

**MÉMOIRE À LA COMMISSION DES INSTITUTIONS
DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE**

PROJET DE LOI N° 28,
LOI INSTITUANT LE NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Document adopté à la 598^e séance extraordinaire de la Commission,
tenue le 6 septembre 2013, par sa résolution COM-598-4.1.1



Claude Boies, avocat
Secrétaire de la Commission

Analyse, recherche et rédaction :

M^e Marie Carpentier, conseillère juridique
M^e Buschra Jalabi, conseillère juridique
M^e Evelyne Pedneault, conseillère juridique
Direction de la recherche, de l'éducation-coopération et des communications

M^e Catherine Gauvreau, conseillère juridique
Direction de la protection et de la promotion des droits de la jeunesse

Traitement de texte :

Ramon Avila
Direction de la recherche, de l'éducation-coopération et des communications

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
CHAPITRE I :	
COMMENTAIRES RELATIFS À LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE.....	4
1 LA PROCÉDURE APPLICABLE AUX MODES « PRIVÉS » DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ET DES LITIGES	4
1.1 La mise en œuvre de la procédure applicable aux modes alternatifs de prévention et de règlement des différends et des litiges.....	4
1.2 L'article 1 du projet de loi.....	13
2 LE RECOURS À UNE DISPOSITION DÉROGATOIRE : UN GESTE EXCEPTIONNEL.....	14
2.1 Quelques considérations générales relatives aux dispositions dérogatoires.....	15
2.2 L'article 11 du projet de loi.....	18
2.3 L'article 542 du projet de loi.....	20
3 LE RENFORCEMENT DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ	22
3.1 L'expertise commune	25
3.1.1 <i>L'équilibre des moyens</i>	26
3.1.2 <i>Le droit d'être entendu par un tribunal indépendant</i>	28
4 DES CONSIDÉRATIONS RELATIVES À DEUX DISPOSITIONS PARTICULIÈRES ...	31
4.1 L'article 28 relatif aux formalités devant précéder toute modification d'une règle de procédure ou l'adoption d'une nouvelle	32
4.2 L'article 244 qui prévoit l'intervention du tribunal visant à empêcher la tenue de l'examen physique, mental ou psychosocial par un expert ou à en modifier les conditions, malgré l'entente des parties	33

CHAPITRE II :	
COMMENTAIRES RELATIFS À LA PROTECTION DE LA JEUNESSE	37
1	DES CONSIDÉRATIONS PROCÉDURALES LIÉES
	À LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE
	37
1.1	L'article 14 du projet de loi : Droit à la confidentialité et au respect de la vie privée
	37
1.2	L'article 451 de projet de loi : Notification d'une demande de déchéance
	de l'autorité parentale ou en retrait d'un attribut de l'autorité parentale
	41
1.3	L'article 821 du projet de loi : Dispositions modificatives particulières :
	modification de l'article 85 de la Loi sur la protection de la jeunesse
	44
CONCLUSION.....	46

INTRODUCTION

La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (ci-après « la Commission ») a pour mission de veiller au respect des principes énoncés dans la *Charte des droits et libertés de la personne* (ci-après « la Charte »)¹. La Commission doit également veiller à la protection de l'intérêt de l'enfant et au respect des droits qui lui sont reconnus par la *Loi sur la protection de la jeunesse*². Pour ce faire, la Commission, dont les membres sont nommés par l'Assemblée nationale³, exerce les fonctions et pouvoirs que lui attribuent la Charte et la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁴. Elle a notamment la responsabilité d'analyser les textes législatifs en vue de vérifier leur conformité à la Charte et de faire les recommandations qu'elle estime appropriées⁵.

C'est dans le cadre de ce mandat que, le 19 janvier 2012, la Commission a présenté aux membres de la Commission des institutions ses commentaires sur l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*⁶ déposé à l'Assemblée nationale le 29 septembre précédent. D'entrée de jeu, la Commission avait alors souscrit aux objectifs du nouveau *Code de procédure civile* dévoilés comme étant les suivants : assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure, l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre et le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice⁷.

La Commission tient encore une fois à souligner l'importance de ces objectifs et souhaite y concourir dans le cadre de sa mission. Conformément aux articles 71 (2) et 78 de la Charte, elle tend d'ailleurs à « favoriser un règlement entre la personne dont les droits auraient été

¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 57 al. 1 et 2.

² *Id.* Voir également *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

³ *Charte*, préc., note, 1, art. 58 al. 2.

⁴ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc, note 2, art. 23.

⁵ *Charte*, préc., note 1, art. 71 al. 1 et al. 2 (6).

⁶ *Avant-projet de loi instituant le Code de procédure civile*, (présentation – 29 septembre 2011), 2^e sess., 39^e légis. (Qc). Voir COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, (Cat. 2.412-54.9), 18 novembre 2011.

⁷ *Id.*, Notes explicatives. Voir également *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, (présentation — 30 avril 2013), 1^{ère} sess., 40^e légis. (Qc.), notes explicatives.

violés ou celui qui la représente, et la personne à qui cette violation est imputée »⁸, notamment à travers les services de médiation qu'elle offre.

Au cours de l'analyse de l'avant-projet de loi précité, la Commission avait également remarqué l'introduction d'une disposition préliminaire qui est maintenue dans le projet de loi n° 28. Ainsi, c'est en harmonie avec la Charte que les principes de justice civile à établir par le nouveau *Code de procédure civile* devront régir la procédure applicable — tant dans le cadre des modes « privés » de prévention et de règlement des différends et des litiges que devant les tribunaux — de même que la procédure d'exécution des jugements et de vente du bien d'autrui⁹.

L'analyse de cet avant-projet de loi avait d'ailleurs permis à la Commission de constater que de nombreuses dispositions proposées faisaient effectivement référence, implicitement ou explicitement, à la Charte conformément à l'interprétation qu'elle en donne. Certaines modifications alors proposées aux règles de procédure civile méritaient toutefois que nous nous y attardions plus longuement et ont fait l'objet de recommandations de la Commission dans le cadre de son *Mémoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*¹⁰.

Quelques-unes de ces recommandations ont été suivies par le législateur et ne sont donc pas reprises dans le présent mémoire. D'autres sont réitérées dans le présent mémoire alors que d'autres encore s'y ajoutent.

Ainsi, c'est encore une fois en vertu du mandat que lui confère la Charte de même que des fonctions et pouvoirs qui lui sont attribués par la *Loi sur la protection de la jeunesse* que la Commission a analysé l'ensemble des dispositions du *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*. Le résultat de cette analyse est divisé en deux chapitres, l'un portant sur la Charte et l'autre sur la *Loi sur la protection de la jeunesse*.

⁸ Charte, préc., note 1, art. 71(2) et 78.

⁹ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, Disposition préliminaire.

¹⁰ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 6.

Un premier chapitre réunit donc les grandes lignes de l'analyse que dresse la Commission du projet de loi à l'aune des droits et libertés garantis par la Charte. Nous présenterons d'abord nos réflexions quant à la mise en œuvre des principes de la procédure applicable aux modes alternatifs de prévention et de règlement des différends et des litiges¹¹. Ensuite, nous aborderons les règles devant guider l'utilisation de la dérogation expresse à la Charte, notamment eu égard aux articles 11 et 542 du projet de loi. Puis, nous commenterons plus particulièrement les dispositions relatives à l'expertise commune¹² en lien avec le principe de proportionnalité¹³ et la réalisation du droit à l'égalité dans l'exercice des droits judiciaires. Enfin, nous reprendrons certains des commentaires spécifiques formulés dans le cadre de l'étude de l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* eu égard à deux dispositions particulières qui sont reprises dans le projet de loi à l'étude. Ces dispositions sont les suivantes :

- l'article 28 relatif aux formalités devant précéder toute modification d'une règle de procédure ou l'adoption d'une nouvelle¹⁴;
- de même que l'article 244 qui prévoit l'intervention du tribunal visant à empêcher la tenue de l'examen physique, mental ou psychosocial par un expert ou à en modifier les conditions, malgré l'entente des parties¹⁵.

Dans un deuxième chapitre, la Commission s'est attardée au projet de loi n° 28 sous l'angle de la protection de l'intérêt de l'enfant et du respect des droits qui lui sont reconnus par la *Loi sur la protection de la jeunesse*. À ce propos, nous traiterons d'abord de l'interdiction d'enregistrement audio qui devrait être précisée à l'article 14 du projet de loi eu égard aux débats judiciaires et décisions prononcées en matière de droit de la jeunesse. Puis, nous commenterons l'article 451 du projet de loi relatif à la notification d'une demande de déchéance de l'autorité parentale ou en retrait d'un attribut de l'autorité parentale, de même que

¹¹ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, art. 1, mais aussi plus généralement le Livre I, Titre I, et le Livre VII.

¹² Voir notamment *Id.*, art. 159 (2).

¹³ *Id.*, art. 18.

¹⁴ *Id.*, art. 28.

¹⁵ *Id.*, art. 244.

l'article 821 du projet de loi, disposition qui vise à modifier l'article 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*.

CHAPITRE I : COMMENTAIRES RELATIFS À LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

1 LA PROCÉDURE APPLICABLE AUX MODES « PRIVÉS » DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ET DES LITIGES

1.1 La mise en œuvre de la procédure applicable aux modes alternatifs de prévention et de règlement des différends et des litiges

Avant de présenter son analyse des dispositions du projet de loi relative à la mise en œuvre des modes alternatifs de prévention et de règlement des différends et des litiges, la Commission tient à souligner le caractère inapproprié de l'adjectif « privé » utilisé pour les désigner. Il s'agit de processus qui se développent aux marges du système judiciaire et à travers des modalités différentes de la justice, certes. Ils participent toutefois du même système public de justice. De plus, à la lumière de l'argumentaire qui suit, il demeure nécessaire que des mécanismes publics assurent un certain encadrement de ces modes de prévention et de règlement des différends et des litiges, notamment afin que les droits garantis à la Charte soient respectés quel que soit le mode choisi par les parties. C'est pourquoi la Commission utilisera le terme « alternatifs » pour les qualifier.

