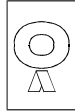


MÉMOIRE

***MESURES VISANT À INSTITUER UN NOUVEAU CODE
DE PROCÉDURE CIVILE ET COMPORTANT
UNE PROPOSITION QUANT AUX DEUX PREMIERS
LIVRES DE CE CODE
(DOCUMENT SESSIONNEL DE JUIN 2002)***

Août 2002



LE BARREAU DU QUÉBEC

MÉMOIRE

***MESURES VISANT À INSTITUER UN NOUVEAU CODE
DE PROCÉDURE CIVILE ET COMPORTANT
UNE PROPOSITION QUANT AUX DEUX PREMIERS
LIVRES DE CE CODE
(DOCUMENT SESSIONNEL DE JUIN 2002)***

Dépôt légal – Troisième trimestre 2002
Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada



LE BARREAU DU QUÉBEC

Créé en 1849, le Barreau du Québec a abordé le 21^{ème} siècle fort de ses 150 années d'existence marquées par de nombreuses transformations. Celles-ci n'ont toutefois nullement altéré le rôle du Barreau comme institution essentielle à la protection des valeurs d'une société libre et démocratique comme la nôtre. À ce titre, il veille à assurer la primauté du droit, à maintenir la séparation des pouvoirs, à promouvoir l'égalité de tous devant la loi et à protéger l'équilibre souvent précaire entre les droits du citoyen et les pouvoirs de l'État.

Le Barreau du Québec regroupe un peu plus de 19 500 membres en règle. Ses effectifs comptent près de 42% de femmes. Il a comme principal mandat d'assurer la protection du public. Pour ce faire, il doit veiller à la discipline de la profession, au respect de la déontologie ainsi qu'à la vérification de la compétence tant de ses membres que des personnes qui veulent joindre ses rangs.

Le Comité du Barreau du Québec sur la procédure civile:

Me Benoît Emery, *président*

Me Jacques J. Anctil

Me François Bousquet

Me Daniel Dumais

Me Denis Ferland

Me François Fontaine

Me Pierre A. Fournier

Me Monique Jarry

Me Lise Malouin

Me André Roy

M^e Suzanne Vadboncoeur, *secrétaire*

Directrice du Service de recherche et de législation
Barreau du Québec

<p>Les avocates et avocats qui siègent sur le Comité agissent pour le compte de leur ordre professionnel et n'engagent que leur opinion personnelle et non celle de leur employeur ou cabinet, le cas échéant.</p>
--

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
1. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX.....	2
1.1. <i>Commentaires structurels et de forme.....</i>	<i>2</i>
1.1.1 Fragmentation de la réforme.....	2
1.1.2 Les définitions, les nouveaux concepts et le changement de langage.....	5
1.1.3 Uniformité de langage.....	9
1.1.4 La structure du nouveau Code.....	10
1.2 <i>Commentaires de fond.....</i>	<i>11</i>
1.2.1 La Loi 54.....	12
1.2.2 Le Rapport Ferland.....	16
1.2.3 La condamnation des procureurs à des dommages-intérêts.....	20
1.2.4 Autres irritants.....	26
1.2.4.1 La réduction du droit d'appel.....	27
1.2.4.2 Les décisions du greffier spécial.....	29
1.2.4.3 Les motifs de rétractation de jugement.....	30

INTRODUCTION

Le 13 juin 2002, le ministre de la Justice déposait à l'Assemblée nationale le document sessionnel intitulé *Mesures visant à instituer un nouveau Code de procédure civile et comportant une proposition quant aux deux premiers livres de ce Code*. Le manque de temps pour assurer la traduction anglaise de ce document a empêché le ministère de le déposer à titre d'avant-projet de loi. Il en a cependant le même effet puisque l'Assemblée nationale a adopté une motion visant à confier à la Commission des Institutions le mandat d'entendre, dans le cadre d'une consultation générale qui se tiendra à la fin d'août, les personnes et organismes intéressés à donner leurs points de vue sur cette phase II de la réforme.

Le Conseil général, organe décisionnel du Barreau, a adopté à sa séance du 20 juin 2002 une résolution demandant le report de la commission parlementaire, compte tenu des enjeux de cette phase de la réforme et du peu de temps qu'on pouvait y consacrer eu égard à la période estivale.

Cette demande ayant été refusée, le Comité sur la procédure civile du Barreau du Québec a dû organiser rapidement des séances de travail afin de respecter l'échéancier prévu ; il a donc consacré plusieurs journées à l'étude de ce document et formule aujourd'hui ses commentaires et recommandations sur son contenu.

Pour les fins de la commission parlementaire du mois d'août, le présent mémoire ne compte que des commentaires généraux, dont certains sont appuyés d'exemples référant à des dispositions particulières du document. Il sera complété à l'automne par la présentation de commentaires article par article inspirés par l'étude détaillée du projet de loi.

1. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

Une première série de commentaires généraux porteront surtout sur la forme et la structure du nouveau Code ainsi que sur les dangers de la fragmentation de la réforme. Une deuxième série touchera davantage le fond de la réforme et fera état des difficultés engendrées par le fait que cette seconde phase s'éloigne non seulement du Rapport Ferland mais aussi et surtout des décisions législatives prises il y a moins de deux mois. Comment justifier que ces orientations, valables au mois de juin 2002, ne le soient plus maintenant ?

1.1 *Commentaires structurels et de forme*

1.1.1 Fragmentation de la réforme

Le Comité du Barreau sur la procédure civile a éprouvé certaines difficultés à commenter le document compte tenu de son caractère incomplet. En effet, le document sessionnel ne couvre que les deux premiers Livres du *Code de procédure civile*, laissant le lecteur dans l'ignorance et le doute quant aux autres Livres. Ceci pose une difficulté majeure d'interprétation de l'intention des auteurs du document ainsi qu'un sérieux problème au niveau de l'entrée en vigueur de ces dispositions qui se ferait, semble-t-il, sans attendre la suite du nouveau Code. Illustrons notre propos par quelques exemples : on remplace, partout où elle est utilisée, l'expression « *recours extraordinaires* » par les mots « *pouvoir de contrôle et de surveillance de la Cour supérieure* », lesquels visent une réalité juridique beaucoup plus large, alors qu'on ignore ce qu'il adviendra des dispositions actuelles sur le *mandamus*, le *quo warranto*, l'évocation, la révision judiciaire et l'*habeas corpus* (cette dernière procédure est même exclue du modèle procédural mais on ne sait quelle forme elle prendra ni à quelles règles elle

obéira). On se rappellera que le Rapport du Comité de révision de la procédure civile¹ avait recommandé que soient unifiés certains recours – les recours en évocation et en révision judiciaire, en *mandamus*, l'action directe en nullité, de même que l'action et la requête pour jugement déclaratoire en droit administratif et constitutionnel – tout en maintenant les règles de fond et de procédure actuelles quant au contrôle judiciaire, notamment celles sur les cas et les conditions d'ouverture, l'épuisement des recours, le délai raisonnable, l'intérêt pour agir et le sursis². Qu'en sera-t-il dans la phase III ? Il est donc difficile de se prononcer sur tous les impacts qu'aura désormais l'utilisation de la notion de *pouvoir de surveillance et de contrôle* en remplacement de celle de *recours extraordinaires* ou de *recours en révision judiciaire*. On connaît toutefois, d'ores et déjà, deux effets pervers occasionnés par ce remplacement : celui de rendre appelables sur permission tous les jugements résultant de l'exercice par la Cour supérieure de son pouvoir de contrôle et de surveillance et ce, même lorsque des droits fondamentaux prévus à la Charte ou des questions soulevant la constitutionnalité d'une loi ou d'un règlement sont en cause, et celui de soumettre de telles demandes à la règle de la défense orale. De l'avis du Barreau, de tels effets sont tout aussi néfastes qu'inappropriés.

