

LA PROPORTIONNALITÉ PROCÉDURALE : UNE PERSPECTIVE COMPARATIVE

Catherine Piché

Volume 40, numéro 1-2, 2009–2010

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1107387ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10460>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Piché, C. (2009). LA PROPORTIONNALITÉ PROCÉDURALE : UNE PERSPECTIVE COMPARATIVE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 40(1-2), 551–597. <https://doi.org/10.17118/11143/10460>

Résumé de l'article

Dans cet article, l'auteure aborde le principe et les définitions de proportionnalité en droit procédural en fonction des deux traditions juridiques fondamentales de droit civil et de common law. Cette étude lui permet de constater l'importance relative de la proportionnalité à travers les traditions juridiques. L'auteure aborde aussi les applications canadiennes de la proportionnalité, soit la proportionnalité québécoise de l'article 4.2 C.p.c., puis la proportionnalité des nouvelles règles de procédure civile ontariennes et celle des règles de Colombie-Britannique. Elle s'interroge, au surplus, sur la valeur de la proportionnalité comme principe directeur du droit procédural, puis aborde des perspectives d'avenir et de réforme. L'auteure conclut l'article en insistant sur le fait que l'évolution du principe de proportionnalité doit se faire de pair avec un changement de culture, une interprétation large du principe et un remaniement important aux codes de déontologie des avocats.

ARTICLE

LA PROPORTIONNALITÉ PROCÉDURALE : UNE PERSPECTIVE COMPARATIVE

par Catherine PICHÉ*

Dans cet article, l'auteure aborde le principe et les définitions de proportionnalité en droit procédural en fonction des deux traditions juridiques fondamentales de droit civil et de common law. Cette étude lui permet de constater l'importance relative de la proportionnalité à travers les traditions juridiques. L'auteure aborde aussi les applications canadiennes de la proportionnalité, soit la proportionnalité québécoise de l'article 4.2 C.p.c., puis la proportionnalité des nouvelles règles de procédure civile ontariennes et celle des règles de Colombie-Britannique. Elle s'interroge, au surplus, sur la valeur de la proportionnalité comme principe directeur du droit procédural, puis aborde des perspectives d'avenir et de réforme. L'auteure conclut l'article en insistant sur le fait que l'évolution du principe de proportionnalité doit se faire de pair avec un changement de culture, une interprétation large du principe et un remaniement important aux codes de déontologie des avocats.

In this article, the writer addresses the concept and definitions of proportionality in procedural law in light of the civil and common law traditions. The relative importance of proportionality in both legal cultures is emphasized. The writer also addresses the Canadian applications of proportionality in Quebec law with article 4.2 C.C.P., as well as in Ontario and British Columbia law with their new rules of civil procedure. The writer discusses the value of proportionality as a guiding principle of procedural law, along with perspectives for future reform. She concludes that the concept of proportionality must evolve in conjunction with a corresponding change in outlook, a broad interpretation of this principle and important adjustments to the rules of ethics governing the legal profession.

* . Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal. L'auteure remercie ses deux assistantes de recherche, Bianca Picard-Turcot et Andréanne Morin.

SOMMAIRE

I.	DÉFINITIONS ET TRADITIONS JURIDIQUES	554
A.	Géométrie, diversité des figures et des espaces de la proportionnalité	554
B.	Incidence du contexte, de la tradition juridique.....	557
1.	Définitions et traditions.....	557
2.	Applications à degrés variables	562
 II.	 APPLICATIONS CANADIENNES DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ PROCÉDURALE	 567
A.	Proportionnalité québécoise	568
B.	Proportionnalité ontarienne	578
C.	Proportionnalité de Colombie-Britannique	582
 III.	 PERSPECTIVES D'AVENIR ET DE RÉFORME	 586
A.	Quelle valeur doit-on donner à la proportionnalité comme principe directeur?	586
B.	Pistes de réforme	588
1.	Un changement de culture	588
2.	L'interprétation large de la proportionnalité et déontologie	592
 CONCLUSION		 597

« Ô vous, qui entreprenez d'écrire, choisissez une matière proportionnée à vos talents, et examinez longuement ce que peuvent ou ne peuvent point porter vos épaules. Celui qui aura choisi un sujet proportionné à ses forces, saura l'ordonner avec clarté et le revêtir d'expressions convenables »¹.

La proportionnalité n'est « ni simple, ni évidente, ni permanente, ni normale »². Pilier de la procédure civile québécoise, elle a été discutée à plus d'une reprise depuis son apparition formelle dans notre *Code de procédure civile*. Considérée fondamentale ici à l'article 4.2 C.p.c. comme ailleurs au Canada et dans le monde, elle continue à être tout aussi pertinente dans nos discussions de réforme – et même davantage, en regard des nouveaux articles 54.1 et suivants du *Code*. La proportionnalité est donc un sujet qui peut paraître *disproportionné* aux talents des théoriciens du droit, de prime abord, puisqu'étant considérée plutôt « caméléon »³, elle suggère des interprétations changeantes et des applications contextuelles.

Pourquoi une étude comparative de la proportionnalité? Parce que l'éclairage du droit comparé permet une compréhension plus précise de la notion et de ses applications judiciaires et professionnelles, ainsi qu'une plus adéquate contextualisation du changement de culture qui doit s'opérer au Québec dans le cadre de notre réforme du droit procédural.

-
1. Nicolas Louis Achaintre, *Œuvres complètes d'Horace*, trad. par Charles Batteux, Paris, Dalibon, 1825 à la p. 383, cité dans Denys Simon, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des communautés européennes » *Petites affiches* n° 46 (5 mars 2009) 17.
 2. Martine Behar-Touchais, « Droit privé – Rapport introductif » *Petites affiches* n° 117 (30 septembre 1998) 3.
 3. Petr Muzni, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Marseilles, PU Aix-Marseille, 2005.

Ainsi, dans cet article, nous aborderons d'abord les définitions de proportionnalité en fonction des deux traditions juridiques fondamentales de droit civil et de common law. Cette étude nous permettra de constater l'importance relative de la proportionnalité à travers les traditions juridiques. Nous aborderons ensuite les applications canadiennes de la proportionnalité, soit la proportionnalité québécoise de l'article 4.2 C.p.c., puis la proportionnalité des nouvelles règles de procédure civile ontariennes et celle des règles de Colombie-Britannique. En troisième lieu, nous nous interrogerons sur la valeur de la proportionnalité comme principe directeur du droit procédural, puis aborderons des perspectives d'avenir et de réforme. Nous conclurons l'article en insistant sur le fait que l'évolution du principe de proportionnalité doit se faire de pair avec un changement de culture, une interprétation large du principe et un remaniement important aux codes de déontologie des avocats.

I. DÉFINITIONS ET TRADITIONS JURIDIQUES

A. GÉOMÉTRIE, DIVERSITÉ DES FIGURES ET DES ESPACES DE LA PROPORTIONNALITÉ

Laissons d'abord de côté la proportionnalité strictement juridique – pour un court moment – afin de faire un clin d'œil rapide à la proportionnalité mathématique étudiée à la petite école, puis abandonnée plus tard au profit d'études en droit et d'une profession de juriste!

En fait, ce parallèle entre les deux notions nous permet de constater, d'abord, leurs points communs. Autant la règle de proportionnalité mathématique que le principe de proportionnalité juridique ont comme fondement un certain sens de la « mesure », une relation particulière entre deux grandeurs, deux suites de nombres – ou séries de facteurs, deux ou plusieurs procédures, recours ou compensations. En somme, il s'agit d'évaluer certains éléments par rapport à d'autres.

De plus, tant la proportionnalité mathématique que la proportionnalité juridique nécessitent comme étape primordiale une organisation particulière, logique des données. On ne peut comparer des poires et des prunes; il faut ordonner ses idées d'abord et classer les éléments à comparer dans les bonnes catégories! Comme il le sera discuté ci-après, pour appliquer la proportionnalité juridique, il faut d'une part qualifier le recours, circonscrire ses objectifs et sa finalité, et d'autre part, établir quelles procédures ont été entreprises pour y arriver et combien de temps et d'argent ont été engagés pour ce faire.

Enfin, les deux types de proportionnalité sont fonction des choix stratégiques des parties, et de l'organisation et de la présentation des données. Dans les deux cas, il existe une diversité des processus de résolution et des modes d'analyse. En mathématiques, les modes de résolution de la règle passent de l'apprentissage de l'algorithme de résolution (par exemple la règle de trois), à l'apprentissage par la perception d'une relation particulière entre deux grandeurs et le modèle des proportions. En droit, l'évaluation de la proportionnalité se fera par le juge, qui lui, portera un regard subjectif, individuel, sur le dossier qui pourra avoir été présenté de bien diverses manières par les parties en litige.

Une fois les ressemblances ou points communs notés, on note que la proportionnalité juridique reste un concept malgré tout plus subtil, principalement à cause de son lien intime avec la langue, la plaidoirie et le droit. En effet, elle réfère généralement à l'équilibre dans le choix des moyens mis en œuvre pour la réalisation, juste et équitable, des droits des justiciables, à la plus proche mesure de la valeur de l'enjeu litigieux.

Plusieurs mots importants ressortent de cette définition. Les mots « équilibre » et « mesure », d'abord, qui réfèrent directement à la comparaison et adéquation de deux mesures, discutées ci-dessus. Ensuite, le « choix », qui existe, toujours, pour les parties, d'un recours ou d'un autre, d'une procédure ou d'une autre. De plus, le « juste » et l'« équitable », deux notions

similaires, mais certainement pas identiques, symboles d'un système idéal de justice civile. Enfin, la « valeur » de l'enjeu litigieux, qui implique une évaluation – la plus objective possible – de la somme et de l'importance de l'objet du litige. Mais comment définir cette valeur, cette importance de « l'enjeu litigieux »? Est-ce qu'un dossier à enjeu financier plus important mérite nécessairement plus de ressources, de temps, de *discovery*? L'impact social ou humain n'est-il pas beaucoup plus important en l'espèce?

Le mot proportionnalité a une double appartenance aux langages juridique et courant, et a aussi plusieurs produits dérivés, soit les qualificatifs « nécessaire », « raisonnable », « adéquat », « opportun » et « justifié »⁴. Il a, de plus, plusieurs antonymes : « non nécessaire », « déraisonnable », « inadéquat », « inopportun » et « injustifié »⁵. On réfère alternativement à l'adjectif « proportionnel » et à son adverbe « proportionnellement », ou à l'adjectif « proportionné » et à son adverbe « proportionnement ». Lesquels adjectifs et adverbes sont préférables en l'instance? Les premiers apparaissent comme des notions plus mathématiques, tandis que les deuxièmes sont des notions plus fines, plus juridiques et donc plus appropriées lorsque l'on traite de proportionnalité juridique.

En somme, la proportionnalité juridique vise à effectuer un double contrôle sur l'instance. D'abord, un contrôle de pertinence, de justification : le moyen employé « doit permettre effectivement d'atteindre le but poursuivi » par le recours⁶. C'est ainsi que les justiciables pourront, par exemple, se voir refuser le droit de se faire entendre quant à une procédure que le tribunal juge *a priori* vouée à l'échec⁷. Ensuite, « un contrôle d'incidence ou de

4. Denys Simon, *supra* note 1 à la p. 2.

5. *Ibid.*

6. Nicolas Dupont, « Droit au respect de la vie privée versus droit à la preuve » *Gazette du Palais* n° 337 (2 décembre 2008) 33.

