

Proportionnalité : l'heure des choix a sonné!

Vers une redéfinition de la notion de pertinence

[1] Les faits constituent la matière première du procès. Cueillette et présentation doivent se faire en conséquence.

[2] Ce ne sont pas tant les questions de droit que les questions de fait qui font obstacle à un accès à la justice rapide et abordable : les questions de droit nécessitent rarement des ressources incommensurables à la différence des questions de fait.

[3] La conscientisation de tous les acteurs (parties, avocats, enseignants, barreaux et juges) à cette réalité et un changement de culture en conséquence s'imposent. Ceux et celles qui ont œuvré à la mise en place des récentes réformes en matière de procédure civile l'ont tous affirmé¹.

[4] Les propos du juge R.J. Sharpe dans l'arrêt *R. c. Omar* font voir l'urgence d'agir et l'intérêt collectif à le faire :

32. (...) The judicial system, like all other public institutions, has limited resources at its disposal, as do the litigants and legal aid. The purpose of this appeal, of course, is not to attribute blame for how an unfortunate situation developed which resulted in several weeks court time being swallowed up on a peripheral issue. Suffice it to say that every effort must be made to keep trials focused on the essential issues. If not, there is a serious risk that our adversary trial system will simply collapse under its own weight and we will all be the poorer. It is in the interest of all constituencies – (...) – to make the most of the limited resources at our disposal.²

[5] Dans le cadre de la réforme de la procédure civile en cours au Québec (suite de celle déjà effectuée en 2003), le législateur poursuit toujours cet objectif³. Si cette réforme est saluée, on lui reproche encore son manque de mordant. Ainsi, dans un article récent intitulé « Une justice (un peu) plus accessible »⁴, le journaliste Yves Boisvert de LaPresse écrit :

¹ **Québec –réforme de 2002** : Comité de révision de la procédure civile, *Une nouvelle culture judiciaire*, Rapport du Comité de révision de la procédure civile, juillet 2001; **Ontario – réforme de 2010** : Honourable Coulter A. OSBORNE, *Civil Justice Reform Project*, Summary of Findings & Recommendations, novembre 2007); **Colombie-Britannique – réforme de 2010** : JUSTICE REVIEW TASK FORCE, *Effective and Affordable Civil Justice*, Report of the Civil Justice Reform Working Group to the Justice Review Task Force, novembre 2006.

² (2007) 218 C.C.C. (3d) 242 (C.A. Ontario)

³ Projet de loi n° 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 1^{re} sess., 40^e légis., 2013.

⁴ Yves BOISVERT, « Une justice (un peu) plus accessible », *La Presse* (Montréal), 7 mai 2013.

Que dit ce nouveau code?

Il dit que les gens doivent tenter de s'entendre par tous les moyens possibles avant de s'adresser aux tribunaux. Il dit que les procédures doivent être proportionnelles aux enjeux financiers. Il dit que la justice ne doit plus être entre les mains de ceux qui ont les moyens d'y faire obstacle.

C'est une bonne réforme... Mais qui manque d'audace. La rhétorique est superbe. Il est question de prévention, de coopération, d'équilibre. Mais dans plusieurs cas, on est du côté des vœux, des encouragements, et non de la contrainte. Or, il y a des plaideurs qu'il faut contraindre pour les empêcher de faire trop de dégâts.

(...)

Mais du moins, cette réforme confirme ce qu'on sait depuis longtemps: ça ne peut plus durer. Et le système doit être de plus en plus contrôlé par ses arbitres - les juges -, pas par ses joueurs.

[6] Dans la foulée du Rapport Woolf⁵, « l'instigateur et l'architecte de la réforme de la procédure civile anglaise », les récentes réformes confient au juge un rôle accru et elles mettent en place de nombreux outils⁶. Ainsi, la responsabilité du fonctionnement adéquat du système de justice repose de nos jours largement sur les épaules des juges, mais pour que leurs efforts portent fruit, encore faut-il que tous se sentent interpellés et que tous offrent leur contribution.

[7] Intervenant de premier plan dans l'élaboration et la mise en œuvre de la réforme québécoise de la procédure civile, le professeur Denis Ferland le constate en ces termes :

D'une part, cette fonction judiciaire est sans doute appelée à devenir de plus en plus créatrice dans le cadre du nouveau rôle de responsable de la gestion de l'instance et de conciliateur attribué par le législateur réformateur aux tribunaux et aux juges chargés de l'administration de la justice civile.

D'autre part, les procureurs des parties, plaideurs, adversaires dans le cadre du système de justice contradictoire traditionnel, sont appelés à relever le défi de développer «une nouvelle culture judiciaire», dans le cadre de la gestion d'instance et de la justice «médiationnelle», participative, et à devenir, même dans l'adversité du contentieux, de plus en plus des partenaires, négociateurs,

⁵ LORD WOOLF, *Access to Justice, Interim Report*, 1995 et *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, 1996.

⁶ À ce propos, voir notamment : Denis FERLAND, « La transformation de la justice civile : la "nouvelle culture judiciaire" du juge et des avocats », dans Louis LEBEL et Pierre VERGE, *L'oreille du juge*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 25.

associés au processus de règlement consensuel des litiges. Les procureurs devront démontrer, en sus de leur compétence en droit, un niveau élevé de compétence en communications et relations interpersonnelles, en matière d'enquêtes, d'entrevues et d'évaluation, en gestion des causes, et être capables d'évaluer le niveau de déséquilibre des pouvoirs respectifs des parties, afin d'être en mesure de déterminer si la médiation est une option appropriée, avant ou après l'introduction d'une instance, et de favoriser une transaction entre les parties.

Enfin, de même que la justice civile se transforme, ainsi que le rôle du juge et des procureurs, le Palais de justice est en voie de devenir un Centre multi-services de Justice, favorisant ainsi un meilleur accès des citoyennes et des citoyens à la Justice.⁷

[8] Planifier et choisir s'imposent, même si cela signifie faire certains compromis.

Analogie : la prospection minière

[9] Identifier dès le départ les sources de matières premières, être conscients des intérêts spécifiques de l'entreprise et de ses contraintes temporelles et financières et, à tout moment, gérer adéquatement les ressources disponibles, voilà comment maximiser les chances de passer de l'exploration à l'exploitation lucrative.

[10] L'exploration ne peut se faire partout et sans planification.

[11] Malgré des trouvailles, l'exploitation sera vraisemblablement tributaire du rapport coûts-bénéfices.

[12] Mieux on aura ciblé, et moins on aura perdu de ressources et d'énergie en cours de route, plus un projet aura des chances d'aboutir.

[13] Bien qu'imparfaite, l'analogie entre la prospection minière et l'administration de la preuve dans un litige civil est utile, car elle permet d'illustrer les risques que courent ceux et celles qui omettent de planifier et de cibler, ainsi que ce que peut leur apporter la mise en œuvre d'une stratégie respectueuse du principe de la proportionnalité :

- chercher partout, sans plan de match, sans planification et sans faire de choix, c'est courir le risque de se perdre, d'aller nulle part ou de ne jamais arriver à bon port;

⁷ ,*Id.*, p. 44.

- ne pas simplifier là où il est possible de le faire, c'est passer à côté d'une occasion de conserver et de consacrer ses ressources et son énergie à ce qui compte vraiment;
- trouver au prix de réduire significativement ses ressources ou de les épuiser, c'est retarder inutilement le projet d'exploitation ou le mettre en péril;
- exploiter sans tenir compte du rapport coûts-bénéfices, c'est courir à la catastrophe.

Un postulat à reconnaître : les ressources sont limitées

[14] Les ressources des parties au litige et celles dont dispose le système de justice sont limitées : dans un monde idéal, il pourrait en être autrement, mais ce monde idéal n'est pas celui dans lequel évolue l'administration de la justice en 2013.