Second exemple : on donne au greffier, par l'article 64, le pouvoir d'autoriser la saisie d'un bien sur la personne d'un débiteur, ce qui constitue du droit nouveau et une entorse possible au droit de chaque personne à son intégrité – droit fondamental garanti par la Charte et par le *Code civil* – si cette saisie est pratiquée sans aucune balise ni réserve. Or, il se trouve que les modalités d'exercice de ce recours figureront dans les Livres subséquents du nouveau Code, Livres dont on ne connaît pas la moindre ligne à ce jour : par conséquent, non seulement doit-on demeurer prudent dans nos commentaires mais aussi est-il permis de craindre la façon dont cette disposition sera appliquée lorsqu'elle sera en vigueur alors que les dispositions en

¹ Comité de révision de la procédure civile, *Une nouvelle culture judiciaire*, Ministère de la Justice du Québec, juillet 2001, 294 pages et annexes, ci-après appelé « *Rapport Ferland* ».

² Idem, recommandations R.2-7 et R.2-10.

énonçant les balises et les modalités d'exercice ne seront vraisemblablement même pas encore connues.

Autre exemple : l'article 65 du Code actuel relatif au cautionnement pour frais du demandeur ou du demandeur-appelant ne résidant pas au Québec³ n'est pas reproduit dans la phase II : est-ce à dire que le législateur a changé son orientation par rapport à la *Loi portant réforme du Code de procédure civile* (ancien projet de loi 54, ci-après appelée « Loi 54 ») ou retrouvera-t-on plutôt cette disposition dans le Livre portant sur l'appel dans la phase III ? ou encore dans un éventuel Livre sur le droit international privé ? Qu'arrivera-t-il si la phase II entre en vigueur avant que ne soit déposé et adopté le reste de la réforme : le demandeur-appelant non résident sera-t-il, de ce fait, « échappé » ?

Quatrième exemple : le Livre VI du Code actuel, relatif aux matières non contentieuses, continuera de s'appliquer tant que la phase III ne sera pas adoptée. Par contre, la phase II introduit un nouveau concept, celui de *matière gracieuse*, assorti d'une disposition d'interprétation que l'on retrouve au second alinéa de l'article 47 du document sessionnel, et qui en élargit considérablement la portée ; cette disposition est inexistante dans le Code actuel : comment conciliera-t-on ces deux régimes ?

La lecture des dispositions finales du document sessionnel laisse croire que la phase II de la réforme – soit les deux premiers Livres du nouveau Code – remplacera les articles équivalents du Code actuel (art. 1 à 490) et entrera en vigueur avant que ne soient adoptés les autres Livres du nouveau Code, alors que le reste du Code actuel continuera de s'appliquer avec les modifications apportées par la *Loi 54*. Ceci posera des problèmes substantiels d'application et d'interprétation aux justiciables et à toute la communauté juridique, tel qu'on l'a vu plus haut,

³ Cet article a été amendé lors de la phase I de la réforme (*Loi portant réforme du Code de procédure civile – 2002, ch. 7*) par l'article 8 de cette loi : les mots « ou le demandeur-appelant » y ont été ajoutés.

compte tenu de la différence de terminologie, de concepts et de règles qui existent entre l'ancien et le nouveau Codes. Sans compter la confusion qui résultera de l'application, pendant un certain nombre de mois ou d'années à compter du 1^{er} janvier 2003, des dispositions actuelles du Code telles qu'amendées par la *Loi 54* et qui seront éventuellement remplacées, en ce qui concerne les deux premiers Livres, par le nouveau Code (phase II). De quoi y perdre son latin ! L'un des critères de réussite de la réforme de la procédure civile est d'assurer une certaine continuité procédurale malgré l'actualisation obligée des règles procédurales et le changement de culture que cette réforme nécessite. Or, cette continuité n'existera pratiquement plus.

Afin d'éviter que les justiciables n'aient à payer les frais des longs débats que ne manqueront pas d'engendrer cette confusion et ces difficultés d'interprétation, il serait essentiel et primordial que le gouvernement envisage plutôt l'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile* en un seul bloc. Maintenant que l'essentiel de la réforme est devenu loi (*Loi 54*) et sera en vigueur à compter du 1^{er} janvier prochain, on peut s'interroger sur l'urgence de ne présenter qu'une portion du nouveau code ; ne vaudrait-il pas mieux prendre un peu plus de temps et présenter un projet de Code complet et de qualité afin de s'assurer d'une totale cohésion ? L'adoption morcelée d'un nouveau Code ne servira personne.

1.1.2 Les définitions, les nouveaux concepts et le changement de langage

Le document sessionnel élimine les définitions se trouvant actuellement à l'article 4 du Code. C'est une orientation que nous respectons sauf que le fait d'introduire de nouveaux concepts sans les définir risque de provoquer de longs et coûteux débats pour les justiciables. Il en est de même de nombreux changements de terminologie – même par rapport à la *Loi 54* – dont on

peut questionner la nécessité et l'opportunité alors que les concepts utilisés depuis des décennies ont, au fil des ans, été clairement définis par la doctrine et la jurisprudence et ne causent pas ou plus de difficultés pratiques. Rappelons-nous, dans un passé récent, les débats occasionnés par le remplacement du mot « *frais* », utilisé à l'article 1040 b) du *Code civil du Bas-Canada*, par l'expression « *frais engagés* » à l'article 2762 du nouveau *Code civil* : cette décision, en apparence bénigne, a malheureusement et malgré la volonté de ne rien changer⁴, occasionné dix années de débats judiciaires, à telle enseigne qu'on a dû, il y a quelques mois, amender le *Code civil* pour en clarifier le sens et exclure les honoraires professionnels de l'application de cet article⁵.

A titre d'exemple, on peut s'interroger sur la façon dont les tribunaux interpréteront la notion de *jugement constitutif de droit* (art. 25), actuellement sujet de controverse doctrinale et jurisprudentielle tant en France qu'au Québec. En effet, dans l'affaire *Viel c. Entreprises immobilières du terroir Ltée*⁶, l'honorable André Rochon, au nom de la Cour d'appel, fait d'abord une revue de la jurisprudence québécoise en rapport avec l'application de l'article 9 (2^e al.) de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*⁷ en vertu duquel la loi nouvelle s'applique aux instances en cours si le jugement à intervenir est *constitutif de droit*. Il dit de ces décisions, avec respect, qu'elles « s'en sont tenu[e]s à la première impression qui se dégage de la lecture des mots « *le jugement constitutif de droit* » [sans] élaborer non plus sur le fondement de cette exception. »⁸. Le juge cite les auteurs québécois Côté et Jutras⁹ qui ont étudié cette notion, pour ensuite référer à la doctrine française qui, selon la lecture qu'il en a

⁴ Voir *Commentaires du Ministre de la Justice*, Tome II, Les Publications du Québec, p. 1729.

⁵ *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, (P.L. 50), sanctionnée le 13 juin 2002 (2002, c. 19).

⁶ QCCA 500-09-007532-989, décision du 8 mai 2002.

⁷ L.Q., 1992, c. 57.

⁸ Voir note 4, par. 41.

⁹ Pierre-André CÔTÉ et Daniel JUTRAS, *Le droit transitoire – sources annotées*, Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1994.

faite, « prête à une certaine controverse »¹⁰ pour finalement conclure que « tout jugement peut à la fois déclarer et constituer des droits ». Il précise alors qu'à son avis, le fondement de la règle énoncée au second alinéa de l'article 9 de la *Loi d'application* est plutôt lié à des situations intéressant l'ordre public¹¹. En outre, le fait que les *jugements constitutifs de droit* soient, au même titre que les jugements concernant l'état et la capacité des personnes et dans la même disposition que ces derniers, sujets à appel de plein droit ajoute à la difficulté d'interprétation : les jugements touchant l'état et la capacité ne sont-ils pas déjà constitutifs de droit ?