Cette précision faite, rappelons qu'au moment de déposer le projet de loi n° 28 devant l'Assemblée nationale, le ministre de la Justice souhaitait proposer « un virage qui rendra notre système de justice beaucoup plus accessible, plus rapide, moins lourd, moins coûteux, tout en faisant appel à de nouvelles façons de faire »¹⁶. Ainsi, « dans le but de réduire les délais de justice, le projet de loi met l'accent sur les modes amiables de règlement des conflits, comme la médiation ou la conciliation, des modes conviviaux, accessibles et rapides »¹⁷.

¹⁶ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Le ministre de la Justice veut une justice civile beaucoup plus accessible*, Communiqué de presse, 30 avril 2013, p. 1.

¹⁷ *Id.*

S'inscrivant dans une tendance nationale et internationale¹⁸, cette « philosophie »¹⁹ a guidé la réforme du *Code de procédure civile*²⁰ entreprise il y a quelques années. Elle apparaît d'ailleurs tant dans les notes explicatives que dans la disposition préliminaire du projet de loi, notamment dans le deuxième alinéa de celle-ci :

« Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice. »²¹

Nous l'avons mentionné dès l'introduction, la Commission ne peut que souscrire à ces objectifs et à la mise en valeur des modes alternatifs de prévention et de règlement des différends et des litiges.

Cela dit, elle s'interroge à nouveau sur les moyens associés à cette mise en valeur, notamment sur l'absence de garanties procédurales qu'ils peuvent comporter dans certains cas et les conséquences que cela risque d'entraîner quant au respect des droits garantis par la Charte. Rappelons que la mise en œuvre des modes alternatifs de prévention et de règlement des différends et des litiges doit, dans les faits, garantir le droit à l'égalité dans l'accessibilité à la justice²².

Dans le cadre de l'analyse du projet de loi n° 28, il faut référer aux Livres I et VII qui portent plus particulièrement sur les modes privés de prévention et de règlement des différends. D'entrée de jeu, la Commission insiste sur l'importance qui doit être mise sur le caractère

¹⁸ Voir notamment : COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire, Rapport du Comité de révision de la procédure civile*, Québec, Gouvernement du Québec, juillet 2001, p. 27-29.

¹⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Nouveau Code de procédure civile, Une justice plus rapide et plus économique*, Québec, Gouvernement du Québec, septembre 2011, p. 4.

²⁰ *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25.

²¹ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, disposition préliminaire, al. 2.

²² *Charte*, préc., note 1, art. 10 et 23.

volontaire et consensuel du recours à ces modes de prévention et de règlement des différends et des litiges. À ce sujet, il convient de citer les articles 1 et 2 du projet de loi :

« 1. Les modes privés de prévention et de règlement des différends sont choisis d'un commun accord par les parties intéressées, dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né.

[...]

2. Les parties qui s'engagent dans une procédure de prévention et de règlement des différends le font volontairement. Elles sont alors tenues de participer de bonne foi, de faire preuve de transparence l'une envers l'autre, à l'égard notamment de l'information qu'elles détiennent, et de coopérer activement dans la recherche d'une solution et, le cas échéant, dans l'élaboration et l'application d'un protocole préjudiciaire.

[...]. »²³

Ajoutons que le caractère volontaire du processus implique que la participation à un mode alternatif de prévention et de règlement des différends et des litiges autre que l'arbitrage n'emporte pas renonciation au droit d'agir en justice²⁴.

De plus, dans le cadre plus particulier d'une médiation, une « partie peut, en tout temps, selon sa seule appréciation et sans être tenue de dévoiler ses motifs, se retirer du processus ou y mettre fin »²⁵.

Outre le principe suivant lequel les modes alternatifs de prévention et de règlement des différends et des litiges reposent sur la volonté commune des parties, la réforme proposée introduit toutefois beaucoup de souplesse quant aux normes, critères et modes de procédure que les parties pourront emprunter.

Les dispositions du Titre I du Livre I du projet de loi s'inscrivent résolument dans ce sens.

Citons-en notamment les extraits suivants :

²³ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, préc., note 7, art. 1 al. 1 et art. 2 al. 1 [notre soulignement].*

²⁴ *Id.*, art. 7.

²⁵ *Id.*, art. 614 al. 1.

« 1. [...] »

Ces modes privés sont principalement la négociation entre les parties au différend de même que la médiation ou l'arbitrage dans lesquels les parties font appel à l'assistance d'un tiers. Les parties peuvent aussi recourir à tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquat, qu'il emprunte ou non à ces modes.

[...]

6. Les parties qui conviennent de recourir à un mode privé pour prévenir un différend ou régler celui qui les oppose déterminent, avec le tiers, le cas échéant, la procédure applicable au mode qu'elles ont choisi. Si les parties procèdent par voie de médiation ou d'arbitrage ou s'inspirent de ces modes et qu'il est nécessaire de compléter leur procédure, les règles du livre VII du présent code s'appliquent. »²⁶

La Commission constate avec satisfaction l'abandon de l'article 5 de l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* suivant lequel les parties auraient pu « prévenir ou régler leur différend en faisant appel à des normes et à des critères autres que ceux du droit [...] »²⁷. Cela dit, la réserve que prévoyait cette disposition relativement au « respect [que les parties] doivent aux droits et libertés de la personne et aux autres règles d'ordre public »²⁸ s'applique tout autant aux normes et critères du droit substantif qu'aux règles de procédure qui seront retenues par les parties. La Commission rappelle que la procédure civile, qu'elle soit régie par le *Code de procédure civile* ou « autrement fixée par les parties »²⁹ doit être définie dans le respect des garanties prévues à la Charte. Nous recommandons donc d'ajouter cette réserve à l'article 1 du projet de loi.

Recommandation 1 :

La Commission recommande d'ajouter à la fin du premier alinéa de l'article 1 du projet de loi, : « , sous réserve du respect qu'elles doivent aux droits et libertés de la personne et aux autres règles d'ordre public ».

La Commission note également avec satisfaction que nulle modification n'est prévue à l'article 2639 du *Code civil du Québec*, article qui se lit ainsi :

²⁶ *Id.*, art. 1 al. 2 et 6 [notre soulignement].

²⁷ *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 6, art. 5.

²⁸ *Id.*

²⁹ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, disposition préliminaire.

« 2639. Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public. »³⁰

Il convient par ailleurs de le signaler, le projet de loi n° 28 prévoit certaines garanties procédurales en ce qui a trait plus particulièrement à la médiation. À ce titre, la Commission remarque notamment que le médiateur a « l'obligation d'agir équitablement à l'égard des parties »³¹ et de veiller « à ce que chacune d'elles puisse faire valoir son point de vue »³². De plus, le médiateur qui « constate un déséquilibre important entre les parties ou de l'intimidation ou de la manipulation de la part de l'une d'elles » est tenu de le signaler et de préciser avec elles les mesures à prendre pour y pallier³³. Puis, « s'il considère qu'un projet d'entente est susceptible de causer un différend futur ou un préjudice sérieux à l'une des parties, il les invite à remédier à la situation et, le cas échéant, à consulter un tiers »³⁴.

Le médiateur peut en outre mettre fin à la médiation, notamment s'il est convaincu que le processus est « susceptible de causer un préjudice sérieux à une partie s'il se poursuit »³⁵.

Soulignons également l'importance de l'article 415 du projet de loi qui, remplaçant l'article 815.5 du *Code de procédure civile*, offre certaines garanties procédurales en matière familiale :

« 415. Chaque fois qu'il statue sur une entente en matière familiale, le tribunal s'assure que le consentement de chacune des parties a été donné sans contrainte et que l'entente préserve suffisamment l'intérêt des parties et des enfants et le respect de leurs droits.

Il peut, à ces fins, convoquer et entendre les parties, même séparément, en présence de leurs avocats. »³⁶

³⁰ *Code civil du Québec*, L.R.Q., c. C-1991, art. 2639.

³¹ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, art. 610, al. 1.

³² *Id.*

³³ *Id.*, art. 610 al. 2.

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*, art. 614 al. 2.

³⁶ *Id.*, art. 415.

La Commission aurait toutefois souhaité voir des garanties de cette nature étendues à tous les modes alternatifs de prévention et de règlement des différends et des litiges et nous abordons avec prudence la souplesse associée à la mise en valeur de ces modes qui caractérise le projet de loi. Comme le relevaient déjà il y a quelques années les auteurs Grey, Coullée et Sylvestre :

« There is much to be said in favour of negotiation and mediation of disputes. There are also areas of law and life, such as family law, where it has encouraged greater harmony and was beneficial to more vulnerable parties, such as children. But there are many false compromises and questionable agreements which have proved to run against the interest of weaker parties. The idea that a less formal system is necessarily more accessible or more even-handed is, at best, naive.

The advantage of courts is their independence and impartiality. [...]

In the same way, resort to non-judicial tribunals is not usually initiated by the weaker litigants. Privative clauses are drafted by government and arbitration clauses are often inserted into insurance and other contracts drafted by companies, presumably to protect themselves. Non-judicial forums are often quite expensive to set up and to use, and they do not eliminate the need to obtain legal advice and, in many cases, legal representation. This will be especially true when, as is often the case, the other party has full access to a broad range of legal services, often through in-house counsel as with government and large corporations. »³⁷

Encore une fois, il ne s'agit pas de nier la pertinence des modes alternatifs de prévention et de règlement des différends et des litiges. Il est toutefois important de prévoir un certain encadrement et des exigences procédurales garantissant l'équilibre et l'égalité des parties qui y ont recours, notamment en s'inspirant des garanties procédurales prévues dans le cadre de la médiation³⁸, compte tenu des adaptations nécessaires.

Pour paraphraser le Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice présidé par le professeur Macdonald, il ne suffit pas d'avoir accès à un système de justice. Encore faut-il qu'il donne des résultats individuellement et socialement justes³⁹. De plus, la Commission retient des

³⁷ Julius H. GREY, Geneviève COULLÉE et Marie-Ève SYLVESTRE, « Access to Justice and the New Code of Civil Procedure », (2004) 38 *R.J.T.* 711, par. 111-113.