7. *Lefebvre c. Préfontaine*, 2010 QCCS 2123 aux par. 29-32, permission d'en appeler accordée le 14 juillet 2010, 2010 QCCA 1346; *Syndicat des*

conséquences », de sorte que le moyen n'a pas de conséquences excessives sur les droits ou intérêts de la partie poursuivie⁸. À ce deuxième type de contrôle, on pourrait même rajouter un contrôle plus large, dont nous discuterons à nouveau ci-après, de proportionnalité collective, qui veut que le moyen n'ait pas de conséquences excessives sur le système judiciaire et n'affecte pas l'accès à la justice des justiciables.

B. INCIDENCE DU CONTEXTE, DE LA TRADITION JURIDIQUE

Quelle est l'incidence du contexte et de la tradition juridique sur l'évaluation du principe de proportionnalité juridique? Y a-t-il, justement, des distinctions à faire dans les définitions, modes d'analyse et d'interprétation, et applications par le juge? Il semble que la réponse soit à la fois oui et non. D'un côté, la définition reste toujours, largement, la même. De l'autre, l'interprétation est nécessairement différente, car les philosophies sont divergentes, et les applications, multiples et variées. Quoi qu'il en soit, l'association du concept à un système de justice ou à une tradition juridique permet de mieux saisir le contexte, les acteurs et la culture juridique en cause.

1. Définitions et traditions

La proportionnalité trouve origine dans les travaux d'Aristote, pour qui la justice et la proportion devaient entretenir une relation étroite. Dans *Éthique à Nicomaque*, il écrivait : « la proportion est un moyen et le juste une proportion »⁹. Pour Aristote, deux formes de proportion servaient la justice : la proportion arithmétique et la proportion géométrique.

copropriétaires du 4576-4578 Harvard c. Silberman, 2010 QCCA 270 au par. 10 [*Syndicat des copropriétaires du 4576-4578 Harvard*].

8. Dupont, *supra* note 6.

9. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, Paris, Librairie philosophique Jacques Vrin, 1990 à la p. 230.

Sans trop vouloir simplifier ni résumer l'histoire du droit de la proportionnalité, il est utile de souligner qu'elle est d'abord apparue, en Europe, en droit administratif, constitutionnel, européen, pénal et communautaire. Dès 1789, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* prévoyait à son Article VIII que « [l]a loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée »¹⁰. Beaucoup plus tard, en 1957, le *Traité de Rome* imposait la proportionnalité aux législateurs nationaux, à l'article 36, quant aux exceptions à la libre circulation des marchandises admises par cet article, alors que l'article 85(3) rendait obligatoire ce principe aux contractants, en exigeant que les restrictions contractuelles à la concurrence, pour qu'elles soient exemptées, ne soient pas disproportionnées par rapport au but poursuivi¹¹. C'est ainsi que la proportionnalité a acquis un statut formel en droit civil européen. La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* a, elle aussi, conduit les institutions européennes à mener un contrôle de la proportionnalité¹².

De la même manière, la doctrine de la proportionnalité est apparue fin dix-neuvième siècle en droit substantif allemand pour protéger les droits individuels des citoyens¹³. Elle a ensuite été transposée en droit privé par le biais de certaines applications de l'exigence de la bonne foi, et la sanction de nullité de tous les

10. « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », décrétée par l'Assemblée Nationale dans les séances des 20, 21, 23, 24 et 26 août 1789, acceptée par le Roi (28 octobre 2010), en ligne : Sosnet <<http://sos-net.eu.org/etrangers/ddhc/ddhc89.htm>>.

11. « Traité instituant la Communauté économique européenne », 25 mars 1957 (28 octobre 2010), en ligne : Traités de Rome <<http://mjp.univ-perp.fr/europe/1957rome1.htm>>.

12. « Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », 4 novembre 1950, Rome, 4.XI.1950, art. 8-11, 15, 18 (28 octobre 2010), en ligne : Conseil de l'Europe <<http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CL=FRE>>.

13. Claude Witz, *Droit privé allemand. Actes juridiques, droits subjectifs*, Paris, Litec, 1992, n° 663.

contrats synallagmatiques qui contiennent une disproportion flagrante, imposée par un contractant à un cocontractant dans une situation de faiblesse, dont l'autre a tiré profit, et donc pour protéger l'équilibre contractuel¹⁴.

C'est en droit anglais que le principe de proportionnalité semble avoir été, pour la première fois, appliqué précisément en procédure civile. Lord Woolf, dans son rapport final de réforme de la procédure civile anglaise intitulée « Access to Justice »¹⁵, cherche à créer un meilleur équilibre entre les parties, les avocats et le juge, afin d'assurer une meilleure proportionnalité entre la nature de la cause et la procédure utilisée, et d'atténuer les effets négatifs du système contradictoire. Pour ce faire, il préconise notamment la gestion d'instance, le contrôle des expertises et l'encadrement de la preuve, tout en encourageant la responsabilisation des parties dans la conduite de leur dossier. Ainsi, il propose que la proportionnalité soit l'un des principes fondamentaux du droit judiciaire anglais, à la base d'un système de justice civile « juste » :

Rule I of the new procedural code, which imposes an obligation on the courts and the parties to further the overriding objective of the rules so as to deal with cases justly. *The rule provides a definition of 'dealing with a case justly', embodying the principles of equality, economy, proportionality and expedition which are fundamental to an effective contemporary system of justice.* These requirements of procedural justice, operating in the traditional adversarial context, will give effect to a system which is substantively just in the results it delivers as well as in the way in which it does so [nos italiques]¹⁶.

14. *Ibid.*

15. The Right Honourable The Lord Woolf, Master of the Rolls, « Access to Justice – Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales », Londres, Her Majesty's Stationery Office, juillet 1996 (28 octobre 2010), en ligne : DCA <<http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>> [Rapport Woolf].

16. *Ibid.*

Les idées modernes de Lord Woolf sur la proportionnalité ont éventuellement été importées en Amérique du Nord, puis au Québec, comme il le sera discuté ci-après.

La proportionnalité a-t-elle changé au fil de ses nombreux voyages dans le temps et dans l'espace? Nous ne le croyons pas. Si la proportionnalité vise, en droit civil européen, une relation raisonnable entre l'objectif à être atteint et les moyens utilisés à cette fin, elle implique de manière similaire, en tradition de common law, une extension du principe du « raisonnable », une relation équitable entre la fin et les outils pour y arriver.

Pour le Doyen Cornu, la proportionnalité réfère à une « juste mesure, [un] principe d'adéquation, de modération... [à la] mise en œuvre de moyens appropriés à l'objectif à atteindre... »¹⁷. Pour Lord Woolf, la proportionnalité implique que l'on « ... [traite] chaque instance d'une manière qui soit proportionnée à son importance, à la somme en jeu, à la complexité des questions en litige et à la situation financière des parties »¹⁸ [traduction par l'auteur]. Enfin, au Canada, la proportionnalité 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 [des] institutions de la justice civile »¹⁹.

Au fil des traditions juridiques et des différents contextes, la même perspective de justice distributive demeure. Il y aura proportionnalité lorsque des ressources raisonnables sont investies dans le système de justice civile par rapport aux autres facilités publiques dont la communauté a besoin. Or, lorsqu'elle est appliquée plus spécifiquement aux parties à la justice civile, la proportionnalité implique que l'on compare les procédures et les

17. Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2005.

18. *Rapport Woolf*, supra note 15, r. 1.1(2)(c).

19. *Marcotte c. Longueuil (Ville de)*, [2009] 3 R.C.S. 65 [*Marcotte*]. Cette formulation de l'objectif du principe de la proportionnalité a été reprise abondamment par la jurisprudence ultérieure, notamment par la Cour d'appel dans l'affaire *Vergers Leahy inc. c. Fédération de l'UPA de St-Jean-Valleyfield*, 2009 QCCA 2401 au par. 42.

coûts engendrés à la complexité des questions en litige, à la valeur en litige et à la nature de la réclamation²⁰. Que l'on navigue à travers l'une ou l'autre des traditions juridiques, les préoccupations sociales sous-jacentes à la proportionnalité sont les mêmes. De fait, on déclame que la justice a un coût qui est à la fois économique, social et humain, et qu'il faut se munir d'outils efficaces permettant de détecter et de dissuader les pratiques judiciaires abusives. En même temps, il faut pouvoir balancer le droit fondamental d'accès à la justice et celui à une défense pleine et entière. Ces préoccupations, de fait, étaient déjà présentes au Québec en l'an 2000 :

[...] la justice a un coût inévitable. [Compte tenu des] coûts tant économiques que sociaux et humains inhérents aux procédures judiciaires, [...] divers moyens peuvent être envisagés. L'incitation à conclure des conventions entre procureurs sur le déroulement de l'instance, l'exercice d'un meilleur contrôle de l'instance par le tribunal au moyen de la tenue, entre autres, de conférences préparatoires et de gestion d'instance, peuvent entraîner une réduction des coûts. Mais, plus encore, il importe d'intégrer au code des règles témoignant d'un *souci constant de contrôler les coûts de la procédure et d'inciter à la recherche de la proportionnalité, c'est-à-dire à une meilleure adéquation entre la nature et la finalité d'une action en justice et les recours disponibles pour l'exercer* [nos italiques]²¹.

Par ailleurs, ces préoccupations d'économie de la justice sont également présentes sur le plan international ou transnational. Les *Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile*

20. C'est ainsi que, dans l'affaire *Y.L. c. Yv. V.*, 2010 QCCA 808 [Y.L.], la Cour d'appel réduit les frais d'expertise auxquels les demandeurs peuvent prétendre, car déraisonnables en fonction de la valeur en litige et excessifs en considération de l'apport de l'expertise au dossier (voir aux par. 43-47).

21. Ministère de la Justice, « La révision de la procédure civile », Document de consultation sur la révision de la procédure civile, Québec (28 octobre 2010), en ligne : Justice Québec <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/crpc-rap1.htm>>.

transnationale tiennent aussi compte de la nécessité de proportionnalité, en l'associant cette fois aux termes suivants : « raisonnable », « significatif », « non excessif », ou « équitable »²². Ainsi, le Principe 11 prévoit que « [l]es parties partagent avec le tribunal la charge de favoriser une solution du litige équitable, efficace et *raisonnablement rapide*. Les parties doivent s'abstenir de tout abus de procédure [...] » [nos italiques]. La proportionnalité devient donc une responsabilité partagée entre les parties et le juge. De plus, elle entraîne une responsabilisation des parties et du juge quant à l'équité des processus et résultats du litige.

2. Applications à degrés variables

Même si la définition de proportionnalité change peu lorsque l'on voyage d'un système juridique à l'autre, ou d'un continent à l'autre, ses applications, elles, peuvent varier. Alors que la proportionnalité semble en quelque sorte ignorée ou présumée en pays à tradition civiliste, elle est élevée comme principe fondamental de la procédure dans les pays de common law. Les divergences de philosophie et de rôles des acteurs judiciaires dans ces systèmes laissent à penser que la proportionnalité a certainement une importance plus fondamentale dans les pays à tradition de common law.

Plusieurs théoriciens résistent à la tentation de catégoriser les systèmes en traditions de common law ou de droit civil, ces systèmes étant en mouvance constante et convergeant en des principes de réforme généralisés. De fait, on parle, dans la majorité des systèmes juridiques, d'un juge gestionnaire ou administrateur²³.

22. *Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale*, Rev. dr. unif. (28 octobre 2010), en ligne : Unidroit <<http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/main.htm>>.

23. Judith Resnik, « Managerial Judges » (1982) 96 Harv. L. Rev. 374; Robert F. Peckham, « The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Trial to Disposition » (1981) 69 Cal. L. Rev. 779.