Soulignons également certains exemples d'importation de notions françaises qui, soit parce qu'elles sont à peu près inconnues de la jurisprudence québécoise, soit parce qu'elles ne sont importées que partiellement, se traduiront sans doute en des débats d'interprétation qui risquent de durer plusieurs années, aux frais des justiciables. Mentionnons, entre autres, les notions de *mesures d'administration judiciaire*, de *caducité de l'instance*, de *matière gracieuse*, d'*action collective*, de *demande additionnelle*. Ici, une jonction de parties est considérée comme une *action collective* alors que le sens que l'on veut donner à cette expression, dans la phase II, est celui de *recours collectif*. Autre exemple : depuis que la procédure allégée existe au Québec, on est réputé s'être désisté de sa demande si on fait défaut d'inscrire dans les 180 jours de la signification de la déclaration ; cette sanction a été reprise par la *Loi 54*. Or, dans la phase II, on ne réfère plus à la notion de *désistement* mais à celle de *caducité* sans la définir : l'instance devient caduque en cas de défaut d'inscrire dans les 180 jours (art. 175). Cette importation du droit français, en plus d'être dangereuse parce qu'on n'en connaît pas toutes les implications (conséquences d'un désistement réputé/conséquences de la caducité), est incomplète puisqu'en France, la caducité doit être

¹⁰ Voir note 4, par.43. Le juge Rochon remonte même en 1929 pour étayer l'état de la controverse en France ; voir sa note 21.

¹¹ *Idem*, par. 45 et 49.

constatée par le tribunal alors qu'ici, l'instance serait caduque par le simple effet de la loi, sans intervention du tribunal. Qu'est-ce qui justifie un tel changement ?

Autre exemple d'importation partielle : l'article 11 du document, qui se lit « *Les parties et leurs procureurs sont tenus de garder en tout temps et en tout lieu le respect dû à la justice.* », vient de l'article 24 du *Nouveau Code de procédure civile* français. La première phrase de cet article se lit « *Les parties sont tenues de garder en tout le respect dû à la justice.* ». On voit donc qu'en plus d'avoir ajouté les procureurs (ceux-ci sont déjà régis par leur code de déontologie à cet égard), les mots français *en tout* sont devenus ici *en tout temps et en tout lieu* : pourquoi ? cette différence empêchera-t-elle d'invoquer la doctrine et la jurisprudence françaises ?

En outre, non seulement le nouveau Code introduit-il de nouveaux concepts – dont la plupart sont d'origine française alors que le droit judiciaire français est très différent du nôtre – mais aussi contient-il des définitions ou des dispositions interprétatives qui se trouvent assez éloignées, dans le Code, des articles où l'on retrouve ces nouveaux concepts : ceci n'est pas de nature à en faciliter la compréhension. À titre d'exemples, on annonce dès l'article 20 la mise en cause du Procureur général mais ce n'est qu'à l'article 190 que l'on apprend ce dont il s'agit ; de même, l'article 26 nous informe que les jugements en matière gracieuse (concept de droit français) ne sont sujets à appel que sur permission mais on ne définit cette expression qu'à l'article 47 ; enfin, on explique le sens du mot « juge », utilisé déjà à l'article 26, qu'à l'article 62. Comment le justiciable s'y retrouvera-t-il ?

Enfin, on constate que les rédacteurs du document ont choisi d'utiliser une nouvelle formulation, même quant aux articles introduits au Code actuel pour la première fois par la *Loi 54*. Par exemple, pourquoi ne pas avoir gardé, au second alinéa de l'article 4 du document, le texte de l'article 4.3 relativement à la mission de conciliation des tribunaux ? Ce

dernier, adopté il y a à peine deux mois, reflétait pourtant le choix du ministère de la Justice, voire du gouvernement et de l'Assemblée nationale. Or, le nouveau texte, selon nous, modifie le sens de l'article 4.3 en ouvrant la porte à une conciliation obligatoire si « la matière ou les circonstances s'y prêtent » : le gouvernement aurait-il si vite changé d'idée ? Une foule d'autres exemples pourraient être donnés lors de rencontres avec les légistes du ministère de la Justice que nous souhaitons voir s'organiser le plus tôt possible.

1.1.3 Uniformité de langage

Nous avons constaté à la lecture du document sessionnel que les rédacteurs emploient tantôt le singulier, tantôt le pluriel. Qu'il suffise de mentionner à titre d'exemples *un ou des dossiers* (art. 9), *le tribunal/les tribunaux* (art. 10), *l'instance/des instances* (art. 13), *un ou des interrogatoires* (art. 229 et 230 – à ce dernier article, l'utilisation du singulier nous paraît plus opportune puisqu'il suffit que le tribunal considère qu'un seul interrogatoire est inutile). Parfois, l'emploi du pluriel peut modifier le sens selon le contexte. Nous appelons donc le législateur à la prudence.

De même, le document utilise souvent différentes expressions pour désigner la même réalité – *porter appel, former appel, interjeter appel, faire appel* – ou encore, en parlant de l'assignation d'un témoin, les termes *convoqué à se présenter, cité à comparaître*, et, du point de vue de la personne qui l'assigne, les expressions *cite à comparaître, demande la comparution, fait comparaître, convoque*.

En outre, le document emploie des termes qui tantôt sont des synonymes, tantôt visent des choses différentes. À titre d'exemple, les termes *éléments de preuve* et *éléments matériels de preuve* sont utilisés à l'article 235 : d'après le contexte, ils indiquent deux réalités différentes ; mais alors que signifie l'expression *éléments de preuve* à cet article ? que viserait-elle d'autre

que les pièces, écrits et autres documents, déjà énumérés à ce même article ? Par contre, on peut probablement affirmer qu'à l'article 238, les deux sont synonymes. De même, il est permis de s'interroger si les rédacteurs du document ont donné aux expressions *ordre public* et *intérêt public* la même signification : l'article 276 du document reprend l'article 308 du Code actuel (le secret entourant les renseignements d'État) mais l'un utilise *intérêt public* et l'autre, *ordre public*. A-t-on voulu changer quelque chose au droit actuel ? Une recherche terminologique dans le document nous indique que l'expression *ordre public* est utilisée aux articles 1, 6, 21 et 38 du document alors que *intérêt public* l'est aux articles 72, 184 et 276. Pour éviter des débats d'interprétation, on aurait avantage à utiliser la même terminologie pour désigner la même réalité. Il ne s'agit pas de rédiger une oeuvre littéraire mais un code de procédure civile : la clarté y a sa place, davantage que le style.

Les premiers articles du document énoncent certains principes directeurs, dont celui de la proportionnalité qui doit guider tant les parties que le tribunal dans le choix des procédures et des décisions à être rendues. Dès lors qu'il est formulé à l'article 14, est-il nécessaire de le répéter ? C'est pourtant le cas aux articles 45, 163, 213, 215, 295, 308 et 334 et il ne s'agit que des deux premiers Livres du Code. N'y a-t-il pas un risque que soit plaidée l'application de ce principe à ces seuls articles ?

1.1.4 La structure du nouveau Code

La structure suggérée du nouveau Code est nouvelle à plusieurs égards et comporte des regroupements intéressants. Il nous paraît toutefois curieux que la rétractation de jugement ne soit plus une façon de se pourvoir contre les jugements, au même titre que l'appel, mais fasse désormais partie intégrante de l'instance (Livre II). Il s'agit pourtant de règles permettant à une partie ou à un tiers de rouvrir une instance qui était techniquement terminée afin d'éviter que s'appliquent à lui ou à elle les conclusions d'un jugement déjà rendu. On ne voit donc pas

comment les dispositions sur la rétractation feraient partie intégrante du titre relatif au jugement, à l'intérieur du Livre II (L'instance).