³⁸ Voir notamment : *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, art. 608 et 610.

³⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport-synthèse du Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice. Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice*, Québec, Gouvernement du Québec, juin 1991, p. 1. Voir également : Roderick A. MACDONALD, « Accessibilité pour qui? Selon quelles conceptions de la justice? », (1992) 33 *Les Cahiers de droit* 457, 459, citant Mauro CAPPELLETTI et Bryant GARTH, « Access to Justice : The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective », (1978) 27 *Buff. L. Rev.* 181, 182.

enseignements du professeur Belley que « dans un système de justice fondé sur la décentralisation du règlement des différends et la responsabilisation des acteurs et instances de la société civile, le contrôle de la qualité procédurale des procédés de règlement a une importance considérable »⁴⁰. Or, aucune disposition du Titre I du Livre I du projet de loi ne traduit cette importance. Au contraire, les articles 1 à 7 du projet de loi permettraient aux parties à un litige de faire appel à quiconque qui puisse se définir comme « un tiers », même sans formation ou accréditation pertinente, afin de régler un litige suivant le mode de règlement « choisi » empruntant toute procédure également « choisie ».

Si nous plaçons ces adjectifs entre guillemets, c'est qu'il est permis dans un tel contexte de se demander si le seul critère du libre choix est suffisant pour protéger les droits fondamentaux, notamment ceux de personnes en situation de vulnérabilité. L'approche consensuelle préconisée par le projet de loi ne pourra véritablement être qualifiée ainsi que si l'on tient compte de certains facteurs socio-économiques susceptibles de compromettre l'équilibre des parties à un point tel que l'accès à la justice en pleine égalité de l'une d'elles ne peut plus être garanti.

Bien que le recours à un mode alternatif de prévention et de règlement des différends et des litiges suppose le consentement mutuel des parties, on semble oublier que l'accord de certaines d'entre elles peut être teinté par une situation d'inégalité – notamment de moyens –, de dépendance, de violence, de pressions sociales ou d'oppression⁴¹. Cela est d'ailleurs d'autant plus préoccupant que ces situations touchent plus particulièrement certains groupes de personnes en fonction de leur condition sociale, de leur âge, de leur origine ethnique ou nationale, de leur handicap ou de leur sexe. Or, il s'agit de motifs de discrimination interdits prévus à la Charte⁴². À défaut de mécanismes d'encadrement et d'accompagnement qui permettent une détection appropriée de ces situations d'inégalité, la souplesse, mise en valeur par le projet de réforme étudié, pourrait tendre à favoriser le déséquilibre des parties, et ce, alors même que les valeurs intrinsèques des modes alternatifs de prévention et de règlement

⁴⁰ Jean-Guy BELLEY, « Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile », (2001) 46 *R.D. McGill* 317, par. 124.

⁴¹ COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Ottawa, Commission de droit du Canada, 2003, pp. 137-141.

⁴² *Charte*, préc., note 1, art. 10.

des différends et des litiges – notamment les coûts et l'accessibilité de ceux-ci – constituent un facteur d'attraction pour les personnes en situation de vulnérabilité.

Les tribunaux l'ont maintes fois souligné, le principe d'égalité formelle n'est plus seul à entrer en ligne de compte dans l'analyse de la législation en cause et l'on doit aussi considérer tant le contexte social dans lequel s'inscrit celle-ci que les effets discriminatoires qui peuvent en découler⁴³. Or, en l'espèce, la prise en compte des facteurs socio-économiques tend à relativiser l'attrait du libre-choix du mode alternatif de prévention et de règlement des différends et des litiges.

La diversification des modes alternatifs de prévention et de règlement des différends et des litiges civils représente certes une avancée notable. Il faut toutefois s'assurer que ces nouveaux modes demeurent soumis aux garanties et protections relatives aux droits de la personne, telles que celles qui sont prévues aux articles 10 et 23 de la Charte eu égard aux tribunaux civils. Ainsi, on doit veiller à ce que les rapports interindividuels et sociaux qui composent un processus alternatif de prévention ou de règlement d'un différend ou d'un litige soient exempts *de facto* de traitements discriminatoires.

Sans remettre en question les objectifs menant à la réforme du *Code de procédure civile*, la Commission souhaite que les moyens mis en œuvre pour y arriver tiennent compte de l'analyse contextualisée qui s'impose en vue d'assurer l'accessibilité à la justice en pleine égalité.

Pour ce faire, des garanties procédurales doivent encadrer ces processus alternatifs de prévention et de règlement des différends et des litiges, quel que soit le mode choisi. La réflexion devra certainement se poursuivre quant aux moyens à prendre pour assurer le respect des droits et libertés en contexte de différends ou de litiges hors judiciaires. Cela dit, certaines avenues déjà explorées mériteraient d'être incluses au Titre I du Livre I du projet de

⁴³ Voir notamment *Action travail des femmes c. Canadien National*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Law c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 88. Voir également : Louis LEBEL, « L'accès à la justice et son impact sur le droit à l'égalité réelle », dans *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2008, p. 51.

loi. Tel que mentionné précédemment, ces garanties devraient s'inspirer notamment de celles qui ont été mises en œuvre dans le cadre de la médiation.

À ce sujet, la Commission considère par exemple que les « tiers »⁴⁴ assistant les parties dans leur démarche ou tranchant leur différend devraient avoir l'obligation d'agir équitablement à l'égard des parties. Ils devraient de plus avoir la responsabilité de s'assurer de l'équilibre des parties et de prendre les mesures pour pallier le déséquilibre le cas échéant, en considérant entre autres les rapports de force en présence, la complexité du litige et le principe de proportionnalité. Afin de s'acquitter de ces responsabilités, ils devraient d'ailleurs avoir l'obligation de suivre une formation sur le respect des droits et libertés adaptée à leur fonction. Les parties qui souhaitent s'engager dans un mode alternatif de prévention et de règlement des différends et des litiges devraient également pouvoir bénéficier des ressources nécessaires (information, conseil, soutien, formulaires standards simples et précis, etc.). Enfin, les règles relatives à l'aide juridique devraient être adaptées afin de tenir compte du recours de plus en plus fréquent à des modes alternatifs de prévention et de règlement des différends et des litiges. Ainsi, au-delà du fait que les plafonds d'admissibilité financière à l'aide juridique trop bas continuent de compromettre « la capacité des personnes et des familles économiquement défavorisées et vulnérables de faire valoir leurs droits »⁴⁵, l'accessibilité à la justice en droit civil pose également la question des matières et des procédures couvertes.

Recommandation 2 :

La Commission recommande d'amender l'article 3 du projet de loi afin d'y inclure l'obligation, pour les tiers assistant les parties dans leur démarche ou tranchant leur différend, d'une part, d'agir équitablement à l'égard des parties et, d'autre part, de s'assurer de l'équilibre des parties et de prendre les mesures pour pallier le déséquilibre le cas échéant, en considérant entre autres les rapports de force en présence, la complexité du litige et le principe de proportionnalité.

⁴⁴ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, préc., note 7, art. 3.*

⁴⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse plaide en faveur d'un meilleur accès à l'aide juridique*, Communiqué de presse, Montréal, 14 décembre 2011.

Recommandation 3 :

La Commission recommande d'amender l'article 3 du projet de loi afin d'y inclure l'obligation, pour les tiers assistant les parties dans leur démarche ou tranchant leur différend, de suivre une formation sur le respect des droits et libertés adaptée à leur fonction.

Recommandation 4 :

La Commission recommande de prévoir les moyens nécessaires en vue d'assurer le droit à l'égalité dans l'accès à la justice, y compris dans le cadre des modes alternatifs de prévention et de règlement des différends et des litiges, notamment afin :

- **que les parties qui souhaitent s'engager dans un tel processus bénéficient des ressources nécessaires (information, conseil, soutien, formulaires standards, simples et précis, etc.);**
- **que les règles relatives à l'aide juridique soient adaptées en conséquence.**

1.2 L'article 1 du projet de loi

À la lumière des considérations qui précèdent, la Commission s'interroge encore sur l'utilisation du terme « doivent » au troisième alinéa de l'article 1 du projet de loi. Ainsi, en vertu de cet alinéa, « les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux »⁴⁶.

Comme la Commission le faisait valoir dans le cadre de ses commentaires sur l'avant-projet de loi, l'article 41 al. 1 de la *Loi d'interprétation* établit que « toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage »⁴⁷. Encore plus précisément, l'article 51 de la même loi commande que « chaque fois qu'il est prescrit qu'une chose sera faite ou doit être faite, l'obligation de l'accomplir est absolue; mais s'il est dit qu'une chose "pourra" ou "peut" être faite, il est facultatif de l'accomplir ou non »⁴⁸.

⁴⁶ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, art. 1, al. 3 [notre soulignement].

⁴⁷ *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 41 al. 1.

⁴⁸ *Id.*, art. 51.

Le troisième alinéa de l'article 1, tel qu'il est actuellement formulé, crée donc une obligation aux parties de considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux.

Les notes explicatives du projet de loi ont pourtant été amendées à cet égard. Alors que l'Avant-projet de loi visait à « obliger les parties à considérer le recours à ces modes »⁴⁹, les notes explicatives du projet de loi spécifient que l'objectif n'est que « d'inciter les parties à considérer le recours à ces modes avant de s'adresser aux tribunaux »⁵⁰.

La Commission l'a répété à maintes reprises, elle souscrit à un tel objectif. Ce n'est toutefois pas le message qu'envoie le troisième alinéa de l'article du projet de loi. Au contraire, on y retrouve une obligation susceptible d'être interprétée de différentes façons, y compris de façon à soumettre des personnes en situation de vulnérabilité à un processus où l'équilibre et l'égalité des parties seraient dès le départ compromis.