[15] Pour certains, imposer aux parties de cibler les enjeux et de limiter l'arsenal disponible pour livrer bataille, c'est heurter les fondements du système de justice civile, notamment celui de la quête de vérité. Dans un article intitulé *The Future of the Civil Justice System: Three narratives About Changes*, l'auteure Julie Macfarlane décrit ainsi pareille réaction :

(...) The Resisters take the Reformers' faith in adjudication one important step further - they see the courts as the guardians of the nation's values. Any decline in adjudication is not simply an issue of access to justice - it threatens to undermine our system of moral decision-making and the resulting social fabric. So strong is this belief that either encouraging settlement or undermining the procedures that aim to uncover "truth" and enable justice is regarded as a dangerous "dilution" of the system's core values. Here is a representative example of this argument, as two senior Toronto litigators describe their reaction to the introduction of court- based mediation in Ontario:

[I]t's easier to settle out a case than press on principle, so then you have a watered down legal system ... you'll find mediation is going to be the way to go, but we'll have a watered down legal system.

Our system was built on the adversarial process . . . the best system should be getting the best results through some sense of adversarial process with experienced lawyers, so at the end of the day clients can feel that they got the right result, as opposed to a manufactured result.

The general thrust of the Resisters' opposition to civil justice reform is that care must be taken not to undermine the fundamental checks and balances within the existing civil system. These checks and balances aim to uncover the truth - or at

least, get as close as possible to the truth - and this requires extensive processes of investigation, document disclosure, the potential for sufficient examination, challenge and enquiry.

The Resisters also argue that "truth" may be well hidden in an apparently "simple" case (one that would fall foul of the principle of proportionality and perhaps attract a simplified procedure) and thus justice would not be done. At the same time, a "complex" case may have fairly straightforward and undisputed facts. Similarly, a "simple" case with relatively low stakes may have a devastating consequence for either party, but the reform proposals could prevent the parties in this case accessing those additional procedures (such as documentary access, extended discoveries, more experts) that the Resisters argue ensure a just result.

The concept of proportionality is central to both the Ontario and British Columbia plans, and draws much ire from the Resisters. They jump on the assumption that a simple monetary test should be broadly determinative of how much court time a case deserves. The Trial Lawyers Association of British Columbia (TLABC) has argued that this is too broad a discretion to give to managing judges and risks compromising justice in cases that require more of the court's time but fail under the principle of proportionality. The Association says it would prefer to see a "laser-guided" approach rather than the "nuclear explosion" (in which proportionality would apply to all civil cases) proposed by the report.⁸

(Références omises.)

[16] La résistance est au rendez-vous. Les auteurs Pierre Noreau et Mario Normandin en font le constat :

Toute réforme de la justice civile se heurte à d'importantes difficultés. Ce sont les acteurs du milieu juridique qui sont traditionnellement les premiers concernés par ce type de réforme et les plus consultés sur leur à-propos. Or, la culture judiciaire n'est pas ou est peu disposée au changement. Les modifications proposées au système judiciaire sont souvent perçues par les praticiens du droit comme une remise en question de règles que ces praticiens considèrent d'autant plus sacrées qu'elles sont anciennes. On oublie pourtant que plusieurs de ces règles visaient à remédier à des problèmes pratiques qui n'existent plus alors que d'autres cherchaient à satisfaire des besoins qui ont depuis évolué et changé. Le droit judiciaire n'est pas immuable. Le système judiciaire demeure une institution sociale que nous avons nous-mêmes construite et édifiée et que, par conséquent, nous pouvons changer. Cependant, à moins qu'elles permettent d'ajuster la pratique du droit aux exigences et aux besoins des praticiens, les

⁸ Julie MACFARLANE, « The Future of the Civil Justice System: Three Narratives About Changes », 35 *The Advocate Quarterly* 284, 292-294.

réformes de la justice civile suscitent trop souvent, de la part des praticiens, des réactions négatives qui rendent ces réformes parfois difficiles, voire impossibles. Ces réactions négatives s'expliquent bien souvent par la conception particulière de la justice qu'entretiennent les juristes. Il s'agit avant tout pour eux d'un impératif supérieur. À l'inverse, les réformes de la justice civile sont souvent animées par une justice qualifiée de « contemporaine », une justice davantage conçue comme un service public.

L'autorité accrue que le législateur se propose de confier au juge gestionnaire de l'instance dans l'avant-projet de loi n'a pas été à l'abri de réactions négatives de la part des praticiens.⁹

[17] Dans son texte *Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions* publié en 2009, cette résistance constatée, mon collègue le juge Yves-Marie Morissette aborde ce à quoi s'attaquer pour la surmonter :

Deuxièmement, la culture judiciaire ne change pas, ou du moins ne change pas autant qu'on l'aurait voulu. La force de l'habitude et les routines structurantes, ancrées dans un préjugé contre le changement, y sont pour beaucoup. **On ne surmontera ces obstacles qu'en travaillant sur la mentalité des acteurs**, ce qui suppose d'abord des programmes de formation imposés ou fortement recommandés pour les avocats, pour le personnel judiciaire et pour les juges, de même, fort probablement, que pour les professions d'où sont issus les experts. **Cela suppose de la part de tous ces gens une volonté de changer d'attitude**, ce qui implique un effort préalable de persuasion de la part des auteurs de la réforme, du ministère de la Justice, des chefs de juridiction et des ordres professionnels. **Cela suppose aussi, je le crains, la mise en place au sein de l'administration judiciaire d'un nouveau dispositif adapté à la réforme** : nouvelle répartition des ressources humaines, nouveaux emplois du temps, nouveau partage de responsabilités, nouveau contenu des formulaires, etc. Si l'entente sur le déroulement de l'instance a été largement phagocytée par la culture judiciaire en place, et réduite à l'état d'échéancier plus hypothétique que réel, c'est que les mentalités n'étaient pas prêtes au changement.¹⁰

(J'ajoute le caractère gras et le soulignement.)

[18] Dans son article intitulé *La proportionnalité procédurale : une perspective comparative*, la professeure Catherine Piché énonce de semblables commentaires :

⁹ Pierre NOREAU et Mario NORMANDIN, « L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance », (2012) 71 *R. du B.* 210, 214.

¹⁰ Yves-Marie MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions », (2009) 50 *C. de D.* 381, 412-413.

Au-delà des amendements au *Code de procédure civile*, **un profond changement de culture est nécessaire** pour notamment permettre la mise en œuvre complète des principes directeurs du Code. Ce changement ne peut s'opérer que par **une nouvelle attitude des acteurs judiciaires, et par certaines altérations aux fondements et philosophies de la justice civile québécoise.**

D'abord, les justiciables délaissent les tribunaux, car ils ne leur font plus confiance. Comment susciter un regain de confiance chez ces derniers? Premièrement, par un meilleur échange d'informations entre les parties, ainsi qu'une plus claire divulgation quant aux frais et budgets de litige. Il ne faut jamais oublier que le client veut et doit participer à la proportionnalité. Il ne veut pas être coincé devant le fait accompli d'une procédure à laquelle il n'adhère pas, ou surpris par une facture de frais juridiques trop élevés qu'il ne peut tout simplement pas payer.

Le regain de confiance peut sûrement s'effectuer, **deuxièmement**, par un plus grand souci de concision et de précision de la part des avocats dans les procédures judiciaires. Ils devraient, par exemple, s'efforcer de fournir une preuve écrite plus concise, des experts communs, des listes d'autorités plus concrètes et ciblées. **Troisièmement**, le litige ne peut et ne doit plus être une bataille; ainsi, le regain de confiance accompagnera peut-être l'abandon de la terminologie de justice « adversariale » ou contradictoire, et son remplacement par les notions de justice collaborative.

