent être renforcées afin d'à tout le moins dissuader davantage l'institution de telles poursuites et d'en contrôler l'étendue. Nous proposons donc que tout litige mettant en cause le droit à la protection de la réputation (poursuite en diffamation) soit automatiquement soumis à une gestion particulière d'instance. Cela assurerait une protection additionnelle pour le défendeur, étant entendu que la disponibilité d'un juge bien au fait du dossier pour en régler les incidents devrait tempérer les ardeurs de demandeurs qui chercheraient à détourner les fins de la justice afin de limiter la liberté d'expression.

(d) Les propositions de l'AJBM

L'AJBM suggère donc l'adoption du texte suivant :

~~52. Si une partie établit sommairement que la demande en justice ou l'acte de procédure peut constituer un abus, il revient à la partie qui l'introduit de démontrer que son geste n'est pas exercé de manière excessive ou déraisonnable et se justifie en droit.~~

La demande est présentée et contestée oralement, et le tribunal en décide sur le vu des actes de procédure et des pièces au dossier et, le cas échéant, de la transcription des interrogatoires préalables à l'instruction. ~~Aucune autre preuve n'est présentée, à moins que le tribunal ne l'estime nécessaire.~~ Seule une preuve appropriée peut être présentée, avec l'autorisation du tribunal.

La demande faite au tribunal de se prononcer sur le caractère abusif d'un acte de procédure qui a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte d'un débat public est, en première instance, traitée en priorité.

53. Le tribunal peut, dans un cas d'abus, rejeter la demande en justice ou un autre acte de procédure, supprimer une conclusion ou en exiger la modification, refuser un interrogatoire ou y mettre fin ou encore annuler une citation à comparaître. Dans un tel cas ou lorsqu'il ~~paraît y avoir un abus y a manquement manifeste à la règle de la proportionnalité~~, le tribunal peut, s'il l'estime approprié :

[...]

²³ *Guimont c. RNC Média inc. (CHOI-FM)*, 2012 QCCA 563; *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037.

²⁴ Voir, par exemple, *Constructions Infrabec inc. c. Drapeau*, 2010 QCCS 1734 et 2332-4197 *Québec inc. c. Galipeau*, 2010 QCCS 3427 (jugement par défaut), ou à titre de contre-exemple, *Barrick Gold Corporation c. Éditions Écosociété inc.*, 2011 QCCS 4232.

158. Afin d'en assurer le bon déroulement, le juge en chef peut, en raison de la nature, du caractère ou de la complexité d'une affaire, ordonner à tout moment, d'office ou sur demande, une gestion particulière et en confier la charge au juge qu'il désigne. Ce juge a la responsabilité, en cours d'instance, de décider de toutes les demandes incidentes, de tenir, le cas échéant, la conférence de gestion et celle préparatoire à l'instruction et de rendre les ordonnances appropriées, à moins que pour pallier un empêchement un autre juge ne le remplace temporairement. Le juge désigné peut aussi être chargé de présider l'instruction et de rendre jugement sur le bien-fondé de la demande principale.

Toute instance mettant en cause le droit à la protection de la réputation est soumise à une gestion particulière d'instance.

- (e) L'attribution des frais judiciaires : un autre moyen de réprimer les abus de procédure

Tel que l'AJBM le soulignait dans son mémoire intitulé *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites-bâillons*, adressé à l'Assemblée nationale en date du 1^{er} février 2008, la question des procédures abusives « doit être envisagée dans le cadre beaucoup plus large de l'accessibilité à la justice et plus particulièrement d'une réforme en profondeur de l'attribution des dépens en droit québécois. Seule une telle réforme pourra définitivement décourager l'institution de procédures frivoles et dilatoires ». Nous traiterons de cette question sous la section 32 ci-dessous.

10. L'État (art. 75 à 81)²⁵ et l'intérêt pour agir en justice (art. 85)

- (a) La rubrique

La section qui s'appelait antérieurement « Des causes intéressant l'État » a été renommée « Les droits particuliers de l'État » (Livre I, Titre IV)²⁶. Il faut alors se demander si le législateur entend véritablement favoriser l'État dans le Projet de loi 28, comme le laisse entendre le titre de cette section.

- (b) La règle de droit (art. 76)

L'expression « règle de droit » utilisée à l'article 76 est imprécise, et risque d'étendre indûment la nécessité d'un avis au procureur général, notamment dans les cas où la remise en question d'une « règle de droit », jurisprudentielle ou autre, n'entraînerait pas de contestation de l'action de l'État.

- (c) Les questions d'intérêt public

Une modification terminologique est introduite à l'article 79 : la possibilité pour l'État d'intervenir dans une instance pour le seul motif que l'instance « met en cause une question d'intérêt public »,

²⁵ L'AJBM souligne deux coquilles au passage : (1) à l'article 77, l'on devrait lire « des conclusions », plutôt que « ses conclusions »; (2) à l'article 81, l'on devrait lire « s'il est démontré » et non « s'il leur est démontré ».

²⁶ Nous vous référons aux commentaires soulevés précédemment en ce qui a trait à l'importance des rubriques dans l'interprétation des lois, à la section 4 c) ci-dessus.

et ce, « sans avis ni formalités et sans avoir à démontrer un intérêt », contrairement au Code actuel qui prévoit des droits pour l'État dans les « causes intéressant l'État », soit les « instance[s] touchant l'application d'une disposition d'ordre public ». (art. 99 du Code actuel).

Si cette modification n'est pas censée entraîner de changement au niveau du sens de la disposition, l'AJBM préconiserait que la formulation du Code actuel soit conservée.

Si cette modification est censée élargir les causes dans lesquelles le procureur général peut intervenir, il serait important que Projet de loi 28 trace les balises de cette intervention en prévoyant une définition de ce que constituent les « questions d'intérêt public ». Cette définition devrait correspondre aux cas où le procureur général a un intérêt juridique pour agir, en sa qualité de procureur général.

Dans le cas contraire, l'implication de l'État, comme partie additionnelle dans un litige fondamentalement privé, serait susceptible de constituer une source de multiplication des coûts et procédures pour les justiciables au cœur de ce litige, en sus des coûts que l'État doit supporter pour y participer.

Par ailleurs, dans la mesure où le législateur désire augmenter la participation aux instances soulevant des « questions d'intérêt public », il devrait également modifier l'article 85, en ce qui a trait à l'intervention des citoyens dans de tels débats.

En effet, le second alinéa de l'article 85 reprend un critère jurisprudentiel restrictif qui était anciennement appliqué quant à l'intérêt pour agir du citoyen « qui entend soulever une question d'intérêt public », soit l'exigence de « l'absence d'un autre moyen efficace de saisir [le tribunal] de la question ». Or, le critère désormais applicable, selon la Cour suprême du Canada²⁷, est le suivant : la contestation constitutionnelle constitue-t-elle « une manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour » (italiques dans l'original, soulignements ajoutés). Par ailleurs, un citoyen doit démontrer qu'il a un intérêt véritable (art. 85, 2^e. al.).

11. La simplification de la procédure (art. 101)

L'AJBM accueille très favorablement les efforts de simplification de la procédure, qui permettront de réduire de façon significative les coûts associés à la formulation d'une demande au Tribunal.

Cette procédure allégée devrait également être applicable en matière de rectification de jugement.

(a) La nécessité de préciser les moyens pour agir

Il sera nécessaire de mettre en œuvre des mesures permettant aux justiciables de savoir à qui adresser leurs demandes et comment, pour que l'article 101 puisse avoir de véritables effets pratiques. En effet, il existe peu de circonstances où un justiciable, ou même un avocat, peut s'adresser à un juge en particulier en dehors des canaux de la chambre de pratique ou du coordonnateur des juges en chambre – outre le cas de la gestion particulière d'instance.

²⁷ *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, [2012] 2 R.C.S. 524.

(b) L'oralité

Si l'oralité est fort souhaitable, en ce qu'elle réduit les coûts de la procédure et le formalisme, il faudrait toutefois s'assurer que cela ne devienne pas un moyen de contourner les exigences de la procédure civile.

D'abord, les parties devraient avoir l'obligation de dénoncer les demandes orales prévisibles qu'elles entendent présenter au tribunal, afin de ne pas prendre la partie adverse par surprise et lui permettre de se préparer adéquatement. Dans le cas contraire, il faudrait prévoir la possibilité d'un ajournement.

Par ailleurs, il faudrait modifier le deuxième alinéa de l'article 101 afin que toute demande qui repose sur des faits dont la preuve n'est pas au dossier, qu'elle soit orale ou écrite, soit appuyée du serment de celui qui allègue ces faits. En effet, rien ne justifie qu'une demande orale puisse reposer sur des faits dont la preuve n'est pas au dossier.

12. Le serment (art. 106)

À la lumière des commentaires formulés à la section 9, ci-dessus, concernant les procédures abusives, nous soumettons qu'il est exagéré de prévoir que la simple répétition d'allégations puisse constituer un abus de la procédure.

13. La notification (art. 109 à 140)

Avec respect, nous constatons que de nombreuses irrégularités affectent les dispositions du chapitre qui concerne la notification, ce qui complexifie passablement cette notion fondamentale de la procédure civile.

Au terme de son examen, l'AJBM soumet avec respect que les dispositions concernant la notification nécessitent une reformulation en profondeur.

(a) La terminologie

Il existe dans le Projet de loi 28 plusieurs vestiges de la « signification », là où le législateur entend probablement plutôt référer à la notification (voir, notamment, la contradiction entre l'article 139 (1) et l'article 269).

Aussi, l'expression « signification par huissier » devrait être proscrite, considérant la définition du terme « signification » qui est prévue au deuxième alinéa de l'article 110. Il devrait en être de même de l'expression « notifie[r] par un autre mode que la signification » utilisée au deuxième alinéa de l'article 139, qui devrait tout simplement être remplacée par « notifier ».

(b) La nécessité d'une preuve de signification

Tel que soulevé en exergue à la section 4 b), ci-dessus, la notification est essentielle à la mise en œuvre du droit d'être entendu et au maintien du principe de stabilité des jugements.

La preuve de notification permet de s'assurer que ces principes élémentaires de la procédure civile sont respectés. À cet égard, l'article 107 prévoit le dépôt au greffe des actes de procédure avec preuve de leur notification, et l'article 309 impose au tribunal l'obligation de vérifier que les intéressés au débat ont été dûment appelés.

Ces principes devraient s'appliquer en tout temps, sans exception. Dans ces circonstances :

- Nous sommes d'avis qu'il est illusoire de prévoir, à l'article 110, 1^{er} al., que le contexte puisse ne pas exiger la constitution d'une preuve de notification, outre les cas de transmission par avis public. La dernière phrase de l'article 110, 1^{er} al., devrait être retiré.

D'ailleurs, la notification par avis public a toujours été un moyen de dernier recours (art. 138 du Code actuel) et devrait absolument le demeurer. En ce sens, il serait nécessaire de prévoir la notification par avis public dans une disposition distincte.

- Il n'est pas non plus opportun de prévoir qu'il ne soit pas nécessaire, sauf demande d'une partie, de déposer la preuve de la notification, du seul fait qu'elle a été effectuée par un moyen technologique, comme le prévoit la dernière phrase du deuxième alinéa de l'article 134.
- Par ailleurs, il faut se questionner sur la fiabilité que peut réellement présenter un bordereau non assermenté pour valoir à titre de preuve de la notification par un moyen technologique (art. 134, 2^e al.). Il serait plus approprié d'exiger la production d'un extrait du système technologique par lequel la notification a été faite, qui ferait état des informations demandées au deuxième alinéa de l'article 134.

(c) La notification en mains propres ou par un intermédiaire (art. 121 à 128)

L'inclusion des dispositions contenues aux articles 121 à 128 sous la rubrique « Section II : La signification ou la notification par huissier » laisse croire que les règles ne s'appliquent qu'aux huissiers, alors qu'elles devraient s'appliquer également aux messagers, postiers, etc.

Nous proposons donc que ces articles soient déplacés sous le titre « Section I – Les règles générales », après l'article 110.

(d) La notification par la poste (art. 130 et 131)

Il est difficile de comprendre, en pratique, comment la poste peut constituer un moyen de notification adéquat, répondant aux principes élémentaires de la procédure civile et permettant de respecter les délais de notification prévus au Code. L'utilisation de ce moyen risque de générer de très nombreuses requêtes en rétractation de jugement.

D'abord, les délais pour la transmission par la poste régulière peuvent varier considérablement, et il n'y a aucun moyen de s'assurer quand un acte notifié sera reçu. Par ailleurs, la « preuve » de l'envoi qui serait constituée par une déclaration de l'expéditeur n'offre aucune garantie de fiabilité (art. 130).

D'un autre côté, le moment de la réception d'un acte par poste recommandée dépend de la volonté du récipiendaire de se rendre dans un bureau de poste, de ses disponibilités pour ce faire et des heures d'ouverture des bureaux de poste. À cet égard, il faut noter que l'article 140 du Code actuel qui prévoit la signification par poste recommandée est désuet : il présume qu'un postier se présentera au domicile de la partie muni d'un avis de réception, et que cet avis de réception sera signé par le récipiendaire au même moment.