Malgré tout, en navigant d'un système à l'autre, on remarque, d'abord, que les modes d'interprétation de la loi varient d'un système juridique à un autre. Le juge civiliste aura, le plus souvent, un raisonnement inductif qui le conduira à appliquer la proportionnalité comme suit : il expliquera d'abord les faits en litige – incluant le moyen procédural privilégié, référera à l'article codifiant le principe de proportionnalité, puis conclura que le moyen choisi est proportionnel à la fin escomptée et à la valeur en litige. Le juge de common law, par ailleurs, voudra déduire d'applications jurisprudentielles de la proportionnalité, et de situations de faits proportionnées ou disproportionnées, un fondement appuyant sa conclusion que la procédure en cause est proportionnée à l'objectif escompté.

Les traditions civilistes et celles de common law ont aussi des philosophies bien distinctes, malgré les courants modernes de réforme du droit procédural. On associe souvent les systèmes de droit civil à la tradition inquisitoire. Quelles sont ses principales caractéristiques? Les codes de procédure civile y sont la principale source de droit procédural. Ces codes font référence au caractère public de l'audience ainsi qu'au contrôle des allégations et de la preuve par les parties. Ce contrôle est d'ailleurs tempéré par le grand pouvoir du juge de supervision et d'initiative dans les procédures. Alors que la tradition civiliste recherche la vérité à tout prix, la tradition de common law est davantage préoccupée par l'équité procédurale, et présume que la vérité découlera plus naturellement des représentations des parties²⁴.

Les rôles des acteurs judiciaires sont également bien distincts, d'un système à l'autre. Le juge civiliste, d'une part, a un rôle qualifié d'inquisitoire, et possède une initiative et un contrôle considérables dans le développement des procédures et de la preuve, tout en étant principalement responsable de l'élaboration des faits. Le juge de common law, d'autre part, est

24. Glendon, Gordon & Osakwe, *Comparative Legal Traditions*, Eagan (Minnesota), West Publishing Co., 1994 à la p. 167; John Anthony Jolowicz, *On Civil Procedure*, Cambridge, CUP, 2000 à la p. 20.

traditionnellement retiré de l'élaboration de la preuve et des faits, et doit rester neutre, passif, stoïque face aux parties²⁵.

Comme le décrivent si habilement Glendon, Gordon et Osakwe, le juge civiliste est, en pratique, beaucoup plus impliqué dans le déroulement de l'instance :

[...] a civil law action is a continuing series of meetings, hearings, and written communications during which evidence is introduced, testimony is taken, and motions are made and decided. During this process, the judge plays an active role in questioning witnesses, and in framing or reformulating the issues. Although the questioning is typically done by the judge, the questions are often submitted by the parties' counsel who sometimes are permitted to question a witness directly. As the action proceeds, the judge may inject new theories, and new legal and factual issues, thus reducing the disadvantage of the party with the less competent lawyer. [...] the court may obtain certain types of evidence, such as expert opinions, on its own motion. [...] the parties informally introduce documents after providing the other side with notice and an opportunity to inspect. The weight to be accorded the evidence is for the free evaluation of the court²⁶.

De ce rôle inquisitoire découlent peut-être une préoccupation plus naturelle et une responsabilisation plus prononcée du respect de la proportionnalité par le juge, malgré son désir de vérité. De fait, ce juge doit comprendre le litige plus tôt et plus vite, tout en anticipant davantage la suite nécessaire des choses. Le juge inquisitoire a été formé comme un juge professionnel, responsable de la recherche de la vérité, et ce, malgré son nouveau rôle d'administrateur ou de gestionnaire plus concentré sur la réduction des délais. Ainsi, dans ses nombreuses interventions et prises de décision quant au déroulement de l'instance, le juge inquisitoire doit constamment avoir à l'esprit de

25. Resnik, *supra* note 23 à la p. 380.

26. Glendon, Gordon & Osakwe, *supra* note 24.

prendre la décision la plus « proportionnée » possible, compte tenu de la nature du dossier, de l'objectif poursuivi.

Par opposition, le juge de common law a une implication plus superficielle dans le déroulement de l'instance, et n'est donc pas aussi naturellement préoccupé par la proportionnalité des procédures. En fait, il n'a pas l'implication nécessaire dans le dossier pour en juger aussi adéquatement que son collègue civiliste. De plus, il existe en common law un droit fondamental à tout document pertinent et non privilégié (dans un contexte de *discovery*), qui fait en sorte que le juge hésitera à faire prévaloir la proportionnalité sur la pertinence. Ces habitudes devront changer avec l'adoption de nouvelles règles de procédure civile dans deux des provinces de common law canadiennes – dont le principe de proportionnalité, tel que nous en discuterons ci-après.

Le rôle des avocats change aussi selon la tradition juridique. Les avocats civilistes, d'une part, suggèrent des pistes d'enquête sur les faits ainsi que des théories de droit, assistent le juge lorsqu'il interroge les témoins, et plaident le droit. Les « commonlawyers », eux, sont des « zealous advocates »²⁷ qui contrôlent le déroulement de l'instance, et veulent gagner le procès à tout prix en présentant le meilleur dossier possible au juge. Pour eux, la recherche de la vérité se fait par l'emploi de tous les outils possibles et disponibles, même par des demandes d'échanges de documents parfois exagérées²⁸.

Les avocats de litige en système civiliste ou inquisitoire sont souvent considérés comme étant des « law-adversaries », alors que ceux en système de common law ou contradictoire sont plutôt des « law-and-fact adversaries »²⁹. C'est donc dire que les avocats

27. Roderick A. MacDonald, « Legal Culture – Discussion Paper », Civil Justice Reform Working Group, 23 février 2005 (28 octobre 2010), en ligne : Civil justice reform group <http://www.bcjusticereview.org/working_groups/civil_justice/cjrwg_paper_02_23_05.pdf>.

28. Jolowicz, *supra* note 24 à la p. 22.

29. John H. Langbein, « Restricting Adversary Involvement in the Proof of Fact: Lessons from Continental Civil Procedure », discours prononcé au

civilistes se préoccupent de plaider la meilleure version du droit applicable, alors que ceux des systèmes de common law se « battent » sur le droit et les faits. On se demandera, ci-après, si les « commonlawyers » sont adéquatement outillés pour se préoccuper de proportionnalité, et comment leurs obligations de loyauté et de diligence envers leurs clients peuvent se concilier avec ce principe fondamental.

Malgré tout, les divergences de rôle de l'avocat, en fonction des systèmes, semblent s'atténuer avec le temps. L'avocat d'aujourd'hui est encouragé à se concentrer moins centralement sur les intérêts de son client, et plus généralement sur la Justice afin d'en être un « facilitateur » :

[...] the emphasis of lawyering is slowly shifting away from zealous pursuit of the client's cause within the bounds of the law to the pursuit of the cause of justice. That pursuit demands that lawyers engage in behaviour that will enhance a fair, other-regarding, and non-discriminatory process of problem-solving and that will protect the right of the client to obtain the remedy he or she is entitled to under the law properly interpreted³⁰.

En somme, le juge civiliste aurait de nombreuses occasions de recourir à une application et à un contrôle de la proportionnalité, « tantôt par raison d'autorité, tantôt par l'autorité de la raison »³¹, mais il semble peu enclin à le faire, tel qu'il appert des trop rares applications jurisprudentielles du principe³². Peut-

American College of Trial Lawyers, 25 septembre 1984, cité dans Glendon, Gordon & Osakwe, *supra* note 24 à la p.185.

30. Jay Naster, « Divided Loyalties », Septième colloque sur la profession juridique du juge en chef de l'Ontario, octobre 2006 à la p. 4 (28 octobre 2010), en ligne : The Chief Justice of Ontario's Advisory Committee on Professionalism <http://www.lsuc.on.ca/media/seventh_colloquium_naster.pdf>.
31. Jean-Baptiste Seube, « Le contrôle de la proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale » *Petites affiches* n° 46 (5 mars 2009) 86.
32. *Ibid.* à la p. 4, citant Cass. Civ. 2^e, 3 juin 2004, D. 2004 à la p. 2069. Un des rares exemples cité par le Professeur Seube dans son article,

être est-ce parce que le respect de la proportionnalité est implicite, dans ces traditions, ou peut-être est-ce plutôt parce que les abus sont moins évidents ou prononcés. Par opposition, le juge de common law se préoccupe de la proportionnalité, l'applique en droit procédural, et l'élève même au rang de principe directeur³³. Cette importance grandissante du principe de proportionnalité en tradition de common law s'explique, du moins en partie, par la philosophie du système et le rôle des acteurs judiciaires. Elle nous permet aussi de conclure que le respect de la proportionnalité est fondamental dans les traditions de common law.

II. APPLICATIONS CANADIENNES DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ PROCÉDURALE

Au Canada, trois provinces se préoccupent fondamentalement de la proportionnalité des procédures, l'élevant au rang de principe directeur : le Québec, l'Ontario et la Colombie-Britannique. Ces trois provinces ont formellement reconnu que les coûts et les délais de la justice civile s'accroissent, et que pour tenter de pallier cette situation, des mesures sont nécessaires, d'où la codification du principe. Nous verrons tour à tour comment la proportionnalité est décrite, perçue et appliquée dans ces trois provinces, dont l'une seule est régie par un code de procédure d'origine civiliste. Malgré cette dernière distinction, il n'en demeure pas moins que les juges québécois, tout comme ceux de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, exercent leurs fonctions en vertu de la tradition de la common law, comme nous le verrons ci-après.

d'application de la proportionnalité en pays de droit civil est celui de la cause où un époux divorcé, débiteur d'une prestation compensatoire, avait engagé un détective pour établir les éléments du train de vie de son ancienne épouse. La Cour de cassation avait alors conclu que la surveillance de l'épouse constituait, en quelque sorte, une « immixtion dans sa vie privée disproportionnée par rapport au but poursuivi », d'une manière telle à avoir violé les dispositions du Code civil.

33. Voir notamment *Marcotte*, *supra* note 19.

A. PROPORTIONNALITÉ QUÉBÉCOISE

Même si le principe de proportionnalité a toujours existé en droit de la procédure civile québécois³⁴, il est officiellement codifié dans le *Code de procédure civile* (« C.p.c. ») depuis la dernière réforme de 2003. Cette réforme avait introduit trois principes directeurs, dont la proportionnalité, qui avait pour but de rendre le processus judiciaire plus économique, efficace et accessible.

On peut se demander, de prime abord, si le caractère mixte de la procédure civile québécoise et sa tradition d'interprétation civiliste³⁵ font en sorte que la proportionnalité ait ici un sens et des applications distinctes et spécifiques. Une réponse positive s'impose. Comme nous le verrons ci-après, les techniques de raisonnement et d'interprétation du juge québécois sont bien distinctes de celles des provinces de common law et confirment, à ce stade, l'autonomie intellectuelle de la culture juridique québécoise.

L'article 4.2 C.p.c. témoigne d'une volonté du législateur d'assurer que l'exercice des droits légitimes soit proportionnel aux intérêts en litige³⁶ :

-
34. *Droit de la famille - 071223*, [2007] J.Q. 5046 au par. 77 (C.A.). Voir également le jugement rendu dans l'affaire *Gadoua c. Beaudoin*, 1999-14586 au par. 29 (C.S.) (REJB), où, avant même que ne soit codifié le principe de la proportionnalité à l'article 4.2 C.p.c., l'honorable juge Dalphond tenait les propos suivants : « Ce principe du coût raisonnable d'une expertise par rapport à la nature de l'affaire soumise au tribunal est fondamental car il en va, à la limite, de l'accessibilité à la justice. En effet, rien n'empêche la personne qui décide de produire un rapport d'engager l'expert le plus onéreux qui soit, de l'entourer d'une équipe toute aussi coûteuse et de se livrer à de fréquentes consultations, discussions de stratégie, préparations de témoignage,... Elle ne peut cependant espérer, si elle a gain de cause, que le luxe dont elle a les moyens devienne un fardeau punitif pour la partie adverse ».
35. *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] R.C.S. 743 au par. 39.
36. *Anber c. Piché*, 2009-163964 au par. 22 (C.S.) (EYB) [Anber].