Recommandation 5 :

La Commission recommande d'amender le troisième alinéa de l'article 1 du projet de loi de façon à ce qu'il se lise comme suit : « les parties sont incitées à considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement des différends avant de s'adresser aux tribunaux ».

2 LE RECOURS À UNE DISPOSITION DÉROGATOIRE : UN GESTE EXCEPTIONNEL

La Commission souhaite par ailleurs rappeler certains principes guidant l'utilisation de la dérogation expresse à la Charte. Après un bref survol des considérations générales à prendre en compte, nous analyserons plus particulièrement deux dispositions du projet de loi n° 28 qui prévoient des dérogations à la Charte, soit les articles 11 et 542 du projet de loi.

⁴⁹ *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 6, notes explicatives.

⁵⁰ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, notes explicatives [notre soulignement].

2.1 Quelques considérations générales relatives aux dispositions dérogatoires

À l'article 52 de la Charte, le législateur québécois affirme la prépondérance des droits et libertés édictés aux articles 1 à 38 de la Charte sur toute autre loi, lui conférant ainsi un statut quasi constitutionnel⁵¹. Dans ce même article, la Charte reconnaît par contre au législateur la faculté de déroger expressément à ces articles par le biais d'une disposition législative, et ce, sous réserve que cette dérogation soit énoncée de façon explicite :

« Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte. »⁵²

En vertu de cet article, le recours à une disposition dérogatoire⁵³ à la Charte est encadré par des exigences de fond et de forme.

Eu égard aux exigences de fond, la Commission, en se fondant sur sa mission d'assurer la promotion et le respect des principes contenus dans la Charte, a souligné à plusieurs occasions qu'une dérogation à la Charte est un geste grave qui ne doit être entrepris qu'avec la plus grande circonspection⁵⁴.

⁵¹ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 116.

⁵² *Charte*, préc., note 1, art. 52.

⁵³ Le ministère de la Justice privilégie le terme « disposition dérogatoire » et déconseille l'utilisation des termes « clause nonobstant » ou « clause dérogatoire » puisque « le mot *clause* ne convient que pour désigner les dispositions d'une convention (contrat, traité, etc.) ou d'un acte unilatéral de nature privée (testament, quittance, offre de contracter, etc.), et non celles d'un acte législatif ou réglementaire; quant à l'emploi adjectival de *nonobstant*, il appartient à la langue juridique familière. » MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Termes juridiques*, [En ligne]. <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/generale/termes/disp-derog.htm> (Consulté le 13 août 2013).

⁵⁴ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Notes pour la présentation de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse devant la Commission de l'éducation de l'Assemblée nationale à l'occasion des consultations particulières sur le projet de loi n° 95, Loi modifiant diverses dispositions législatives de nature confessionnelle dans le secteur de l'éducation*, (Cat. 2.412.89.2), 2 juin 2005, p. 7; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission de l'éducation de l'assemblée nationale sur la place de la religion à l'école*, M^e Pierre Bosset, (Cat. 2.412-89.1), 10 septembre 1999, p. 6; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Avis sur la Loi assurant la reprise des services dans les collèges et les écoles du secteur public*, (Cat. 2.412-49), 3 mars 1983, p. 2.

En effet, avant de déroger aux droits et libertés contenus à la Charte, il est important de bien évaluer l'objectif poursuivi par le législateur. D'ailleurs, en se référant aux dispositions des instruments internationaux relatifs aux droits de la personne, la Commission a rappelé à maintes reprises que seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier une disposition dérogatoire et que celle-ci doit toujours se limiter à la stricte mesure exigée par une situation⁵⁵.

Ainsi :

« Les clauses dérogeant à la Charte, lorsque jugées nécessaires par le gouvernement, devraient être d'une portée strictement délimitée, tenant compte de l'objet poursuivi. Le principe étant que la Charte prévaut sur toute autre législation, même postérieure, le législateur ne devrait utiliser son pouvoir de dérogation que dans la mesure jugée strictement nécessaire. De l'avis de la Commission, une dérogation peut en ce sens apparaître nécessaire dans la mesure où elle vise à protéger davantage les droits et libertés de la personne, et non à restreindre ceux-ci. »⁵⁶

En ce sens, une des finalités importantes du recours à une disposition dérogatoire peut viser à protéger d'autres droits ou libertés reconnus. À titre d'exemple, citons le recours à une dérogation afin d'assurer une présence autochtone dans les jurés chargés de juger des Autochtones⁵⁷. Selon la Commission, dans ce cas, il est légitime que le législateur limite l'exception faite au principe de prépondérance de la Charte, sans quoi on risque de produire l'effet pervers de priver indûment des personnes de leurs droits.

Par conséquent, une dérogation à la Charte doit demeurer une exception, justifiée notamment par la nécessité de protéger un droit ou liberté reconnus, d'une part, et fermement encadrée d'autre part⁵⁸.

Quant à la forme de la dérogation, le législateur québécois a eu recours à une variété de types de dispositions dérogatoires depuis l'adoption de la Charte. L'étendue de la portée de la dérogation pouvait varier selon la formulation de la disposition en question. Cependant, depuis

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *L'utilisation de la clause dérogatoire de l'article 52 de la Charte des droits et libertés de la personne par le législateur*, résolution COM-270-9.1.2 du 16 septembre 1986, p. 7.

⁵⁷ *Loi sur les jurés*, L.R.Q., c. J-2, art. 52.

⁵⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2005), préc., note 55, p. 9.

la modification introduite en 1982 à l'article 52⁵⁹, le législateur doit identifier de façon précise la disposition de la loi qui déroge à la Charte. Il ne peut donc faire déroger l'ensemble d'une loi à celle-ci. Selon l'actuel libellé de l'article 52, les dispositions dérogatoires peuvent prendre les formes suivantes :

- Une disposition dérogatoire qui vise une disposition précise de la loi concernée, mais s'applique à l'ensemble de la Charte.
- Une disposition dérogatoire qui vise une disposition spécifique de la Charte et s'applique également à une disposition précise de la loi concernée⁶⁰.

Il est à noter qu'il y a déjà eu d'autres formes de dérogation telles qu'une disposition dérogatoire qui vise l'ensemble de la Charte et s'applique à l'ensemble de la loi concernée ou encore une disposition dérogatoire qui vise une disposition spécifique de la Charte, mais s'applique à l'ensemble de la loi concernée⁶¹. Tenant compte des modifications de 1982, ces formes de dérogations ne devraient plus être utilisées par le législateur.

De l'avis de la Commission, cette manière expresse de formuler une dérogation prend en considération l'intérêt du justiciable d'être informé de façon précise du but visé par le législateur en dérogeant aux droits et libertés de la personne⁶². Tel que la Commission l'a déjà souligné :

« l'article 52 de la Charte, qui permet des dérogations à la condition qu'elles soient faites d'une façon expresse, existe précisément pour que s'instaure un débat sur ce qui justifierait la suspension de certains droits. »⁶³

Si la dérogation est imprécise ou trop large, il y a risque qu'elle soit source de confusion quant à l'étendue de l'exception et l'atteinte aux droits visés.

⁵⁹ *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61, art. 16.

⁶⁰ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, préc., note 56, p. 3-4.

⁶¹ *Id.*

⁶² COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, préc., note 56, p. 5.

⁶³ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE (1983), préc., note 55, p. 2.

En sus de l'exigence expressément identifiée à l'article 52, la Commission rappelle qu'il est par ailleurs important d'identifier également les dispositions de la Charte auxquelles le législateur entend déroger⁶⁴. D'ailleurs, la Commission a toujours maintenu qu'une telle identification des droits spécifiques auxquels le législateur entend déroger permet de faciliter le débat sur la justification de chacune des dérogations⁶⁵. Selon nous, l'esprit de la Charte ainsi que le caractère fondamental des droits et libertés qu'elle énonce imposent cette exigence.

Il est donc nécessaire que le législateur limite autant que possible l'exception faite à la prépondérance de la Charte sur toute autre loi afin de ne viser que ce qui est strictement nécessaire pour la protection d'autres droits ou libertés. De plus, malgré l'existence de différentes formes de dérogation à la Charte, ayant une portée plus ou moins étendue, le législateur a intérêt à formuler une disposition dérogatoire en identifiant laquelle ou lesquelles dispositions précises de la loi déroge à un ou des articles clairement identifiés de la Charte. Cette formule est la plus conforme à la fois à la lettre et à l'esprit de la Charte. Si la dérogation est formulée en termes trop généraux, cela peut engendrer des confusions dans l'application et l'interprétation de l'exception, ce qui risque de porter atteinte aux droits fondamentaux des justiciables.

Ceci dit, appliquons maintenant ces principes aux dispositions dérogatoires du présent projet de loi.

2.2 L'article 11 du projet de loi

Les articles 11 à 16 du Chapitre III, Titre II, Livre I du projet de loi, qui porte sur le caractère public de la procédure devant les tribunaux judiciaires, consacrent le principe de la publicité des débats judiciaires et prévoient des exceptions à ce principe. La Commission prend acte des modifications apportées par le projet de loi aux exceptions prévues à ces articles. L'article 11 du projet de loi prévoit ainsi une dérogation à la Charte en ces termes :

⁶⁴ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, préc., note 56, p. 5.

⁶⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE (1983), préc., note 55, p. 2.

« 11. La justice civile administrée par les tribunaux de l'ordre judiciaire est publique. Tous peuvent assister aux audiences des tribunaux où qu'elles se tiennent et prendre connaissance des dossiers et des inscriptions aux registres des tribunaux.

Il est fait exception à ce principe lorsque la loi prévoit le huis clos ou restreint l'accès à certains documents versés à un dossier.