1.2 Commentaires de fond

Tel que mentionné dans l'introduction, le Conseil général du Barreau adopta le 20 juin 2002 une résolution que le bâtonnier du Québec se chargea d'envoyer au ministre de la Justice dans les jours suivants avec une lettre faisant état de certains irritants qu'une première lecture du document sessionnel avait permis d'identifier. Nous les reprenons ici, et en ajoutons quelques autres. Ainsi, nous ferons état des principales différences entre la *Loi 54* et le document sessionnel, des différences entre les consensus et recommandations du Rapport du Comité de révision de la procédure civile (Rapport Ferland) et certaines orientations du document sessionnel, nous exposerons nos vues sur ce que le Barreau considère un irritant majeur, soit la possibilité pour le tribunal de condamner personnellement le procureur d'une partie à des dommages-intérêts et même à des dommages-intérêts punitifs, et nous nous pencherons sur d'autres problèmes de la phase II, soit la réduction du droit d'appel, l'absence de révision des décisions du greffier spécial et le caractère non limitatif des motifs de rétractation de jugement.

Ce ne sont là que les principaux problèmes que poserait l'application des dispositions de la phase II telles que proposées dans le document sessionnel ; en effet, cette liste est loin d'être exhaustive et le Barreau souhaite vivement que s'organisent dès septembre des rencontres entre les légistes du ministère de la Justice et les membres du Comité du Barreau sur la procédure civile afin que soient examinés conjointement et dans le détail les nombreux commentaires formulés par ceux-ci sur un très grand nombre d'articles du document. Ces commentaires feront l'objet d'un mémoire supplémentaire à être rendu public au cours de l'automne.

1.2.1 La Loi 54

À la lecture du document sessionnel, on réalise que plusieurs des orientations législatives qu'il contient ne suivent pas les dispositions de la *Loi 54* : certaines s'en éloignent passablement alors que d'autres les contredisent carrément. Pourtant, l'adoption de la *Loi 54* ne date que de juin 2002 (elle a été sanctionnée le 8 juin), et elle fait suite à une étude détaillée en Commission qui a duré plusieurs jours et qui a donné lieu à plusieurs ententes entre le ministère de la Justice et l'Opposition officielle sur de très nombreuses demandes ou suggestions du Barreau du Québec. Pourquoi donc revenir sur ces acquis ? Le ministère de la Justice regrette-t-il déjà certains compromis incontournables et nécessaires dans ce genre de réforme ? Comment expliquer que les décisions gouvernementales, pourtant jugées excellentes hier, ne valent plus aujourd'hui ? Comment justifier que de nouvelles dispositions, adoptées dans le cadre de la *Loi 54*, ne soient plus valables au bout de quelques semaines et doivent désormais obéir à une terminologie nouvelle qui, dans de trop nombreux cas, en change le sens ?

Sans les souligner toutes, donnons quelques exemples.

- L'article 4.3 du Code, ajouté par l'article 1 de la *Loi 54*, présente un énoncé de la mission de conciliation des tribunaux : alors que sa formulation satisfaisait tant le gouvernement que l'Opposition et le Barreau, on en retrouve une nouvelle au document sessionnel, à l'article 4, qui ouvre dorénavant la porte à une conciliation imposée par le tribunal. Pourtant, tous s'entendent depuis longtemps – les représentants du Barreau, du ministère et de la magistrature au sein du Comité de révision de la procédure civile l'ont affirmé plus d'une fois et en ont même fait deux recommandations formelles¹² – sur le fait que la conciliation (ou la

¹² Voir les recommandations R.1-2 et R.1-12 du Rapport *Une nouvelle culture judiciaire*, juillet 2001.

médiation) doit se faire sur une base consensuelle et volontaire. Or, l'article 4 du document sessionnel, à son second alinéa, mentionne « *Il entre aussi dans leur mission, tant en première instance qu'en appel, de concilier les parties soit que celles-ci y consentent, soit que la loi leur en fait devoir ou que la matière ou les circonstances s'y prêtent.* ». Ce dernier membre de phrase est beaucoup trop large et ouvre la porte à la possibilité de multiples ordonnances de conciliation.

- Contrairement à la *Loi 54*, les matières non contentieuses – appelées désormais *gracieuses* – ne sont plus exclues du modèle procédural. Pourquoi ? Pourquoi en changer l'appellation ?
- Le document sessionnel introduit le principe de l'économie dans sa proposition législative (art. 2), allant ainsi à l'encontre de ce qu'avait recommandé le Comité de révision de la procédure civile et qui avait été suivi par le législateur dans la *Loi 54*. D'une part, le fait d'inclure le principe d'économie au Code peut amener des contestations et des débats inutiles, le *fonctionnement économique de la procédure dans le respect des personnes et de leur droit à l'égalité devant les tribunaux* (art. 2) pouvant donner lieu à de nombreuses objections, demandes et exigences de la part des parties et à des interprétations judiciaires aussi diverses que variées ; d'autre part, le principe d'économie nous paraît être inclus dans celui de la proportionnalité et cela nous semble suffisant pour assurer le respect de la philosophie à la base du principe d'économie. Une telle position correspond d'ailleurs aux commentaires recueillis par le Comité de révision lors de la consultation qu'il a effectuée auprès du monde juridique au cours de l'année 2000.
- Alors que dans la *Loi 54*, seuls les jugements en révision judiciaire rendus en application de l'article 846 du Code actuel étaient appelables sur permission, dorénavant tous les jugements de la Cour supérieure résultant de l'exercice de son pouvoir de contrôle et de surveillance seront soumis à cette exigence procédurale, qu'ils soient rendus dans le cadre d'une demande en révision judiciaire (on ignore d'ailleurs quelles en seront les règles

puisqu'elles apparaîtront à la phase III de la réforme), d'une action directe en nullité ou d'une demande où des droits fondamentaux garantis par les Chartes sont invoqués. Comment justifier qu'un jugement déclarant une loi ou un règlement discriminatoire ou inconstitutionnel puisse n'être appelable que sur permission alors que celui qui accorde des dommages-intérêts de 51 000 \$ à une personne serait sujet à un appel de plein droit ?

- La *Loi 54* a modifié l'article 26 du Code actuel qui porte sur les jugements susceptibles d'appels de plein droit et sur permission. Pourquoi encore le modifier en y introduisant la notion de *jugements constitutifs de droit*, pourtant source de controverses doctrinales et jurisprudentielles en France ? Aussi, au même article, on remplace la notion de *jugement final* qui a fait l'objet d'une importante jurisprudence au Québec par celle de *jugements qui mettent fin à une instance* : ce n'est certes pas là une économie de mots.

- Le deuxième alinéa de l'article 71 du document reprend en substance l'idée traduite par l'article 9 du Code actuel tel qu'amendé par l'article 2 de la *Loi 54*, à l'effet que les parties peuvent convenir d'un délai différent de ceux prescrits par le Code à moins qu'il ne soit de rigueur, sauf qu'il ajoute à l'exception « *les cas où le délai est établi dans l'intérêt du tribunal ou d'un tiers* ». Cette exception additionnelle est nouvelle par rapport à la *Loi 54*. En effet, bien que peu avant l'étude détaillée de l'article 9 en Commission l'exception visant les délais sous le contrôle du tribunal ait été ajoutée au projet de loi 54, elle en a été retranchée à la demande du Barreau et de l'Opposition et le ministre y a acquiescé volontiers. Ainsi, la version finale de cet article 9, dans la *Loi 54*, ne contient pas cette exception du délai sous le contrôle ou dans l'intérêt du tribunal (comment cela sera-t-il interprété ?), et encore moins celle du délai établi dans l'intérêt d'un tiers. Pourquoi ce changement ?

- Alors que l'article 75.0.1 du Code actuel, ajouté par l'article 9 de la *Loi 54* prévoit que le juge en chef peut ordonner la tenue, dans un autre district, de l'instruction de la cause

« *exceptionnellement et dans l'intérêt des parties* », ces deux critères ne se retrouvent plus dans l'article 45 du document. Pourquoi ?