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 qu'il ordonne.

Cet article s'inscrit donc parfaitement dans le « nouvel environnement » créé par la réforme, et concorde à la fois avec « le niveau [accru] d'intervention du tribunal dans la gestion du dossier »³⁷ et la nouvelle responsabilisation des parties de leur dossier et du déroulement de l'instance, consacrée à l'article 4.1 C.p.c. C'est d'ailleurs en ce sens que le Comité de révision de la procédure civile décrivait les objectifs de la réforme, dans son rapport intitulé « Une nouvelle culture judiciaire » :

Pour que la justice civile demeure un service public accessible, il y a lieu de veiller à ce que les coûts et les délais en soient raisonnables. Dans la poursuite de cet objectif, il importe que les dispositions du Code de même *que l'action des parties et des tribunaux soient inspirées par une même préoccupation de proportionnalité* entre, d'une part, les procédures prises, le temps employé et les coûts engagés et, d'autre part, la nature, la complexité et la finalité des recours. Ce principe permet de mieux établir l'autorité du juge lorsqu'il intervient dans la gestion de l'instance et de guider l'action des parties et de leurs procureurs [nos italiques]³⁸.

-
37. *Pharmascience Inc. c. Option consommateurs*, [2005] J.Q. 4770 au par. 30 (C.A.). La Cour d'appel reconnaît d'ailleurs cette « plus large marge de manœuvre » accordée aux juges de première instance quant à la proportionnalité des procédures et se voit désormais plus réticente à intervenir et réviser l'exercice de cette discrétion, tel qu'on peut le constater dans l'affaire *Dubois c. Robert*, 2010 QCCA 775 au par. 170. Dans l'affaire *Droit de la famille – 10288*, 2010 QCCA 246 au par. 17, la Cour d'appel précise, par ailleurs, qu'elle n'interviendra que s'il lui est démontré que telle discrétion a été exercée de façon déraisonnable et qu'il en résulte un préjudice irréparable.
38. Québec, Comité de révision de la procédure civile, *Une nouvelle culture judiciaire*, juillet 2001, (28 octobre 2010), en ligne : Justice Québec

La Cour suprême du Canada a récemment traité de la proportionnalité dans l'arrêt *Marcotte c. Longueuil (Ville de)*, un dossier qui provenait de la Cour d'appel du Québec et nécessitait une interprétation des règles québécoises sur le recours collectif. La majorité, sous la plume du juge Lebel, y reconnaît que la proportionnalité est un principe directeur, par opposition à un « simple principe à valeur interprétative », et se sert du principe comme source d'un pouvoir d'intervention des tribunaux³⁹. À ce sujet, 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 [...]. L'exigence de proportionnalité dans la conduite de la procédure reflète d'ailleurs la nature de la justice civile qui, souvent appelée à trancher les litiges privés, remplit les 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 civile⁴⁰.

La proportionnalité québécoise est unique au Canada. Premièrement, son respect repose, à la fois, sur les épaules des avocats et sur celles des juges. Ainsi, ce sont non seulement les parties qui doivent agir proportionnellement, mais les juges de première instance et d'appel. Ces derniers doivent assurer le respect de la proportionnalité en prenant des moyens ou en rendant des ordonnances qui permettront de simplifier ou d'accélérer la procédure, ou encore d'abréger l'audition⁴¹. Ainsi, les

<<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/crpc/crpc-rap2.pdf>> [*Rapport de 2001*].

39. *Marcotte*, *supra* note 19 au par. 42.

40. *Ibid.* au par. 43.

41. Denis Ferland et Benoît Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 2003 à la p. 17. Le juge d'appel est aussi lié par le principe de proportionnalité et pourra, en vertu de l'article 508.2 C.p.c., convoquer les parties pour conférer avec elles sur l'opportunité de préciser les questions en litige et sur les moyens propres à simplifier la procédure et à abréger l'audition, ou limiter s'il y a lieu, les actes de

juges ont dorénavant l'obligation de s'assurer que les recours intentés sont proportionnés à la nature et à la finalité du litige, eu égard aux coûts et au temps exigé et, à défaut, doivent intervenir pour rectifier la situation⁴². Au surplus, il est permis de penser que les juges devront, eux aussi, user des pouvoirs qui leur sont accordés de manière proportionnée. Leur sera-t-il possible, enfin, de fonder leurs décisions de gestion sur la proportionnalité? Cette suggestion pourra être discutée plus longuement, dans le cadre de nos discussions de futures réformes, mais il est utile de souligner, d'ores et déjà, qu'il est résolument à l'avantage des justiciables que toute décision de gestion considère la proportionnalité procédurale.

Deuxièmement, la proportionnalité de l'article 4.2 C.p.c. est unique en ce qu'elle s'applique largement dans le temps, soit à toutes les étapes de l'instance judiciaire, de la signification de la requête introductive d'instance au procès⁴³. Il faut donc que les parties et leurs avocats puissent justifier les décisions, stratégies et choix qu'ils auront privilégiés dans leur gestion du dossier. Ainsi, il est préférable de s'être toujours posé une série de questions préalables quant au coût, au temps, à la nature de la demande et à son objectif ultime⁴⁴.

Troisièmement, la proportionnalité québécoise est unique, car elle reçoit une interprétation large depuis l'arrêt *Marcotte*⁴⁵. De fait, dans *Marcotte* la Cour suprême du Canada réfère, d'un côté, à

procédure et les documents à produire, abréger ou prolonger les délais prévus au Code, de fixer des délais, etc.

42. *Commission des normes du travail c. Groupe-conseil GIE inc.*, 2010 QCCA 1133 au par. 7; *J2 Global Communications Inc. c. Protus IP Solutions Inc.* (10 mars 2010), Hull 550-05-013775-096, J.E. 2010-676 au par. 59 (C.S.), inscription en appel le 7 avril 2010 (C.A.), 500-09-020615-100.

43. *Bal Global Finance Canada Corporation c. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2010 QCCS 325, appel accueilli le 22 juillet 2010, 2010 QCCA 1369.

44. Notamment : les procédures choisies permettront-elles l'inscription de la cause dans le délai de rigueur de 180 jours? Les coûts en honoraires judiciaires et extrajudiciaires sont-ils élevés? Quel est le type de recours? Les droits en cause sont-ils importants? Le droit substantif et la preuve sont-ils complexes? Quel est le but, l'objectif recherché par la procédure?

45. *Marcotte*, *supra* note 19.

une proportionnalité individuelle, évaluée à l'intérieur du dossier, en fonction des recours et procédures choisis⁴⁶. De l'autre, elle réfère à une proportionnalité plus collective, qui considère les ressources judiciaires et le temps-juge consacrés au dossier compte tenu des autres dossiers actifs de la cour⁴⁷.

C'est donc dire que la proportionnalité est concernée non seulement par l'utilisation des services judiciaires publics par les parties au litige, mais également par l'utilisation de ces services par la population entière. Elle sert ainsi à assurer un usage optimal et équitable des services judiciaires publics par tous les citoyens⁴⁸. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour d'appel a récemment rejeté plus d'une requête pour permission d'en appeler, jugeant notamment que la somme en jeu ne justifiait pas un tel usage des ressources publiques⁴⁹. Au surplus, il apparaît évident que les tribunaux refuseront de rejeter un recours pour l'unique raison qu'il n'a pas été intenté selon le véhicule procédural approprié⁵⁰, puisque cela obligerait le demandeur à instituer de nouvelles procédures, ce qui est contraire à l'esprit de l'article 4.2 C.p.c.

Quatrièmement, la proportionnalité québécoise est encadrée, en quelque sorte, par les articles 54.1 et suivants C.p.c., entrés en vigueur le 4 juin 2009 par la *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et*

46. *Ibid.* aux par. 42 et ss.

47. *Ibid.* au par. 43. Il faut noter que le Ministre de la justice faisait référence plutôt implicite à cette proportionnalité collective dans son rapport de 2006 : Québec, Ministère de la Justice, *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile*, mars 2006 à la p.38 (28 octobre 2010), en ligne : Justice Québec <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/crpc/crcp-rap4.pdf>> [*Rapport d'évaluation de 2006*]. Par contre la Cour suprême dans *Marcotte* réaffirme avec beaucoup plus de vigueur cette notion de proportionnalité collective.

48. À cet effet, voir *Matic c. Trottier*, 2010 QCCS 1466 aux par. 61-66 [*Matic*].

49. *Caron c. Remax Westmount*, 2010 QCCA 716 au par. 8 et *Garcia Morin c. Toitures Raymond et Associés inc.*, 2010 QCCA 79 au par. 3.

50. *Beaulieu c. Falardeau* (1^{er} juin 2010), Joliette 705-22-009360-080, J.E. 2010-1227 au par. 39.

*favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*⁵¹. Ces articles permettent au juge de sanctionner tout abus de procédure, en application du principe de la bonne foi procédurale de l'article 4.1 C.p.c. – et de la proportionnalité de l'article 4.2 C.p.c.! Ces articles appuient une volonté du législateur « d'assainir l'activité judiciaire » par le biais d'outils additionnels destinés à sanctionner les comportements abusifs dans l'institution et le déroulement des procédures⁵². Ils doivent donc être lus et interprétés de pair avec le principe de proportionnalité, et permettent notamment une application de ce principe par le juge.

L'article 54.1 C.p.c. prévoit que le juge peut user de ses pouvoirs discrétionnaires de sanction des abus « à tout moment » et « même d'office », à l'encontre d'une demande en justice ou d'« un autre acte de procédure ». Fait intéressant, à cet égard, l'honorable juge Yves Alain de la Cour supérieure nous rappelle, dans la décision qu'il a rendue récemment dans l'affaire *Bellemare c. Québec (Directeur général des élections) (DGE)*⁵³, que ce pouvoir de rejeter une procédure abusive est un pouvoir inhérent des tribunaux. Il explique que :

[l]a Cour suprême avait déjà reconnu, dans *Hunt v. Carey Canada Inc.*, que le droit de rejeter sommairement une procédure abusive constitue, en réalité, un pouvoir inhérent des tribunaux. La Cour suprême traitait alors de l'article 19 des *British Columbia Rules of Court*, qui

51. P.L. 9, *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*, 1^{re} sess., 39^e lég., Québec, 2009.

52. *Anber*, supra note 36. Voir aussi *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.*, 2010 QCCA 1600 [*Cosoltec*]; *Lebel c. Québec (P.G.)* (30 novembre 2009), Hull 550-05-000501-901, J.E. 2010-263 (C.S.); Luc Chamberland, « La règle de proportionnalité : à la recherche de l'équilibre entre les parties? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec 2006, *La réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard*, vol. 242, Cowansville, Yvon Blais, 2006 à la p. 10.

53. (29 juillet 2010), Québec 200-17-012904-108, J.E. 2010-1408 (C.S.).

prévoyait un régime juridique semblable aux articles 54.1 et suivants C.p.c.⁵⁴.