Les exceptions à la règle de la publicité s'appliquent malgré l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne. »⁶⁶

Notons d'abord que l'article 11 énonce le principe général de la publicité des débats judiciaires. Les exceptions à ce principe et les modalités qui en découlent sont prévues tant à l'article 11 qu'aux articles 12 à 16 du projet de loi. À titre d'exemple, l'article 12 prévoit que :

« Le tribunal peut faire exception au principe de la publicité s'il considère que l'ordre public, notamment la protection de la dignité des personnes concernées par une demande, ou la protection d'intérêts légitimes importants exige que l'audience se tienne à huis clos, que soit interdit ou restreint l'accès à un document ou la divulgation ou la diffusion des renseignements et des documents qu'il indique ou que soit assuré l'anonymat des personnes concernées. »⁶⁷

Alors que les articles 13 et 14 prévoient les modalités pour assister à une audience à huis clos en toute matière, les articles 15 et 16 prévoient le huis clos et d'autres restrictions d'accès aux documents en matière familiale spécifiquement. D'ailleurs, l'article 14 sera abordé à la lumière des droits de la jeunesse dans le deuxième chapitre du présent mémoire.

Cela dit, la Commission se questionne sur les deuxième et troisième alinéas de l'article 11 tel qu'ils sont formulés dans le projet de loi proposé. D'une part, l'alinéa 3 ne précise pas quelles dispositions du Code dérogent à la Charte alors que l'article 52 de cette dernière prescrit qu'une dérogation d'une loi doit énoncer « expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte ». La dérogation à l'article 23 de la Charte en invoquant la simple référence à des « exceptions à la règle de la publicité » ne remplit pas les exigences de précision édictées par l'article 52 mentionnées plus haut, d'autant plus que les exceptions s'étalent sur plusieurs articles dans le projet de loi. Cette formulation n'est donc pas conforme à l'exigence édictée par l'article 52 de la Charte puisqu'elle n'identifie pas clairement l'étendue de la dérogation. Le

⁶⁶ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, art. 11.

⁶⁷ *Id.*, art. 12.

libellé de l'article 13 du *Code de procédure civile* en vigueur est plus conforme à ces exigences puisque la dérogation est précise et limitée à l'exception citée⁶⁸.

D'autre part, le deuxième alinéa de l'article, lu avec le troisième alinéa, peut porter à confusion. L'alinéa 2 énonce qu'« il est fait exception à ce principe lorsque la loi prévoit le huis clos » alors que le troisième alinéa prévoit la dérogation à la Charte des « exceptions à la règle de la publicité ». Le législateur voulait-il comprendre l'exception de l'alinéa 2 dans la dérogation de l'alinéa 3? Par ailleurs, il n'est pas clair à quelle « loi » le deuxième alinéa réfère. Parle-t-on de toute loi sectorielle prévoyant déjà une exception au principe de la publicité, et par conséquent, d'une dérogation à la Charte telle que le cas du huis clos en matière de jeunesse⁶⁹? Ou bien est-ce l'intention du législateur d'étendre la dérogation à la Charte à d'autres lois, mais encore lesquelles? Ou s'agit-il strictement du *Code de procédure civile* proposé? Il nous semble difficile de bien saisir l'étendue de la dérogation souhaitée par le législateur dans ce cas. Afin d'éclaircir toute confusion à cet égard et pour que l'article soit conforme à l'esprit et aux exigences de la Charte, la Commission recommande d'amender l'article 11 du projet de loi.

Recommandation 6 :

La Commission recommande d'amender l'article 11 du projet de loi afin qu'y soient clairement identifiées les exceptions aux principes de la publicité et d'indiquer précisément quelles dispositions du Code dérogent à l'article 23 de la Charte.

2.3 L'article 542 du projet de loi

L'article 542 du projet de loi portant sur la représentation des parties, contenu au Titre II du recouvrement des petites créances, prévoit une dérogation expresse à la Charte sans spécifier

⁶⁸ *Code de procédure civile*, préc., note 20, art. 13 : « 13. Les audiences des tribunaux sont publiques, où qu'elles soient tenues, mais le tribunal peut ordonner le huis clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public.

Cependant, en matière familiale, les audiences de première instance se tiennent à huis clos, à moins que, sur demande, le tribunal n'ordonne dans l'intérêt de la justice, une audience publique. Tout journaliste qui prouve sa qualité est admis, sans autre formalité, aux audiences à huis clos, à moins que le tribunal ne juge que sa présence cause un préjudice à une personne dont les intérêts peuvent être touchés par l'instance. Le présent alinéa s'applique malgré l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12).

Les règles de pratique peuvent déterminer les conditions et les modalités relatives à l'application du huis clos à l'égard des avocats et des stagiaires au sens de la Loi sur le Barreau (chapitre B-1). »

⁶⁹ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 2, art. 82.

qu'il s'agit d'une exception à l'article 34 de la Charte qui prévoit le droit de toute personne « de se faire représenter par un avocat ou d'en être assistée devant tout tribunal ». L'article se lit ainsi :

« 542. Les personnes physiques doivent agir elles-mêmes; elles peuvent cependant donner mandat, à titre gratuit, à leur conjoint, à un parent, à un allié ou à un ami de les représenter. Ce mandat est constaté dans un document identifiant le mandataire, indiquant les motifs pour lesquels la personne est empêchée d'agir et signé par le mandant.

L'État, les personnes morales, les sociétés ou les associations ne peuvent être représentés que par un dirigeant ou un salarié à leur service.

L'avocat ne peut, malgré la Charte des droits et libertés de la personne, agir comme mandataire, non plus que l'agent de recouvrement, à moins qu'il ne s'agisse pour eux de recouvrer les honoraires qui sont dus à la société dont ils sont membres.

Exceptionnellement, lorsqu'une cause soulève une question complexe sur un point de droit, le tribunal peut, d'office ou à la demande d'une partie, autoriser la représentation des parties par avocat; il doit préalablement obtenir l'accord du juge en chef de la Cour du Québec. Dans ce cas, sauf pour les parties non admissibles à titre de demandeur suivant le présent titre, les honoraires et les frais des avocats sont à la charge du ministre de la Justice; ils ne peuvent cependant excéder ceux que prévoit le tarif d'honoraires établi par le gouvernement en vertu de la Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques (chapitre A-14).

Tant les personnes physiques que les personnes morales peuvent consulter un avocat ou un notaire, notamment afin de préparer la présentation de leur dossier. »⁷⁰

Bien que la restriction apportée par l'article 542 à l'application de l'article 34 de la Charte soit justifiée par des considérations de justice sociale, à savoir le désir d'alléger autant que possible les formalités procédurales et de réduire au minimum les dépenses en matière de petites créances⁷¹, deux éléments de cette disposition posent problème.

En premier lieu, l'utilisation des termes « l'avocat ne peut, malgré la Charte des droits et libertés de la personne, agir comme mandataire [...] » constitue une formulation imprécise relativement au droit de la Charte auquel l'article déroge. En effet, l'article 34 de la Charte garantit le droit de toute personne d'être représentée par avocat et non le droit d'un avocat de représenter une partie à un litige. Afin de se conformer aux exigences de précision et de clarté de l'article 52, il

⁷⁰ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, art. 542 [notre soulignement].

⁷¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Le projet de loi 32 et le droit à l'avocat en division des petites créances de la cour provinciale*, (Cat. 412-25), 11 octobre 1977, p. 10.

serait donc préférable de rattacher le droit d'être représenté, contenu dans la Charte et auquel la disposition de la loi entend déroger, à la personne titulaire du droit prévu à la Charte.

En deuxième lieu, il est important de préciser à quel article de la Charte cette disposition déroge, en l'occurrence l'article 34. Tel que nous le précisons plus haut, la Commission a toujours maintenu que le législateur a intérêt à identifier quels droits sont visés par l'exception et à éviter les formules à caractère général. Il est fortement suggéré d'éviter une disposition dérogatoire qui n'identifie pas les droits de la Charte auxquels on entend déroger spécifiquement⁷².

Recommandation 7:

La Commission recommande d'amender le troisième alinéa de l'article 542 du projet de loi afin que le droit d'être représenté y soit rattaché à la personne titulaire de ce droit prévu à la Charte, et non à l'avocat.

Recommandation 8 :

La Commission recommande d'amender le troisième alinéa de l'article 542 du projet de loi afin qu'y soit précisé que cette disposition déroge à l'article 34 de la Charte, et non à l'ensemble de celle-ci.

3 LE RENFORCEMENT DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

Tel que mentionné dès l'introduction, les notes explicatives du projet de loi précisent les objectifs de cette réforme :

« Ce projet de loi vise à instituer le nouveau *Code de procédure civile* ayant principalement pour objectifs d'assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure, l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre et le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice. »⁷³

⁷² COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, préc., note 56, p. 5; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE (1983), préc., note 55, p. 2.

⁷³ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, Notes explicatives.

Or, l'accessibilité de la justice dépend, entre autres, de son accessibilité économique :

« Comment, en effet, peut-on vouloir réformer les conditions d'accès à la justice sans parler ouvertement et en pleine connaissance de cause de ce que la justice coûte ? »⁷⁴

Dans cette perspective, le fait de vouloir rendre la justice plus accessible favorise la réalisation du droit à l'égalité dans l'exercice des droits judiciaires⁷⁵. Ainsi, rendre la justice plus accessible en termes économiques peut contribuer à réduire les inégalités, notamment celles qui sont attribuables à la condition sociale. Remarquons par ailleurs que le législateur a choisi de mettre l'accent sur l'exercice « en pleine égalité »⁷⁶ des droits garantis à l'article 23 de la Charte.

Les notes explicatives du projet de loi indiquent l'intention du législateur de renforcer le principe de proportionnalité déjà inscrit dans le *Code de procédure civile* actuel :

« [...] de codifier certains principes devant guider les tribunaux, les parties et leurs avocats dans le déroulement d'une instance, notamment celui de la proportionnalité selon lequel les démarches, les actes de procédure et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande. »⁷⁷

Ce principe a été introduit au *Code de procédure civile* en 2002 par la *Loi portant réforme du Code de procédure civile*⁷⁸ :

« 4.2. Dans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne. »⁷⁹

⁷⁴ Yves-Marie MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions » (2009) 50 *C. de D.* 381, para. 18-19 [renvois omis].