- L'article 119 du Code actuel, remplacé par l'article 16 de la *Loi 54*, – il s'agit donc d'un article entièrement nouveau – énonce le contenu de l'avis au défendeur ; cet avis, conformément au paragraphe 2^o, doit indiquer que si le défendeur comparaît, la demande est présentée à la date indiquée dans l'avis de présentation à moins qu'une entente écrite n'intervienne avant entre les parties relativement au calendrier qui régira le déroulement de l'instance. Or, l'article 135 (2^e al. par. 2^o) du document sessionnel reprend cet énoncé, malheureusement fort mal, en y introduisant l'obligation d'arriver à une entente sur le calendrier avant la date de présentation de la demande (« *une entente écrite doit intervenir entre les parties...* ») : pourquoi ne pas avoir repris les termes mêmes de l'article 119 que l'on vient tout juste d'adopter ? Il est clair qu'on ne peut pas forcer les parties à s'entendre ; d'ailleurs, la réforme prévoit l'intervention du tribunal justement en cas de mésentente entre les parties. Cet article devra nécessairement être amendé, amendement qui aurait pu être évité.
- En matière de jugement déclaratoire, l'article 454 du Code actuel a été amendé par l'article 86 de la *Loi 54* pour, entre autres, en retirer la nécessité d'établir l'intérêt du requérant à obtenir une décision immédiate. Cet amendement était justifié par le fait que cette procédure obéit dorénavant au modèle procédural général. Or, l'article 133 du document fait revivre, à notre avis sans raison, cette exigence.
- En vertu de la *Loi 54* (art. 151.11), le juge en chef peut ordonner une gestion particulière d'instance lorsque le délai d'inscription de 180 jours est prolongé. Or, ce qui n'était que possibilité devient un automatisme avec la phase II (art. 149-2^e al.). Pourquoi avoir enlevé l'élément discrétionnaire ?
- Alors que le Code actuel, en matière de procédure allégée, ainsi que la *Loi 54* prévoient qu'en cas de défaut d'inscrire la cause dans le délai de rigueur de 180 jours, le demandeur est

réputé s'être désisté de sa demande, la phase II (art. 175) prévoit plutôt la caducité de l'instance par le simple effet de la loi : or, on n'est pas en mesure de savoir si les effets de la caducité et du désistement réputé sont les mêmes. Chose certaine : ce changement risque d'entraîner des débats dont les justiciables feront les frais. Pourquoi ne pas maintenir une notion que la communauté juridique connaît et applique depuis plusieurs années ?

- La règle 19 des *Règles de pratique de la Cour supérieure en matière civile* ainsi que le nouvel article 413.1 du Code ajouté par l'article 79 de la *Loi 54* reconnaissent au tribunal le pouvoir d'ordonner aux experts ayant préparé des rapports contradictoires de se rencontrer afin de tenter de concilier leurs positions respectives. Il y est prévu que cette rencontre se fait en présence des parties ou des procureurs qui souhaitent y participer. Or, l'article 284 du document sessionnel ne prévoit la présence possible des parties et de leurs procureurs que lorsque la rencontre est ordonnée dans le cadre de l'instruction. Ce changement est inacceptable, tant pour les parties que pour les avocats qui les représentent.
- Enfin, tel que mentionné précédemment dans le présent mémoire, le document sessionnel utilise souvent un vocabulaire nouveau qui colle davantage à la réalité juridique française qu'à la nôtre, risquant ainsi d'entraîner de longs et coûteux débats, aux frais des justiciables, avant d'en connaître le sens et la portée véritables.

1.2.2 Le Rapport Ferland

Alors qu'il nous paraissait probable que la réforme de la procédure civile suive, de façon générale, les recommandations du Rapport du Comité de révision de la procédure civile¹³, compte tenu du large consensus entre les différents partenaires de la Justice qu'il représente,

¹³ Supra voir note 1.

le document sessionnel contenant la phase II de la réforme, au contraire, s'en distingue à plusieurs égards sans que ces écarts soient justifiés. Examinons les principales différences.

- Tel que mentionné précédemment, le document introduit dans le nouveau Code le principe d'économie alors que la quasi-unanimité des personnes ou organismes consultés par le Comité de révision au cours de l'année 2000 sur son document de consultation¹⁴ étaient d'avis de ne pas retenir la proposition P.1-19, non pas parce que les idées qui y étaient exprimées n'étaient pas valables mais parce que d'énoncer une telle règle au Code aurait pu avoir pour effet de teinter le comportement de certaines parties et de leurs procureurs en fonction du soi-disant déséquilibre causé par l'inégalité économique et financière d'une partie par rapport à l'autre. Or, les décisions judiciaires ne doivent pas être rendues en fonction de la situation économique des parties mais plutôt en fonction des droits qu'elles prétendent exercer, de la preuve qui est présentée au tribunal et de la règle de droit qui leur est applicable. À notre avis, le principe de la proportionnalité, qui vise à assurer un certain équilibre entre les procédures choisies et la finalité du recours, doublé d'une gestion d'instance souple mais efficace, saura atteindre les objectifs que le Comité de révision a identifiés dans son Rapport final et auxquels le gouvernement souscrit, nous en sommes convaincus.

- Le Comité de révision a toujours eu, au cours de ses trois années de travaux, le souci d'assurer une certaine continuité procédurale malgré l'implantation d'une nécessaire réforme et cette continuité se traduit par le maintien des acquis, qui ont l'avantage d'être connus, qui fonctionnent bien et ne posent pas de difficultés ; elle se traduit aussi par le maintien de la terminologie et des notions juridiques auxquelles la communauté juridique est habituée. Or, les auteurs du document ont plutôt opté pour un changement beaucoup plus marqué en empruntant du droit judiciaire privé français, parfois en partie seulement, plusieurs notions,

¹⁴ COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *La Révision de la Procédure civile – Document de consultation*, Gouvernement du Québec, Québec, février 2000, 131 pages. Voir la proposition P.1-19 p.32.

concepts ou règles. Nous en avons déjà présenté quelques exemples. Qu'il suffise de rappeler les notions de *action collective*, de *preuve prévisionnelle*, de *jugement constitutif de droit*, de *matière gracieuse*, de *mesure d'administration judiciaire*, de *caducité de l'instance*, et de *demande additionnelle*, pour ne nommer que celles-là.

- Dans le même ordre d'idées, rappelons également que le fait d'avoir remplacé l'expression *recours extraordinaires* et *demande en évocation ou en révision judiciaire* par le concept beaucoup plus englobant de *pouvoir de contrôle et de surveillance de la Cour supérieure* fait en sorte de rendre appelables sur permission les jugements finals de la Cour supérieure en matière d'inconstitutionnalité, ce qui n'a jamais été l'intention du Comité de révision lorsqu'il recommandait de fusionner les recours en révision judiciaire, en évocation, en *mandamus*, l'action directe en nullité de même que l'action et la requête pour jugement déclaratoire en droit public¹⁵. Cette nouvelle règle doit être modifiée.

- En matière de compétence des tribunaux, le document sessionnel, à son article 36, accorde à la Cour du Québec la compétence exclusive en matière de garde en établissement, d'évaluation psychiatrique et de soins en l'absence de consentement de la personne concernée. En ce qui a trait à la compétence relative aux soins, cette orientation va à l'encontre des décisions de la Cour d'appel qui ont reconnu la compétence exclusive de la Cour supérieure en cette matière¹⁶ ainsi qu'à l'encontre de la recommandation du Rapport Ferland qui, tout en étant d'accord pour dénoncer la division de compétence entre les deux Cours – garde et évaluation psychiatrique d'une part (Cour du Québec), et soins d'autre part (Cour supérieure) –, privilégiait plutôt d'accorder une compétence concurrente aux deux juridictions dans les trois matières. Il soulevait également un argument constitutionnel à l'effet que l'Assemblée nationale n'avait pas le pouvoir de retirer de la Cour supérieure sa

¹⁵ Voir le Rapport Ferland, les recommandations R.2-7 et R.2-10, cette dernière étant à l'effet de maintenir les règles de fond et de procédure.