Ainsi, bien que la poste soit un mode de transmission convivial, nous ne pouvons recommander ce mode de communication comme étant approprié aux fins de la notification exigée par un code de procédure civile.

(e) Varia

De façon plus générale, soulignons que :

- Le Projet de loi 28 prévoit généralement la notification « aux parties ». Il faut donc se demander s'il n'y a pas eu un oubli du législateur d'inclure une disposition semblable à l'article 78 du Code actuel qui prévoit la notification aux procureurs, lorsque les parties sont représentées.
- Article 111 : Au premier alinéa de l'article 111, il serait plus opportun de parler de la notification faite « aux » avocats, notaires et huissiers plutôt qu'« entre » eux, étant entendu qu'il est possible que notification leur soit faite par une partie qui se représente seule.
- Au deuxième alinéa de l'article 111, il serait plus conséquent de prévoir que la notification est réputée être faite à 7 heures le jour juridique suivant. Dans le cas contraire, un délai d'une heure s'imposerait entre une signification faite un jour non juridique et celle faite au commencement du premier jour juridique suivant, sans justification apparente.
- Article 112 : Dans le contexte du Projet de loi 28, l'article 112 fait double-emploi avec l'article 110 en ce qui a trait aux modes de notification. En effet, comme la notification est autorisée selon « tout » mode de communication, il n'y a plus lieu d'obtenir d'autorisation du tribunal pour utiliser un « autre » mode de communication. L'article 112 n'est utile que si l'on retire la possibilité de notifier par « avis public » à l'article 110.
- Article 116 : À l'article 116, le législateur a-t-il véritablement souhaité supprimer la possibilité de laisser les documents à la « résidence » du destinataire, en n'employant désormais que le mot « domicile »?²⁸
- Article 125 : Le législateur a-t-il véritablement souhaité supprimer la possibilité de laisser les documents à un « établissement » du destinataire?²⁹
- Article 128 : Il est impossible de savoir qu'une personne est « représentée » par un cabinet d'avocat ou qu'un notaire « agit » pour une personne, en dehors de procédures judiciaires ou d'un cadre contractuel. Cette disposition doit donc absolument être précisée.
- Article 129 : Puisque le législateur a cru nécessaire de prévoir la signification (par huissier) pour plusieurs procédures (art. 77, 139, 140, 188, 226, etc.), à l'exclusion des autres moyens de notification dont l'utilisation de moyens technologiques, il semble particulier que le devoir du huissier de laisser un avis de visite à la partie qui doit recevoir signification puisse être satisfait en transmettant l'avis par un moyen technologique.

²⁸ Comparativement à l'article 123 du Code actuel. Le retrait du terme « résidence » est d'autant plus surprenant qu'il est employé à l'article 128.

²⁹ Comparativement à l'article 130 du Code actuel.

- Article 139 et 140 : La « Section IV – La notification de certains actes de procédure », comprenant les articles 139 et 140, se trouve à la toute fin des dispositions sur la notification, alors qu'elle contient des dispositions extrêmement importantes dont la nature est plutôt celle de « règles générales ».
- L'article 140 devrait se trouver immédiatement après l'article 109, et que l'article 139 devrait se trouver immédiatement après l'article 110.
- Article 208 : Toutes les parties doivent avoir en mains un seul et même dossier procédural. Il est donc nécessaire de notifier aux autres parties tout acte modifié qui a été versé au dossier de la Cour, et l'article 208 devrait être modifié en conséquence.

14. L'avis d'assignation (art. 146)

Le quatrième alinéa de l'article 146 devrait être précisé afin d'identifier quelles sont les « options offertes au défendeur en réponse à l'assignation ».

15. Le protocole de l'instance (art. 148 à 153)

(a) Plus de précision

L'AJBM est favorable à l'obligation de convenir d'un protocole de l'instance réfléchi, qui permettra d'assurer une plus grande prévisibilité dans le déroulement de l'instance.

Nous suggérons par ailleurs l'ajout de certaines mesures susceptibles d'encadrer encore plus précisément le déroulement de l'instance. Ainsi, en sus des obligations déjà prévues, l'AJBM propose que les parties devraient énoncer, dans le protocole de l'instance :

- Le mode de notification qui sera employé par les parties;
- Le mode de conservation des interrogatoires;
- La liste des engagements prévisibles qui seront requis des témoins interrogés au préalable;
- Les sujets et motifs des objections anticipées, afin de permettre qu'elles soient tranchées avant l'interrogatoire, au besoin;
- Les motifs pour lesquels le demandeur n'a pas pu communiquer son expertise avant la présentation de la demande en justice³⁰;
- La liste des témoignages qui pourraient faire l'objet de déclarations écrites, qui devraient être recueillies dans le cadre de la mise en état du dossier;

³⁰ Le *Règlement de procédure civile*, R.R.Q., c. C-25, r. 11, art. 71 actuellement en vigueur prévoit que le demandeur communique ses rapports d'expertise au jour de la présentation de sa demande ou au jour de l'échéance convenue entre les parties ou fixée par le tribunal. En pratique, cette disposition est très peu utilisée et mériterait de l'être davantage afin de favoriser la transparence des débats et l'obligation de coopération entre les parties qui est prévue au Projet de loi 28 (art. 20).

- La liste des tiers susceptibles de détenir des documents ou des éléments de preuve relatifs au litige et les démarches devant être effectuées pour y obtenir accès avant le procès.

(b) La nécessité d'un modèle de protocole d'instance

Le Projet de loi 28 prévoit que le ministre de la Justice pourra préparer des modèles d'actes de procédures et de documents (art. 104). L'AJBM est d'avis que le protocole d'instance devrait faire l'objet d'un tel modèle, ne serait-ce que pour assister les parties qui se représentent seules à comprendre le déroulement des étapes successives d'un litige.

16. Les mesures de gestion (art. 159)

Il est fort souhaitable que le tribunal dispose de plus grands pouvoirs de gestion d'instance. Toutefois, certaines des mesures dites de « gestion » à l'article 159 dépassent largement ce cadre.

Bien que nous comprenions que le législateur ait voulu élargir certains pouvoirs dont le tribunal pouvait antérieurement disposer, et que certaines règles jurisprudentielles applicables jusqu'à maintenant puissent devoir être revues en conséquence, il existe certaines de ces règles qui doivent continuer de s'imposer, dans la mesure où les motifs pour lesquels elles ont été établies n'ont pas changé avec la réforme.

« Le tribunal a l'obligation de donner aux justiciables dont il décide des droits et des obligations dans le cadre d'un litige dont il est saisi l'occasion de faire valoir leur point de vue et de présenter une preuve au soutien de leurs prétentions. Ce principe fondamental est exprimé par la maxime audi alteram partem. Il fait partie des règles de la justice naturelle qui forment l'encadrement minimal de tout processus de nature judiciaire. Il fait également partie des principes de justice fondamentale, garantis dans certaines circonstances par la Charte canadienne des droits et libertés. La contravention à ce principe vicie la compétence du tribunal et entache de nullité l'ensemble des procédures subséquentes, y compris le jugement.

L'objet de cette obligation est de permettre aux parties de porter à la connaissance du tribunal, avant que celui-ci ne rende une décision qui affecte leur situation juridique, l'ensemble des éléments pertinents pour la décision. Les parties peuvent donc mettre en preuve les faits constitutifs du litige et ceux qui permettent au tribunal de comprendre et d'apprécier leur situation et leur conduite. Elles peuvent lui présenter l'opinion d'experts dans des domaines de compétence qui ne relèvent pas du tribunal, afin de lui permettre de tirer les conclusions appropriées des faits mis en preuve.

[...]

L'importance cruciale de l'obligation faite au tribunal de donner aux parties la possibilité de faire valoir leurs moyens tient au fait que cette possibilité constitue leur seul moyen légitime d'influer sur le tribunal.

[...]

Luc HUPPÉ, Le régime juridique du pouvoir judiciaire, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2000, p. 116 et 117.

(a) La nature des ordonnances de gestion

« [...] [les] ordonnances [de gestion de l'instance] ne peuvent faire l'objet d'un appel puisqu'elles sont essentiellement révisables au fur et à mesure de l'évolution du dossier et des difficultés rencontrées afin de le mettre en état pour l'instruction sur le fond. »

Sobeys Québec inc. c. Dagenais, 2012 QCCA 2219, par. 40

« [...] cette fonction de gestion d'instance n'implique pas que le juge pourrait empêcher une partie d'exercer un droit [...] »

Marcotte c. Longueuil (Ville), 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65, par. 67

La proportionnalité est de mise, dans tous les cas. Elle ne peut toutefois permettre d'occulter les autres principes de la procédure civile, sans nuire à la qualité de la justice qui est appelée à être rendue.

D'abord, les parties ont été traditionnellement reconnues comme étant « maîtres de leur dossier » parce que ce sont elles qui connaissent le dossier et non le tribunal, qui y est extérieur. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit d'un juge qui se voit ponctuellement saisi d'une demande en cours d'instance.

Ensuite, sans minimiser l'importance de la proportionnalité, il faut comprendre que les règles de preuve et les fardeaux qui s'imposent aux parties ne changent pas selon la nature ou la complexité du litige, ni selon les montants en jeu (sauf exception, tel l'article 2862 C.c.Q.), ni selon les ressources judiciaires disponibles :

- Celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention (art. 2803 C.c.Q.);
- Le tribunal ne peut prendre connaissance d'office des faits précis générateurs de droit dans un litige donné (art. 2805 C.c.Q.)³¹;
- La preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous moyens (art. 2857 C.c.Q.);
- Les objections sont d'ordre privé, et le tribunal ne peut y suppléer d'office (art. 2859 C.c.Q.);
- La « meilleure preuve » doit être produite (art. 2860 C.c.Q.);
- Il existe des cas où la preuve d'expert est nécessaire pour éviter que le tribunal ne tombe dans l'arbitraire en analysant les règles de l'art d'un domaine spécialisé de façon purement subjective³².

³¹ *Gregory c. Château Drummond inc.*, 2012 QCCA 601, par. 67.

³² *Leduc c. Soccio*, 2007 QCCA 209.

C'est pourquoi il faut prendre garde de ne pas étendre le pouvoir du tribunal en matière de « gestion d'instance » jusqu'à lui permettre de rendre des ordonnances qui ne sont pas révisables par le juge du fond (qui dispose d'une meilleure connaissance du dossier), avec pour effet ultime d'empêcher les parties de faire valoir leurs moyens et de faire leur preuve.

- (b) La pertinence de l'expertise ne peut être déterminée au stade interlocutoire, sauf exception (art. 159 (2))

Nous comprenons que l'une des pièces maîtresses de la réforme est de réduire les coûts relatifs à l'utilisation de la preuve par expertise.

Cela dit, la jurisprudence a toujours refusé – avec raison –, qu'un tribunal se prononce sur la pertinence et l'utilité des rapports d'expert au stade interlocutoire, sauf lorsqu'ils sont manifestement inadmissibles en preuve en vertu des articles 2857 ou 2858 C.c.Q.

« En règle générale, il appartient au juge du fond de statuer sur la pertinence, l'utilité, la nécessité et la valeur probante d'un rapport d'expertise de même que sur les qualifications de l'expert. »

Donald BÉCHARD, « L'expert : recevabilité, qualification et force probante », dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUEBEC, Les dommages en matière civile et commerciale (2006), p. 127, à la page 127.

« La règle générale suivant laquelle il appartient au juge du fond de statuer sur la pertinence, l'utilité, la nécessité et la valeur probante d'un rapport d'expertise est bien connue.

Il s'agit d'une règle dictée par la prudence. Elle repose sur le postulat que la décision sera plus avisée si elle est prise par un juge informé.

Cette règle peut cependant être modulée lorsque la question à trancher en est une de droit pour laquelle la connaissance factuelle n'est pas en cause. En effet, dans une perspective de saine administration de la justice, il serait inconséquent de forcer une partie à un litige à produire un rapport d'expertise en réponse à un rapport qui apparaît, à la face même des procédures, étranger aux véritables questions à trancher. Les articles 4.1 et 4.2 C.p.c. permettent au juge, même à une étape préliminaire, de se saisir de la question et, dans les cas clairs, de limiter le débat en écartant au dossier une preuve non pertinente. »

St-Adolphe-d'Howard (Municipalité de) c. Chalets St-Adolphe inc., 2007 QCCA 1421, par. 12-14.

Or, rien dans la réforme ne vient modifier les considérations qui justifient la prudence actuellement exercée par les tribunaux : le juge du fond demeurera le seul qui soit « informé » du dossier. Dans ces circonstances, il ne paraît pas approprié qu'un juge qui n'est pas au fait du dossier puisse prononcer une ordonnance irréversible qui a pour effet d'empêcher une partie de présenter sa preuve.