Par ailleurs, on note que le changement de culture est lent chez certains juges. Certains de ces juges semblent peu à l'aise avec leur rôle de gestionnaire et sont peu proactifs dans le déroulement de l'instance. Hormis les séances de formation pour juges sur la gestion d'instance, qui existent déjà à Montréal du moins, il faudra que le changement continue de s'opérer à travers la jurisprudence (celle qui est publiée) et les textes de doctrine.¹¹

(J'ajoute le caractère gras et le soulignement, références omises.)

[19] La quête de vérité et le droit de chacun de faire valoir son point de vue constituent de louables objectifs. Ainsi, les craintes exprimées par ceux et celles qui résistent aux changements ne doivent jamais être prises à la légère.

[20] Cela dit, ne nous leurrions point : parfois, l'argument de la recherche de la vérité, ou celui voulant que chacun ait droit à une défense pleine et entière, participe bien plus du positionnement stratégique que de nobles intentions.

¹¹ Catherine PICHÉ, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », (2009-2010) 40 *R.D.U.S.* 551, 590-591.

[21] Ainsi, est-il heureux que les juges ancrent de plus en plus à la réalité judiciaire l'idée voulant que le système de justice civile constitue un service public et que tous ont la responsabilité d'en faire usage en conséquence.

[22] Par exemple, dans *Marcotte*, le juge LeBel écrit :

[43] **Le principe de la proportionnalité** qu'énonce l'art. 4.2 C.p.c. n'est pas entièrement nouveau. **Toute bonne procédure devrait le respecter** (voir Y.-M. Morissette, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions » (2009), 50 *C. de D.* 381). **L'exigence de proportionnalité dans la conduite de la procédure reflète d'ailleurs la nature de la justice civile qui, souvent appelée à trancher des litiges privés, remplit des fonctions d'État et constitue un service public.** Ce principe veut que le recours à la justice respecte les principes de la bonne foi et de l'équilibre entre les plaideurs et n'entraîne pas une utilisation abusive du service public que forment les institutions de la justice civile. Certes, des règles particulières gouvernent les aspects les plus divers de la procédure civile. Leur mise en œuvre évitera souvent le recours à l'application du principe de la proportionnalité. Toutefois, on devrait se garder de le priver, dès le départ, de toute valeur comme source du pouvoir d'intervention des tribunaux dans la gestion des procès¹².

(J'ajoute le caractère gras et le soulignement)

[23] Dans *Consoltec*, le juge Pierre Dalphond de la Cour d'appel du Québec s'exprime comme suit :

[49] En fait, des efforts importants sont déployés par le législateur, le barreau et la magistrature québécoise pour moderniser la résolution des conflits. De plus, la voie judiciaire n'est désormais qu'une option parmi d'autres, comme la médiation et l'arbitrage. On souhaite une nouvelle culture juridique et on exhorte à pratiquer le droit différemment. On affirme vouloir favoriser l'accès à la justice en réduisant les délais et les coûts, en simplifiant les procédures, en encourageant les règlements. **On réalise aussi que les tribunaux sont un service public aux ressources limitées, dont il ne faut pas abuser.** Mais en même temps, on s'inquiète toujours de la baisse du nombre des dossiers, des délais persistants, des honoraires des avocats toujours à la hausse.¹³

(J'ajoute le caractère gras et le soulignement.)

¹² *Marcotte c. Longueuil (Ville de)*, 2009 CSC 43, paragr. 43.

¹³ *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.*, 2010 QCCA 1600.

Le principe de la proportionnalité et l'administration de la justice sous l'angle d'un service public

[24] Au Québec, le principe de la proportionnalité est codifié dans plusieurs règles de droit. Par exemple, l'article 4.2 du *Code de procédure civile* est ainsi rédigé :

4.2 Dans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne.

[25] De semblables dispositions législatives existent aussi ailleurs au Canada, par exemple en Ontario et en Colombie-Britannique:

Ontario

1.04(1.1) (1.1) In applying these rules, the court shall make orders and give directions that are proportionate to the importance and complexity of the issues, and to the amount involved, in the proceeding.¹⁴

Colombie-Britannique

- (1) The object of these Supreme Court Civil Rules is to secure the just, speedy and inexpensive determination of every proceeding on its merits.
- (2) Securing the just, speedy and inexpensive determination of a proceeding on its merits includes, so far as is practicable, conducting the proceeding in ways that are proportionate to:
 - (a) the amount involved in the proceeding,
 - (b) the importance of the issues in dispute, and
 - (c) the complexity of the proceeding.¹⁵

[26] Un projet de loi¹⁶, actuellement objet de débats au Québec, repousse encore plus les frontières de la proportionnalité en s'attaquant non seulement aux questions de procédure, mais aussi à celles portant sur la preuve. Il comporte notamment les articles proposés que voici :

9. Les tribunaux ont pour mission de trancher les litiges dont ils sont saisis en conformité avec les règles de droit qui leur sont applicables et, ce faisant, de dire le droit. Ils ont également pour mission de statuer, même en l'absence de litige,

¹⁴ *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Regulation 194, rule 1.04(1.1).

¹⁵ *Supreme Court Civil Rules*, BC Reg 168/2009, rules 1-3 (1) et (2).

¹⁶ Projet de loi n° 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 1^{re} sess., 40^e légis., 2013.

lorsque la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité des personnes, qu'une demande leur soit soumise.

Il entre dans leur mission d'assurer la saine gestion des instances en accord avec les principes et les objectifs de la procédure. Il entre aussi dans leur mission, tant en première instance qu'en appel, de favoriser la conciliation des parties si la loi leur en fait devoir, si les parties le demandent ou y consentent, si les circonstances s'y prêtent ou s'il est tenu une conférence de règlement à l'amiable.

Les tribunaux et leurs juges bénéficient de l'immunité judiciaire. Ces derniers doivent être impartiaux et doivent, dans leurs décisions, prendre en considération le meilleur intérêt de la justice.

18. **Les parties à une instance doivent respecter le principe de proportionnalité** et s'assurer que leurs démarches, les actes de procédure, y compris le choix de contester oralement ou par écrit, **et les moyens de preuve choisis** sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande.

Les juges doivent faire de même dans la gestion de chacune des instances qui leur sont confiées, et ce, quelle que soit l'étape à laquelle ils interviennent. Les mesures et les actes qu'ils ordonnent ou autorisent doivent l'être dans le respect de ce principe, tout en tenant compte de la bonne administration de la justice.

19. Les parties à une instance ont, **sous réserve du devoir des tribunaux d'assurer la saine gestion des instances et de veiller à leur bon déroulement**, la maîtrise de leur dossier dans le respect des principes, des objectifs et des règles de la procédure et des délais établis.

Elles doivent veiller à **limiter l'affaire à ce qui est nécessaire pour résoudre le litige** et elles ne doivent pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

Elles peuvent, à tout moment de l'instance, sans pour autant qu'il y ait lieu d'en arrêter le cours, choisir de régler leur litige en ayant recours à un mode privé de prévention et de règlement des différends ou à la conciliation judiciaire; elles peuvent aussi mettre autrement fin à l'instance.

20. **Les parties se doivent de coopérer** notamment en s'informant mutuellement, en tout temps, des faits et des éléments susceptibles **de favoriser un débat loyal** et en s'assurant de préserver les éléments de preuve pertinents.

Elles doivent notamment, au temps prévu par le Code ou le protocole de l'instance, s'informer des faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et des éléments de preuve qu'elles entendent produire.

(J'ajoute le caractère gras et le soulignement.)

[27] Cibler les enjeux et évaluer l'à-propos de l'équation entre moyens envisagés et fins recherchées, non seulement pour valoir entre les parties, mais également dans le contexte de la responsabilité collective à l'égard de l'usage des ressources judiciaires, voilà l'un des défis que présente la règle de la proportionnalité.

[28] Comme l'écrit la professeure Catherine Piché, dans son article précité, le principe de la proportionnalité en droit québécois repose sur ces deux fondements : la responsabilité collective des usagers du système quant à l'usage qu'ils en font et le maintien d'un rapport de force équilibré entre les belligérants.