⁷⁵ *Charte*, préc., note 1, art. 10 et 23 à 38.

⁷⁶ *Id.*, art. 23.

⁷⁷ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, Notes explicatives [nos soulignements].

⁷⁸ *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, L.Q. 2002, c. 7.

⁷⁹ *Code de procédure civile*, préc., note 20, art. 4.2.

La Cour suprême a eu l'occasion d'énoncer le fait que le principe de proportionnalité existait avant son inscription au Code et qu'il reflète la nature de la justice civile :

« Le principe de la proportionnalité qu'énonce l'art. 4.2 C.p.c. n'est pas entièrement nouveau. Toute bonne procédure devrait le respecter (voir Y.-M. Morissette, "Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions" (2009), 50 C. de D. 381). L'exigence de proportionnalité dans la conduite de la procédure reflète d'ailleurs la nature de la justice civile qui, souvent appelée à trancher des litiges privés, remplit des fonctions d'État et constitue un service public. Ce principe veut que le recours à la justice respecte les principes de la bonne foi et de l'équilibre entre les plaideurs et n'entraîne pas une utilisation abusive du service public que forment les institutions de la justice civile. Certes, des règles particulières gouvernent les aspects les plus divers de la procédure civile. Leur mise en œuvre évitera souvent le recours à l'application du principe de la proportionnalité. Toutefois, on devrait se garder de le priver, dès le départ, de toute valeur comme source du pouvoir d'intervention des tribunaux dans la gestion des procès. »⁸⁰

La loi adoptée en 2002 prévoit que le ministre de la Justice doit procéder, dans les quatre années subséquentes, à une évaluation de certains aspects de cette réforme, faire rapport et proposer, le cas échéant, des modifications⁸¹. En 2006, le ministre a donc suggéré, à titre de voie d'orientation, que l'article 4.2 soit modifié afin de prévoir que le principe de proportionnalité soit applicable aux moyens de preuve :

« La règle de la proportionnalité devrait, comme il a été suggéré, être 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. »⁸²

Le projet de loi à l'étude répond, au moins en partie, à cette orientation :

« 18. Les parties à une instance doivent respecter le principe de proportionnalité et s'assurer que leurs démarches, les actes de procédure, y compris le choix de contester

⁸⁰ *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, para. 43, cité dans Pierre NOREAU et Mario NORMANDIN, « L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance », (2009) 71 *R. du B.* 211, p. 233.

⁸¹ *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, préc., note 78, art. 180.

⁸² MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile* (L.Q. 2002, c. 7), mars 2006, p. 64.

oralement ou par écrit, et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande.

Les juges doivent faire de même dans la gestion de chacune des instances qui leur sont confiées, et ce, quelle que soit l'étape à laquelle ils interviennent.

Les mesures et les actes qu'ils ordonnent ou autorisent doivent l'être dans le respect de ce principe, tout en tenant compte de la bonne administration de la justice. »⁸³

Le projet de loi prévoit donc que le principe de proportionnalité s'appliquera au choix des moyens de preuve.

3.1 L'expertise commune

Quelque temps après le dépôt du rapport du ministère de la Justice de 2006 qui recommandait que la détermination des moyens de preuve soit soumise au principe de proportionnalité, un sous-comité formé par des représentants de la magistrature, du ministère de la Justice et du Barreau a étudié la question des expertises. L'ensemble des membres de ce sous-comité se sont alors entendus sur la nécessité de favoriser par toutes les dispositions et mesures disponibles le recours à l'expertise commune⁸⁴. L'idée de rendre cette expertise commune obligatoire n'a toutefois pas fait l'unanimité et la Commission prend acte du débat.

Compte tenu que le projet de loi prévoit que le tribunal pourrait, dans certaines circonstances, imposer une expertise commune, nous avons jugé pertinent de nous attarder à la question. En vue d'analyser la conformité à la Charte de cette nouvelle autorité qu'aurait le tribunal, nous aborderons d'abord le rôle de l'expertise commune dans la recherche de l'équilibre des moyens des parties et dans l'accessibilité à la justice, puis l'effet de cette nouvelle autorité des tribunaux sur le droit de faire sa preuve aussi entièrement et librement que possible devant un tribunal indépendant.

⁸³ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, préc., note 7, art. 18 [nos soulignements].*

⁸⁴ COMITÉ MAGISTRATURE-JUSTICE-BARREAU « JUSTICE 2010 », *Rapport du sous-comité Magistrature-Justice-Barreau sur les expertises*, juillet 2007, p. 116.

3.1.1 L'équilibre des moyens

Outre les questions de coûts, de délais et de crédibilité des experts maintes fois soulevées au cours des dernières décennies, la preuve par expertise met en exergue l'inégalité des moyens qui peut affecter les parties à un litige civil. Ainsi peut-on lire dans le Rapport d'évaluation du ministère de la Justice :

« Le premier constat, sur lequel tous les groupes consultés sont unanimes, c'est que l'expertise en matière civile et commerciale constitue, avec les interrogatoires préalables, et même davantage, la principale source de délai et de coûts élevés des actions en justice. Les expertises sont nombreuses, et les rapports d'expert tardent à être produits et portent sur des objets qui sont parfois en bonne partie inutiles pour trancher les véritables questions en litige.

Par ailleurs, plusieurs ont souligné que le recours à une pluralité d'experts, surtout de la part de défendeurs institutionnels, entraîne un déséquilibre qui devient encore plus considérable lorsque le demandeur est un simple citoyen. C'est notamment le cas pour les différents gouvernements, les centres hospitaliers, les compagnies d'assurance, les établissements financiers et les grandes entreprises en général. »⁸⁵

Comme l'a aussi noté une majorité des membres du Sous-comité Magistrature-Justice-Barreau sur les expertises, sous la plume du juge Wery, alors juge en chef adjoint de la Cour supérieure :

« La preuve d'expert est aussi l'élément de la procédure civile où l'inégalité des moyens des parties est la plus évidente. Le riche peut se payer tous les experts qu'il veut, tandis que son adversaire souvent n'en a pas les moyens.

Le Rapport du Comité sur l'expertise en matière sociale avait en effet noté que " les justiciables économiquement défavorisés optent souvent pour ne pas présenter de preuve d'expert. Par conséquent, l'expert conjoint ou neutre aurait pour effet de donner un plus grand accès à la justice aux personnes économiquement défavorisées". »⁸⁶

En termes d'accessibilité, il apparaît donc souhaitable de pouvoir exercer un contrôle sur le recours aux expertises. En cette matière, l'actuel *Code de procédure civile* prévoit l'inscription des expertises dans l'entente sur le déroulement de l'instance⁸⁷. Le tribunal peut également

⁸⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 82, p. 41.

⁸⁶ COMITÉ MAGISTRATURE-JUSTICE-BARREAU « JUSTICE 2010 », préc., note 84, p. 49-50 [renvois omis].

⁸⁷ *Code de procédure civile*, préc., note 20, art. 151.1 al. 3.

ordonner la conciliation d'expertises contradictoires⁸⁸. Le tribunal peut aussi, par une décision motivée, mitiger les dépens relatifs aux expertises notamment quand il estime qu'une expertise est inutile, que les frais sont déraisonnables ou qu'un seul expert aurait suffi⁸⁹. Ces mesures constituent un mode de contrôle des moyens de preuve en vue d'une véritable application du principe de proportionnalité à la procédure civile.

La réforme proposée va cependant plus loin en haussant les exigences quant aux informations concernant les expertises à être fournies dans le protocole de l'instance. De plus, ces exigences sont plus explicites que celles qui prévalent actuellement pour l'entente sur le déroulement de l'instance. Ces nouvelles exigences se lisent comme suit :

« 148. Les parties sont tenues de coopérer pour régler l'affaire ou pour établir le protocole de l'instance. Elles y précisent leurs conventions et engagements et les questions en litige, indiquent les opérations à effectuer pour assurer le bon déroulement de l'instance, évaluent le temps qui pourrait être requis pour les réaliser de même que les coûts prévisibles des frais de justice et fixent les échéances à respecter à l'intérieur du délai de rigueur pour la mise en état du dossier.

Le protocole de l'instance porte notamment sur :

[...]

4° l'opportunité de procéder à une ou plusieurs expertises, sur leur nature et, le cas échéant, les motifs pour lesquels les parties n'entendent pas procéder par expertise commune. »⁹⁰

En outre, une seule expertise par discipline ou matière est autorisée sauf permission du tribunal⁹¹. Les parties sont par ailleurs tenues de divulguer les instructions données à l'expert⁹² et le tribunal peut toujours ordonner la conciliation des expertises⁹³.

Ces éléments de contrôle sont renforcés par le fait que le projet de loi prévoit spécifiquement que le principe de proportionnalité s'applique au choix des moyens de preuve⁹⁴.

⁸⁸ *Id.*, art. 413.1.

⁸⁹ *Id.*, art. 477 al. 2.

⁹⁰ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, préc.*, note 7, art. 148.

⁹¹ *Id.*, art. 232.

⁹² *Id.*

⁹³ *Id.*, art. 240.

⁹⁴ *Id.*, art. 18.

À cet égard, un des moyens mis à la disposition des tribunaux par le projet de loi qui risque d'être le plus concluant est la possibilité pour le tribunal d'imposer, à titre de mesure de gestion, l'expertise commune :

« 159. À tout moment de l'instance, le tribunal peut, à titre de mesures de gestion, prendre, d'office ou sur demande, l'une ou l'autre des décisions suivantes :

[...]

2° évaluer l'objet et la pertinence de l'expertise, qu'elle soit commune ou non, en établir les modalités ainsi que les coûts anticipés et fixer un délai pour la remise du rapport; si les parties n'ont pu convenir d'une expertise commune, apprécier le bien-fondé de leurs motifs et imposer, le cas échéant, l'expertise commune, si le respect du principe de proportionnalité l'impose et que cette mesure, tenant compte des démarches déjà faites, permet de résoudre efficacement le litige sans pour autant mettre en péril le droit des parties à faire valoir leurs prétentions. »⁹⁵

Or, malgré les effets bénéfiques manifestes de l'expertise commune, la légitimité, voire la constitutionnalité, de l'autorité des tribunaux de l'imposer ne fait pas l'unanimité.