(c) L'expertise ne « résout » jamais un litige (art. 159 (2))

« Le témoignage d'un expert, malgré la qualité de ce dernier, ne lie toutefois pas le tribunal. Ce témoignage est apprécié selon sa valeur probante de la même façon que le tribunal apprécie le témoignage d'un témoin ordinaire. Le juge privilégie la preuve d'un fait ou de circonstances par un témoin qui en a eu connaissance plutôt que l'existence hypothétique de ce fait ou de ces circonstances rapportée par un expert. L'appréciation de l'ensemble de la preuve relève entièrement du juge. »

Denis FERLAND et Benoît ÉMERY, Précis de procédure civile du Québec, Vol.1 (Art. 1-481 C.p.c.), 4^e éd., 2003

Nous comprenons que la modification du libellé proposé à l'article 155 (2) de l'Avant-projet de loi démontre l'ouverture du législateur aux commentaires formulés par de nombreux intervenants au stade de l'Avant-projet de loi. Nous saluons cette écoute.

Toutefois, le texte de l'article 159 (2) du Projet de loi 28 semble toujours contraire au principe cité en exergue – qui est par ailleurs codifié à l'article 238, où l'on indique que « les conclusions de l'expert ne lient pas le tribunal non plus que les parties ».

L'expertise est un moyen de preuve soumis à l'appréciation du tribunal, comme tous autres moyens de preuve. L'expert n'a pas pour mission de « résoudre » le litige.

C'est pourtant ce que prévoit l'article 159 (2), en laissant entendre que confronté à une seule expertise, non contredite, dans un domaine qui dépasse la compétence personnelle du juge, ce dernier acceptera les conclusions qui lui sont présentées, faute d'argument contraire, et délèguera ainsi à l'expert son pouvoir de décider du litige. Cette situation est préoccupante; d'autant plus que, dans bien des domaines, il n'y a pas unanimité parmi les spécialistes et ceux-ci peuvent valablement diverger d'opinion sur une question particulière. De plus, les experts ne sont pas arbitres des faits.

Il peut exister des domaines portant à peu de controverse, notamment en matière de quantification de dommages. L'expert commun devrait être privilégié dans ce type de circonstances. Par ailleurs, dans la mesure où la considération principale qui justifie le recours à l'expertise commune est le coût des expertises pour les parties, il semble difficile de comprendre ce qui justifierait d'imposer aux parties qui désirent produire des expertises distinctes, d'un commun accord, de retenir les services d'un expert commun. Finalement, le fardeau de justifier l'imposition d'une expertise commune devrait revenir à la partie qui requiert une telle expertise.

L'article 159 (2) devrait être reformulé afin de mieux refléter ces préoccupations.

L'AJBM propose le texte suivant :

« 159.

[...]

2° évaluer l'objet et la pertinence de l'expertise, qu'elle soit commune ou non, en établir les modalités ainsi que les coûts anticipés et fixer un délai pour la remise du rapport; si les parties

n'ont pu convenir d'une expertise commune, l'une ou plusieurs des parties requiert le dépôt d'une expertise commune, apprécier le bien-fondé de leurs motifs et imposer, le cas échéant, l'expertise commune, si le respect du principe de proportionnalité l'impose et que cette mesure, tenant compte des démarches déjà faites, permet de résoudre efficacement le litige sans pour autant mettre en péril le droit des parties à faire valoir leurs prétentions permet de circonscrire la contestation aux points litigieux; »

(d) D'autres solutions doivent être privilégiées

La responsabilisation des parties pour les choix qu'elles font dans leur usage du système judiciaire serait une avenue à privilégier davantage. Mécanisme d'imputabilité par excellence : le remboursement des honoraires extrajudiciaires.

À cet égard, l'affaire *Corriveau c. Canoe inc.*, 2010 QCCS 3396 constitue un exemple à suivre. Parce que la partie défenderesse avait tardé à admettre sa faute et avait ainsi créé un débat superflu, la partie demanderesse avait encouru des honoraires inutiles, dont un montant raisonnable lui fut remboursé. Par analogie, le tribunal pourrait décider de l'inutilité d'avoir des rapports d'expert provenant des deux parties et mitiger les frais de justice en conséquence, voire faire supporter les coûts superflus au vainqueur.

(e) La gestion particulière d'instance : une nécessité

Si le législateur décide de maintenir les choix législatifs qui sont discutés dans la présente section, la recommandation de l'AJBM de prévoir la gestion d'instance particulière pour tous les dossiers où la valeur de l'objet en litige excède 500 000\$, à moins d'un consentement des parties à l'effet contraire – formulée d'abord en marge du Rapport d'évaluation de la *Loi portant réforme du Code de procédure civile* (mémoire produit en date du 1^{er} février 2008) et répétée dans son Mémoire concernant l'Avant-projet de loi – prendrait encore davantage d'importance. Il faudrait également ajouter une telle exigence dans les instances où une ou des parties se représentent seules.

En effet, cette mesure permettrait de réduire les chances que des décisions affectant les droits des parties ne soient rendues dans un contexte où le juge ne détient pas une connaissance suffisante du dossier.

« La pertinence est une notion malléable. En outre, percevoir la pertinence ou l'absence de pertinence d'un élément d'information dans un litige en cours suppose que l'on ait des points de repère, c'est-à-dire que l'on ait une bonne compréhension de ce sur quoi les parties ont lié contestation, qu'on sache comment évolue le dossier et qu'on ait une idée d'ensemble de ce qui en constitue le contenu au moment où l'on est appelé à se prononcer. [...] le juge responsable de la gestion de l'instance est nettement mieux placé qu'un autre pour se prononcer sur une question de pertinence. Ce type de question, comme plusieurs autres, "se prête mal à des décisions sporadiques rendues par différents juges avec une appréhension différente du dossier". »

Eagle Globe Management Ltd. c. Bombardier inc., 2011 QCCA 1513, par. 5

Cela dit, même cette mesure n'est pas une panacée.

« Il est vrai que les tribunaux ont l'obligation de voir à ce que les parties ne gaspillent ni temps ni argent. Ils doivent, dans ce contexte, identifier dans la mesure du possible les principaux points litigieux en cause et voir à ce que le procès soit conduit avec autant de célérité et d'économie que possible. Cela s'inscrit d'ailleurs tout à fait dans la règle de la proportionnalité codifiée à l'article 4.2 du Code de procédure civile.

Toutefois, le Tribunal ajoute que, même si un juge est saisi de la gestion particulière d'un dossier, il y a lieu de maintenir la distinction qui existe entre le degré de preuve requis au stade préliminaire et celui analysé lors de l'audition au fond.

Il est vrai que le juge saisi de la gestion particulière peut acquérir au fil du temps une connaissance assez approfondie de l'ensemble du dossier. Dans ce contexte, les procureurs n'ont pas à reprendre, lors de la présentation des différentes requêtes incidentes, tout l'historique du dossier.

Toutefois, cela ne peut avoir pour effet de demander au juge chargé de la gestion particulière de statuer prématurément sur le fond du litige sous prétexte qu'il porte deux chapeaux, à moins, évidemment, d'être en présence de cas si clairs que l'intérêt de la justice en soit ainsi préservé. »

Aliments Breton (Canada) inc. c. Oracle Corporation Canada inc., 2009 QCCS 3477, par. 36-39

17. La défense orale (art. 171 et 172)

(a) La terminologie

La procédure actuelle en matière de défense « orale » en est une qui confond même les praticiens les plus expérimentés. En effet, une défense « orale » est normalement consignée dans un écrit, ce qui est paradoxal. Il serait opportun de profiter de la réforme pour clarifier la situation.

Par ailleurs, l'AJBM se questionne quant à l'opportunité de départager les règles de procédure qui régissent l'instance en fonction d'un seul acte de procédure : la défense. Bien que les praticiens aient appris à référer aux instances soumises à une procédure rapide comme étant des « procédures à défense orale », cette association n'est pas aussi évidente pour les justiciables appelés à appliquer le *Code de procédure civile*.

L'expression « procédure allégée » (abolie avec la réforme de la procédure civile de 2003) était plus conforme à l'esprit qui devait animer le type de procédure désormais soumis à la défense orale. Une expression similaire devrait être privilégiée.

(b) Plus de clarté

Il est absolument nécessaire que les parties soient en mesure d'anticiper quel sera le cheminement de leur dossier lorsqu'elles négocient le protocole de l'instance. Si l'on veut que les parties soient « prêtes » à procéder au moment de la présentation (art. 155), il faut qu'elles aient pu prévoir que leur instance sera soumise à une défense orale, et, idéalement, que les moyens de défense aient été communiqués avant la présentation. Dans le cas contraire, l'une ou l'autre des parties se dira prise par surprise – probablement avec raison – et obtiendra le report de l'audition.

L'exigence de prévisibilité du droit est aussi amplifiée du fait que le tribunal peut ordonner d'office que la défense soit orale (art. 159 (6)). Les parties et le tribunal doivent connaître les règles du jeu.

Or, l'article 171 est très vague lorsqu'il prévoit que la défense est orale « dans tous les cas où l'affaire ne présente pas un degré élevé de complexité ou lorsqu'il y a intérêt à ce qu'elle soit décidée rapidement. » Tous les demandeurs diront qu'ils ont intérêt à ce que leur demande soit décidée rapidement, cela va de soi.

L'article 175.2 du Code actuel, bien que long, avait à tout le moins l'avantage d'être clair. Inspiration devrait en être tirée aux fins de préciser l'article 171.

18. La mise en état du dossier (art. 173 à 178)

(a) Le délai de rigueur (art. 173, 1^{er} al.)

Le délai d'inscription des dossiers, tel qu'il est prévu au premier alinéa de l'article 173, est susceptible de varier en fonction de la célérité des parties à déposer un protocole de l'instance, ou celle de la Cour à en faire la vérification. Il sera ainsi impossible pour les parties de planifier le déroulement de l'instance adéquatement, la durée totale de l'instance leur étant inconnue.

L'AJBM suggère donc que le délai de six (6) mois ou d'un (1) an débute soixante (60) jours après la signification de la demande, dans tous les cas.

(b) Les prolongations de délais (art. 173, 2^e al.)

L'AJBM comprend que le législateur ait voulu prendre des mesures pour s'assurer que le délai d'inscription en soit véritablement un qui soit de « rigueur » et éviter les demandes de prolongation de délai à répétition. Toutefois, le critère qui est prévu à l'article 173 – 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 » – est trop exigeant.

La prolongation des délais du Code actuel (même ceux qui sont de rigueur) a toujours dépendu – avec raison – de la diligence des parties à agir. Ce qu'il faut éviter, ce sont les plaideurs négligents, désinvoltes ou désintéressés³³. Transformer l'obligation de moyens qu'est celle d'évaluer les différents délais de l'instance en obligation de résultat tiendrait d'une mesure de punition plutôt que d'une mesure de saine gestion de l'instance, tel que la Cour d'appel le soulignait récemment.

« [...] le juge peut toujours relever la partie défaillante de son défaut si l'intérêt de la justice le requiert [...]. C'est donc à tort que le juge de première instance a appliqué le critère de l'impossibilité d'agir prévu à l'article 110.1 alinéa 3 C.p.c. [...] »

Son exaspération devant un dossier qui progresse à pas de tortue est, certes, compréhensible. Il aurait dû, malgré tout, résister à la tentation de « punir » les appelants et plutôt, les relever de leur défaut en présence des explications du nouvel avocat de ces derniers qui, en toute bonne foi, n'a pas réussi à réunir tous les documents prévus [...] contrairement à ce qu'il croyait pouvoir faire lorsqu'il s'y est engagé [...]. »

Société de Bougainville, s.e.n.c. c. Gervais, 2012 QCCA 432, par. 14 et 15.

³³ Pierre Roy & Associés inc. c. Moneyconnect, détenteur de titres inc., 2009 QCCA 1561 (prolongation des délais en appel); Genest c. Labelle, 2009 QCCA 2438; Mitri c. Lafleur, 2010 QCCA 1254; 6270791 Canada inc. c. Cusacorp Management Ltd., 2010 QCCA 1814.

Par ailleurs, selon le libellé du deuxième alinéa de l'article 173, il semble que des prolongations de délai ne pourront être accordées que lorsqu'une conférence de gestion initiale aura effectivement eu lieu. Cette approche limitative semble résulter d'une imprécision dans la rédaction, plutôt que d'un choix législatif. Une correction devrait être apportée afin d'éviter toute ambiguïté.

(c) La déclaration commune des parties doit être plus complète (art. 174)

L'article 174 prévoit des obligations de divulgation moins onéreuses que le formulaire de déclaration conjointe de dossier complet actuellement utilisé en Cour supérieure dans la division de Montréal – qui favorise une grande transparence entre les parties au moment de l'inscription du dossier.

Dans la mesure où le législateur resserre énormément les obligations de divulgation des parties dès le début de l'instance, par l'entremise du protocole d'instance, l'obligation de transparence devrait être tout aussi importante, sinon plus, au moment de l'inscription du dossier. Après tout, il s'agit alors de planifier comment le temps d'audition, ressource précieuse de notre système judiciaire, sera utilisé par les parties.