Au surplus, il se dégage de ces articles deux fondements ou raisons d'être au principe de proportionnalité québécoise. D'abord, de s'assurer que les ressources collectives investies dans le système de justice soient utilisées à bon escient et non gaspillées en conséquence des abus des justiciables. Ensuite, maintenir l'équilibre des forces entre les parties.¹⁷

[29] L'affaire *Castor* constitue un bel exemple de ce que signifie la responsabilisation collective à l'égard des ressources judiciaires disponibles. En 2007, la Cour d'appel du Québec écrivait :

[73] Le dossier *Castor Holdings*, avec ses ramifications, est une affaire sérieuse, comme l'illustrent sa nature, son histoire, les réclamations en jeu (près d'un milliard de dollars en 2007) et le nombre des parties en cause. Une affaire sérieuse dont l'issue est, essentiellement, la détermination de la responsabilité extracontractuelle d'une société de comptables envers des investisseurs. Il n'y a ici aucune question reliée aux libertés fondamentales, aux droits démocratiques, aux garanties juridiques ni même à l'intérêt général de la collectivité. Cette affaire sérieuse met en cause des questions de droit civil et de droit commercial. **Certes, ces questions méritent un examen juridique approfondi** au regard d'une preuve complète administrée par les parties devant un tribunal indépendant. **Mais elles ne méritent pas que des ressources judiciaires hors de toute proportion avec la nature réelle du problème leur soient consacrées pendant plus d'une décennie.** Des recours collectifs qui touchent des milliers de demandeurs et qui commandent l'étude de questions d'ordre public reliées au droit de l'environnement ou au droit de la consommation trouvent leur solution judiciaire en beaucoup moins de temps que l'affaire *Castor Holdings*. Il n'est pas exagéré de dire que l'affaire *Castor Holding* constitue un

¹⁷ Catherine PICHÉ, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », (2009-2010) 40 *R.D.U.S.* 551, 576-577.

cas exceptionnel dans les annales judiciaires du Québec, un véritable dérapage judiciaire¹⁸.

(J'ajoute le caractère gras et le soulignement.)

[30] Ainsi, la plupart du temps, proportionnalité va de pair avec obligation de choisir. Alors que certains choix sont faciles, d'autres le sont beaucoup moins. Faire preuve d'imagination et de courage s'impose. Chaque intervenant doit pleinement assumer sa part de responsabilité.

La responsabilité des divers intervenants

[31] Parties, avocats, enseignants, barreaux et magistrats doivent reconnaître que l'accès à la justice et que l'usage raisonné et raisonnable des ressources judiciaires limitées est l'affaire de tous, de sorte que chacun doit y mettre du sien. Même la moins audacieuse des réformes ne peut s'implanter en l'absence d'un semblable engagement.

[32] Si chacun assumait pleinement les responsabilités et les obligations que les textes de loi déjà en vigueur imposent, un pas de géant serait franchi à mon avis. Et que dire de ce qui peut y être ajouté : tous les espoirs sont permis!

Les parties

[33] L'article 4.1 du *Code de procédure civile* du Québec énonce que les parties sont maîtres de leur dossier, mais il précise que cette maîtrise doit s'exercer dans le respect des règles de procédure et des délais prévus. Il ajoute que les parties sont tenues de ne pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

[34] Parmi les règles de procédure que les parties doivent respecter, notons celles énoncées aux articles 76, 77 et 85 du *Code de procédure civile* :

76. Les parties doivent exposer, dans leurs actes de procédure, les faits qu'elles entendent invoquer et les conclusions qu'elles recherchent.

Cet exposé doit être sincère, précis et succinct; il doit être divisé en paragraphes numérotés consécutivement, chacun se rapportant autant que possible à un seul fait essentiel.

77. Doit être expressément énoncé tout fait dont la preuve, autrement, serait de nature à prendre par surprise la partie adverse, ou qui pourrait soulever un débat que n'autoriseraient pas les actes de procédure déjà au dossier.

¹⁸ *Wightman c. Widdrington (Succession de)*, 2007 QCCA 1687. Autre exemple : *Matic c. Trottier*, 2010 QCCS 1466, paragr. 61.

85. La partie qui répond par écrit à un acte de procédure doit en admettre les allégations qu'elle sait être vraies; elle ne peut se borner à nier celles qu'elle n'admet pas, mais elle doit alléguer affirmativement ce sur quoi elle se fonde pour s'opposer aux conclusions prises contre elle.

[35] À cela s'ajoutent les diverses obligations de comportement énoncées aux articles 6, 7 et 1375 du *Code civil du Québec* :

6. Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi.

7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

1375. La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction.

[36] Comme le font voir les propos suivants du juge François Pelletier de la Cour d'appel du Québec, recul, objectivité, capacité de cibler et mesure représentent des atouts dont une partie ne doit jamais se priver :

La puissante charge émotive qui les anime ne favorise pas une approche sereine et raisonnée des différents enjeux accessoires au fond de l'affaire et de l'importance réelle qu'ils peuvent revêtir. L'absence complète de recul face aux événements à l'origine du conflit et aux débats qu'il suscite est de nature à expliquer en bonne partie la multiplication déraisonnable des incidents qui entravent la progression du dossier. L'antagonisme systématique qui semble caractériser l'approche des requérants dessert la saine administration de la justice et vraisemblablement leurs propres intérêts. Noyés dans une mer d'interventions futiles et démesurées, leurs moyens sérieux de contestation, et je présume qu'ils peuvent en avoir, risquent de passer inaperçus ou de ne pas recevoir l'attention qu'ils méritent.¹⁹

[37] Les parties (les clients) souhaitent détenir et conserver la maîtrise de leur dossier? Alors, qu'elles acceptent d'en payer le prix en retour. Tout droit emporte son lot de responsabilités²⁰.

¹⁹ *Gauthier c. Leduc*, 2011 QCCA 206, paragr. 36.

²⁰ Au sujet des responsabilités que le client doit assumer, voir notamment : Yves-Marie MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions », (2009) 50 *C. de D.* 381; Julie MACFARLANE, «The Evolution of the New Lawyer : How Lawyers are Reshaping the Practice of Law», (2008) *Journal of Dispute Resolution*, Issue 1,, p. 61.

[38] Le défi est grand, je l'admets, mais combien essentiel à relever à l'ère des nouvelles technologies²¹ alors que le volume de matière première avec lequel composer (les faits) est trop souvent démesuré.

Les avocats

[39] À titre de conseiller, l'avocat doit aider son client à définir les enjeux (pas seulement juridiques, mais également humains et économiques). Il doit le convier à identifier des priorités et lui offrir les outils essentiels à une prise de décision éclairée.

[40] Définir la théorie de la cause dès le départ s'impose : pour être en mesure de se rendre quelque part, sans perdre son temps et son argent et sans trop trébucher, il faut savoir d'où l'on part, là où on peut aller (ce qui ne correspond pas toujours à l'endroit où l'on voudrait aller ou à celui vers lequel on se dirige) et bien planifier.

[41] Des propos de la juge France Thibault de la Cour d'appel du Québec, dans une affaire décidée en 2007, illustrent éloquemment ce qui se produit ou ce qui risque de se produire lorsque des efforts sont déployés sans que la théorie de la cause ne soit suffisamment prise en compte :

[21] L'examen du rapport d'expertise montre qu'il a été requis pour établir « l'efficacité » du règlement à assurer la protection de l'environnement. La conclusion du rapport indique notamment ceci en rapport avec l'utilisation de la rampe de mise à l'eau et la restriction de l'accès aux plans d'eau à certaines catégories de personne :

(...)

[22] À mon avis, le juge de première instance a eu raison de rejeter le rapport d'expertise puisque celui-ci tend à établir un fait qui n'est pas relié à une question en litige.