3.1.2 Le droit d'être entendu par un tribunal indépendant

La Commission ne partage pas les craintes exprimées par certains quant au fait que le tribunal ait l'autorité d'imposer l'expertise commune. L'objection la plus sérieuse soulevée à cet égard a trait au droit d'être entendu, et ce, par un tribunal indépendant. On soulève, en l'occurrence, la crainte que les parties ne puissent pas « faire [leur] preuve aussi entièrement et librement que possible »⁹⁶ ainsi que des doutes quant à l'indépendance d'un tribunal instruit par une seule expertise⁹⁷. La Commission est, pour sa part, favorable au renforcement du principe de proportionnalité tout en étant rassurée par l'ensemble des dispositions prises dans l'actuel projet de loi⁹⁸ en vue d'encadrer la décision du tribunal d'ordonner l'expertise commune.

⁹⁵ *Id.*, art. 159 (2).

⁹⁶ Henry BRUN, « Annexe A : Opinion juridique concernant la constitutionnalité de l'expertise unique rendue obligatoire dans les procès civils », dans ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, DIVISION DU QUÉBEC, *Mémoire relatif à l'Avant-projet de loi constituant le nouveau Code de procédure civile présenté à la Commission des institutions, Assemblée nationale du Québec*, 16 décembre 2011, p. 77. L'auteur y soutient, jurisprudence à l'appui, que le droit d'être entendu implique « le droit de faire sa preuve aussi entièrement et librement que possible ».

⁹⁷ *Id.*, p. 78-79.

⁹⁸ La Commission prend également acte des objections à l'expertise commune obligatoire fondées sur l'article 24 de la Charte relativement à la procédure prescrite. Elle est toutefois d'avis que l'imposition d'une expertise
...(suite)

Ainsi, d'une part, le fait d'autoriser le tribunal à imposer l'expertise commune comporte plusieurs avantages. Ce pouvoir contribue à donner pleine vigueur au principe de proportionnalité en permettant de créer un meilleur équilibre avec le principe de la maîtrise des parties sur leur dossier⁹⁹.

En habilitant le tribunal à ordonner une expertise commune, on permet, en outre, de contrôler les coûts bien en amont de l'octroi des dépens, en fait, avant même qu'ils ne soient générés. Le tribunal dispose cependant de la faculté de disposer des frais en tenant compte du respect du principe de proportionnalité¹⁰⁰.

De surcroît, la possibilité accordée au tribunal d'imposer l'expertise commune telle que prévue par le *Code de procédure civile* projeté présente l'avantage de ne pas faire reposer la décision du recours à cette mesure sur une des parties. Celle-ci pourrait, par son refus, exercer un veto et empêcher l'expertise commune. Le tribunal, décideur indépendant, peut, grâce à sa nouvelle autorité, empêcher la partie la plus en mesure de supporter des frais de refuser l'expertise commune par stratégie¹⁰¹.

D'autre part, le pouvoir d'imposer l'expertise commune tel que libellé par l'article 159(2) du projet de loi comporte également ses balises intrinsèques. Ainsi, avant d'imposer l'expertise commune, le tribunal doit évaluer l'objet et la pertinence de l'expertise, les modalités de celle-ci de même que les coûts anticipés. Si les parties ne sont pas parvenues à s'entendre sur le recours à l'expert commun, le tribunal doit évaluer le bien-fondé de leurs motifs. Enfin, le tribunal ne doit imposer l'expertise commune que s'il est convaincu que le principe de proportionnalité l'impose « et que cette mesure, tenant compte des démarches déjà faites, permet de résoudre efficacement le litige sans pour autant mettre en péril le droit des parties à faire valoir leurs prétentions »¹⁰². Or, nous l'avons vu, le principe de proportionnalité participe de

commune n'entre pas en conflit avec les autres règles de procédures prévues par le projet de loi et l'article 24 de la Charte ne peut donc être invoqué.

⁹⁹ Yves-Marie MORISSETTE, préc., note 74, par. 98 cité dans Pierre NOREAU et Mario NORMANDIN, préc., note 80, p. 236.

¹⁰⁰ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, art. 341.

¹⁰¹ COMITÉ MAGISTRATURE-JUSTICE-BARREAU « JUSTICE 2010 », préc., note 84, p. 58-59.

¹⁰² *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, art. 159(2).

la réalisation en pleine égalité des droits judiciaires prévus à l'article 23 de la Charte. En outre, le droit des parties de faire leur preuve librement et entièrement est protégé par l'obligation du tribunal de tenir compte du droit des parties à faire valoir leur prétention. Rappelons qu'il est ici question de faire sa « preuve aussi librement et entièrement que possible »¹⁰³. Ce droit n'est pas absolu.

Par ailleurs, l'article 22 du projet de loi précise que la mission de l'expert est d'éclairer le tribunal et non de servir les intérêts d'une partie :

« 22. L'expert dont les services ont été retenus par l'une des parties ou qui leur est commun a pour mission, qu'il agisse dans une affaire contentieuse ou non contentieuse, d'éclairer le tribunal dans sa prise de décision. Cette mission prime les intérêts des parties.

L'expert doit accomplir sa mission avec objectivité, impartialité et rigueur. »¹⁰⁴

Ainsi, le tribunal dispose d'un avis d'expert, qui est lui-même indépendant, tout en demeurant libre d'apprécier la preuve. En effet, le tribunal n'est jamais lié par la preuve de l'expert :

« Une preuve scientifique peut, de prime abord, être plus impressionnante que celle qui émane d'un simple témoin de faits. Bien que l'expert doive en principe éclairer le tribunal sur le sujet traité, le juge n'est toutefois pas lié par la preuve technique et n'est pas tenu de retenir ce témoignage, qu'il lui est loisible d'écarter de façon motivée. Le tribunal apprécie la valeur, la qualité et la crédibilité du témoignage de l'expert, comme dans le cas de tout autre témoin ordinaire. "La force probante du témoignage est laissée à l'appréciation du tribunal", énonce l'article 2845 C.c.Q., qui ne distingue pas le témoignage du témoin ordinaire de celui de l'expert. »¹⁰⁵

L'article 2845 du *Code civil du Québec* n'est pas modifié par le projet de loi à l'étude.

En ce qui concerne l'indépendance du tribunal, rappelons d'abord que cette notion d'indépendance « constitue en quelque sorte la somme des moyens pris pour assurer l'impartialité. Reposant sur des conditions objectives, cette notion désigne donc non seulement

¹⁰³ Henri BRUN, préc., note 96, p. 77 [notre soulignement].

¹⁰⁴ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, art. 22.

¹⁰⁵ Pierre TESSIER et Monique DUPUIS, « Les qualités et les moyens de preuve » dans ÉCOLE DU BARREAU (dir.), *Collection de droit 2012-2013, vol. 2 : Preuve et Procédure*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2012, p. 303 [renvois omis].

un état d'esprit, mais également un statut, une relation avec autrui »¹⁰⁶. Dans le cas précis du recours à une expertise commune, c'est l'indépendance décisionnelle qui est en cause, que l'on désigne également sous les vocables d'indépendance d'adjudication ou d'autonomie décisionnelle¹⁰⁷. Il faut se demander si le fait d'avoir recours à un seul expert « constitue une pression indue de nature à priver [les juges] de leur indépendance intellectuelle et à créer chez les justiciables le sentiment que leur affaire est décidée par d'autres que leurs juges et pour des motifs inconnus »¹⁰⁸.

En raison des balises posées par le projet de loi, la personne raisonnable et bien informée est en mesure de conclure que le tribunal dispose d'une indépendance intellectuelle suffisante pour rendre des décisions qui respectent les droits protégés par la Charte et les principes de justice naturelle.

En résumé, l'autorité du tribunal d'imposer l'expertise commune qui découle de l'article 159(2) du projet de loi participe à la protection des droits judiciaires prévus à l'article 23 de la Charte en pleine égalité. Le droit de faire sa preuve aussi librement et entièrement que possible est protégé par les balises intrinsèques prévues au projet de loi. Ce dernier ne compromet pas le droit d'être entendu par un tribunal indépendant puisqu'il codifie l'allégeance de l'expert au tribunal plutôt qu'aux parties. La Commission est d'avis que cette autorité ne compromet pas les droits garantis par la Charte, mais qu'au contraire, elle concourt à leur réalisation.

4 DES CONSIDÉRATIONS RELATIVES À DEUX DISPOSITIONS PARTICULIÈRES

La Commission reprend dans cette section certains des commentaires qu'elles avaient émis relativement à des dispositions précises de l'avant-projet de loi et qui sont reprises dans le projet de loi n° 28.

¹⁰⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Commentaires sur le projet de loi n° 46, Loi concernant les enquêtes policières*, M^e Evelyne Pedneault, (Cat. 2.412.116), p. 37 citant *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114.

¹⁰⁷ Patrice GARANT, *Droit administratif*, 5^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2004, p. 866.

¹⁰⁸ *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952.

4.1 L'article 28 relatif aux formalités devant précéder toute modification d'une règle de procédure ou l'adoption d'une nouvelle

L'article 28 du projet de loi, qui reproduit l'article 27 de l'avant-projet de loi¹⁰⁹, prévoit les formalités que doit respecter le ministre de la Justice qui souhaite, par règlement, modifier une règle de procédure ou en adopter une nouvelle afin de procéder à un projet-pilote. Cette disposition se lit comme suit :

« Le ministre de la Justice peut, par règlement, après avoir pris en considération les effets du projet sur les droits des personnes et obtenu l'accord du juge en chef du Québec ou du juge en chef de la Cour supérieure ou de la Cour du Québec, selon leur compétence, et après avoir pris l'avis du Barreau du Québec et, le cas échéant, de la Chambre des notaires du Québec ou de la Chambre des huissiers de justice du Québec, modifier une règle de procédure ou en adopter une nouvelle pour le temps qu'il fixe, mais qui ne peut excéder trois ans, afin de procéder, dans les districts judiciaires qu'il indique, à un projet-pilote. »¹¹⁰

Considérant le mandat et l'expertise de la Commission en matière de droits de la personne, nous trouvons nécessaire de réitérer la recommandation déjà faite à ce propos, à savoir que cet article précise que le ministre doit également prendre l'avis de la Commission dans les cas où le projet visé portant sur les droits des personnes pourrait avoir des effets sur les droits et libertés garantis par la Charte.