Mais l'article 54.1 C.p.c. va plus loin. Le fardeau de la preuve, d'abord, y est renversé de telle sorte que dès qu'une partie établit sommairement qu'un acte de procédure donné peut constituer un abus, la partie qui l'a introduit doit démontrer que son choix de procédure n'a pas été exercé de manière déraisonnable ou excessive et qu'il se justifie en droit⁵⁵. Ensuite, la liste de mesures judiciaires possibles en cas d'abus de l'article 54.3 C.p.c. inclut, notamment, le pouvoir de rejeter la demande en justice ou l'acte de procédure⁵⁶, ainsi que celui de refuser l'exercice de certains droits tel le droit de procéder à un interrogatoire ou d'assigner un témoin⁵⁷. Enfin, ce régime de droit nouveau va encore plus loin en permettant au tribunal d'accorder des dommages-intérêts punitifs lorsque les circonstances le justifient, tel que stipulé à l'article 54.4 C.p.c.⁵⁸.

Par ailleurs, il faut souligner que la jurisprudence majoritaire traitant de l'article 54.1 C.p.c. applique la juris-

54. *Ibid.* au par. 36.

55. Art. 54.2 C.p.c.

56. Voir *Grill Newman inc. c. Demers Beaulne s.e.n.c.*, 2010 QCCA 358 aux par. 26-27, 36.

57. Pour une application jurisprudentielle de l'article 54.3 C.p.c., voir : *Ordinateurs MG c. Ordinateurs MG 2007* (6 août 2009), Laval 540-22-013068-092, J.E. 2009-2038 aux par. 162, 166 (C.Q.).

58. 9089-8941 *Québec inc. c. Sultan* (19 janvier 2010), Montréal 500-22-148947-081, J.E. 2010-551 aux par. 19, 25 (C.Q.) [9089-8941 *Québec inc.*]. Dans l'affaire *Bal Global Finance Canada Corporation c. Aliments Breton (Canada) inc.*, la Cour supérieure précise néanmoins que «si une demande en justice manifestement mal fondée peut constituer un abus au sens de l'article 54.1 C.p.c. le Tribunal conclut toutefois qu'elle ne donne pas nécessairement lieu à une ordonnance, par exemple, en vertu de l'article 54.4 C.p.c., à moins d'être le fruit d'un comportement répréhensible, scandaleux, outrageant, abusif, de mauvaise foi ou, en d'autres termes, d'un abus du droit d'ester en justice, soit l'utilisation de la procédure de manière excessive et déraisonnable, de manière à nuire à autrui», ce qui en limite grandement le champs d'application, (*Bal Global Finance Canada Corporation c. Aliments Breton (Canada) inc.*, *supra* note 43 au par. 123, inf. par 2010 QCCA 1369).

prudence antérieure développée sous l'ancien article 75.1 C.p.c., en vertu de laquelle la prudence doit prévaloir. Ainsi, on y indique que les tribunaux devraient être prudents avant de rejeter, avant enquête et audition complètes, une demande en justice en raison de son caractère abusif⁵⁹. Cette jurisprudence indique également qu'il faut tenir compte du stade de l'instance auquel une telle procédure est présentée. En effet, la Cour d'appel a récemment rejeté une telle requête pour rejet, présentée tardivement, parce qu'elle :

constitu[ait], [...] une utilisation disproportionnée et déraisonnable des ressources judiciaires. [et qu'il était] injustifiable d'exiger que deux formations distinctes de trois juges étudient le même dossier de plus de 20 volumes, à quelques mois d'intervalle, pour la première, décider si l'appel est totalement ou simplement partiellement abusif et pour la seconde, le cas échéant, statuer sur le fond⁶⁰.

Fait intéressant, la Cour d'appel a récemment appliqué la proportionnalité à la détermination des sanctions permises en vertu de l'article 54.1 C.p.c., rappelant par le fait même que la modération est de mise, et jugeant démesurée la sanction imposée par le juge de première instance⁶¹. Le juge Dalphond explique :

[78] Cela dit avec les plus grands égards, *la sanction imposée sous l'art. 54.1 C.p.c., le rejet de la demande reconventionnelle de l'appelante, ne respecte pas les principes généraux que j'ai énoncés précédemment, notamment ceux de la modération en matière de perte de droit, de la proportionnalité de la sanction aux*

59. Voir à cet égard *Makohoniuk c. Stephanian* (26 février 2010), Montréal 500-17-042275-084, J.E. 2010-630 au par. 25 (C.S.). De plus, on ne peut ignorer la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Aliments Breton (Canada) inc. c. Bal Global Finance Canada Corporation*, 2010 QCCA 1369, où la décision de première instance est renversée, car fondée sur une preuve fragmentaire (voir au par. 46).

60. *Simard c. Larouche*, 2010 QCCA 63 au par. 21.

61. *Cosoltec*, supra note 52.

manquements et de la meilleure administration de la justice.

[79] D'abord, l'interdiction à l'appelante de présenter à nouveau sa réclamation dans le même dossier ou dans un dossier qui pourrait ensuite y être joint signifie que l'appelante devra procéder dans le cadre d'un recours parallèle, qui sera jugé séparément. *Il en résultera un gaspillage des ressources judiciaires, une obligation pour les parties de s'affronter dans deux recours distincts (violation de la règle de proportionnalité : art. 4.2 C.p.c.) et la possibilité de jugements contradictoires (incohérence du système).*

[80] Ensuite, cette sanction prive l'appelante d'un droit substantiel, celui à la compensation judiciairement prononcée (art. 1673 C.c.Q.), et ce, alors que le juge reconnaît qu'elle a fourni des informations adéquates à l'égard d'au moins la moitié de sa réclamation.

[81] Finalement, la radiation de tous les paragraphes relatifs à la demande reconventionnelle, alors que des pièces supportant la moitié de celle-ci ont été produites, est une sanction excessive. La réduction de la demande reconventionnelle aux seuls montants expliqués ou justifiés *prima facie* aurait, peut-être, été justifiable, mais le rejet de toute la réclamation ne l'est pas [nos italiques]⁶².

Malgré tout, une lecture conjointe des articles 4.1, 4.2 et 54.1 et ss. C.p.c. nous permet de conclure que le juge a le devoir, à titre *curatif*, de s'assurer du respect de la proportionnalité. Mais il a aussi ce devoir à titre *préventif*, comme gestionnaire de l'instance, et pourrait donc intervenir de son propre chef en cas de gestion disproportionnée du dossier par les parties⁶³. 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

62. *Ibid.* aux par. 78-81.

63. La Cour d'appel rejettera sur cette base certaines requêtes pour permission d'en appeler de jugements interlocutoires, jugeant qu'il n'est pas dans l'intérêt des parties de retarder indûment la marche de l'instance, par des appels coûteux et inopportuns. Voir à ce sujet : *Droit de la famille — 10859*, 2010 QCCA 753 au par. 4 et *Syndicat des copropriétaires du 4576-4578 Harvard*, *supra* note 7 au par. 10.

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.

Les tribunaux, par contre, usent trop peu de leurs pouvoirs de gestion dans l'état du droit actuel, alors que ce pouvoir existe à tout stade de procédures et devrait être utilisé de manière systématique. C'est pourquoi la tenue d'une conférence de gestion de l'instance devrait être permise, tel qu'il l'a été suggéré lors de l'évaluation de la réforme en 2006⁶⁴, et même rendue obligatoire, afin que le tribunal puisse vérifier l'entente déposée et discuter avec les parties de son contenu dès l'instigation de l'action. De fait, comme le reconnaissait le ministère de la Justice en 2006 :

[L]identification des questions en litige et la détermination des démarches à effectuer inscrites dans des délais précis permettraient aux tribunaux d'appliquer la règle de la proportionnalité de la procédure avant que les parties aient engagé des sommes importantes⁶⁵.

Somme toute, nous croyons que la proportionnalité devrait être interprétée le plus largement possible par les tribunaux. Ainsi, la proportionnalité devrait s'étendre non seulement aux procédures, mais aussi aux démarches, attitudes et choix stratégiques des parties, aux moyens de preuve qu'elles auront choisis⁶⁶, et même, aux sanctions imposées⁶⁷. Cet élargissement est impératif dans le contexte actuel de complexité grandissante de la pratique du droit et de la justice civile au Québec, et ailleurs dans le monde. Il témoigne d'une nécessité de sensibilisation des avocats aux coûts globaux du système de justice, les encourageant à justifier leurs choix stratégiques tout au long de l'instance. De plus, en balançant les coûts du dossier par rapport

64. *Rapport d'évaluation de 2006, supra* note 47 à la p. 25.

65. *Ibid.*

66. Voir sur l'application de la proportionnalité aux moyens de preuve : Yves-Marie Morissette, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions » (2009) C. de D. 381.

67. Voir *Cosoltec, supra* note 52.

à la solution recherchée, on incite à un respect plus raisonnable du rapport de force entre les parties par rapport aux coûts du système.

B. PROPORTIONNALITÉ ONTARIENNE

Le 1^{er} janvier 2010, de nouvelles règles de procédure civile sont entrées en vigueur en Ontario, visant à réformer un système judiciaire critiqué comme étant trop peu accessible et équitable pour les justiciables⁶⁸. Ainsi, les nouvelles règles adoptent plusieurs principes énoncés par Lord Woolf dans son rapport intitulé « Access to Justice », dont celui que chaque citoyen ait un droit constitutionnel d'accès à la justice, une « égalité des armes » quant à l'accès aux tribunaux et à la justice civile⁶⁹. Elles permettent aux particuliers et aux entreprises d'avoir un accès plus facile, moins coûteux et plus rapide au système de justice et aux tribunaux civils ontariens. Elles haussent également le seuil monétaire applicable à la procédure simplifiée à 100 000 \$.

C'est donc dans ce contexte que la proportionnalité a été formellement codifiée aux *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario⁷⁰. Les principes d'interprétation des règles incluent la règle 1.1, qui codifie le principe de proportionnalité en prévoyant que le tribunal devra,

[e]n appliquant les présentes règles, donner des ordonnances et des directives qui sont proportionnées à

68. *Solutions with Impact Inc. v. Domino's Pizza of Canada Ltd.*, 2010 ONSC 630.

69. *Moosa v. Hill Property Management Group Inc.*, 2010 ONSC 13 au par. 101 (CanLI).

70. *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 1.04 (1.1) [*Ontario Rules*]. Pour une discussion intéressante du principe de proportionnalité dans les provinces canadiennes de common law, voir Radu Razvan Gherghus, *The Curious Case of Civil Procedure Reform in Canada, So Many Reform Proposals with So Few Results*, thèse de doctorant en droit, Université de Toronto, 2009 [non publiée].

l'importance et à la complexité des questions en litige, ainsi qu'à la somme en litige [traduction par l'auteur]⁷¹.

C'est donc cette règle qui permet au juge ontarien de rendre des ordonnances telles la suivante :

[23] In light of the new emphasis on proportionality regarding the said Rules, I find that it is not reasonable or justified to proceed with the Defendant's proposal to examine [the claimants] for the purpose intended. This would only add expense and time to the proceeding and further risk a delay in the commencement of the trial.

[24] I find the added time, expense and undue prejudice involved in the Defendant's request is out of proportion to the matters in issue in the litigation⁷².