Ainsi, nous proposons que soient ajoutées à l'article 174 :

- L'obligation pour les parties de dénoncer leur position quant aux pièces et aux autres éléments de preuve communiqués, incluant les pièces dont elles admettent l'authenticité ou le contenu³⁴;
- L'obligation pour les parties de dénoncer les sujets sur lesquels chaque témoin sera appelé à témoigner, la durée prévue de leur témoignage, la langue prévue de leur témoignage et la nécessité qu'un interprète soit présent;
- L'obligation de fournir une liste des objections prises sous réserve au stade interlocutoire, qui doivent être tranchées par le juge du fond, ainsi qu'une liste des objections anticipées qui seront faites lors de l'instruction;
- L'obligation pour les parties de dénoncer les moyens technologiques qu'elles entendent utiliser lors de l'instruction, afin que le tribunal et les parties puissent se préparer en conséquence.

Aussi, l'AJBM se questionne à savoir s'il ne serait pas opportun pour les parties de divulguer les fondements juridiques sur lesquels reposent leurs positions respectives. En effet, au stade de la mise en état du dossier, les parties complètent leur analyse des faits du dossier, sans avoir eu l'occasion d'échanger sur les règles de droit qu'elles entendent invoquer à procès. Cela découle notamment des règles de procédure qui prévoient que seuls les faits doivent être allégués (art. 20 et 99).

Un échange plus tôt dans le processus – plutôt qu'au seul moment des plaidoiries finales – permettrait de rentabiliser la période d'attente entre la mise en état du dossier et l'instruction de la cause. Les parties pourraient profiter de ce délai pour vérifier et valider le bien-fondé en droit

³⁴ Cela aurait l'avantage de limiter le temps d'audition requis pour entendre des témoins aux seules fins d'éviter le ouï-dire documentaire, alors que les documents parlent d'eux-mêmes et qu'il n'existe pas de motifs raisonnables de douter de leur fiabilité.

des prétentions faites de part et d'autre, régler entre elles les points qui ne font pas véritablement l'objet d'une contestation et faire des admissions en droit.

Cela pourrait également alimenter les discussions de règlement du litige. La négociation libre et éclairée entre les parties favoriserait les désistements dans les dossiers voués à l'échec et les règlements dans les dossiers où les deux parties ont des chances raisonnables d'obtenir gain de cause. Une économie judiciaire considérable pourrait alors être réalisée, souvent avant même qu'une date de procès n'ait été fixée.

(d) L'expertise ne sert pas à « trancher » des points (art. 174 (5))

Les commentaires formulés à la section 17 (c) ci-dessus s'appliquent avec les adaptations nécessaires.

(e) La déclaration commune (art. 174, 2^e al.)

Le mécanisme d'inscription prévu par la combinaison des articles 173 et 174 a pour effet de raccourcir de 60 jours le délai dont les parties disposent actuellement pour déposer une déclaration commune de dossier complet.

Exiger le dépôt de la déclaration commune à l'expiration du délai de six (6) mois ou d'un (1) an présume que les parties soient en mesure de négocier cette déclaration avant même que le dossier soit parvenu à maturité. Or, il n'est pas réaliste de penser que des parties peuvent s'entendre sur un inventaire de pièces, des admissions, la durée de l'instruction, etc. alors que leur dossier n'est pas encore en état.

Il faudrait plutôt accorder un délai aux parties pour compléter la déclaration commune à la suite de l'inscription du dossier, comme c'est le cas actuellement.

Par ailleurs, le remède en cas d'impossibilité de s'entendre sur une déclaration commune devrait être la tenue d'une conférence de gestion portant sur l'aplanissement des points de discorde. Toutefois, si une seule partie a déposé une proposition de déclaration commune avant l'expiration du délai, cette déclaration devrait être réputée confirmée, dans ce cas.

(f) La radiation d'une inscription prématurée (art. 176)

La demande d'inscription faite prématurément ou irrégulièrement devrait pouvoir être radiée « sur demande », et non seulement d'« office ».

19. La conférence préparatoire (art. 179)

Afin d'assurer l'utilisation efficace des ressources du tribunal, la proportionnalité des moyens et la qualité de la justice, l'AJBM soumet que la conférence préparatoire devrait, dans la mesure de la disponibilité des ressources dont dispose le tribunal, être tenue devant le juge chargé de l'instruction.

Cela permettrait d'éviter aux parties de devoir exposer devant deux juges différents les tenants et aboutissants de leur litige, et permettrait au juge du fond d'acquérir une connaissance du dossier avant l'audition au mérite.

De plus, il serait pertinent de prévoir la possibilité d'établir une liste d'autorités dont les parties seraient dispensées de faire la production sous forme papier, permettant ainsi d'énormes économies d'un point de vue monétaire, mais également environnemental.

20. L'intervention de tiers à l'instance (art. 188)

Le terme « acte d'intervention » porte à confusion lorsqu'il est utilisé en matière d'intervention forcée. Par souci de clarté, nous suggérons de référer plutôt à la mise en cause forcée et à la demande en garantie.

21. Les incidents concernant les avocats des parties (art. 191 à 195)

Nous comprenons que l'article 193 vise à codifier les situations entraînant potentiellement l'incapacité d'un procureur. Cependant, le libellé de cet article ne reflète pas fidèlement les principes retenus dans la jurisprudence en la matière.

En effet, en ce qui a trait à la confidentialité, ce qui doit être évité est le fait pour un avocat « d'utiliser à mauvais escient des renseignements confidentiels » ou de « se placer dans une situation où sa représentation efficace est compromise »³⁵.

Par ailleurs, l'article 195 entraîne une ingérence du tribunal qui a pour répercussion potentielle de nier le libre choix à l'avocat, un droit fondamental reconnu implicitement à l'article 34 de la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*³⁶. Lorsque la demande est faite par la partie adverse, la jurisprudence reconnaît que « le Tribunal se doit d'intervenir avec prudence lorsqu'il s'agit d'écarter du dossier un avocat choisi par une partie »³⁷. Cette prudence s'impose aussi lorsque le Tribunal agit d'office.

Ainsi, plutôt que de permettre au tribunal d'imposer la représentation distincte d'office, nous suggérons que le tribunal devrait s'enquérir auprès des parties quant à leur choix d'avocat et les informer de la possibilité de se représenter seules ou d'être représentées par un avocat différent, pour ensuite les laisser exercer leur libre choix à l'avocat.

22. La récusation (art. 201 à 205 et 572)

La confiance du public dans le système de justice repose en grande partie sur la présomption d'impartialité des juges. Il est important que les règles concernant la récusation reflètent cette réalité.

La notion de récusation fait l'objet d'un important corpus jurisprudentiel qui applique constamment les mêmes enseignements³⁸.

Pour demander la récusation d'un juge, il faut renverser la présomption d'impartialité et faire la démonstration de facteurs objectifs qui mènent à la conclusion qu'un observateur

³⁵ *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, 2013 CSC 39.

³⁶ L.R.Q., c. C-12.

³⁷ *Hornstein c. Hornstein*, J.E. 2006-284 (C.S.), par. 20.

³⁸ Voir notamment *Committee for Justice and Liberty c. L'Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Droit de la famille – 1559*, [1993] R.J.Q. 625 (C.A.); *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259; *Quebecor inc. c. Société Radio-Canada*, 2011 QCCA 387.

raisonnablement informé craindrait que justice ne sera pas rendue. Le critère requis pour ce faire a toujours été celui d'une « crainte raisonnable de partialité » aux yeux de la « personne raisonnable ». Le « sérieux » des motifs subjectifs a quant à lui toujours été employé comme un mécanisme de contrôle secondaire, pour vérifier s'il est justifié même d'entretenir la possibilité de renverser la présomption grave d'impartialité du tribunal.

De plus, pour assurer l'intégrité du système judiciaire, le critère applicable a toujours été celui de l'apparence de partialité, plutôt que celle de l'impartialité *de facto*.

« [...] Il est évidemment impossible de déterminer exactement l'état d'esprit d'une personne qui a rendu une décision [...]. C'est pourquoi les cours de justice ont adopté le point de vue que l'apparence d'impartialité constitue en soi un élément essentiel de l'équité procédurale. Pour assurer l'équité, la conduite des membres des tribunaux [...] est appréciée par rapport au critère de la crainte raisonnable de partialité. Ce critère consiste à se demander si un observateur relativement bien renseigné pourrait raisonnablement percevoir de la partialité chez un décideur. [...] »

Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities), [1992] 1 R.C.S. 623

L'article 201 marque donc un écart important par rapport à la jurisprudence constante de nos tribunaux supérieurs lorsqu'il prévoit que l'« une des parties » doit avoir des « motifs sérieux de douter de l'impartialité ». En effet, cette formulation pourrait être interprétée comme important une dimension subjective non souhaitable dans le processus de récusation.

Par ailleurs, l'AJBM est préoccupée de constater qu'un juge puisse être nommé comme juge gestionnaire d'une action collective malgré l'existence d'une cause de récusation connue, tel qu'il est prévu au premier alinéa de l'article 572, *in fine*. En effet, l'absence d'apparence d'impartialité du tribunal est ce qui crée une cause de récusation. Il ne peut donc pas exister de cause de récusation qui ne porte pas atteinte à l'exigence d'impartialité du juge.

De plus, le législateur avait par le passé pris soin de laisser au juge visé par une demande de récusation de décider si son impartialité pouvait paraître être en cause. Cette approche a l'avantage de préserver la présomption grave d'impartialité du tribunal, qui est cruciale à l'intégrité du système judiciaire et à la confiance du public en ce dernier. Il n'existe aucune justification apparente au fait de déroger à cette règle dans le contexte des actions collectives. D'une part, les justiciables qui exercent leur droit d'accès à la justice par l'intermédiaire de ce moyen procédural particulier ont droit aux mêmes garanties procédurales que les autres justiciables; il en est de même des défendeurs, pour qui les enjeux d'une action collective sont souvent énormes.

Finalement, l'on peut concéder que le critère de l'« inimitié capitale » prévu au paragraphe 5 de l'article 234 du Code actuel méritait une clarification pour permettre une meilleure compréhension par les justiciables. Toutefois, la formulation du paragraphe 6 de l'article 202 du Projet de loi 28 apporte un changement radical aux principes applicables jusqu'à maintenant.

Il est depuis longtemps reconnu que « la demande de récusation ne doit en aucun cas devenir un moyen de choisir la personne devant présider les débats »³⁹. S'il suffisait pour une partie ou son avocat d'injurier un juge ou d'exprimer des menaces envers ce dernier afin de pouvoir se

³⁹ Louis-Paul CULLEN, « La récusation d'un juge saisi d'un litige civil », SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire (2001)*, 2001, p. 79.

constituer un motif de récusation, comme cela est prévu au paragraphe 6 de l'article 202 du Projet de loi 28, il y aurait accroc à ce principe. L'approche retenue dans le Projet de loi 28 sera d'autant plus problématique en présence d'un plaideur quérulent, dont l'une des caractéristiques reconnues est d'utiliser un langage injurieux et de se plaindre de la prétendue partialité des juges⁴⁰.

Cela dit, nous saluons le changement qui a été apporté afin de considérer l'impact de la relation entre le juge et l'avocat d'une partie. En effet, il ne faudrait pas qu'une inimitié du juge envers le représentant de la partie, qui en est le prolongement et qui s'adresse à la Cour à l'exclusion de la partie elle-même, rejaillisse sur cette dernière et nuise à la possibilité qu'elle obtienne justice.

23. L'interrogatoire préalable à l'instruction (art. 221 à 230)

L'AJBM avait formulé de nombreux commentaires concernant les interrogatoires préalables, dans son Mémoire concernant l'Avant-projet de loi. Nous comprenons que le législateur n'a pas retenu ces commentaires. Dans cette optique, d'autres préoccupations doivent être soulevées.

(a) La communication de documents (art. 221)

Plus que les interrogatoires eux-mêmes, ce sont les demandes d'engagements qui entraînent des délais considérables dans la mise en état des dossiers.

Puisque le législateur entend mettre l'accent sur la coopération entre les parties pour la divulgation de la preuve (art. 20) et qu'il désire réduire la durée des interrogatoires préalables (art. 229), il semble inopportun de consacrer du temps précieux d'interrogatoire à la « communication d'un document ».

De plus en plus de juges invitent les parties à s'adresser des demandes de communication de documents avant la tenue des interrogatoires. Cela a l'avantage de permettre la tenue d'un interrogatoire éclairé, et d'éviter la nécessité d'un nouvel interrogatoire à la suite de la communication des documents. Cette pratique devrait être codifiée afin de remplir les objectifs de la réforme.

Les demandes de communication de documents pourraient par ailleurs être amendées à la suite de l'interrogatoire, afin d'ajouter les documents qui n'avaient pu être prévus auparavant.

(b) La citation à comparaître (art. 226, 1^{er} al.)

L'AJBM ne comprend pas l'utilité de la deuxième phrase du premier alinéa de l'article 226, étant entendu que l'article 221 prévoit déjà que les interrogatoires ne peuvent être faits que s'ils ont été prévus dans le protocole de l'instance.

Par ailleurs, nous sommes d'avis que dans tous les cas, par équité pour le témoin qui se verra interrogé, ce dernier devrait recevoir une citation à comparaître détaillée au moins cinq jours avant la date prévue pour l'interrogatoire.

⁴⁰ Brousseau c. Montréal (Ville de), 2012 QCCA 1547, par. 2.

(c) Les litiges impliquant l'auteur présumé ou avéré d'un acte criminel (art. 226, 2^e al.)