[23] En effet, le rapport d'expertise, qui vise à établir l'efficacité ou non des mesures choisies par l'appelante pour protéger l'environnement, n'est pas relié à une question en litige.

[24] La véritable question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si les moyens mis en œuvre par l'appelante pour atteindre l'objectif visé par la réglementation – soit la protection de l'environnement – sont de la compétence ou non de l'autorité municipale. Cela dépend de la réponse à la question suivante : les moyens choisis par l'appelante ont-ils trait ou non à la navigation? Autrement dit, je suis d'avis que le degré d'efficacité des moyens élaborés par

²¹ Vincent GAUTRAIS, *Afin d'y voir clair - Guide relatif à la gestion des documents technologiques*, Fondation du Barreau du Québec, novembre 2005.

l'appelante pour protéger l'environnement constitue une question étrangère à celle posée dans le litige qui concerne le caractère véritable du règlement.

[25] Autoriser le dépôt de ce rapport d'expertise aurait pour effet de détourner le litige de son véritable objet et de permettre qu'il s'engage sur la question environnementale. Or, ce n'est pas cette question qui est au cœur du débat. En effet, il ne fait aucun doute qu'une autorité municipale a compétence pour réglementer les questions environnementales et qu'il s'agit de questions cruciales. Il ne fait aucun doute non plus que certaines mesures visant à réduire l'usage de bateaux à moteur sur des cours d'eau sont susceptibles de réduire les effets « potentiellement » négatifs sur le milieu, pour reprendre les termes mêmes du rapport d'expertise.

[26] Mais je le répète, ce n'est pas la question qui se pose en l'instance. Il s'agit plutôt d'examiner les mesures édictées par l'appelante et de décider si celles-ci régissent ou non la navigation sur les plans d'eau visés.²²

[42] Pour reprendre mon analogie de départ (la prospection minière), agir de la sorte correspond à consacrer ses énergies et ses efforts, là où il est raisonnable de trouver une quantité de matière première à exploiter selon un ratio coûts-bénéfices favorable, et acceptable.

[43] L'avocat peut aussi aider son client à réaliser qu'il est dans son intérêt de faire preuve d'un esprit de collaboration plutôt que d'adopter l'attitude belliqueuse trop souvent observée²³. L'exemple suivant, portant sur la rédaction des procédures et tiré des propos de l'auteur Jean-Claude Royer, illustre bien cet intérêt :

Le nouvel article 85 du Code de procédure civile, en obligeant les parties ou les procureurs à admettre les faits vrais ou qu'ils savent être vrais et en les obligeant à expliciter davantage leurs dénégations, avait pour but évident d'éviter de prendre la partie adverse par surprise et de rendre ainsi les procédures écrites plus élaborées, plus exactes et plus sincères.

Cet objectif n'a pas été entièrement atteint. Dès l'entrée en vigueur de ces dispositions, l'on a pu constater que des procureurs ou des études légales avaient adopté la politique systématique de ne pas répondre aux allégués de la partie adverse, l'article 86 prévoyant que le silence n'était plus une admission, tout en continuant d'exprimer dans des termes vagues et généraux la prétention

²² *St-Adolphe-d'Howard (Municipalité de) c. Chalets St-Adolphe inc.*, 2007 QCCA 1421.

²³ BARREAU DU QUÉBEC, *Guide des meilleures pratiques*, Barreau du Québec, 2012; L'honorable Guy GAGNON, *Le « Pre-Action Protocol » fait-il partie de la solution?*, mars 2009, en ligne <http://www.tribunaux.qc.ca/c-quebec/CommuniquésDocumentation/Pre_Action_Protocol_Internet.pdf>; Yves-Marie MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions », (2009) 50 *C. de D.* 381; Jean-Claude ROYER *et al.*, « Le rôle de l'avocat dans l'enquête moderne », (1977) 13 *C. de D.* 537.

de leur client. Il existait pourtant des avantages à exprimer avec exactitude, précision et objectivité, la prétention des clients ou la version des faits. **Le juge qui, aujourd'hui, prend généralement connaissance du dossier avant l'enquête peut être favorablement influencé par des procédures ainsi rédigées.**²⁴

(J'ajoute le caractère gras et le soulignement.)

[44] À l'ère des nouvelles technologies, les principes Sedona²⁵ constituent un outil précieux. Les règles de procédure applicables en Ontario imposent déjà leur application²⁶. Tout avocat, peu importe la province dans laquelle il exerce, a tout intérêt à les connaître et à les faire connaître à ses clients. Ainsi notamment, l'avocat agit en précieux collaborateur, en sa qualité d'officier de justice, sans aucunement sacrifier son devoir premier de représenter adéquatement son client.

[45] Agir en partenaire dans un contexte d'adversité, voilà le défi que l'avocat d'aujourd'hui se doit de relever. Connaître le droit applicable et les règles de la preuve ne suffit plus, il faut savoir être homme ou femme-orchestre et agir en conséquence.

Les procureurs devront démontrer, en sus de leur compétence en droit, un niveau élevé de compétence en communications et relations interpersonnelles, en matière d'enquêtes, d'entrevues et d'évaluation, en gestion des causes, et être capables d'évaluer le niveau de déséquilibre des pouvoirs respectifs des parties, afin d'être en mesure de déterminer si la médiation est une option appropriée, avant ou après l'introduction d'une instance, et de favoriser une transaction entre les parties.²⁷

Les juges

[46] Les récentes réformes ont substantiellement transformé le rôle du juge.

[47] Dès 1985, le juge Antonio Lamer écrivait dans l'arrêt *R. c. Brouillard* :

17 First of all, it is clear that judges are no longer required to be as passive as they once were; to be what I call sphinx judges. We now not only accept that a judge may intervene in the adversarial debate, but also believe that it is

²⁴ Jean-Claude ROYER *et al.*, « Le rôle de l'avocat dans l'enquête moderne », (1977) 13 *C. de D.* 537, 541.

²⁵ THE SEDONA CONFERENCE, *Les principes de Sedona Canada : l'administration de la preuve électronique*, janvier 2008, en ligne <http://www.canlii.org/fr/doctrine/sedonacanada/2008principles_fr.html>.

²⁶ *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Regulation 194, rule 29.1.03(4).

²⁷ Denis FERLAND, « La transformation de la justice civile : la "nouvelle culture judiciaire" du juge et des avocats », dans Louis LEBEL et Pierre VERGE, *L'oreille du juge*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 44.

sometimes essential for him to do so for justice in fact to be done. Thus a judge may and sometimes must ask witnesses questions, interrupt them in their testimony and if necessary call them to order.

18 One of the decisions most often cited in support of this rule is *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.). Lord Denning stated the following, at pp. 158-59:

No one can doubt that the judge, in intervening as he did, was actuated by the best motives. He was anxious to understand the details of this complicated case, and asked questions to get them clear in his mind. He was anxious that the witnesses should not be harassed unduly in cross-examination, and intervened to protect them when he thought necessary. He was anxious to investigate all the various criticisms that had been made against the board, and to see whether they were well founded or not. Hence he took them up himself with the witnesses from time to time. He was anxious that the case should not be dragged on too long, and intimated clearly when he thought that a point had been sufficiently explored. All those are worthy motives on which judges daily intervene in the conduct of cases and have done for centuries.

Nevertheless, we are quite clear that the interventions, taken together, were far more than they should have been. In the system of trial which we have evolved in this country, the judge sits to hear and determine the issues raised by the parties, not to conduct an investigation or examination on behalf of society at large, as happens, we believe, in some foreign countries. Even in England, however, a judge is not a mere umpire to answer the question "How's that?" His object above all is to find out the truth, and to do justice according to the law;...

(...)

25 In conclusion, although the judge may and must intervene for justice to be done, he must nonetheless do so in such a way that justice is seen to be done. It is all a question of manner.²⁸

[48] Malgré le passage du temps, la pertinence de ces propos ne s'est pas estompée.