Or, la référence, dans ce principe de proportionnalité ontarienne de la règle 1.1., à « l'importance, à la complexité et à la somme en litige » est moins spécifique que la référence à « la nature et la finalité de la demande » du texte de l'article 4.2 C.p.c., qui considère l'importance de l'objectif de la procédure en cause. De plus, contrairement au texte du principe directeur québécois, celui de la proportionnalité ontarienne ne concerne que le juge, et non les parties au litige. C'est plus loin, dans les *Ontario Rules*, que l'on retrouvera des dispositions sur la proportionnalité qui concernent les parties. Par ailleurs, le devoir de proportionnalité du juge ontarien est formulé plus largement que celui du juge québécois, car il s'applique aux ordonnances et aux directives – ou instructions. Le devoir du juge québécois s'étend uniquement aux « actes de procédure ».

71. *Ibid.* Texte original : « 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 ».

72. *Blenkhorn et al. v. Mazzawi et al.*, 2010 ONSC 699 aux par. 23-24. Voir aussi : *Tucci v. Pugliese, Aviva and Pilot*, 2010 ONSC 2144, aux par. 31 et ss.; *Mawji v. AXA Insurance*, 2010 ONSC 2146 aux par. 36 et ss.; *Van Blankers v. Stewart*, 2010 ONSC 3978, aux par. 60 et ss.; *Re Polywheels Inc.*, 2010 ONSC 2445 au par. 5.

Les règles ontariennes apportent également un changement important relativement au processus de *discovery*, qui lui aussi doit être proportionné. Ainsi, on limite par exemple, à la règle 31.05.1, le nombre d'heures permises pour les interrogatoires au préalable à sept heures pour chacune des parties :

31.05.1 (1) *No party shall, in conducting oral examinations for discovery, exceed a total of seven hours of examination, regardless of the number of parties or other persons to be examined, except with the consent of the parties or with leave of the court.*

Considerations for Leave

(2) In determining whether leave should be granted under subrule (1), the court shall consider,

- (a) the amount of money in issue;
- (b) the complexity of the issues of fact or law;
- (c) the amount of time that ought reasonably to be required in the action for oral examinations;
- (d) the financial position of each party;
- (e) the conduct of any party, including a party's unresponsiveness in any examinations for discovery held previously in the action, such as failure to answer questions on grounds other than privilege or the questions being obviously irrelevant, failure to provide complete answers to questions, or providing answers that are evasive, irrelevant, unresponsive or unduly lengthy;
- (f) a party's denial or refusal to admit anything that should have been admitted; and
- (g) *any other reason that should be considered in the interest of justice.* [nos italiques]

Hormis ce dernier article, la procédure de *discovery* est maintenant limitée dans le temps et l'espace⁷³, et en fonction de la « pertinence » aux faits en litige, d'un plan et d'une liste de facteurs. Il existe aussi un échancier de *discovery* – ou « *discovery plan* » qui doit tenir compte de plusieurs facteurs de proportionnalité⁷⁴. Les tribunaux sont donc invités à soupeser les

73. *Ontario Rules*, *supra* note 70, r. 29.3.03 (1).

74. *Ibid.*, r. 29.1.03 (3) e).

coûts, le temps et l'impact ou préjudice potentiel d'une procédure choisie⁷⁵. Par exemple, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a récemment conclu que l'étendue du droit de contre-interroger sur affidavit devait être interprétée en fonction d'un objectif de proportionnalité :

[17] All of this, however, must be filtered through the lens of proportionality, such that what has been requested has to be considered within the context of the particular case, to ensure that it is not overly onerous when measured against what is at stake on a variety of levels. Thus, even if the response to the above question is: "yes, the response could assist the trial judge in making a determination regarding a matter in issue", a second question must be asked: "is there enough at stake, in terms of significance or money, to justify the time and expense of the disclosure sought?"⁷⁶

Cet extrait suggère l'existence d'une proportionnalité davantage collective ou contextuelle, similaire à la proportionnalité québécoise, laquelle est également implicite dans une seconde décision récente, cette fois du juge Ferguson, dans *Buchanan v. Goetel Communications Corp.*⁷⁷ :

[...] the bottom line is that the proposed costs are excessive. They are excessive from two perspectives: costs of this magnitude will make litigation inaccessible as a method of dispute resolution; costs of this magnitude are also disproportionate to the value of the legal work necessary to represent a client in this dispute. *If counsel do not use more restraint in deciding how much to invest in litigation, they will put both the bar and the Courts out of*

75. Dan Michaluk, « Ontario courts ease into the era of proportionality », 17 février 2010 (28 octobre 2010), en ligne : Slaw.ca <<http://www.slaw.ca/2010/02/17/ontario-courts-ease-into-the-era-of-proportionality>>.

76. *Romspen Investment Corporation v. Woods et al.*, 2010 ONSC 30005 au par. 17.

77. *Buchanan v. Goetel Communications Corp.*, [2002] O.J. N° 3063 (ON S.C.).

*business which will profoundly harm the public whom we
both serve [nos italiques]⁷⁸.*

Il existe, de plus, aux *Ontario Rules*, un devoir implicite de « coopération », de courtoisie et de professionnalisme des avocats. Les avocats auront aussi une obligation plus formelle – quoiqu'à force non obligatoire⁷⁹ – de présenter et conduire leur dossier judiciaire conformément aux *Principes de déontologie pour les avocats* et aux *Principes de courtoisie entre avocats*, publiés en 2009 par l'*Advocates' Society*⁸⁰. Ces Principes prévoient, comme quatrième principe applicable au devoir de l'avocat d'assurer l'accès à la justice, le principe de proportionnalité applicable à la conduite d'un procès et aux conseils donnés aux clients⁸¹. Ainsi, les avocats de litige sont *incités* à respecter la proportionnalité des procédures, mais n'y sont pas *obligés* comme au Québec en vertu de l'article 4.2 C.p.c.

C. PROPORTIONNALITÉ DE COLOMBIE-BRITANNIQUE

La proportionnalité existe depuis 2005 dans les règles de procédure civile de la Colombie-Britannique, mais elle a été élevée au rang de principe directeur de procédure civile en juillet 2010. Ainsi, elle occupe, là aussi, une place de premier choix en procédure civile. Même si la formulation du texte de la proportionnalité des règles de 2010 ressemble à celui de l'article 4.2 C.p.c., son application en demeure plus limitée comme nous le verrons ci-après.

78. *Ibid.* aux par. 10-11.

79. Martin Teplitsky, « Making civil justice work: A new vision » (2008) 27:3 *Advocates' Soc. J.* 7; Advocates' Society, « Civility: A Cornerstone of Professionalism », hiver 2008 (28 octobre 2010), en ligne : Ontario Lawyers' Gazette <http://www.lsuc.on.ca/media/olg_winter08_professionalism.pdf>.

80. Advocates' Society, « Principes de déontologie pour les avocats - Principes de courtoisie entre avocats » (28 octobre 2010), en ligne : Advocates.ca <<http://www.advocates.ca/assets/files/pdf/publications/principles-of-civility-french.pdf>>.

81. Ce principe se lit comme suit: « Dans sa conduite d'un procès et dans ses conseils aux clients, l'avocat doit respecter le principe de la proportionnalité ».

La première codification du principe de la proportionnalité en Colombie-Britannique a eu lieu en 2005 avec l'adoption de la *Rule 68* des *Supreme Court Rules*⁸², à laquelle on réfère couramment comme étant le « BC Expedited Litigation Project ». L'objectif fondamental de cette règle était, d'ores et déjà, le respect de la proportionnalité :

One of the options in a "multi-track" court system that has been discussed in B.C. for many years is the "economical litigation" track. The concept is based on the reality that there is a range of claims that are simply uneconomical to litigate - where the cost of hiring a lawyer is disproportionate to the amount of the claim. [...] A number of reports, including the CBA Task Force, the Lord Woolf Report, and Ontario's Civil Justice Review, have called for a special track - sometimes also classed "simplified litigation" - to deal with cases with a value in the \$25-50 000 range. *The underlying principle of these recommendations is proportionality: the costs of litigation should be proportionate to the amount of the claim* [nos italiques]⁸³.

La règle 68 a donc réalisé l'objectif de proportionnalité en créant, d'abord, un nouvel éventail de procédures simplifiées pour les litiges dont la valeur est inférieure à 100 000 \$. Elle restreint donc, notamment, l'usage des requêtes préliminaires et l'étendue de la preuve admissible au procès⁸⁴, et requiert que certaines informations soient communiquées entre les parties dès le début de l'instance⁸⁵. Elle prévoit également une interdiction d'interroger avant procès, sauf de consentement ou sur ordonnance du juge⁸⁶,

82. *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, r. 68.

83. Forum canadien sur la justice civile, « Inventaire des réformes : BC Expedited Litigation Project » (28 octobre 2010), en ligne : [Cfcj-fcjc.org](http://cfcj-fcjc.org) <<http://cfcj-fcjc.org/inventory/reform.php?id=9>>.

84. *Supreme Court Rules*, *supra* note 82, r. 68 (10) et (32.1).

85. *Ibid.*, r. 68 (32).

86. *Ibid.*, r. 68 (23) à (30).

dans tous les cas pour un maximum de deux heures par partie, et rend obligatoire l'expert unique⁸⁷.

La règle 68 impose également aux tribunaux, de manière plus spécifique, qu'ils adoptent la solution la plus raisonnable compte tenu de la somme en litige. Ainsi, une proportionnalité plus spécifique y est officiellement codifiée au sous-paragraphe 13 de la règle, lequel se lit comme suit :

(13) En considérant une requête introductive d'instance présentée sous cette règle, le tribunal doit considérer ce qui est raisonnable relativement à la somme en litige dans l'action » [traduction par l'auteur] .

Force est de constater que la proportionnalité de la règle 68 est adéquate, car obligatoire, mais plus restreinte que celle du Québec et de l'Ontario puisqu'elle ne s'évalue qu'en référence à la somme en litige. Ainsi, le tribunal n'a pas à tenir compte de la proportionnalité quant à la complexité ou à l'importance du litige, ou encore quant à la capacité financière des parties. Cela pourra être problématique dans les cas où l'impact d'une poursuite de 95 000 \$ est considéré plus important pour le justiciable que pour la compagnie multinationale, et que la nécessité de proportionnalité dans le premier cas apparaît nécessairement plus grande.

En juillet 2010, les règles de procédure civile de la Colombie-Britannique ont été amendées et prévoient dorénavant un concept de proportionnalité élargi, en fonction des coûts de l'instance et de l'importance et de la complexité du litige. L'amendement-clé en l'espèce est la règle 1-3 des *British Columbia Supreme Court Civil Rules*, dont les extraits les plus pertinents se lisent comme suit [traduction par l'auteur] :

87. Un second expert sera accordé à une partie seulement dans l'éventualité où l'expert n'a pas été en mesure de répondre à l'expert de la partie adverse : voir *Supreme Court Rules*, *supra* note 82, r. 68 (33).

« L'objectif des présentes règles est de s'assurer de la résolution rapide, juste et économique d'une action au fond, [...] incluant, *dans la mesure du possible*, la conduite du dossier d'une manière *proportionnée* à la somme en litige, à l'importance des questions en litige et à la complexité des procédures » [nos italiques]⁸⁸.

L'inclusion de la mention « dans la mesure du possible » fait en sorte que ce principe de proportionnalité perd malheureusement de sa force d'application puisqu'il devient facultatif. Par contre, la proportionnalité est évaluée en fonction d'un triple facteur composé de la somme en litige, de l'importance des questions en litige et de la complexité des procédures. Cette formulation est similaire à celle de la proportionnalité québécoise. Fait intéressant, le nouveau texte des règles de Colombie-Britannique de 2010 prévoit un système de procédure accélérée – « fast-track » - à la règle 15, qui s'applique aux litiges d'une valeur inférieure à 100 000 \$. Cette règle requiert qu'une conférence de gestion doive avoir lieu, sauf exception⁸⁹, que les interrogatoires soient limités à deux heures⁹⁰, et que le procès soit tenu rapidement et soit de courte durée⁹¹. Enfin, contrairement à l'Ontario, la Colombie-Britannique n'a pas d'équivalent des Principes du *Advocates' Society* imposant le respect de la proportionnalité par les avocats.