L'AJBM comprend la sensibilité du législateur à la protection des victimes d'actes criminels présumés ou avérés. Cependant, avec respect, nous soumettons que le deuxième alinéa de l'article 226 va trop loin à cet égard.

D'abord, il est à craindre que cette règle ne génère de la confusion, particulièrement en matière familiale, dans le domaine de la responsabilité civile pour dommages corporels ou en matière de fraude, où les actes faisant l'objet du litige ressemblent à la définition d'un « acte criminel » quelconque prévu au *Code criminel*⁴¹ (« C.cr. »). Sans qu'un juge n'ait tranché la question ou même qu'une plainte criminelle n'ait été retenue pour instruction, une telle proposition est susceptible de générer de nombreux abus.

Le choix du législateur québécois nous laisse d'autant plus perplexe que même en matière criminelle, le législateur fédéral n'a prévu la limitation de l'interrogatoire que dans les circonstances précises qui sont énoncées aux articles 486.1 à 486.3 C.cr. De plus, dans ces cas, la demande doit normalement être soumise à un juge, qui doit nommer un avocat pour agir en lieu et place de l'accusé lorsque l'accusé est empêché de procéder lui-même au contre-interrogatoire.

En matière civile, la victime devrait aussi s'adresser à la Cour pour faire valoir ses motifs et obtenir une ordonnance spéciale à cette fin. Par ailleurs, les honoraires raisonnables de l'avocat nommé par le tribunal, le cas échéant, devraient être considérés comme faisant partie des frais de justice.

(d) Les objections (art. 228)

L'expression « intérêt légitime important » employée au deuxième alinéa de l'article 228 porte à confusion et devrait être clarifiée, sans quoi elle risque d'être invoquée à toutes les sauces. À cet égard, il faudrait à tout le moins préciser que le respect des règles de preuve prévues au *Code civil du Québec* constitue un « intérêt légitime important ».

Par ailleurs, nous comprenons que le législateur ait voulu accélérer la tenue des interrogatoires préalables et ait voulu par conséquent limiter au strict minimum les objections qui pourraient nuire au déroulement de ces derniers. L'obligation de répondre à toutes questions visées par une objection fondée sur la pertinence, prévue au troisième alinéa de l'article 228, permet certes de remplir l'objectif de célérité de la justice.

Elle peut toutefois nuire aux objectifs de proportionnalité, de simplification de la procédure, de qualité de la justice et au respect dû au témoin lorsqu'elle permet le questionnement de ce dernier sur un sujet dont l'absence de pertinence est manifeste. En effet, bien que le cadre général de la pertinence ait depuis longtemps été élargi et que les parties aient été généralement invitées à prendre leurs objections « sous réserve », tous ont toujours été d'accord pour dire que le fait de se livrer à une « expédition de pêche » « ne peut pas et ne doit pas être toléré »⁴². Rien ne justifie qu'il en soit autrement dans le prochain code de procédure civile : un témoin ne doit pas être forcé de répondre à des questions inutiles ou abusives.

⁴¹ L.R.C. 1985, c. C-46.

⁴² *Eurobloq inc. c. Matériaux de construction Oldcastle Canada inc.*, 2013 QCCA 509, par. 17.

D'ailleurs, il ne faut pas oublier que bien que les interrogatoires préalables soient confidentiels au Québec avant qu'ils ne soient produits⁴³, cela n'est pas vrai dans toutes les juridictions. Aux États-Unis, par exemple, les transcriptions sont communiquées, en règle générale, dans le cadre de la divulgation de la preuve, et certains tribunaux américains refusent de reconnaître la confidentialité des transcriptions même si c'est la règle dans l'état étranger. Forcer un témoin à répondre à une question dès qu'elle est posée risque ainsi de porter atteinte à l'équité procédurale et aux droits des témoins.

Ne serait-ce que pour cette raison, mais aussi pour éviter de polluer le dossier de la Cour avec des extraits d'interrogatoire qui pourraient ultérieurement être déclarés inadmissibles, il faudrait exiger que les réponses fournies « sous réserve » soient consignées séparément⁴⁴.

(e) L'interrogatoire « inutile » ou abusif (art. 230)

Considérant que le législateur a prévu le droit du témoin de refuser de répondre à certaines questions (art. 228, 2^e al.) et a imposé l'obligation de répondre à toutes les autres questions qui lui sont posées, nous nous interrogeons quant à savoir quand il pourra être « mis fin » à un interrogatoire, au motif que ce dernier serait « inutile » ou « abusif ».

24. L'expertise (art. 231 à 241)

L'AJBM a fait part de nombreux commentaires concernant l'expertise, au stade de l'Avant-projet de loi.

Puisque la réforme va de l'avant, nous soulevons quelques préoccupations additionnelles quant au libellé de certains articles.

(a) La divulgation des instructions données à l'expert (art. 232, 235 et 238)

Les articles 232, 235 et 238 contiennent des exigences de divulgation des « instructions » données aux experts, qui s'avèrent selon nous problématiques.

La jurisprudence a établi que chaque partie devait bénéficier du privilège relatif au litige⁴⁵, basé sur le besoin d'une zone protégée destinée à faciliter l'enquête et la préparation du dossier en vue de l'instruction contradictoire. Dans cet espace de confidentialité, une partie est en mesure de préparer ses arguments en vue du litige à venir.

Avant le dépôt du rapport d'expert, il suffit pour les parties de connaître la « nature » de l'expertise, ce que prévoit déjà l'article 148 (4).

Or, nous notons que les articles 232 et 235 ne spécifient pas le moment où la divulgation des « instructions » données à l'expert doit avoir lieu. Si la divulgation des « instructions » doit également être faite tôt dans le processus, elle pourrait avoir pour effet de contraindre une partie à dévoiler de façon prématurée sa stratégie pour le litige. Cette situation risquerait d'inciter les

⁴³ *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743

⁴⁴ *Mémoire du Barreau du Québec sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 19 décembre 2011, p. 24.

⁴⁵ *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; *Informatique Côté, Coulombe inc. c. Groupe Son X Plus inc.*, 2012 QCCA 2262; *Union canadienne (L'), compagnie d'assurances c. St-Pierre*, 2012 QCCA 433.

parties à avoir recours à des experts à l'extérieur du cadre des procédures judiciaires, simplement pour être en mesure de préparer leur cause de façon adéquate, avant de donner un mandat à un second expert qui, lui, sera appelé à produire un rapport et à témoigner. Ainsi, la mesure aurait un effet opposé à l'objectif visé et entraînerait une multiplication des coûts d'expertise.

Afin d'éviter ce problème, plutôt que d'exiger la divulgation des « instructions » données à l'expert, nous sommes d'avis qu'il serait plus opportun d'exiger que l'expert indique dans son rapport : (1) les questions sur lesquelles porte son expertise; (2) les hypothèses sur lesquelles il fonde son expertise; (3) la documentation considérée et retenue au soutien de l'expertise, incluant la littérature scientifique pertinente.

De cette façon, la partie adverse serait informée des limites de l'expertise dès le dépôt du rapport, ce qui permettrait de préserver le privilège relatif au litige jusqu'à ce moment. Cette obligation devrait être prévue à l'article 238.

(b) Le paiement des honoraires de l'expert (art. 233)

Il faut prendre garde de ne pas transformer l'expertise commune en provision pour frais déguisée. Une partie qui se voit déjà « imposer » un expert commun, d'office ou sur demande de la partie adverse, ne doit pas être par surcroît forcée d'en assumer tous les coûts et d'ainsi financer le litige. Afin d'assurer que les parties soient sur un pied d'égalité pendant l'instance, étant entendu que ni l'une, ni l'autre n'aura prouvé le bien-fondé de ses prétentions au stade où l'expertise commune pourra être ordonnée, il serait nécessaire de prévoir que les frais de l'expert commun soient partagés à parts égales, sauf circonstances exceptionnelles.

Pour les mêmes motifs, il paraît inéquitable de rendre solidaire la responsabilité du paiement des honoraires de l'expert commun. Si le législateur présume que les deux parties bénéficieront du rapport de l'expert commun, chacune doit être tenue au paiement de sa part. Autrement, une partie pourrait devoir répondre de l'insolvabilité de la partie adverse⁴⁶, ce qui est une conséquence injuste à imposer à des personnes dont les intérêts sont fondamentalement opposés.

Si le législateur désire garantir à l'expert commun que ses frais seront payés, il devrait s'assurer que le montant des honoraires de l'expert soit fixé au moment de rendre son jugement imposant une expertise conjointe, exiger que ce montant soit déposé au greffe du tribunal et en permettre le retrait uniquement au moment du dépôt du rapport d'expert.

(c) La fin du mandat de l'expert par décision du tribunal (art. 237 et 241)

Les articles 237 et 241 ne sont pas clairs quant à savoir s'ils s'appliquent aux experts retenus par les parties, à l'expert commun ou à l'expert commis par le tribunal. La référence au fait qu'« une partie » peut demander le remplacement ou le désaveu de l'expert est également imprécise.

Ces ambiguïtés causent une confusion importante : ces dispositions sont-elles là pour justifier qu'une partie puisse réviser les engagements qu'elle a pris dans le protocole de l'instance (obtenir des délais pour produire un nouveau rapport, modifier la « nature » du rapport, changer l'identité de l'expert) ou pour permettre à la partie adverse de faire écarter à l'avance la preuve que l'autre partie entend présenter au procès?

⁴⁶ Art. 1538 C.c.Q.

Dans le premier cas, l'utilité de ces dispositions paraît douteuse si elles s'appliquent aux experts retenus par les parties. En effet, ce type de situation constituerait certainement une situation qui ne pouvait être prévue à l'avance, qui permettrait au tribunal de modifier le protocole de l'instance (art. 173).

Dans le deuxième cas, ces dispositions paraissent octroyer un contrôle sur la preuve de la partie adverse qui dépasse le cadre de notre système contradictoire.

De façon plus importante encore, les expressions « manque gravement à ses devoirs », « irrégularité » et « erreur grave » nous semblent introduire des notions difficiles à cerner, qui risquent de créer une multitude de débats incidents qui seront le plus souvent sans fondement.

Fut-ce nécessaire de le rappeler :

« Il est dangereux d'exclure a priori une preuve d'expertise, sauf s'il est manifeste qu'elle n'a aucune valeur probante. Or, celle-ci est généralement déterminée au moment où l'enquête est close et que toute la preuve a été soumise au tribunal. La recevabilité et la valeur probante du témoignage d'un expert doivent généralement être décidées par le juge saisi du fond du litige ».

Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, La preuve civile, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 334

Il existe en réalité très peu de cas où un rapport d'expert peut être rejeté avant procès parce qu'irrecevable. Après avoir fait « preuve de prudence et de sagesse »⁴⁷ le tribunal peut rejeter un rapport d'expert au stade interlocutoire principalement lorsque : (1) le rapport apparaît, à la face même des procédures, étranger aux véritables questions à trancher⁴⁸; (2) l'expert usurpe manifestement les fonctions du juge⁴⁹; (3) l'expertise est produite à l'extérieur du délai convenu selon le contrat judiciaire, sans qu'il n'existe de motif justifiant que la partie soit relevée du défaut.

La prétendue « partialité » d'un expert n'est quant à elle pas un motif justifiant le rejet de son rapport : il s'agit simplement d'un motif qui diminue la crédibilité de l'expert, affectant ainsi la valeur probante du rapport⁵⁰. Tel est le cas notamment de l'expert interne d'une partie qui est son employé, de l'expert qui soumissionne pour faire des travaux correctifs, du médecin traitant qui témoigne en faveur de la partie, du comptable habituel d'une partie, etc.⁵¹

Pour ces motifs, l'AJBM croit qu'une partie qui constate l'existence des problématiques mentionnées aux articles 237 et 241 concernant le rapport d'expert de la partie adverse doit avoir l'obligation de les dénoncer sans délai, mais qu'elle ne doit pas avoir l'obligation de faire trancher ses prétentions avant l'instruction comme cela est actuellement prévu auxdits articles, qui devraient être reformulés en conséquence.

⁴⁷ *Assurance mutuelle des fabriques de Montréal c. Pilon*, 2012 QCCA 1681.

⁴⁸ *St-Adolphe-d'Howard (Municipalité de) c. Chalets St-Adolphe inc.*, 2007 QCCA 1421.

⁴⁹ *Presse Itée (La) c. Poulin*, 2012 QCCA 2030.

⁵⁰ L'article 295 du Code actuel est d'ailleurs à cet effet.

⁵¹ Donald BÉCHARD, « L'expert : recevabilité, qualification et force probante », dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUEBEC, *Les dommages en matière civile et commerciale* (2006), p. 127.

25. La conservation de la preuve (art. 253 à 257)

L'AJBM appuie fortement l'introduction de mécanismes plus élaborés qui permettront de recueillir de la preuve avant l'instance.

Cependant, nous suggérons que la contrepartie de ce droit, à savoir l'obligation de préserver la preuve lors d'un litige, devrait également être élaborée davantage.