¹⁶ Voir notamment *Centre hospitalier universitaire de Québec c. R.L.*, J.E. 2000-20477 (C.A.).

compétence relative aux soins pour la confier de façon exclusive à la Cour du Québec¹⁷. Le Barreau du Québec fait sien cet argument.

- Le document sessionnel s'éloigne aussi du Rapport Ferland en ce qui a trait à la compétence du greffier. En effet, alors que le Comité jugeait important de ne pas permettre au greffier d'exercer la compétence d'un juge en matière de saisie avant jugement, d'injonction, de sursis, d'ordonnance enjoignant de fournir une assistance policière et d'autorisation de saisir un bien sur la personne d'un débiteur, et ce, tant à cause de l'importance de ces matières que du respect du droit à l'intégrité de la personne¹⁸, le document va dans le sens tout à fait contraire en conférant compétence au greffier sur tous ces aspects (art. 64).

Il en est de même du troisième alinéa de l'article 65 du document qui énonce que les décisions du greffier spécial ne peuvent faire l'objet d'une révision par un juge ou par le tribunal. Cette orientation, contraire à la position du Comité de révision ainsi qu'au droit actuel – rien d'ailleurs n'est invoqué pour justifier un tel changement –, peut mettre en péril le respect des droits des parties compte tenu de la très large compétence exercée par les greffiers spéciaux, notamment en matière de droit des personnes. Le greffier n'est pas un juge ; le législateur lui a donné certains pouvoirs judiciaires dans le but d'alléger le fardeau des juges et des tribunaux, et non dans celui de les remplacer. Il est essentiel pour la sauvegarde des droits des justiciables et le maintien de l'équilibre entre les trois grandes fonctions de l'État (l'Exécutif, le Législatif et le Judiciaire) que les décisions des greffiers spéciaux puissent continuer de faire l'objet d'une révision judiciaire.

- Autre point de divergence : la compétence territoriale des tribunaux. Le Comité de révision a, à juste titre, décidé de ne pas recommander d'inclure au Code une règle de compétence territoriale s'appliquant aux demandes portant sur un contrat de consommation,

¹⁷ Rapport Ferland, p 65 et 66 et, particulièrement la recommandation R.2-15.

¹⁸ Idem, p. 81, 249-250, voir aussi les recommandations R.2-35 et R.7-54.

compte tenu des difficultés de qualification reliées à l'application d'une telle règle (le débat préalable sur l'existence ou non d'un contrat de consommation représenterait un procès à l'intérieur du procès, donc engendrerait des coûts et des délais supplémentaires) ; il a en outre recommandé le maintien des règles actuelles de compétence territoriale puisqu'elles ont fait l'objet d'une abondante jurisprudence et n'ont pas « soulevé de difficultés importantes justifiant leur remise en question. »¹⁹. Or, le document sessionnel, par son article 40, ajoute une règle de compétence territoriale lorsque la demande porte sur un contrat de travail ou de consommation.

- Contrairement à diverses positions du Comité de révision, partagées par le Barreau, la phase II de la réforme fait en sorte que la grande majorité des jugements interlocutoires ne seront plus sujets à appel en cours d'instance, rend les motifs de rétractation de jugement non limitatifs et accorde aux tribunaux le pouvoir de condamner les procureurs des parties à des dommages-intérêts et même à des dommages-intérêts punitifs. Nous reviendrons sur ces trois questions plus loin dans le présent mémoire.
- Cette énumération n'étant pas exhaustive, les autres points de divergence entre le document sessionnel et le Rapport Ferland pourront être présentés et discutés lors des rencontres à venir entre le ministère et le Barreau.

1.2.3 La condamnation des procureurs à des dommages-intérêts

Les articles 48 et 49 du document sessionnel visent d'abord et avant tout à sanctionner les abus de procédure. Il est de plus en plus fréquent que des justiciables choisissent de se présenter devant les tribunaux sans procureur, notamment en matière familiale. Ils en ont parfaitement le droit et le Barreau du Québec ne veut d'aucune façon remettre celui-ci en cause. Il arrive toutefois – heureusement ce n'est que de façon très exceptionnelle – que

¹⁹ Idem, p. 73, voir la recommandation R. 2-20.

certaines justiciables, par manque de connaissances, par esprit de vengeance ou simplement parce qu'ils croient vraiment avoir raison dans leur démarche, commettent certains abus : soit qu'ils intentent de façon répétitive la même poursuite, qu'ils assignent comme témoins nombre de personnages politiques ou d'administrateurs, ou encore qu'ils saisissent les tribunaux d'un recours manifestement mal fondé. On les appelle les « plaideurs vexatoires ». Or, ces abus doivent être réprimés et le Barreau appuie les orientations formulées au document à cet égard. Cependant, nous sommes d'avis que le document va trop loin en donnant aux tribunaux le pouvoir de condamner le procureur d'une partie à des dommages-intérêts, voire à des dommages-intérêts punitifs, lorsque « *l'abus lui est directement attribuable* »²⁰.

Une lecture attentive de l'article 48, particulièrement de son second alinéa, nous enseigne ce que pourrait être, du point de vue du législateur, un abus. Or, on constate qu'un manquement injustifié au calendrier de l'instance pourrait en être, ainsi qu'un acte manifestement sans fondement ou encore l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable. Placé dans la situation d'un plaideur, il est difficile de considérer qu'un manquement au calendrier, même injustifié, constitue un abus : une mauvaise gestion de son temps n'entraîne pas d'abus. Le fait de placer cet exemple de soi-disant abus dans le même sac qu'un comportement vexatoire, un acte frivole, manifestement mal fondé et fait de mauvaise foi dans le but de nuire à autrui nous paraît exagéré autant qu'inapproprié.

Par ailleurs, le fait pour un procureur de plaider un point sans fondement juridique apparent ou de procéder à plusieurs expertises ou à plusieurs interrogatoires constitue-t-il un abus ? Peut-être pour l'un mais pas pour l'autre. Peut-on blâmer un procureur de tenter tout ce qui est possible, y compris la présentation d'arguments qui peuvent, à première vue, paraître farfelus,

²⁰ Article 49, 2^e al. du document sessionnel.

afin de gagner la cause de son client ? Dans l'affaire *Young c. Young*²¹, la Cour suprême du Canada n'a-t-elle pas affirmé :

« De plus, les tribunaux doivent faire montre de la plus grande prudence en condamnant personnellement un avocat aux dépens, vu l'obligation qui lui incombe de préserver la confidentialité de son mandat et de défendre avec courage même des causes impopulaires. Un avocat ne devrait pas être placé dans une situation où la peur d'être condamné aux dépens pourrait l'empêcher de remplir les devoirs fondamentaux de sa charge. »

On ne saurait en effet placer un procureur dans la situation inconfortable de toujours devoir se demander si le fait de suivre les instructions de son client ne le placera pas dans une situation de possible condamnation.

En ce qui concerne l'utilisation excessive ou déraisonnable de la procédure par un avocat, les tribunaux ont exceptionnellement eu recours à leur pouvoir de condamner l'avocat aux dépens. Par ailleurs, il ne nous paraît pas nécessaire d'en prévoir la sanction dans une disposition spécifique du Code parce que la jurisprudence reconnaît généralement le pouvoir des tribunaux de sanctionner une telle conduite lorsqu'elle comporte certaines caractéristiques précises – cette compétence relève généralement de leur pouvoir inhérent. Dans la même cause que celle précitée, la Cour suprême ajoutait à ce sujet :

« Tout membre de la profession juridique peut faire l'objet d'une ordonnance compensatoire pour les dépens s'il est établi que les procédures dans lesquelles il a agi ont été marquées par la production de documents répétitifs et non pertinents, de requêtes et de motions excessives, et que l'avocat a agi de mauvaise foi en encourageant ces abus et ces délais. Les tribunaux ont compétence en la matière, souvent en vertu d'une loi et en vertu de leur pouvoir inhérent de réprimer l'abus de procédures et l'outrage au tribunal. »²²

(notre soulignement)

²¹ [1993] 4 R.C.S. 3, p. 17.