[49] En 2013, la fonction de juge comporte de nombreux défis, notamment celui d'assurer et de préserver un juste équilibre entre l'intervention et l'impartialité ou la neutralité. L'environnement dans lequel le juge exerce sa fonction ne lui est pas toujours favorable, notamment lorsqu'il ne peut compter sur une saine et sereine collaboration des parties ou de leurs avocats.

²⁸ *R. c. Brouillard*, [1985] 1 R.S.C. 39.

[50] Dans son jugement du 3 octobre 1996 dans l'affaire *Marchand*, le juge Granger de la Cour de justice d'Ontario relate les obstacles et les dangers qui se dressent sur la route du juge gestionnaire :

658. Prior to the commencement of this trial, counsel were unable or unwilling to identify and narrow the issues to be determined. It was clear during this trial that prior to the commencement of the trial, Mr. Wunder had not determined the method that he would employ to prove the facts upon which his experts would rely. The failure to narrow the issues, determine the facts to be proven and the method of proof greatly lengthened this trial. In my view, the time has come for the judiciary, prior to the commencement of a trial, to become involved in determining the issues to be tried, the evidence to be called and the method of proving facts. In addition, the judiciary should consider placing time limits on direct examination and cross-examination of witnesses.

659. In *Ashmore v. Corp of Lloyd's*, supra, Lord Templeman recognized the need for the judiciary to take back control of the litigation process stating at p. 493:

...

The parties and particularly their legal advisers in any litigation are under a duty to co-operate with the court by chronological, brief and consistent pleadings which define the issues and leave the judge to draw his own conclusions about the merits when he hears the case. It is the duty of counsel to assist the judge by simplification and concentration and not to advance a multitude of ingenious arguments in the hope that out of ten bad points the judge will be capable of fashioning a winner. In nearly all cases the correct procedure works perfectly well. But there has been a tendency in some cases for legal advisers, pressed by their clients, to make every point conceivable and inconceivable without judgment or discrimination. In *Banque Financière de la Cité SA v. Westgate Insurance Co Ltd.* [1990] 2 All ER 947 at 959, [1991] 2 AC 249 at 280-281 I warned against proceedings in which all or some of the litigants indulge in over-elaboration causing difficulties to judges at all levels in the achievement of a just result. I also said that the appellate court should be reluctant to entertain complaints about a judge who controls the conduct of proceedings and limits the time and scope of evidence and argument. So too, where a judge, for reasons which are not plainly wrong, makes an interlocutory decision or makes a decision in the course of a trial the decision should be respected by the parties and if not respected should be upheld by an appellate court unless the judge was plainly wrong. The Court of Appeal in the instant case did not comment upon and apparently therefore found nothing remarkable in the points of claim or the length of the plaintiffs' opening or in the prospect of protracted oral evidence and interminable submissions based on that oral evidence. The judge thought he

would be assisted by an early deliberation of issues of law, whatever the result of that consideration. He deserved support. In his judgment in the Court of Appeal Ralph Gibson LJ recorded that the plaintiffs had resisted the application to Gatehouse J by Lloyd's for a determination of preliminary issues on many grounds in addition to the two specific grounds of objection to which I have referred. Mr. Lyndon-Stanford repeated the arguments in the Court of Appeal and as Ralph Gibson LJ remarked:

He claimed in particular that it was wrong thus to take the conduct of the proceedings out of the hands of the plaintiffs and thereby to disappoint the plaintiffs in their legitimate expectation that the trial would proceed to a conclusion upon the evidence to be adduced.

Ralph Gibson LJ thought that there was considerable force in those submissions'. My Lords, I disagree; the control of the proceedings rests with the judge and not with the plaintiffs. An expectation that the trial would proceed to a conclusion upon the evidence to be adduced is not a legitimate expectation. The only legitimate expectation of any plaintiff is to receive justice. Justice can only be achieved by assisting the judge and accepting his rulings. I have read and agree with the observations of my noble and learned friend Lord Roskill.

660. On the assumption that experienced trial counsel would have narrowed the issues, made full disclosure, determined the method of proof and attempted to conserve trial time, I did not deem it necessary to conduct a trial management conference. In hindsight I was wrong and if I had, prior to the commencement of this trial determined the relevant issues, the relevant evidence, the method of proof and placed time limits on direct examination and cross-examination, I am sure that the length of this trial would have been less than 12 weeks. **The judiciary must, if civil justice is to be affordable and timely, take back from the lawyers the control over the proceedings in the courtroom. Although I am sure that the legal profession will object to the judiciary managing the trial proceedings, I am equally sure that the public would simultaneously applaud the judiciary assuming its responsibility.**

(J'ajoute le caractère gras et le soulignement.)

[51] La tâche est donc lourde et la route est jonchée d'embûches.

[52] Malgré les difficultés qui semblent parfois insurmontables, le juge doit agir, car l'option de se retrancher dans un rôle passif selon la conception traditionnelle n'est pas ouverte, elle ne répond plus aux besoins de ceux et celles qui se présentent devant lui.

[53] Le juge possède des pouvoirs et des outils pour accomplir cette tâche, pour assumer ce rôle de gestionnaire (de chef d'orchestre, de capitaine de navire).

[54] En toutes circonstances, il doit faire preuve d'écoute, de sagesse, de modération, d'imagination et d'une bonne dose de courage.

[55] Répondre aux besoins et aux attentes légitimes des parties et des procureurs, dans le respect du système de justice, un service public, et du droit d'accès de tous les autres citoyens, voilà l'un des défis que le juge doit réussir à relever.

[56] Ainsi, bien que l'administration de la preuve demeure largement l'apanage des parties et de leurs procureurs, le juge possède la compétence de l'encadrer²⁹ et de la limiter, notamment dans le temps³⁰.

[57] Quelques extraits d'arrêts permettent d'illustrer cette compétence et quelques outils en action.

Extraits de l'arrêt *Mode Striva* de la Cour d'appel du Québec rendu en 2002

[8] L'article 15 R.P.C.S. constitue la pierre d'assise au cadre judiciaire à l'intérieur duquel les parties sont tenues d'évoluer. L'article vise un dévoilement complet de la preuve. Il assure un débat loyal et ouvert. Il permet d'éviter les ajournements et les remises inutiles. Cet article est l'un des principaux outils développés par la Cour supérieure, au fil des ans, afin de contrer les délais,

²⁹ Pour un exemple d'ordonnance de gestion portant sur l'administration de la preuve dans un méga-procès (l'affaire *Castor*) : *Wightman c. Widdrington (Succession de)* 2010 QCCS 452.