Ainsi, au-delà de la brève référence à la nécessité de préserver les éléments de preuve pertinents, dans la section contenant les principes directeurs de la procédure (art. 20) et de l'obligation de préserver les éléments matériels de preuve (art. 251), il serait loisible d'ajouter des règles relatives à la spoliation, un concept issu du droit romain, présent dans les juridictions de common law⁵², qui s'appliquerait à toute forme de preuve. À cet égard, il serait utile d'inclure :

- Une obligation explicite et détaillée portant sur l'obligation de préserver les documents dont la partie connaît ou devrait raisonnablement connaître la pertinence dans le cadre d'un litige;
- Des sanctions en cas de destruction de la preuve, s'inspirant de la notion de « spoilage », en vertu de laquelle la destruction d'une preuve entraîne une présomption que celle-ci était défavorable à la partie qui l'a détruite.

26. La reconnaissance de l'authenticité d'un élément de preuve (art. 264)

L'AJBM constate que la procédure de mise en demeure de reconnaître l'authenticité d'un élément de preuve (art. 403 du Code actuel) est souvent mal comprise, plusieurs praticiens et justiciables croyant que le fait de reconnaître l'authenticité d'un document entraîne une admission quant à son contenu. De plus, une telle mise en demeure peut être envoyée à de nombreuses reprises dans l'instance, souvent à des moments inopportuns, alors que le dossier n'est pas complet et qu'il est donc impossible d'en cerner le portrait global.

Tel que discuté à la section 19 c), ci-dessus, nous soumettons que c'est au stade de la déclaration commune de dossier complet que devraient être faites les admissions quant à l'authenticité des documents et à leur contenu. Dans cette optique, la disposition prévue à l'article 264 nous paraît superflue.

27. Le témoignage par déclaration (art. 292)

L'article 292 ne prévoit pas le moment auquel les témoignages par déclaration doivent être notifiés aux autres parties.

Les déclarations qu'une partie entend produire devraient être communiquées aux autres parties lors de la mise en état du dossier, afin d'éviter les surprises et de permettre la prise d'une décision libre et éclairée quant à la nécessité d'exiger la présence des témoins à l'enquête ou de les interroger hors la présence du tribunal, de même qu'une évaluation adéquate du temps d'audition requis.

⁵² L'arrêt *McDougall v. Black & Decker Canada inc.*, 2008 ABCA 353, aux par. 15 et suiv., contient un exposé étoffé de l'origine des préceptes applicables à la spoliation ainsi que de leur évolution à travers le temps.

28. Le témoignage de l'expert (art. 293 et 294)

(a) Le témoignage de l'expert (art. 294, 1^{er} al.)

Bien que le Projet de loi 28 conserve la notion selon laquelle le rapport de l'expert tient lieu de son témoignage, il permet dorénavant l'interrogatoire en chef de l'expert nommé par une partie, en le limitant toutefois à l'obtention de précisions sur des points qui font l'objet du rapport et aux éléments de preuve nouveaux présentés au moment de l'instruction. Cette modification par rapport à l'Avant-projet de loi, qui ne permettait l'interrogatoire en chef de l'expert que sur permission du tribunal, nous apparaît bien fondée et permettra à l'expert de pleinement jouer son rôle de guide pour le juge. Les questions de l'interrogatoire en chef permettront en effet de vulgariser certains éléments plus complexes ou de mettre en contexte certaines conclusions.

L'AJBM tient à saluer cette ouverture démontrée par le législateur.

(b) Le contre-interrogatoire de l'expert (art. 294, 2^e al.)

Nous vous référons aux commentaires formulés à la section 24 c) ci-dessus, qui s'appliquent avec les adaptations nécessaires.

Dans l'éventualité où les modifications proposées par l'AJBM à la section 24 c) ci-dessous n'étaient pas intégrées au Projet de loi 28, nous nous interrogerions à savoir si le contre-interrogatoire ne présenterait qu'une utilité limitée, étant entendu qu'une partie ne pourrait remettre en cause la crédibilité de l'expert en raison de son lien de rattachement à une partie, des erreurs graves qu'il a commises dans sa méthodologie ou en raison d'une irrégularité quelconque dans son rapport.

29. Les objections soulevées pendant l'interrogatoire d'un témoin entendu hors la présence du tribunal (art. 297)

Les commentaires formulés à la section 23 d) s'appliquent à l'article 297, avec les adaptations nécessaires.

30. La conservation des témoignages (art. 300 et 301)

Bien que l'AJBM comprenne qu'un délai de trois (3) ans suivant le jugement en dernier ressort ou après l'acte qui met fin à l'instance puisse paraître suffisant aux fins de l'instance précise dans laquelle le témoignage a été rendu, d'autres impératifs exigent un délai de conservation beaucoup plus long. Il en est ainsi en ce qui a trait aux poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

L'AJBM juge nécessaire, à tout le moins, que le tribunal avise les parties de son intention de détruire l'enregistrement du témoignage, de manière à leur permettre d'en requérir une copie avant qu'il ne soit détruit.

Finalement, l'AJBM considère que les frais de sténographie engendrés par la demande d'un juge devraient être supportés par la partie dont les prétentions rend nécessaire la transcription, pour être ensuite considérés dans les frais de justice et répartis selon les principes habituels.

En effet, il paraît inopportun de faire supporter à une partie les coûts de la transcription des témoignages de ses témoins, simplement parce qu'ils sont ses témoins. La norme de révision en appel entraîne une sorte de présomption que le juge de première instance a bien apprécié les

témoignages; cela devrait être à la partie qui prétend que tel n'est pas le cas de supporter les coûts, jusqu'à ce qu'elle ait gain de cause en appel.

31. Le délibéré (art. 323 à 325)

(a) La décision de rouvrir les débats (art. 323, 2^e al.)

Une erreur semble s'être glissée à cet alinéa. La décision devrait être communiquée « aux parties ou à leurs avocats », et non uniquement « aux avocats des parties », afin d'inclure les parties qui se représentent seules.

(b) Les délais (art. 324)

L'AJBM applaudit les efforts du législateur pour raccourcir les délais des délibérés en ce qui a trait aux procédures abusives et aux jugements interlocutoires.

Toutefois, puisqu'ils peuvent avoir pour effet de paralyser une instance et de nuire à l'utilisation judiciaire du délai de rigueur de six (6) mois ou d'un (1) an pour mettre en état le dossier et le respect des étapes convenues au protocole de l'instance, il serait opportun que le tribunal puisse se prononcer quant à la suspension des délais résultant de l'attente de sa décision.

Par ailleurs, nous notons que l'article 324 ne fait aucune distinction entre les jugements rendus avant la mise en état du dossier et ceux rendus en cours d'instruction. À ce dernier égard, nous croyons qu'il serait essentiel de prévoir l'obligation de rendre jugement sur les objections prises sous réserve avant d'entendre les plaidoiries finales des parties⁵³, afin que ces dernières puissent plaider la cause de manière libre et éclairée.

Finalement, l'AJBM ne peut s'empêcher de noter le paradoxe que présente l'imposition de délais de rigueur aux parties, d'une part, et l'ouverture, d'autre part, à la prolongation d'office des délais accordés au tribunal, tel que le prévoit le quatrième alinéa de l'article 324. Cette avenue s'éloigne malheureusement de la rigueur qui s'imposait en vertu du deuxième alinéa de l'article 465, qui devrait être conservée conformément à l'objectif du Projet de loi 28 qui vise à favoriser la célérité de la justice.

Une prolongation du délai de délibéré ne devrait être accordée que pour des motifs exceptionnels, et ce, après que les parties aient été avisées et entendues sur ce point.

(c) La liste des jugements en délibéré (art. 325)

Afin que la liste communiquée par le greffier puisse remplir son objectif d'assurer la reddition des jugements dans les délais prévus par la loi, il serait nécessaire de reformuler l'article 325 afin qu'il prévoit l'inscription sur cette liste de tous les jugements dont le délibéré expire dans un (1) mois ou moins.

32. Les frais de justice (art. 339 à 344)

L'AJBM applaudit l'ouverture du législateur à revoir la position préconisée au stade de l'Avant-projet, qui constituait à faire supporter à chaque partie les frais judiciaires qu'elle a encourus. À

⁵³ C.L. c. J.Le., 2010 QCCA 2370, par. 152 à 157 (j. Hilton, dissident).

cet égard, la réintroduction de la règle de la « succombance des dépens » est un pas dans la bonne direction.

Toutefois, avec respect, cela pas n'est pas suffisant. En effet, considérant l'abrogation du *Tarif des honoraires judiciaires des avocats*⁵⁴, les parties se retrouveront dans les faits avec des dépens qui seront encore moindres que ceux qui sont actuellement déplorés par l'ensemble des acteurs du système judiciaire québécois comme étant largement insuffisants. Il reste encore un pas à franchir pour atteindre le statu quo.

L'AJBM propose de faire deux pas vers l'avant.

La nouvelle réforme de la procédure civile est le moment de faire un changement souhaité depuis des années. Seul le législateur peut intervenir pour régler la situation actuelle, qui crée une injustice pour les justiciables qui ont gain de cause dans leurs dossiers.

Ce changement s'impose afin d'assurer le respect des objectifs de la « nouvelle culture judiciaire ». Le système judiciaire est un service public aux ressources limitées⁵⁵; il faut davantage responsabiliser les parties pour son utilisation, mais surtout, assurer l'accès à la justice, qui est pénalisée par le régime québécois d'attribution des dépens.

« L'examen du droit comparé nous enseigne que le sort des honoraires extrajudiciaires n'est pas une question mineure de procédure, mais reflète une conception plus globale de l'administration de la justice. »

Adrian POPOVICI, « Le sort des honoraires extrajudiciaires », (2002) R. du B. 53.

« À l'instar d'un bon nombre d'auteurs, il est clair qu'une réforme législative s'impose, puisque la situation actuelle s'avère difficilement conciliable avec le principe de la réparation intégrale. [...] »

Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, La responsabilité civile, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, no. 1-344.

« C'est au gouvernement que le législateur a, au bout du compte, confié le pouvoir d'approuver et de donner force exécutoire au Tarif judiciaire des avocats. Pour des raisons qui sont étrangères au débat qui nous occupe, la réforme nécessaire tarde à venir bien que la désuétude de cet outil, propre à favoriser à la fois la saine administration de la justice et l'indemnisation de la partie gagnante, se fasse de plus en plus lourdement sentir »

Héту c. Notre-Dame de Lourdes (Municipalité de), 2005 QCCA 199, par. 98.

⁵⁴ R.R.Q., c. B-1, r. 22.

⁵⁵ *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43.

« À date, nos tribunaux sont moins qu'unanimes quant aux solutions judiciaires disponibles [...] Pour sa part, le législateur demeure trop silencieux.

[...]

Entre-temps, le justiciable ainsi que la réputation de notre régime de droit civil, sinon des tribunaux et de ses officiers, en sont les victimes.

Il est temps d'agir ! »

Robert P. CHARLTON, « Les honoraires extrajudiciaires : où en sommes-nous et où devrions-nous être? », dans SERVICE DE FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUÉBEC, Développements récents sur les abus de droit, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 2005, p. 5, à la page 6.

Le remboursement des honoraires d'avocat est possible et souhaitable.

Lors de sa présentation devant la Commission des institutions, l'AJBM s'est vue questionnée par le ministre de la Justice de l'époque, M. Jean-Marc Fournier, au sujet du « changement audacieux » que suggérerait l'AJBM en abordant la question de l'inclusion des honoraires extrajudiciaires dans les frais de justice.

Les sujets qui semblaient particulièrement préoccuper le ministre de la Justice étaient alors : 1) la nécessité qu'il y ait une faute (abus) dans l'exercice d'un droit, pour entraîner l'« indemnisation [allant] jusqu'aux honoraires extrajudiciaires » (les honoraires extrajudiciaires étant vus comme une réparation); 2) le déséquilibre des moyens des parties; 3) le montant des honoraires extrajudiciaires pouvant être accordé, qui pourrait être déraisonnable et varier selon l'avocat qui aurait été retenu par chaque partie.

La présidente de séance, Mme Stéphanie Vallée, avait quant à elle soulevé qu'elle était d'avis « que le principe où chaque partie paie ses frais étant établi va amener les gens et les citoyens à réfléchir davantage avant d'entreprendre une procédure judiciaire pour une simple question de principe ».

Évidemment, nous ne suggérons pas d'importer une solution issue des provinces de common law qui serait contraire au régime civiliste. La présente section vise à démontrer que le régime des « party-and-party costs » répond à toutes les considérations issues du régime civiliste.

Comme le soulignait la Cour suprême du Canada, « on peut [...] considérer que la règle traditionnelle d'adjudication des dépens est dictée par le souci général d'assurer le fonctionnement équitable et efficace du système judiciaire. Comme l'attribution des dépens transfère au perdant une partie des dépenses du gagnant au lieu de laisser à chaque partie le soin de supporter ses frais [...], elle agit comme moyen dissuasif sur ceux qui pourraient être tentés d'en harceler d'autres par des demandes non fondées. »

Il faut donc se demander pourquoi l'on doit, au Québec, accuser son adversaire d'« abus de procédure » pour obtenir la même réparation qui est accordée, partout ailleurs au Canada, à titre de conséquence pour le simple fait d'avoir maintenu des prétentions qui se sont au final avérées mal fondées.