²² Idem. Voir aussi A. BIRON, *Les principes d'attribution des dépens en matière familiale et de la condamnation personnelle de l'avocat aux frais*, (1987) 47 R. du B. 147.

En outre, il n'appartient pas aux tribunaux de sanctionner une conduite déontologiquement répréhensible provenant d'un avocat, ce rôle revient à l'Ordre professionnel des avocats conformément au *Code des professions*²³ et à la *Loi sur le Barreau*²⁴. D'ailleurs le *Code de déontologie des avocats*²⁵ comporte plusieurs dispositions régissant la conduite professionnelle de l'avocat : certaines établissent des devoirs généraux, d'autres énumèrent les conduites pouvant constituer des actes dérogatoires. En voici quelques exemples :

« 2.03. La conduite de l'avocat doit être empreinte d'objectivité, de modération et de dignité.

2.05. L'avocat doit éviter tout procédé purement dilatoire et coopérer avec ses confrères pour assurer la bonne administration de la justice.

2.06. L'avocat doit servir la justice et soutenir l'autorité des tribunaux. Il ne peut agir de façon à porter préjudice à l'administration de la justice.

4.02.01. En outre des actes dérogatoires mentionnés aux articles 57 et 58 du Code des professions (L.R.Q., c. C-26) est dérogatoire à la dignité de la profession le fait pour un avocat :

a) d'intenter une demande, d'adopter une attitude, d'assumer une défense, de retarder un procès ou de prendre quelque autre mesure au nom de son client, quand il sait ou quand il est évident que pareille action ne sert qu'à harasser une autre personne ou à lui nuire de façon malicieuse ; »

De plus, le tribunal ne saurait prononcer une condamnation contre un avocat – ou contre toute autre personne – sans lui avoir préalablement donné l'occasion d'être entendu. En effet, l'article 5 du *Code de procédure civile* actuel, repris par l'article 12 du document, consacre cette règle de justice naturelle (*audi alteram partem*) en ces termes :

« 5. Il ne peut être prononcé sur une demande en justice sans que la partie contre laquelle elle est formée n'ait été entendue ou dûment appelée. »

²³ L.R.Q., c. C-26.

²⁴ L.R.Q., c. B-1.

²⁵ R.R.Q. 1981, c. B-1, r.1.

Ainsi, avant que la condamnation ne soit prononcée, l'avocat devrait pouvoir présenter une preuve visant à démontrer qu'il n'a pas commis d'abus – ceci peut toutefois mettre en péril le respect de son secret professionnel et le placer en conflit d'intérêts face à son client, ce qui pose une difficulté supplémentaire – et faire ses représentations, le tout en se faisant représenter par procureur, s'il le désire. Or, rien n'est prévu à cet égard aux articles 48 et 49 du document, il n'existe aucune procédure, aucun encadrement pour assurer le droit à la défense pleine et entière de l'avocat. Sur la question d'une condamnation sur-le-champ, le juge Forget, au nom de la Cour d'appel dans l'affaire *Pearl c. Gentra Canada Investments inc.*²⁶, écrivait :

« Dans le premier cas [une condamnation sur-le-champ] on reprochera au tribunal de ne pas avoir permis à l'avocat de se défendre adéquatement ; sauf circonstances fort exceptionnelles – d'ailleurs difficiles à concevoir – ce reproche sera bien fondé. » (Par. 31)

En outre, puisque sa responsabilité professionnelle est engagée, l'avocat doit avoir l'opportunité d'aviser le Fonds d'assurance responsabilité du Barreau du Québec – il a d'ailleurs une obligation légale de le faire – afin que celui-ci examine la question et prenne éventuellement fait et cause pour son assuré. Il est à noter que le Fonds ne couvrirait probablement pas les dommages-intérêts punitifs. On doit distinguer les questions qui ont trait à un outrage au tribunal de celles qui relèvent de la responsabilité civile de l'avocat, ces dernières devant faire l'objet d'une instance distincte.

Enfin, l'avocat n'étant pas partie au litige, comment pourra-t-il aller en appel d'une telle condamnation et continuer de représenter son client ?

²⁶ REJB 1998-06357. Voir aussi A. BIRON, *Les principes d'attribution des dépens en matière familiale et de la condamnation personnelle de l'avocat aux frais*, (1987) 47 R. du B. 147 et Y.-M. MORISSETTE, *L'initiative judiciaire vouée à l'échec et la responsabilité de l'avocat ou de son mandant*, (1984) 44 R. du B. 397.

Signalons que la Cour d'appel a très récemment eu l'occasion de se prononcer sur cette dernière question, sur le fait que la condamnation personnelle de l'avocat ne doit être prononcée que dans des cas exceptionnels ainsi que sur la nécessité que celui-ci soit appelé à faire des représentations devant le tribunal. La Cour accueillait ainsi, sur le banc, l'appel logé par l'une des avocates au dossier à l'encontre d'une décision rendue par la Cour supérieure, le 7 juin 2002, ordonnant aux cabinets d'avocats impliqués au dossier d'assumer tous les frais de transcription des deux journées d'audience déjà écoulées ainsi que les honoraires de leurs experts respectifs. Voici en quels termes la Cour s'est exprimée:

« Considérant que cette ordonnance, rendue proprio motu, constitue une condamnation des avocats au dossier sans que ceux-ci aient été appelés à faire des représentations quant à son opportunité ou à quant à ses conséquences;

Considérant que le pouvoir du tribunal d'émettre des ordonnances de nature punitive contre un avocat ad litem ne doit être exercé que dans des cas exceptionnels, ce qui n'était pas le cas en l'instance où rien n'indique que les avocats au dossier avaient de mauvaise foi ou de façon téméraire ou négligente sous-évalué la durée du procès;

Considérant que l'ordonnance émise, alors que le procès restait à faire, crée une situation où les avocats deviennent personnellement parties au litige, ce qui risque de les placer en situation de conflit d'intérêt; »²⁷

Sa décision a été à l'effet de biffer de l'ordonnance de la Cour supérieure les deux paragraphes ayant trait à la condamnation personnelle des cabinets d'avocats.

Le Barreau est d'avis qu'il existe plusieurs moyens de sanctionner les abus pouvant être commis par un avocat dans un dossier, et ce, tant au plan civil que déontologique. Les mots « *si l'abus lui est directement attribuable, son procureur* » à l'article 49 constituent une épée

²⁷ *Me Linda Hammerschmid c. J. Davis et al*, C.A.M. No 500-09-012406-021, le 14 août 2002 (Les juges Chamberland, Nuss et Dalphond).

de Damoclès sur la tête de tous les praticiens, susceptible de les freiner indûment dans l'exercice de leurs mandats professionnels alors que les quelques abus qui peuvent exister peuvent être sanctionnés tant par le Comité de discipline du Barreau que par les tribunaux par le biais de leur pouvoir inhérent. En outre, la gestion d'instance, qui est au cœur même de la réforme de la procédure civile, sera un instrument de contrôle et servira de frein aux possibles abus.

Quant aux dommages-intérêts punitifs, ils existent généralement pour sanctionner des atteintes aux droits fondamentaux garantis par les Chartes. Le Barreau est d'avis qu'il n'y a pas lieu de les étendre à d'autres secteurs : en effet, à part cette exception, les dommages-intérêts sont, en droit civil, de nature compensatoire et non de nature punitive. En outre, on ne doit pas minimiser les coûts et les délais qu'entraînerait une condamnation à des dommages punitifs, compte tenu de la preuve exigée en application de l'article 1621 du *Code civil*²⁸. On peut facilement imaginer que les avocats seraient interrogés au préalable pour connaître leur situation patrimoniale ; or, force est d'admettre que tout ceci n'est d'aucune pertinence eu égard au litige principal auquel, est-il besoin de le préciser, l'avocat n'est pas partie.