³⁰ *Wightman c. Widdrington (Succession de)*, 2009 QCCS 2691, permission d'appel refusée, 2009 QCCA 1542; *Wightman c. Widdrington (Succession de)*, 2009 QCCS 4619; *Wightman c. Widdrington (Succession de)*, J.E. 2007-754 (C.A.); *Dunn c. Wightman*, J.E. 2006-2091 (C.S.), requête pour permission d'appeler rejetée par J.E. 2007-186 (C.A.); *Pailé c. Lorcon inc.*, (1985) C.A., 528; *Hickey c. Maltais*, B.E. 2007BE-630 (C.A.); *Audace Technologie inc. c. Canimex inc.*, A.E./P.C. 2006-4395 (C.S.); *Wrebbit Inc. c. Benoit*, AZ-98026609, B.E. (C.S.), 98BE-1147 (C.S.); *Borodow Realities Ltd. v. Goldstein* (1995) Q.J. No. 1338 (C.S.); *R. c. Cormier* (2008) R.J.Q. 505 (C.Q.); Denis FERLAND, Benoît EMERY et Jocelyne TREMBLAY, *Précis de procédure civile*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, vol. 1 p. 10-23; Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 101, 143-158; Léo DUCHARME, *L'administration de la preuve*, 3^e éd., La Collection Bleue, 2001, p. 11 et 12. Voir aussi *R. c. Pires*; *R. c. Lising*, [2005] 3 R.C.S. 343 ; *R. v. Vukelich* (1996) B.C.J. No. 1535 (B.C. C.A.), 108 C.C.C. (3d) 193 (B.C. C.A.); *Samson Indian nation and Band v. Canada* (2005) F.C.J. No. 1991 (C.F.); *Mele et al. v. Thorne Riddell et al.*, (1997) O.J. No. 440 (Ont. Ct. J.); *Marchand (Litigation guardian of) v. Public General Hospital Society of Chatham* (1996) O.J. No. 4420 (Ont. Ct. J.); *Budd v. Gentra Inc.* (1995) O.J. No. 3043 (Ont. Ct. J.); *Cadillac Fairview Inc. (Re)*, (1995) O.J. No. 97 (Ont. Ct. J.). Voir également les autorités suivantes de d'autres juridictions de common law (États-Unis, Angleterre, Hong-Kong et Australie) : *MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co.*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983); *Flaminio v. Honda Motor Co., Ltd.*, 733 F.2d 463 (7th Cir. 1984); *Johnson v. Ashby*, 808 F.2d 676 (8th Cir. 1987); *General Signal Corporation v. MCI Communications Corp.*, 66 F.3d 1500 (9th Cir. 1995); *Amarel v. Connell*, 102 F.3d 1494 (9th Cir. 1996); *Life Plus International v. Brown*, 317 F.3d 799 (8th Cir. 2003); *Harris v. Dinesh Chand, ADT Security Services*, 506 F.3d 1135 (8th Cir. 2007). *Visible Results Properties Inc. v. Sushi Train (Australia) Pty Limited*, [2005] FCA 1159 (Federal Court of Australia); AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, *Judicial and case management*, Adversarial Background Paper 3, section 5, Managerial judging, *Trial processes*, Time limits, December 1996, en ligne

<<http://www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/bp/3/management.html#5.Managerialjudging-Trialprocesses>>.

source majeure de mécontentement et de critique à l'égard du système judiciaire. Ces principes ne sont pas nouveaux. Ils sont connus des plaideurs. Ils obligent les avocats et leurs clients à préparer, à l'avance, le procès et à dévoiler en temps opportun les éléments de leur preuve. Bref, depuis plusieurs années, l'article 15 vise à enrayer la pratique séculaire de la préparation de procès à la dernière minute.

[9] L'article 17 R.P.C.S. vient tempérer la rigueur de l'article 15. Par ce pouvoir discrétionnaire, le juge de la Cour supérieure peut autoriser, après l'émission du certificat d'état de la cause, la production d'une pièce, d'un rapport ou d'un extrait de témoignage, s'il l'estime nécessaire dans l'intérêt de la justice.

[10] À l'occasion de l'exercice de cette discrétion, le juge doit examiner plusieurs facteurs de poids inégal dont : (1) les raisons qui ont empêché une partie de dévoiler à temps l'ensemble de sa preuve; (2) le préjudice subi par la partie si permission lui est refusée; (3) le préjudice subi par la partie adverse; (4) la responsabilité de l'avocat et du client à l'origine du retard; (5) la conduite du dossier par les avocats depuis son début; (6) la saine administration de la justice.

[11] Règle générale, il n'appartient pas à une Cour d'appel d'intervenir dans l'exercice de la discrétion judiciaire de la Cour supérieure à moins d'une erreur de principe ou d'un usage déraisonnable de la discrétion judiciaire.³¹

Extrait d'un arrêt de 2009 de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire Castor

[29] Il faut rappeler que même si la preuve à l'appui de ces allégations est autorisée, rien n'empêchera le juge de première instance, dans le cadre de l'article 4.2 du *Code de procédure civile*, ainsi que le rappelle à juste titre le juge en chef adjoint Wery dans le dossier connexe (C.S. Montréal 500-05-005391-931), d'apporter une limite raisonnable à cette preuve additionnelle.³²

Extraits d'une décision interlocutoire dans l'affaire Castor

[31] Le juge du procès doit veiller au bon déroulement de l'instance.

(...) les préoccupations relatives à la longueur des procédures ont été expressément invoquées dans l'arrêt *Garofoli* (p. 1465) pour justifier l'imposition de limites raisonnables au contre-interrogatoire. Les cours d'appel provinciales ont souvent exprimé des inquiétudes au sujet de l'allongement des procédures judiciaires. À titre d'exemple, on nous a

³¹ *Modes Striva Inc. c. Banque Nationale du Canada*, J.E. 2002-588 (C.A.), 2002 CanLII 34212 (QC CA).

³² *Wightman c. Widdrington (Succession de)*, 2007 QCCA 440.

renvoyés à l'arrêt *R. c. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193 (C.A.C.-B.), autorisation d'appel refusée, [1997] 2 R.C.S. xvi, où le juge en chef McEachern a souligné l'importance d'éviter d'utiliser de manière inefficace le temps des tribunaux (...)

Les préoccupations touchant l'utilisation judicieuse des ressources judiciaires sont tout aussi légitimes aujourd'hui, et peut-être même davantage, qu'elles ne l'étaient il y a 15 ans, à l'époque où l'arrêt *Garofoli* a été prononcé. Pour que notre système de justice fonctionne, les juges qui président les procès doivent être en mesure de veiller au bon déroulement des instances.

[32] Personne n'a droit à un accès illimité ou à un usage incontrôlé de ressources judiciaires.

Litigants are not entitled to the uncontrolled use of a trial judge's time. Other litigants await their turn. Litigants are only entitled to so much of the trial judge's time as necessary for the proper determination of the relevant issues.

[33] Dans le respect des droits de tous les intéressés, le juge doit rechercher et promouvoir l'efficacité et l'efficience. À ces fins, il possède le pouvoir d'imposer des limites temporelles.

The Court of Appeal appear to have taken the view that the plaintiffs were entitled as of right to have their case tried to conclusion in such manner as they thought fit and if necessary after all the evidence on both sides had been adduced. With great respect, like my noble and learned friends, I emphatically disagree. In the Commercial Court and indeed in any trial court it is the trial judge who has control of the proceedings. It is part of his duty to identify the crucial issues and to see they are tried as expeditiously and inexpensively as possible.

[34] À titre d'officiers de justice, les procureurs doivent lui prêter assistance.

It is the duty of the advisers of the parties to assist the trial judge in carrying out his duty.

Counsel must represent their clients' interests (and we in society expect - in fact demand - that they do it well). Counsel are also officers of the Court - and thus we must rely on them to be ardent supporters of the justice system - a system (with an independent judiciary and capable counsel) without which we in society would be lacking one of our most fundamental and cherished rights - in fact without the system of justice all of our other rights and legitimate expectations would be in jeopardy. We

must jealously and zealously preserve this system. I note too in passing that the system is to be there for everyone - everyone is entitled to their day in Court - but not someone else's day. Thus Court time must be enforceable and co-operatively used so that others who wish access to justice will have a reasonable and legitimate opportunity to do so.

[35] Au cours du procès, et si les circonstances le justifient, le juge qui préside peut modifier les limites de temps établies pour l'administration d'une preuve ou la présentation des positions.

[36] Ces principes s'appliquent notamment dans l'ensemble des juridictions où les règles de preuve et de procédure civile sont d'inspiration anglaise : au Québec, ailleurs au Canada, aux États-Unis, en Australie, à Hong-Kong et en Angleterre.³³

(Références omises.)

[58] Dans le plus grand respect de la règle *audi alteram partem*, le juge peut et doit non seulement encadrer le temps consacré à l'administration de la preuve, mais aussi celui consacré aux plaidoiries. Encore là, sagesse, modération et imagination font œuvre de solution³⁴.