La proportionnalité de la justice civile est garante de la participation de tous les acteurs judiciaires. Les régimes juridiques des provinces canadiennes discutés encouragent tous trois le respect de la proportionnalité par tous les acteurs judiciaires. Le Québec prévoit une formulation large du principe de proportionnalité, appuyée de nouveaux articles permettant de sanctionner l'abus de procédures. Les nouvelles règles de 2010 en Ontario et en Colombie-Britannique demeurent tout aussi efficaces pour sensibiliser les parties au besoin de s'assurer

88. *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009.

89. *Ibid.*, r. 15 (7) à (9).

90. *Ibid.*, r. 15 (11).

91. *Ibid.*, r. 15 (13) et (14).

d'avoir un équilibre dans le choix des moyens mis en œuvre pour la réalisation juste et équitable des droits des justiciables, en fonction de la valeur de l'enjeu litigieux. Il faudra toutefois évaluer l'application concrète des principes codifiés dans ces provinces pour mieux situer la portée et l'efficience de leurs garanties procédurales respectives.

III. PERSPECTIVES D'AVENIR ET DE RÉFORME

A. QUELLE VALEUR DOIT-ON DONNER À LA PROPORTIONNALITÉ COMME PRINCIPE DIRECTEUR?

Plusieurs questions peuvent être soulevées quant à la valeur de la proportionnalité comme principe directeur de la justice civile face à sa récente codification dans le droit procédural de trois provinces canadiennes.

Premièrement, la plus grande rapidité d'exécution de la justice proportionnée affecte-t-elle l'équité et la qualité des processus judiciaires et de leurs résultats? Autrement dit, un système de justice proportionnée est-il un gage de processus et de résultats plus justes et équitables⁹²? On peut penser que lorsqu'un avocat choisit d'agir de manière proportionnée (au nom de son client), c'est qu'un sujet, une question, un argument que l'on avait prévu explorer, discuter, ou démontrer est laissé de côté. De la même manière, lorsque le juge décide de manière proportionnée, c'est qu'il a choisi, et délaissé, de manière réfléchie, une option par rapport à une autre. Cela veut-il dire que les processus judiciaires ou leurs résultats sont moins équitables ou moins justes, car nécessairement incomplets?

Nous ne le croyons pas. Le fait de mieux circonscrire des questions en litige, de choisir une voie judiciaire considérée plus convaincante qu'une autre, une requête plus efficace qu'une autre, ou ayant des chances de succès plus grandes, ne veut pas

92. Voir aussi : Colleen M. Hanycz, « More Access to Less Justice : Efficiency, Proportionality and Costs in Canadian Civil Justice Reform » (2008) 27:1 C.J.Q. 98.

dire que le client sera moins bien servi – bien au contraire. L’avocat qui aura su circonscrire le dossier le plus habilement et simplement possible gagnera sa cause. De la même manière, le juge qui aura décidé un dossier de manière proportionnée sera celui qui l’aura mieux compris et qui assurera le résultat le plus équitable possible pour les parties.

Deuxièmement, on peut se demander si des avantages financiers de la justice proportionnée découle nécessairement un regain de confiance des justiciables en leur système. Les justiciables font-ils davantage confiance à un système proportionné ou proportionnel? Cette question est fondamentale dans le contexte actuel de désaffectation des tribunaux civils québécois, principalement pour cause de crise de confiance des justiciables. Ces derniers ont-ils davantage confiance lorsque leurs frais judiciaires sont moins élevés grâce à une gestion plus adéquate et efficace de leur dossier? Peut-être. Les justiciables font confiance aux processus judiciaires qui leur semblent équitables et justes⁹³. La justice proportionnée serait donc assurément avantageuse à ce niveau.

Troisièmement, la justice proportionnée est-elle compatible avec les règles déontologiques et éthiques des avocats? En pilotant leur dossier de manière proportionnée, les avocats font-ils leur travail? Respectent-ils les règles déontologiques – notamment, de diligence et de compétence – qui leur sont applicables? Explorent-ils toutes les facettes possibles du dossier, usent-ils de tous les moyens judiciaires disponibles? L’exigence de proportionnalité

93. Edgar Allan Lind et Tom R. Tyler, *The social psychology of procedural justice*, New York, Plenum Press, 1988. Voir aussi E. A. Lind et coll., *The Perception of Justice: Tort Litigants’ Views of Trial, Court-Annexed Arbitration and Judicial Settlement Conferences*, Santa Monica, Rand Corp., 1989; Mary Stratton et Diana Lowe, *Public Confidence and the Civil Justice System: What Do We Know About the Issues?*, article préparé pour le Justice Policy Advisor Subcommittee on Public Confidence, Canadian Forum on Civil Justice, 2006 [non publié]; Pierre Noreau, *Accès à la justice et démocratie en panne: constats, analyses et projections*, Observatoire du droit à la justice, Centre de recherche en droit public, 2010 [non publié].

limite les actions des avocats et rend la question parfaitement légitime. Dans la mesure où le principe de proportionnalité est explicitement codifié aux codes et règles de procédure civile abordés, les avocats doivent agir proportionnellement. Ainsi, il faudra s'assurer de remanier les règles déontologiques pour qu'elles s'accordent mieux avec le droit procédural canadien. Nous discuterons plus longuement de ce remaniement déontologique ci-après.

B. PISTES DE RÉFORME

1. Un changement de culture

Déjà, en 2001, le Comité de réforme de la procédure civile suggérait le développement d'une « nouvelle culture judiciaire » dont les premiers bénéficiaires seraient, d'abord et avant tout, les justiciables, et auquel devaient participer « tous les acteurs ou intervenants judiciaires »⁹⁴. Le Comité y recommandait une révision complète de la procédure civile fondée sur une vision nouvelle articulée autour du respect des personnes, de la responsabilisation des parties, de l'intervention accrue du juge, de la proportionnalité de la procédure et de l'ouverture aux technologies de l'information⁹⁵. Le 1^{er} janvier 2003, les derniers articles d'un nouveau *Code de procédure civile* entraient en vigueur, et ce, suite à l'adoption en juin 2002 de la *Loi portant sur la réforme du Code de procédure civile*⁹⁶. Cette dernière modifiait alors, entre autres, les règles en matière de procédure introductive d'instance, d'appel, de recouvrement des petites créances et de recours collectifs.

Quelques années plus tard, en 2006, il est question, encore une fois, d'un changement de culture dans le *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme de la procédure civile*⁹⁷. Le Ministère de la

94. *Rapport de 2001, supra note 38.*

95. *Ibid.*

96. P.L. 54, *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, 2^e sess., 36^e lég. Québec, 2002.

97. *Rapport d'évaluation de 2006, supra note 47.*

Justice y préconise alors, comme « voie d'orientation », que la proportionnalité soit :

modifiée pour préciser *qu'elle s'applique* non seulement aux actes de procédure, mais à *l'ensemble du processus judiciaire, dont les moyens de preuve, y compris les interrogatoires préalables et les expertises*. Cette approche permettrait d'évaluer l'ensemble du dossier pour juger de l'application de la règle et pourrait faciliter la gestion de certains dossiers qui exigent beaucoup de *ressources* eu égard à l'ensemble de celles qui sont disponibles. Enfin, il faudrait favoriser l'application de la règle de la proportionnalité lorsque le tribunal se prononce sur les dépens [nos italiques]⁹⁸.

Le 31 janvier 2008, le professeur Hubert Reid déposait un Mémoire à la Commission des institutions intitulé « Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile »⁹⁹. Dans ce rapport, il proposait une réflexion sur l'évolution de la justice civile au Québec et la place du justiciable dans la conception et l'application des règles québécoises sur le déroulement de l'instance¹⁰⁰. Critique envers la réforme québécoise, il y remarquait que le modèle actuel du *Code de procédure civile* québécois s'inspire toujours largement de celui de 1867, dans ses principes directeurs, comme la maîtrise du dossier par les parties, et dans les phases principales de l'instance civile. Il y concluait que les « amendements apportés aux différentes versions du Code ont certes permis d'améliorer le déroulement des procès civils, mais ils n'en ont pas transformé les fondements et la philosophie »¹⁰¹.

98. *Ibid.* à la p. 64.

99. Québec, Commission des institutions, « Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile », 31 janvier 2008 (28 octobre 2010), en ligne : Wilson & Lafleur <<http://www.wilsonlafleur.com/wilsonlafleur/wl-images/cat/Memoire.pdf>>.

100. *Ibid.*

101. *Ibid.* à la p. 3. Voir sur le sujet du changement de culture judiciaire : Denis Ferland, « La transformation de la justice civile : la « nouvelle culture judiciaire » du juge et des avocats », dans Louis LeBel et Pierre

Nous partageons cet avis. 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 collaborative¹⁰².

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

Verge, dir., *L'oreille du juge. Études à la mémoire de Me Robert P. Gagnon*, Cowansville, Yvon Blais, 2007 à la p. 25.

102. À ce sujet, lire : Julie MacFarlane, *The New Lawyer*, Vancouver, UBC Press, 2008.

déroulement de l'instance¹⁰³. 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.

La décision récente de la Cour supérieure dans *Constructions Infrabec inc. c. Drapeau*¹⁰⁴ constitue un excellent exemple de ce changement de culture – et d'une certaine ouverture des juges face à la gestion d'instance et à la proportionnalité. Dans cette affaire, l'honorable juge Turcotte a accueilli une requête en rejet, déclaré abusive la requête introductive d'instance, rejeté l'action intentée et condamner la demanderesse à payer au défendeur 15,000 \$ en dommages-intérêts. En effet, les heures de travail effectuées pour se défendre contre la poursuite ont été évaluées comme dépassant « de beaucoup le temps normalement requis », et ainsi, on a jugé « injuste que la demanderesse assume la totalité de cette portion des honoraires »¹⁰⁵.

En réalité, pour que le principe de proportionnalité soit réellement respecté, et que le changement de culture s'effectue, il faudrait abolir l'article 4.1 C.p.c. qui prévoit la maîtrise du dossier par les parties. De fait, les praticiens n'ayant d'un côté aucune contrainte déontologique de conduite proportionnée du dossier, et de l'autre, un droit de grande maîtrise de leur dossier – doublé d'une protection de ce droit à l'article 4.1 C.p.c., la motivation de respect de la proportionnalité n'y est pas. Ils ne sont alors guidés que par leur obligation de compétence envers leur client dans la conduite du dossier. Les articles 4.1 et 4.2 C.p.c. s'affrontent

103. Par exemple, tel que mentionné dans la décision *Matic* (*supra* note 48 au par. 29), la Cour supérieure retiendra de l'affaire *Anber* (*supra* note 36), que le rôle qui lui est dévolu en vertu des articles 4.2 et 54.1 C.p.c. consiste en « veiller à éviter les dérapages, mais ne doit pas empêcher les parties d'être entendues ». Cette interprétation relève davantage de la prudence, que de l'interventionnisme souhaité.

104. 2010-173246 (C.S.) (EYB).

105. *Ibid.* aux par. 37-40. Voir également 9089-8941 *Québec inc.*, *supra* note 58.

donc, somme toute, d'une manière telle que l'un doit céder. D'ailleurs, pour une plus grande maîtrise du dossier, les parties auront toujours la possibilité d'envisager un mode alternatif de règlement des litiges.