1.2.4 Autres irritants

Certains autres irritants doivent être soulignés, bien qu'on ait pu y faire allusion précédemment dans le présent mémoire : il s'agit de la réduction du droit d'appel, de l'absence de révision des décisions du greffier spécial et du caractère non limitatif des motifs de rétractation de jugement.

²⁸ « **1621.** Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.

Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers. ».

1.2.4.1 La réduction du droit d'appel

Dès l'adoption de la *Loi 54*, on pouvait percevoir de la part du législateur, suite, on peut le supposer, à une demande en ce sens formulée par le juge en chef du Québec²⁹, une volonté de diminuer le nombre de dossiers sur les rôles de la Cour d'appel : il fallait donc, pour ce faire, rendre moins facile et moins direct l'accès à cette Cour. Cette volonté s'est traduite notamment par l'augmentation à 50 000 \$ (plus du double) du seuil d'appel de plein droit, et par le fait de rendre appelables sur permission tous les jugements rendus en application de l'article 846 C.p.c. (recours en évocation et en révision judiciaire) et non plus seulement ceux qui rejettent une telle demande. On verra à l'usage, à compter du 1^{er} janvier 2003, si d'avoir inscrit les critères devant présider à une autorisation de pourvoi, au second alinéa de l'article 26 C.p.c., aura un effet ou non sur le nombre de permissions accordées.

Le document sessionnel diminue encore davantage l'accès à la Cour d'appel : en premier lieu, ce ne sont plus les jugements de la Cour supérieure rendus en application de l'article 846 C.p.c. qui sont appelables sur permission mais tous ceux qui sont rendus dans l'exercice de son pouvoir de contrôle et de surveillance, ce qui constitue une assiette juridictionnelle beaucoup plus étendue³⁰. Le Barreau réitère son opposition à cette nouvelle règle, estimant inapproprié, tant pour l'autorité publique impliquée dans une telle cause que pour le justiciable ordinaire, d'assujettir un jugement portant des droits garantis par les Chartes ou sur l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un règlement à la nécessité d'obtenir une permission.

En second lieu, les jugements interlocutoires, c'est-à-dire rendus en cours d'instance, ne sont appelables que sur appel du jugement final, sauf exceptions, y compris les jugements sur les

²⁹ C'est du moins ce que laisse supposer la lecture de la traduction des interventions du ministre de la Justice faites lors de l'étude détaillée du projet de loi 54 à la Commission des institutions au printemps dernier.

³⁰ Article 26, 2^e al. par. 5^o.

incidents de même que sur les *mesures d'administration judiciaire*³¹. Aussi bien dire qu'ils ne sont pas appelables du tout, compte tenu qu'à la fin de l'instance, il sera généralement trop tard, le mal aura été fait. D'ailleurs, on comprend mal que l'une des exceptions formulées à l'article 27 du document soit « *lorsque le jugement met fin à l'instance* » : un tel jugement, en plus de ne pas être *interlocutoire* à notre avis, figure déjà à l'article 25 comme étant sujet à un appel de plein droit.

Comment peut-on imaginer qu'une ordonnance de séquestre ou qu'une injonction interlocutoire ne puissent pas être sujettes à un appel immédiat ? Pourquoi limiter le droit d'appel à un jugement qui rejette un moyen déclinatoire ? procéder au fond avec la décision qui l'accueille peut être tout aussi dommageable. Comment imaginer qu'un jugement provisoire interdisant à un parent de voir son enfant ne soit pas immédiatement appellable ? Que fait-on du refus de protéger un secret commercial, d'accorder l'anonymat à un demandeur atteint du SIDA, ou de protéger des sources journalistiques, d'une ordonnance refusant un sursis, ou autorisant la saisie d'un bien sur la personne d'un débiteur, particulièrement lorsqu'elle est prononcée par un greffier plutôt que par un juge ? Comment une partie peut-elle continuer une instance si on lui refuse l'accès à des documents qu'elle considère essentiels à la défense de ses droits ? Quantité d'exemples peuvent être apportés pour démontrer que la rigidité de cette règle est inacceptable, non conforme à l'esprit de la réforme de la procédure civile telle qu'envisagée par le Comité de révision et endossée par le Barreau du Québec, et tout à fait contraire à une saine administration de la justice. Si cette rigidité est proposée dans le but de s'assurer que les parties respecteront le délai d'inscription de 180 jours, ça n'est vraiment pas le moyen approprié : ce n'est pas de cette façon qu'on va s'attirer l'adhésion de la communauté juridique et des justiciables à la réforme. Le Barreau s'oppose donc vigoureusement à cette nouvelle règle.

³¹ Article 27.

Troisièmement, le fait que les décisions des greffiers spéciaux ne soient plus susceptibles de révision par un juge ou le tribunal a une incidence sur la diminution du droit d'appel puisque bon nombre de leurs décisions sont interlocutoires si l'on se fie au libellé de l'article 65 du document.

1.2.4.2 Les décisions du greffier spécial

Les décisions du greffier spécial ne peuvent plus faire l'objet d'une révision par un juge ou par le tribunal (art.65). On ignore ce qui justifie cette règle nouvelle – peut-être est-ce encore le souci de ne pas dépasser le délai d'inscription de 180 jours, même au risque de faire perdre des droits à des justiciables ? – mais le Barreau y est tout à fait défavorable. Tel que mentionné précédemment au présent mémoire, la fonction de greffier spécial a été créée pour alléger le fardeau des juges, non pas pour remplacer ceux-ci. Un greffier n'est pas un juge : il n'a pas la même expérience professionnelle et ses critères de nomination diffèrent de ceux qui président à la nomination des juges. Pourtant ses pouvoirs sont très étendus : en plus d'exercer les fonctions juridictionnelles du greffier, lesquelles sont déjà passablement nombreuses³², le greffier spécial statue sur de nombreuses demandes interlocutoires, contestées ou non, lesquelles sont énumérées à l'article 65 du document : vu l'importance de ces matières, les jugements interlocutoires doivent pouvoir être révisés et ce d'autant plus qu'ils ne sont plus sujets à appel immédiat en vertu de l'article 27.

Indépendamment de la qualité des décisions qu'il peut rendre, force est d'admettre que le greffier spécial est avant tout un fonctionnaire de l'État et ne jouit pas de l'indépendance judiciaire, essentielle à l'exercice du pouvoir judiciaire dans notre système de justice. C'est pourquoi ses décisions doivent continuer de pouvoir faire l'objet d'une révision, à l'instar de celles du greffier.

³² Voir l'article 64 du document.

1.2.4.3 Les motifs de rétractation de jugement

Contrairement aux recommandations du Comité de révision de la procédure civile en cette matière, les auteurs du document sessionnel proposent comme orientation législative que les motifs de rétractation de jugement ne soient plus limitatifs, ce qui, fait surprenant, est contraire au droit français.

La formulation du premier alinéa de l'article 321 est ambiguë : en effet la présence du mot « *et* » avant le mot « *notamment* » laisse croire que le « *motif grave susceptible de déconsidérer l'administration de la justice* » est en soi une cause de rétractation, ce qui est beaucoup trop large, et que l'énumération qui apparaît aux six paragraphes suivants forme une liste non limitative de critères additionnels. Quoiqu'il en soit, le Barreau du Québec, à l'instar du Comité de révision, estime que les cas d'ouverture à la rétractation de jugement doivent rester limitatifs afin de préserver le principe de la stabilité des jugements et pour éviter que la procédure de rétractation ne devienne l'occasion trop fréquente d'appels déguisés et ne retarde l'exécution du jugement par le créancier judiciaire.