(a) L'état du droit au Québec

Comme le souligne l'auteur Charlton⁵⁶, le Québec est la seule juridiction au Canada qui :

- (i) ne reconnaît pas au tribunal, dans la plupart des cas, la discrétion d'ordonner le remboursement, à une partie jugée méritoire, d'une portion importante des coûts raisonnablement encourus pour faire valoir ses droits ;
- (ii) limite à des cas très restreints la possibilité de se voir accorder des dommages exemplaires devant « une conduite malveillante, arbitraire ou extrêmement répréhensible, qui déroge nettement aux normes ordinaires de bonne conduite » ; et
- (iii) ne prévoit pas de mécanisme permettant au tribunal d'ordonner à une partie qui a refusé une offre raisonnable de règlement de rembourser à la partie adverse une partie importante des coûts raisonnablement encourus suite au refus de l'offre.

Cet état de fait résulte du choix législatif de codifier les « dépens » à l'article 477 du Code actuel en référant au *Tarif des honoraires d'avocats*, qui était censé constituer une codification exhaustive des frais résultant d'une demande judiciaire⁵⁷. Une fois cette législation mise en place, les tribunaux ne disposent plus de la liberté de permettre le remboursement des honoraires d'avocat autrement qu'à titre de « dommages-intérêts », en cas de faute. C'est ce qui a donné naissance aux arrêts *Viel c. Entreprises immobilières du terroir Ltée*, [2002] R.J.Q. 1262 et *Royal Lepage commercial inc. c. 109650 Canada Ltd.*, 2007 QCCA 915, qui régissent actuellement l'attribution des honoraires extrajudiciaires sous le régime québécois.

Or, cette considération ne serait plus d'actualité si le législateur acceptait de réformer le régime d'attribution des dépens.

De plus, avec égards, ce courant jurisprudentiel est fondé sur un malentendu concernant le régime d'attribution des frais de justice dans les autres provinces canadiennes, notamment quant à la signification de l'expression « dépens avocat-client » dans les régimes de common law⁵⁸.

Dans la mesure où des auteurs réfèrent tour à tour à notre régime d'attribution des dépens en utilisant ces termes : « l'état chaotique du droit québécois »⁵⁹ et « notre régime est injuste »⁶⁰, il semble impératif de remédier à la situation.

(b) L'état du droit au Canada

Il existe en essence deux formes de « frais judiciaires » dans les provinces de common law.

⁵⁶ Robert P. CHARLTON, « Les honoraires extrajudiciaires : où en sommes-nous et où devrions-nous être? », dans SERVICE DE FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents sur les abus de droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 2005, p. 5.

⁵⁷ Or, tous s'entendent pour dire que « le Tarif judiciaire des avocats est nettement désuet et ne peut plus jouer le rôle traditionnel d'indemnisation assigné aux dépens » : *Héty c. Notre-Dame de Lourdes (Municipalité de)*, 2005 QCCA 199, par. 97.

⁵⁸ *Viel c. Entreprises immobilières du terroir Ltée*, [2002] R.J.Q. 1262, par. 71.

⁵⁹ Adrian POPOVICI, « Le sort des honoraires extrajudiciaires », (2002), R. du B. 53.

⁶⁰ Robert P. CHARLTON, « Les honoraires extrajudiciaires : où en sommes-nous et où devrions-nous être? », dans SERVICE DE FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents sur les abus de droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 2005, p. 5.

La partie victorieuse ne récupérera généralement pas tous ses frais; elle pourra normalement obtenir, dans un premier temps, les *party-and-party costs*, qui incluent une partie significative des honoraires d'avocat⁶¹.

Il n'existe pas d'exception pour le seul fait qu'une partie soit moins fortunée, ou qu'elle se représente seule. La situation est fort bien résumée dans un arrêt de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard, et les considérations soulevées dans cet arrêt devraient s'appliquer sans distinction au Québec :

« [26] In this jurisdiction, the loser on a motion, application, or trial will often have to pay partial indemnity costs, considered to be 100% of disbursements plus about 2/3 of the actual legal costs of the winning litigant. The Court has discretion to go further and award full indemnity costs in the appropriate circumstances. A successful self-represented litigant would be entitled to recover a proven lost opportunity cost, meaning income the litigant could have earned if not required to work on preparation and presentation of the case (*Ayangma v. P.E.I. (A.G.)* 2004 PESCAD 22 (CanLII), 2004 PESCAD 22 (PEISC-AD); *Fong v. Chan*, [1999] O.J. No. 4600 (Ont.C.A.)).

[27] Compared with the American approach, our costs rules do not discriminate against impecunious litigants. The “loser pays” principle works well for impecunious litigants, provided: 1) they only fight and win motions on pre-trial matters they clearly must fight and win in order to succeed on the main action; and 2) they concede all other motions, or better still, attempt to settle pre-trial issues as lawyers do every day. Too many self-represented litigants make the mistake of thinking they should fight every motion against them, as well as bringing their own motions for everything they seek pre-trial, and as a result are hit with expensive awards of costs against them.

[28] Mr. Ross does not suggest our costs system is wrong, indeed, he himself seeks costs on a solicitor and client basis if he is successful. Rather, Mr. Ross seeks immunity for himself and presumably any other person who claims poverty from the consequences of failing to pay the legal costs awarded against litigants who are unsuccessful in pre-trial proceedings; he seeks the right to continue on to trial no matter how reckless, wrongheaded or ill-conceived his conduct in pre-trial proceedings. Should he ultimately lose the case after trial, his poverty makes him immune to costs orders. Thus, he seeks costs immunity throughout. Specifically, no litigant rich or poor should be entitled to bring unsuccessful interlocutory motions and appeals, and then be immune to the consequences of failing to pay costs awarded against

⁶¹ Mark ORKIN, *The Law of Costs*, 2e éd., Aurora (Ont.), Canada Law Book, par. §101 et 102.1 : “The expression “party-and-party costs” stands as the generic term for costs payable by one litigant to an opposing litigant. As well, it is commonly used to designate costs that are intended to be a partial indemnity for the expenses to which the recipient has been put as a result of the litigation.” This scale of costs is sometimes referred to as “the tariff scale”. [...] These are intended to afford the party to whom they are awarded partial indemnity for the costs which he must pay to his own solicitor.” They are to be assessed in accordance with the tariffs and the regulations [...]”.

that litigant. Exposing some litigants to endless expense and litigation so that other litigants may enjoy unlimited access to the courts does not right a wrong, it creates an unfettered right to abuse the rights of others. »⁶²

Dans un litige d'intérêt public, chaque cause est analysée en fonction de ses circonstances propres, le principe sous-jacent étant que dans certains cas exceptionnels l'intérêt public de résoudre une question juridique d'importance générale peut justifier une dérogation aux règles normales d'attribution des dépens. Toutefois, la notion d'accessibilité à la justice doit être mise en balance avec de nombreux autres facteurs⁶³, avec pour résultat que les citoyens soulevant des questions d'intérêt public ne bénéficient pas d'une immunité générale quant au paiement des frais de justice⁶⁴.

Dans un deuxième temps, comme le souligne le professeur Popovici⁶⁵ :

« [...] exceptionnellement, [une partie] pourra obtenir les « costs on a solicitor and client basis »⁶⁶. Quels sont ces cas exceptionnels? On peut les regrouper sous deux rubriques: d'abord le tribunal peut condamner une partie à payer des dépens sur la base procureur-client pour sanctionner une conduite répréhensible de cette partie, pour punir; c'est le cas le plus courant. Mais aussi parfois pour des considérations d'équité ou même d'intérêt public. Ce sont, au fond, les mêmes motivations qui justifieront une entorse à l'octroi des dépens à la partie victorieuse, soit en les refusant ou en les accordant à l'autre partie. L'idée de *sanction punitive* est souvent présente. »

Lorsque la Cour d'appel citait, dans l'arrêt Viel, l'état du droit relatif aux dépens avocat-client et rapportait que leur attribution était « rare », elle référait à un arrêt de la Cour suprême du Canada concernant cette deuxième catégorie de frais judiciaires, la situation étant tout autre en ce qui a trait aux « party-and-party costs » qui incluent une partie significative des honoraires d'avocat, lesquels sont habituellement attribués, sauf exercice de la discrétion du tribunal⁶⁷, comme c'est le cas pour les dépens en vertu de l'article 477 du Code actuel.

⁶² Ross v. City of Charlottetown, 2008 PESCAD 6.

⁶³ Victoria (City) v. Adams, 2009 BCCA 563.

⁶⁴ Consumers' Association of Canada v. Coca-Cola Bottling Company et al, 2007 BCCA 356; Sga'nisim Sim'augit (Chief Mountain) v. Canada (Attorney General), 2013 BCCA 301.

⁶⁵ Adrian POPOVICI, « Le sort des honoraires extrajudiciaires », (2002) R. du B. 53.

⁶⁶ Mark ORKIN, *The Law of Costs*, 2e éd., Aurora (Ont.), Canada Law Book, par. §101, 102.2 et 104 : "[The] second scale, sometimes referred to as the "party-and-party costs on the solicitor and client scale" is intended to provide almost complete indemnification to the recipient, with some limitations [...]. An award of costs on this scale is intended to indemnify a litigant more fully than the tariff scale [...]. The law is well settled that a solicitor's bill for services rendered to his or her client is to be assessed on the basis of *quantum meruit*. [...]"

⁶⁷ Mark ORKIN, *The Law of Costs*, 2e éd., Aurora (Ont.), Canada Law Book, par. §101 : "A successful litigant has, therefore, a reasonable expectation of receiving an award of costs, but this is subject to the court's absolute and unfettered discretion to award or withhold costs, as well as to the applicable rules of court."

- (c) La solution proposée par l'AJBM : le remplacement du Tarif des honoraires d'avocat

Le Tarif des honoraires d'avocat actuel est désuet. De trop grands changements sont nécessaires pour qu'il puisse être simplement « réformé » de façon adéquate. Son abrogation est sans doute la meilleure option; il doit toutefois absolument être remplacé par un nouveau tarif, qui prendrait mieux en compte la réalité à laquelle les justiciables font face, et qui inclurait le paiement d'une portion significative des honoraires d'avocat.

À cet égard, un travail de réflexion en profondeur s'impose. L'AJBM suggère qu'inspiration soit tirée des règles existant dans les autres provinces canadiennes, notamment en Ontario, et qu'un nouveau tarif ou règlement sur l'octroi des frais de justice soit adopté⁶⁸.

33. L'appel (art. 351 à 390)

- (a) Le délai d'appel (art. 360)

Le délai d'appel devrait courir à compter de la première des deux dates suivantes : (1) la date de l'avis notifié aux parties et à leurs avocats (art. 335); (2) la date de la connaissance du jugement⁶⁹, et non à compter de la date du jugement.

- (b) Le cautionnement (art. 366)

Une partie à qui la Cour envisage d'imposer un cautionnement doit avoir le droit d'être entendue à cet égard. Il s'agit d'un principe de justice naturelle. Une telle demande ne peut être traitée simplement « sur le vu du dossier ».

Afin d'alléger la procédure, étant entendu qu'il n'est peut-être pas nécessaire de tenir une audition en salle de Cour devant trois (3) juges pour décider de cette question, il faudrait songer à permettre à la personne visée de faire valoir ses prétentions par lettre, comme cela est prévu ailleurs dans le Projet de loi 28 (art. 101).

- (c) Le dossier d'appel (art. 370)

L'expression « documents afférents » utilisée à l'article 370 n'est pas claire, et semble même superflue. L'AJBM en propose donc le retrait.

34. Les procédures en matière familiale (art. 409 à 452)

Les dispositions relatives aux demandes en matière familiale sont présentées de manière plus structurée, plus simple. Ce changement doit être salué.

⁶⁸ *Rules of Civil Procedure*, RRO 1990, Reg 194, règles 57 et 58, ainsi que les Tarifs A et C. Voir aussi la réforme proposée dans cette province, où l'on desire adopter une grille de tarifs acceptés pour les avocats, selon leur expérience : Costs Grid Consultation Paper, disponible en ligne au <http://www.ontariocourts.ca/coa/en/archives/costs/costgridconsultpaper.htm>.

⁶⁹ *Dahme c. Dame Filion*, [1964] B.R. 767.

(a) Le regroupement des demandes des conjoints de fait (art. 412 et 417)

Malgré l'arrêt *Québec (Procureur général) c. A*⁷⁰ – qui a reconnu que les conjoints de fait ne sont pas soumis aux dispositions de la loi concernant le patrimoine familial et les autres droits patrimoniaux, contrairement aux conjoints mariés ou unis civilement – le législateur permet, dans le Projet de loi 28, le regroupement des demandes entre conjoints de fait lorsque la Cour est saisie d'une demande concernant la garde ou la pension alimentaire des enfants. Ainsi, il accorde aux conjoints de fait le même « traitement » au niveau de la procédure judiciaire qui existe déjà pour les conjoints mariés ou unis civilement. Ceci est conforme à l'objectif poursuivi par le législateur, soit l'accessibilité à la justice.