Enfin, nous croyons que ce changement de culture se manifestera en partie à travers une interprétation plus large du principe de proportionnalité par les juges canadiens, et en partie par des réformes visant à préciser les textes législatifs actuels. Au surplus, nous sommes d'avis qu'il devrait y avoir un remaniement des règles d'éthique et de déontologie des avocats, tel que discuté ci-après.

2. L'interprétation large de la proportionnalité et déontologie

Dans le contexte de discussions de futures réformes, il est absolument fondamental d'interpréter largement la proportionnalité. La proportionnalité est un principe directeur qui « coiffe »¹⁰⁶ les dispositions du *Code de procédure civile* et qui doit être interprété comme *faisant partie* des obligations de maîtrise du dossier par les parties et des obligations de gestion d'instance du juge. Ainsi, il n'est donc pas ici question de priorité entre les principes directeurs.

De plus, puisque la proportionnalité procédurale est à la fois individuelle aux parties et au litige, et sociétale, et qu'elle requiert à la fois un maintien de l'équilibre des forces entre les parties, et un équilibre des ressources investies dans le litige quant à celles du système judiciaire, doit-on prioriser l'un de ces fondements, et si oui, lequel? Dans un cas, il faut situer l'importance du litige par rapport à l'utilisation qui est faite de l'appareil judiciaire. Dans l'autre, il faut comparer les ressources mobilisées par chacune des parties. Ainsi, dans le premier cas, une utilisation de plus grandes ressources par l'une des parties serait acceptable, dans la mesure où cette utilisation n'est pas

106. *Fleury c. Québec (P. G.)*, 2009 QCCA 1968 au par. 16.

abusive. Dans le second, cette même utilisation serait également acceptable, mais dans la mesure où l'équilibre des forces est préservé¹⁰⁷.

À notre avis, il est plutôt nécessaire d'effectuer ici un contrôle de proportionnalité procédurale à deux niveaux. D'abord, la garantie procédurale de proportionnalité requiert, quant au litige considéré individuellement, que les parties aient chacune eu la possibilité de présenter leur cause de manière proportionnée et équilibrée¹⁰⁸. Il ne pourra alors être permis, par exemple, que l'une des parties puisse contre-interroger un témoin une deuxième fois alors que l'autre n'a pu le faire. De plus, dans certains cas ce deuxième contre-interrogatoire ne pourra être permis, par exemple, si le litige n'est pas assez important. L'importance du litige devra alors être déterminée en fonction non seulement de la valeur monétaire du litige, mais de la complexité des questions en litige. Un litige pourra aussi être considéré important, même si la somme en litige n'est pas très élevée, s'il implique des enjeux non monétaires importants, tels la détermination d'une question de droit constitutionnel ou de droits de l'homme, ou ayant des répercussions importantes sur l'opinion publique.

Au deuxième niveau, il faut contrôler la proportionnalité sociétale. Des ressources raisonnables doivent avoir été investies

107. Le serait-il réellement? Cela est une question pertinente, lorsque l'une des parties a des ressources plus importantes que l'autre.

108. À cet égard, l'article 4.2 C.p.c. militera en faveur de l'octroi d'une provision pour frais lorsque le déséquilibre économique entre les parties au litige est tel qu'il en résulte une incapacité pour la partie économiquement faible de faire valoir sa cause. La décision *Québec (P.G.) c. Corneau* (10 février 2010), Chicoutimi 150-05-002108-001, J.E. 2010-580 aux par. 63, 68 (C.S.) illustre cette application de l'article 4.2 C.p.c., alors que la partie défenderesse se voyait dans l'impossibilité de contrer les moyens déployés par la partie adverse. Le tribunal refusera également une demande de communication d'écrits se rapportant au litige, lorsque ceux-ci se dénombrent par milliers et que cette démarche interlocutoire ne vise qu'à contrer une seule allégation de la défense, voir *Aviva (Compagnie d'assurances du Canada) c. René Poisson inc.*, 2010 QCCA 246 aux par. 1-2. En matière d'expertises, voir *Y.L.*, *supra* note 20 aux par. 43-47.

dans le litige par les parties, sans abus, et ce, compte tenu des ressources judiciaires dont la communauté a besoin, notamment, du temps-juge disponible aux justiciables¹⁰⁹. Ainsi, plusieurs aspects du litige pourront – et devront – être examinés dans la détermination de proportionnalité des procédures judiciaires, soit, entre autres, les actes de procédures (leur longueur, leur complexité)¹¹⁰, les interrogatoires et contre-interrogatoires, les expertises¹¹¹, les heures facturées et les frais d'avocats chargés, le temps d'audience, les délais, les conférences préparatoires et téléphoniques, les témoins.

Par ailleurs, la proportionnalité doit pouvoir s'appliquer largement *dans le temps*, à tous les stades du déroulement de l'instance. Dans le texte d'évaluation de la réforme de 2006, le Ministère de la Justice suggérait d'implanter :

[...] un certain *mécanisme de vérification des ententes pour permettre, dès le début de l'instance, l'intervention d'un juge afin de s'assurer du respect de la règle de la proportionnalité*. Un examen préalable effectué par un greffier, comme cela se fait déjà dans certains districts judiciaires, pourrait augmenter l'efficacité de l'intervention du juge de façon significative. [...]

La réforme impose d'analyser les dossiers en profondeur dès le début. Dans bon nombre de cas, il est possible de faire une telle analyse — plus en profondeur et plus complète. Cependant, tant que les parties n'effectueront pas davantage ce type d'analyse, et ce, même pour les dossiers les plus complexes, l'absence de négociation d'une véritable entente avant la présentation ne permettra

109. *Matic, supra* note 48 aux par. 61-66.

110. De fait, le tribunal refusera un amendement qui s'avérerait inutile et contraire aux intérêts de la justice « dans le contexte de la règle de la proportionnalité prévue à l'article 4.2 C.p.c. » (*Huard c. Saguenay (Ville de)*, 2010 QCCA 583 au par. 21), de même qu'un amendement qui aurait pour effet de rendre un dossier ingérable, le tout « afin d'assurer une saine gestion de l'instance ainsi qu'une saine administration de la justice aux termes des articles 4.1 et 4.2 C.p.c. » (*Langevin c. Bouchard*, 2010 QCCS 3417 au par. 9).

111. *Lesage inc. c. Dubé*, 2010 QCCA 811 aux par. 12-13.

pas de limiter le litige à l'essentiel; de plus, il sera très difficile, voire même impossible, de rendre efficace la présentation et les autres mécanismes de gestion ou de règlement et d'appliquer la règle de la proportionnalité. La voie d'orientation ne se situe donc pas dans des restrictions législatives additionnelles ni dans des extensions de délai qui ne feraient que reporter le moment de discuter du litige. Elle *se situe plutôt dans la formation des avocats et des juges sur le mécanisme existant et dans une promotion qui les inciterait plus à l'utiliser à meilleur escient en précisant davantage l'entente, particulièrement en ce qui concerne la durée, le nombre, l'objet, le coût anticipé et les conditions en général des interrogatoires préalables et des expertises* [nos italiques]¹¹².

Ainsi, la proportionnalité serait mieux respectée si une divulgation avait lieu quant aux interrogatoires et expertises initialement dans l'action. Les avocats devraient être obligés de présenter à leur client un budget *pro forma* estimant – même approximativement – les coûts (frais juridiques, débours, frais d'experts, etc.) afférents à l'introduction ou à la contestation de l'action. Des mises à jour périodiques devraient aussi être fournies, surtout après les interrogatoires. Cette exigence ferait, idéalement, partie de l'entente sur le déroulement de l'instance, et pourrait aussi être reprise dans le *Code de déontologie des avocats*. À tout le moins, les clients devraient être informés des coûts probables d'un procès, même si cela est fait de manière confidentielle. De plus, l'avocat devrait être requis de démontrer que les coûts anticipés sont raisonnables, et surtout, proportionnés à la nature et à l'importance du dossier.

Or, pour mieux appliquer le principe de la proportionnalité et pour avoir des résultats concrets de cette application, il faut prévoir une sanction formelle des agissements fautifs ou délinquants à cet égard :

If the decisions as to what is proportional are left to the parties, the present problems of access to the courts will

112. *Rapport d'évaluation de 2006, supra note 47.*

not change much. Litigation steps that seem « proportional » for defendants, will not seem so for plaintiffs who lack the resources, tax-deductibility and other advantages that defendants typically enjoy in our system. Making « proportionality » into an operating principle of the Court Rules will require that parties have ready access to judicial case management and the availability of sanctions that deter the running up of litigation costs¹¹³.

Comment sanctionner le plus efficacement possible les comportements fautifs, les choix disproportionnés des parties? D'abord, et principalement, grâce aux nouveaux articles 54.1 et ss. C.p.c. sur la sanction des procédures abusives. Ces articles, dont nous avons discuté préalablement, doivent être interprétés en relation avec les principes de proportionnalité et de gestion des articles 4.1 et 4.2 C.p.c. Mais la sanction est-elle adéquate? Adéquate, oui, mais incomplète, car elle néglige un arrimage avec les principes de déontologie des avocats.

Nous croyons que la courtoisie devrait devenir une règle de droit et une responsabilité partagée, comme en Ontario, et qu'elle devrait, de la même manière, inclure une obligation de proportionnalité. Il existe, dans le *Code de déontologie des avocats québécois*¹¹⁴, un devoir de s'abstenir de recourir à des procédures judiciaires abusives, dilatoires, inutiles, aux articles 2.05, 3.02.11 et 4.02.01 a), mais nulle part il est question de procédures judiciaires disproportionnelles ou disproportionnées.

L'avocat doit non seulement « servir la justice », comme il est prévu à l'article 2.01.01, mais il doit le faire en donnant des conseils juridiques proportionnés :

113. William G. MacLeod, « Is Defensive Practice by Lawyers an Obstacle for Access to the Courts? », article présenté au Justice Review Task Force and the Civil Justice Reform Working Group, juin 2005 à la p. 62 [non publié].

114. *Code de déontologie des avocats*, L.R.Q. c. B-1, art. 15.

The courts' rules and procedures can, and must, be modified to encourage proportionality, but it is the legal profession which must ultimately address the problem of disproportionate litigation. Lawyers must be better prepared to do what they are trained and paid to do – to provide thoughtful, timely, dispassionate and, indeed, proportionate legal advice to clients¹¹⁵.

Par conséquent, nous croyons que les règles de déontologie devraient codifier le principe de proportionnalité, ainsi que la sanction de non-respect, et que les devoirs de l'avocat envers la justice devraient y être réaffirmés dans ce contexte.

CONCLUSION

Qui dit juste dit proportionné. La justice, l'équité *et la proportionnalité* sont au centre de tout système de justice idéal. Il faut laisser de côté les chiffres de notre ancienne vie, de la petite école et oublier la proportionnalité mathématique. La proportionnalité procédurale est tributaire de l'impact social et humain qu'aura un dossier sur les parties en litige, plutôt que de son impact financier ou monétaire.

C'est le principe fondamental de proportionnalité procédurale qui assurera l'accès à la justice des citoyens d'aujourd'hui et de demain. Ainsi, elle doit être respectée par les usagers des systèmes judiciaires, quelle que soit leur tradition juridique, et doit être appliquée par les tribunaux de toutes les instances, et ce, de manière proactive.

115. Hon. Warren Winkler, « Professionalism and Proportionality », *Journal des plaideurs* (mars 2009), en ligne : <http://www.ontariocourts.on.ca/coa/en/ps/publications/professionalism_proportionality.pdf>.