Les enseignants (universités et autres ressources qui offrent de la formation continue) et les barreaux

[59] Tenant compte des habiletés que l'avocat et que le juge d'aujourd'hui doivent posséder ou développer, au-delà de pures connaissances en droit, ceux et celles qui offrent ou dispensent la formation assument la responsabilité d'offrir les programmes éducatifs requis et pertinents en l'espèce.

[60] De leur côté, les barreaux assument celles de développer et d'adopter les normes déontologiques requises, de mettre en œuvre toutes les mesures de diffusion et d'enseignement qui s'imposent et de sanctionner efficacement et promptement les écarts de conduite.

[61] À ces intervenants, je propose ce qui suit à titre de source d'inspiration :

Propos de Jean-Claude Royer

Il faut dire que la conception traditionnelle et relativement sportive du procès est nettement dépassée et ne correspond plus à l'opinion de la population.

³³ *Widdrington c. Wightman*, 2009 QCCS 2691, requête pour permission d'appeler rejetée 2009 QCCA 1542.

³⁴ Pour un exemple d'ordonnance de gestion applicable aux plaidoiries dans un méga procès (l'affaire *Castor*) : *Wightman c. Widdrington (Succession de)*, 2010 QCCS 1780.

Dans cette nouvelle optique, la responsabilité de l'avocat devient un peu moins individuelle et un peu plus sociale. Ce dernier doit non seulement rendre de bons services à son client, mais être aussi un auxiliaire de la justice respectueux des règles nouvelles destinées à s'assurer que la cour possédera les éléments suffisants à la prise d'une décision équitable.

Quant au juge, pour atteindre le même but, il est appelé à jouer un rôle plus actif. Sans doute cela n'est pas sans comporter certains dangers. Le juge passif et impassible donnait facilement l'apparence de l'impartialité. Un juge plus actif risque de devenir ou d'apparaître plus engagé.

Comme tout être humain, il n'est pas à l'abri de sympathie ou même d'antipathie à l'égard de parties, de procureurs, de témoins ordinaires, voire même de témoins experts. Bref, le pouvoir accru du juge comporte des exigences accrues. C'est sans doute son comportement, sa compétence, la sérénité et la sagesse de ses interventions qui feront que l'avocat moderne n'aura pas comme rôle additionnel de convaincre trop souvent le client malheureux que le juge était, malgré tout, bien impartial.³⁵

Propos du juge Paul Vézina. alors qu'il était toujours avocat

Il en reste que si c'est plus juste que le juge intervienne, évidemment cela crée des difficultés pour l'avocat. Il faut tenir compte des initiatives du juge. On n'est plus le seul maître de sa preuve. La direction et même l'initiative de la preuve dépendent surtout de l'avocat, mais elles dépendent maintenant aussi du juge. Il est forcé que, devant ces deux rôles actifs dans l'enquête, il y ait des heurts entre juges et avocats. (...)

À mon avis, ces situations de conflits ou de heurts entre les avocats et les juges vont se répéter d'autant plus qu'on est tous victimes, tous plus pressés d'accélérer le processus judiciaire. On n'a pas le choix, il faut que cela aille plus vite.

Évidemment, l'accélération a cet effet salutaire de nous confiner à l'essentiel. Tout ce qui est secondaire est éliminé. Les règles de procédure le veulent comme cela. (...)

Si l'accroissement du volume a cet effet bénéfique de nous ramener vers ce qui est essentiel, il a évidemment aussi un grand désavantage, celui de réduire le temps que chacun peut consacrer à une cause. Le temps est rendu précieux. Le temps est compté.

³⁵ Jean-Claude ROYER *et al.* « Le rôle de l'avocat dans l'enquête moderne », (1977) 13 *C. de d.* 537, 543.

Autrefois, il était de bonne guerre de faire une procédure écrite la plus vague possible en se gardant toutes portes ouvertes pour décider le choix du point à débattre finalement à l'enquête. Il ne fallait rien révéler de son jeu, rien révéler des tactiques choisies avant l'enquête proprement dite. Tout le sport, pour employer l'expression de Me Royer se faisait à l'enquête.

Aujourd'hui, l'avocat doit plutôt enrichir son dossier avant l'enquête. Du fait de l'importance croissante de la plaidoirie écrite et de son impact sur le juge saisi du litige, j'estime que le recours aux moyens sus-énumérés a pour résultat de donner une bonne longueur d'avance à l'avocat diligent au moment de l'ouverture de l'enquête.

Il y a évidemment le risque que l'avocat se sente bousculé et soit effectivement bousculé par les personnes et les événements. C'est toutefois là un danger auquel on échappe difficilement en un temps de surmultiplication du nombre des affaires instruites.

Quoiqu'il en soit, il faut tendre encore davantage à la simplification de l'enquête, notamment en mettant fin aux inadmissibles jeux d'avocasseries que pratiquent toujours certains.³⁶

Extrait de l'arrêt *Ashmore v. Corp of Lloyd's*

The parties and particularly their legal advisers in any litigation are under a duty to co-operate with the court by chronological, brief and consistent pleadings which define the issues and leave the judge to draw his own conclusions about the merits when he hears the case. It is the duty of counsel to assist the judge by simplification and concentration and not to advance a multitude of ingenious arguments in the hope that out of ten bad points the judge will be capable of fashioning a winner. In nearly all cases the correct procedure works perfectly well. But there has been a tendency in some cases for legal advisers, pressed by their clients, to make every point conceivable and inconceivable without judgment or discrimination.³⁷

(...)

In my opinion, when a judge alive to the possible consequences decides that a particular course should be followed in the conduct of the trial in the interests of justice, his decision should be respected by the parties and upheld by an appellate court unless there are very good grounds for thinking that the judge was plainly wrong.³⁸

³⁶ Paul VÉZINA *et al.*, « Le rôle de l'avocat dans l'enquête moderne », (1977) 13 *C. de D.* 537, 545-546.

³⁷ [1992] 2 All ER 486, 493.

³⁸ *Id.*, 491.

Extrait d'un texte de Julie MacFarlane

For a less aggressive and more collaborative approach to information sharing to work, lawyers need to be able to build trusting relationships with other counsel and other professionals. There is an obvious need for norms of reciprocity. Such norms have always existed in smaller communities where lawyers are accustomed to providing information as requested without forcing their opponent through procedural hoops. Even where reciprocity is not clearly established, there may be other strategic reasons to send information to the other side. Counsel are accustomed to analyzing what information they need from the other side and what information they are willing to provide to opposing counsel upon request. Effective conflict resolution advocates must in addition consider what information about her client - both his needs and his rights - the other side must be aware of if they are likely to settle, preferably on her client's best possible terms.³⁹

Conclusion

[62] En terminant, retenons ces propos du juge Brian Riordan de la Cour supérieure du Québec qui préside en ce moment le procès dans l'affaire du tabac :

[27] In an ideal world, the parties to a case, even one as gargantuan as this one, would have all relevant documents neatly bound, carefully read and colourfully highlighted before walking into the courtroom on the first day of trial. Alas, modern-day litigation, especially in class actions of this nature, hijack jurists into a parallel world to the ideal one, but **it is a world where we have to find a way to survive**. If one is ever to hope to get to – and through – a trial of this sort, **it is essential to forsake the ideal for the “reasonably possible”**. **Falling that, justice could never be rendered.**⁴⁰

(J'ajoute le caractère gras et le soulignement.)

[63] Agissons comme le ferait un prospecteur minier sérieux et responsable.

[64] Consacrons vigueur et énergie au changement de culture qui s'impose, mais qui tarde malheureusement à s'implanter.

[65] Penser et agir au diapason de la proportionnalité, c'est urgent et l'affaire de tous.

[66] L'heure des choix a sonné!

³⁹ Julie MACFARLANE, « The Evolution of the New Lawyer : How Lawyers are Reshaping the Practice of Law », (2008) *Journal of Dispute Resolution*, Issue 1 , p. 67.

⁴⁰ *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp.*, 2012 QCCS 515, permission d'appeler refusée 2012 QCCA 622.