Toutefois, les articles 412 et 417 portent à confusion. En effet, d'un côté, l'article 412 mentionne expressément les « droits patrimoniaux résultant de leur vie commune », qui incluraient alors notamment les demandes pour cause d'enrichissement injustifié⁷¹. D'un autre côté, l'article 417 mentionne expressément les « autres droits patrimoniaux » pour les conjoints mariés ou unis civilement, mais se limite au « partage des biens » pour les conjoints de fait.

Il y aurait donc lieu d'harmoniser la terminologie, de manière à ce qu'il soit inéquivoque que toutes les demandes des conjoints de fait liées aux droits patrimoniaux résultant de leur vie commune peuvent être regroupées avec les demandes concernant la garde ou la pension alimentaire des enfants.

(b) La provision pour frais (art. 416)

Il y a multiplication des règles codifiant la provision pour frais, celle-ci étant déjà prévue au *Code civil du Québec* (art. 502 et 588 C.c.Q.).

Par ailleurs, la provision pour frais découlant du comportement des parties qui, par exemple, prolonge le dossier sans raison valable et/ou multiplie les procédures, incluant les demandes pour expertises concernant la garde des enfants, est déjà prévue dans le cadre des dispositions concernant l'abus de procédure.

L'article 416 est donc superflu.

(c) D'autres mesures souhaitables

Afin de favoriser encore davantage l'accès à la justice, il pourrait être opportun de profiter de la réforme pour revoir les règles concernant la perception de la pension alimentaire.

À titre d'exemple, les fonctionnaires de Revenu Québec devraient être autorisés à donner suite à un consentement entériné par le tribunal, selon lequel la pension alimentaire pour l'un ou plusieurs des enfants à charge sera annulée ou modifiée à une date précise (un terme consenti par les parties), sans que la Cour ne doive rendre un nouveau jugement concernant l'ensemble des enfants.

⁷⁰. 2013 CSC 5.

⁷¹ Par analogie avec la demande de prestation compensatoire, droit patrimonial, dont peuvent se saisir les conjoints mariés ou unis civilement.

De plus, le législateur pourrait considérer la mise en place d'une « voix accélérée », qui serait disponible à certaines conditions : les parties s'engagent à procéder sans experts, sur la base d'admissions, sans témoins autres que les parties, etc.

35. Les coffres-forts (art. 478, 479 et 729)

Les dispositions contenues aux articles 478, 479 et 729 semblent faire double emploi avec la *Loi sur les coffres de sûreté*⁷².

Par ailleurs, seuls les « établissements financiers » qui ne sont pas des banques peuvent être visés par ces dispositions, puisque les banques sont de compétence fédérale exclusive⁷³.

L'AJBM propose donc de retirer les articles concernant les coffres-forts, qui n'ont pas de réelle utilité au *Code de procédure civile*.

36. Le recouvrement des petites créances (art. 536 à 570)

(a) Le seuil de compétence de la Cour des petites créances (art. 536)

L'AJBM est en accord avec l'augmentation du seuil de compétence à 15 000\$.

Cependant, il faut garder en tête que cette somme est importante et que le niveau de préparation des justiciables ayant un dossier devant la Cour des petites créances laisse souvent à désirer. Il faut donc penser à des mesures susceptibles de garantir un bon niveau de préparation des justiciables dans des causes d'une telle ampleur, de façon à les aider à protéger leurs droits. Pensons par exemple à un justiciable individuel faisant un salaire moyen qui se fait poursuivre devant la Cour des petites créances pour le maximum permis, soit 15 000\$. Il est primordial que celui-ci puisse se préparer adéquatement.

À cet égard, l'AJBM croit que la mention expresse à l'effet que l'aide d'un avocat est permise pour la préparation d'un dossier devant la Cour des petites créances est un excellent ajout.

Par ailleurs, la réception d'un avis de convocation fait souvent réaliser aux justiciables qu'ils ont plusieurs démarches à poursuivre avant d'être prêts pour l'audience.

L'avis de convocation devrait donc être notifié plus tôt que ce qui est prévu par l'article 554, c'est-à-dire au minimum six (6) semaines avant la date prévue pour l'audience.

(b) Le délai pour le dépôt de la déclaration pour valoir témoignage (art. 554)

Le délai pour le dépôt d'une déclaration pour valoir témoignage est raccourci par l'article 554 : ce délai passe de 15 jours avant l'audience (art. 972, 2^e al. du Code actuel) à 15 jours de la réception de la convocation.

Le nouveau délai nous semble très serré, voire irréaliste. Les justiciables sont souvent mal préparés à un procès à la Cour des petites créances et pris au dépourvu par de telles règles de procédure. En effet, notre expérience lors des rencontres *pro bono* avec les justiciables se préparant à une audience nous donne à penser que les justiciables ont souvent besoin d'aide

⁷² L.R.Q., c. C-28.

⁷³ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c. 3, art. 91 (15).

pour comprendre cette procédure. Or, une déclaration pour valoir témoignage peut être cruciale pour une partie, et un délai trop court peut lui être fort préjudiciable.

Nous croyons donc que le délai de l'article 980 du Code actuel devrait être conservé.

Cependant, si le législateur tenait à raccourcir le délai, ce dernier devrait être au minimum d'un (1) mois de la réception de la convocation.

(c) La remise de l'audition en l'absence des parties (art. 559)

En temps normal, à la Cour des petites créances, le juge rend jugement malgré l'absence des parties (art. 976 du Code actuel).

La possibilité de remise prévue à l'article 559 pourrait réduire le nombre de demandes de rétractation de jugement, ce qui serait une excellente chose. Cependant, cela pourrait également donner l'impression aux parties qu'elles peuvent simplement ne pas se présenter à l'audience, sans faire les démarches nécessaires pour que celle-ci soit reportée. Une telle attitude désinvolte pourrait engorger davantage le système.

Nous sommes d'accord avec l'article 559, dans la mesure où il vient confirmer le pouvoir du tribunal de remettre une audience dans les circonstances exceptionnelles qui justifient l'absence d'une partie. Nous suggérons toutefois que le libellé devrait être clarifié de manière à inclure expressément une référence aux circonstances exceptionnelles.

Cette modification paraît d'autant plus pertinente et nécessaire que les justiciables sont encouragés à demander une remise antérieurement à l'audience (art. 557). Cette pratique doit absolument être encouragée, puisqu'elle est à l'avantage de tous et évite les déplacements inutiles.

(d) L'abolition de l'obligation de motiver le jugement (art. 562)

L'article 562 ne comprend plus l'obligation de motiver la décision du juge dans un dossier relevant de la division des Petites Créances, et ce, contrairement à l'article 983 du Code actuel.

L'obligation pour le juge d'un tribunal judiciaire de motiver sa décision fait partie des règles de justice naturelle qu'il est obligé de respecter. Cette obligation est reconnue par la doctrine⁷⁴ et par la jurisprudence⁷⁵. Dans plusieurs circonstances, cette obligation s'applique également aux jugements rendus par des tribunaux administratifs⁷⁶. Il est donc évident qu'un juge de la division des petites créances doit lui aussi motiver son jugement, et cela a été confirmé par la jurisprudence⁷⁷.

⁷⁴ Denis LEMIEUX, « La nature et la portée du contrôle judiciaire », dans ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Collection de droit 2012-2013*, vol 7, « Droit public et administratif », 2012, p. 201, à la p 222.

⁷⁵ *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *Venne c. Bélanger*, J.E. 2003-1964 (C.S.); *Cojocar v. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 CSC 30; *Rainville c. Nappert*, 2013 QCCA 1042.

⁷⁶ Patrice GARANT, *Droit administratif*, 6^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2010 à la p 688 et ss. ; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

⁷⁷ *Labonté c. Cour du Québec, division des Petites Créances*, J.E. 2001-575 (C.S.) ; *Coopérative régionale des consommateurs de Tilly c. Cour du Québec*, J.E. 99-1576 (C.S.).

Cependant, ne pas préciser qu'un énoncé bref des motifs est nécessaire pourrait augmenter la retenue exercée par les juges exerçant un contrôle judiciaire d'une décision de la Cour des petites créances attaquée pour motifs insuffisants et à long terme, diminuer la quantité et la qualité des motifs offerts par les juges de la Cour des petites créances.

Le libellé initial prévu à l'article 983 du Code actuel devrait être réinstauré.

37. L'action collective (art. 571 à 604)

(a) La terminologie

Nous questionnons sérieusement l'opportunité de changer l'expression « recours collectif » pour « action collective ».

L'accessibilité et la compréhension de l'information sont primordiales dans le cadre d'un recours collectif. Or, la majorité des gens touchés par un recours collectifs sont des profanes en matière de termes juridiques, pour qui la séquence des procédures dans le cadre d'un recours collectif paraît déjà complexe (requête en autorisation, jugement en autorisation, requête introductive d'instance, jugement final, etc.). Il y a fort à parier que les effets de cette modification prendront beaucoup de temps à être compris par le public en général, et qu'ils risquent de porter à confusion entretemps.

(b) Les personnes morales (art. 571)

Nous comprenons que l'article 571 est proposé de manière à ce que le droit québécois s'harmonise davantage avec les dispositions prévues dans les autres provinces canadiennes, en retirant l'obligation pour une personne morale de droit privé, une société ou une association d'avoir moins de 50 employés pour pouvoir faire partie d'une action collective.

Cela dit, sans pouvoir se prononcer en faveur ou en défaveur de cette mesure, l'AJBM s'interroge quant à l'opportunité d'une telle harmonisation, alors que l'action collective québécoise n'est pas régie les mêmes critères. Entre autres, contrairement à ce qui est le cas dans la majorité des autres provinces canadiennes, l'action collective n'a pas à être la « procédure préférable » pour que celle-ci soit autorisée⁷⁸ : il suffit que la composition du groupe rende difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance. L'absence d'un critère de « préférabilité » pourrait permettre l'utilisation exagérée, voire abusive, de l'action collective par des entreprises qui ont déjà plein accès à la justice par les voies régulières.

De plus, le fait que de grandes sociétés puissent être membres du groupe pourrait affecter le droit des particuliers dans la participation au recouvrement collectif, dans la mesure où les réclamations de ces dernières étaient disproportionnées par rapport à celles des particuliers.

(c) Le registre central des actions collectives québécois (art. 573 et 576)

Comme le législateur semble vouloir faire en sorte que le registre central des actions collectives devienne une véritable plateforme d'information pour les membres de groupes des recours collectifs au Québec, il serait opportun que le greffe se charge de mettre à jour cette plateforme

⁷⁸ *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65.

en y téléchargeant au fur et à mesure de leur production l'ensemble des procédures ainsi que tous les avis aux membres, plutôt que d'imputer cette tâche aux avocats en demande.

Avoir un site centralisé maintenu par le greffe faciliterait la recherche pour les membres et permettrait à toute personne intéressée à consulter le registre de s'assurer que les informations qui s'y trouvent sont complètes et actuelles, ce qui n'est pas le cas en ce moment.

Par ailleurs, le deuxième alinéa de l'article 576 devrait prévoir l'obligation d'inscrire tout avis aux membres au registre central des actions collectives.

(d) Les avis aux membres (art. 581)

Le dernier alinéa de l'article 579 devrait être repris à l'article 581.

38. La saisie de supports technologiques (art. 727 et 728)

Ces dispositions doivent être étudiées avec le deuxième alinéa de l'article 517.

La saisie de supports technologiques comporte plusieurs risques, notamment quant aux atteintes à la vie privée de celui qui est propriétaire du support technologique saisi. Les ordinateurs de particuliers, d'entreprises et de personnes morales contiennent une panoplie d'informations hautement sensibles et personnelles (par exemple, des mots de passe préenregistrés, numéro d'identification personnel (NIP), historiques de recherche, photos de famille, etc.) qui ne devraient pas demeurer sur le support technologique lors de la vente.

La considération première et la plus fondamentale serait celle d'exiger que l'huissier responsable de détruire les « documents » se trouvant sur le support technologique soit expert en informatique ou qu'il soit toujours assisté d'un spécialiste dans ce domaine (et non pas s'il l'estime nécessaire, art. 728).

UN REGARD TOURNÉ VERS L'AVENIR

L'AJBM comprend que l'adoption de nouvelles mesures législatives s'imposait afin de mettre en œuvre les objectifs visés par la réforme de la procédure civile, qui sont des plus louables. Toutefois, les mesures législatives proposées ne sont pas une panacée. Les objectifs ne pourront être efficacement mis en œuvre qu'avec l'adoption de mesures interpellant davantage le judiciaire et l'exécutif.

L'accès à la justice doit s'inscrire dans le cadre d'une réforme plus large incluant : l'augmentation des ressources judiciaires; l'accès à l'aide juridique; la mise en place d'une assurance juridique pour les individus de la classe moyenne qui n'ont pas accès à l'aide juridique; la mise en place d'un programme de déductions fiscales pour les individus, comme c'est le cas pour les personnes morales; une voie accélérée pour les parties qui ont déjà réglé une grande partie de leur différent par un mode privé; des incitatifs fiscaux pour les recours aux services de la justice privée, etc.

L'AJBM est disponible pour fournir tout complément d'information requis et est fière d'avoir l'occasion d'être entendue, conjointement avec le Jeune Barreau de Québec, devant la Commission des institutions.