Constituée en vertu de l'article 57 de la Charte, la Commission est investie par l'Assemblée nationale de la mission de veiller au respect des droits et libertés de la personne de même qu'à la protection de l'intérêt de l'enfant et au respect des droits qui lui sont reconnus. Elle doit notamment assurer, par toutes mesures appropriées, la promotion et le respect des principes contenus dans la Charte¹¹¹. Pour ce faire, la Commission doit, entre autres responsabilités, « relever les dispositions des lois du Québec qui seraient contraires à la Charte et faire au gouvernement les recommandations appropriées »¹¹². Elle doit aussi « recevoir les suggestions, recommandations et demandes qui lui sont faites touchant les droits et libertés de

¹⁰⁹ *Avant-projet de loi instituant le Code de procédure civile*, préc., note 6, art. 27.

¹¹⁰ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, art. 28.

¹¹¹ Charte, préc., note 1, art. 71 al. 1.

¹¹² *Id.*, art. 71 al. 2 (6). Notons que l'article 56 al. 3 de la Charte prévoit que « dans la Charte, le mot "loi" inclut un règlement, un décret, une ordonnance ou un arrêté en conseil pris sous l'autorité d'une loi ».

la personne, les étudier, éventuellement en invitant toute personne ou groupement intéressés à lui présenter publiquement ses observations lorsqu'elle estime que l'intérêt public ou celui du gouvernement le requiert, pour faire au gouvernement les recommandations appropriées »¹¹³.

L'examen de la législation et de la réglementation à la lumière de la Charte étant de la responsabilité de la Commission, l'avis que peut prendre le ministre de la Justice en vertu de l'article 28 du projet de loi fait partie de son mandat lorsque le projet en question touche les droits et libertés de la personne. La Commission estime que cet avis est donc nécessaire et l'article 28 du projet de loi devrait être amendé de façon à en tenir compte.

Recommandation 9 :

La Commission recommande d'amender l'article 28 du projet de loi de façon à ce que le ministre de la Justice doive également prendre l'avis de la Commission dans les cas où le projet visé par cette disposition risque d'avoir des effets sur les droits de la personne garantis par la Charte.

4.2 L'article 244 qui prévoit l'intervention du tribunal visant à empêcher la tenue de l'examen physique, mental ou psychosocial par un expert ou à en modifier les conditions, malgré l'entente des parties

La Commission s'était par ailleurs attardée sur l'article 238 de l'avant-projet de loi, disposition qui se lisait comme suit :

« 238. Le tribunal peut, sur demande, empêcher la tenue de l'examen ou en modifier les conditions, malgré l'entente des parties, s'il l'estime approprié pour assurer le droit à l'intégrité et au respect de la personne concernée.

Il peut aussi, s'il considère cela nécessaire pour décider de l'affaire, ordonner à cette personne de se soumettre à un autre examen par l'expert qu'il désigne, au lieu, au jour et à l'heure qu'il indique à l'ordonnance et dans les conditions qu'il précise. Cet examen est, le cas échéant, aux frais de la partie qui le demande. »¹¹⁴

À quelques modifications près, cette disposition est reprise à l'article 244 du projet de loi qui, lui, est rédigé ainsi :

¹¹³ *Id.*, art. 71 al. 2 (7).

¹¹⁴ *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 6, art. 238 [notre soulignement].

« 244. Le tribunal peut, sur demande, empêcher la tenue de l'examen ou en modifier les conditions, malgré l'entente des parties, s'il l'estime approprié pour assurer le droit à l'intégrité et le respect de la personne concernée.

Il peut aussi, sur demande, s'il considère cela nécessaire pour décider de l'affaire, ordonner à cette personne de se soumettre à un autre examen par l'expert qu'il désigne, au lieu, au jour et à l'heure qu'il indique à l'ordonnance et dans les conditions qu'il y précise. Cet examen est, le cas échéant, aux frais de la partie qui le demande. »¹¹⁵

Rappelons d'abord que cet article s'insère dans le Livre II du projet de loi dédié à la procédure contentieuse. Le deuxième chapitre du Titre III de ce Livre II porte plus spécifiquement sur l'expertise telle qu'elle est régie dans le cadre de la constitution et de la communication de la preuve avant l'instruction. Puis, la Section IV de ce chapitre porte encore plus particulièrement sur les règles relatives à l'examen physique, mental ou psychosocial.

Dans le cadre de l'analyse de l'avant-projet de loi, la Commission avait abordé cette disposition en questionnant la notion de droit au respect qu'on trouvait au premier alinéa de l'article 238 précité.

Ainsi, la Commission avait souligné que l'examen médical dont il est question vise une partie ou la personne qui a subi le préjudice qui donne lieu au litige et ne peut être exigé que si la considération de son état est nécessaire pour statuer¹¹⁶. Admettant qu'il peut s'avérer nécessaire dans certaines circonstances, la Commission avait rappelé qu'un tel examen est également susceptible de porter atteinte au droit à l'intégrité de la personne visée, de même qu'à son droit à la sauvegarde de sa dignité¹¹⁷ et son droit au respect de la vie privée¹¹⁸, trois droits fondamentaux garantis en vertu de la Charte.

¹¹⁵ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, préc., note 7, art. 244 [notre soulignement].*

¹¹⁶ *Id.*, art. 242 al. 1.

¹¹⁷ Charte, préc., note 1 art. 4.

¹¹⁸ *Id.*, art. 5.

La Commission avait d'ailleurs déjà noté que le fait même de procéder à l'examen d'une personne est une atteinte à l'intégrité de celle-ci¹¹⁹, ce que reconnaît le *Code civil du Québec* aux articles 10 et 11 :

« 10. Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité.

Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé.

11. Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examens, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention. »¹²⁰

La Cour d'appel confirmait de plus que l'article 399 du *Code de procédure civile*, prévoyant lui aussi un examen médical en cours de procédure, doit être interprété de façon à tenir compte des droits fondamentaux et des droits de la personnalité. Ainsi, rappelle le tribunal :

« La procédure civile s'harmonise, comme la Cour suprême le note dans l'arrêt *Lac d'Amiante du Québec Ltée*, avec les principes généraux du droit commun exprimés dans le Code civil et, au-delà du Code "[...] elle doit aussi respecter les valeurs exprimées par la Charte québécoise [...]". »¹²¹

La Cour d'appel ajoute que si un tel examen médical, ordonné contre la volonté de la personne visée, « heurte, à première vue, le droit à l'intégrité de [celle-ci] et son droit à la vie privée »¹²², cette atteinte peut être justifiée dans certaines circonstances. Puis, la Commission avait complété en précisant qu'une telle atteinte ne serait, par exemple, pas illicite si elle est autorisée par le titulaire de ces droits ou par une législation particulière qui ne contreviendrait pas à la Charte.

Poursuivant son analyse de l'article 238 de l'avant-projet de loi, la Commission avait précisé que l'examen dont il y était question aurait pu ne pas répondre à ces conditions, notamment parce qu'il aurait été demandé par un tiers. Si la Commission trouvait satisfaisant que cette

¹¹⁹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Les examens médicaux en emploi*, M^e Daniel Carpentier, (Cat. 2.115.9.5), juin 1998, p. 17.

¹²⁰ *Code civil du Québec*, préc., note 30, art. 10 et 11.

¹²¹ *Turmel c. Turmel*, [2010] R.J.Q. 1490 (C.A.), par. 46; citant *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, par. 40.

¹²² *Id.*, par. 47.

disposition permette au tribunal, sur demande, d'empêcher la tenue de l'examen ou d'en modifier les conditions malgré l'entente des parties, elle s'interrogeait sur les motifs qui pouvaient l'amener à le faire en vertu de l'article 238 de l'avant-projet de loi. En fait, cet article faisait reposer en partie la décision du tribunal sur le droit au respect de la personne concernée.

Questionnant cette notion de droit au respect, la Commission avait recommandé à la Commission des institutions qu'on réfère plutôt au droit à la sauvegarde de la dignité ou encore au droit au respect de la vie privée respectivement garantis par les articles 4 et 5 de la Charte.

La Commission avait notamment justifié ainsi cette recommandation :

« Les règles classiques d'interprétation des lois nous enseignent qu'à défaut de définition particulière précisée dans la loi, il faut donner aux mots choisis par le législateur leur sens courant¹²³. Or, s'il semble relativement aisé d'aborder le terme respect pris isolément, l'exercice nous semble plus incertain avec la notion de droit au respect. Qu'entend-on par là? Et, sur quel fondement juridique repose ce droit au respect?

Le principe de rédaction des lois dit de l'uniformité d'expression prescrit par ailleurs que « la même idée doit être exprimée dans les mêmes termes »¹²⁴. Et M. Pigeon, professeur et ancien juge à la Cour suprême, est clair à ce sujet : « dans la rédaction juridique, lorsqu'on n'emploie pas le même mot ou la même expression identiquement, les tribunaux présumant, non pas que l'on a voulu varier l'expression, mais que l'on a voulu introduire une distinction ou une nuance »¹²⁵. Mais quelle distinction ou nuance introduit ici le droit au respect de la personne par rapport aux droits fondamentaux susceptibles d'être en jeu? »¹²⁶

La notion de droit au respect a été abandonnée dans le cadre de l'article 244 du projet de loi. En vertu de cette nouvelle disposition, le tribunal pourrait, toujours sur demande, empêcher la tenue de l'examen ou en modifier les conditions, malgré l'entente des parties, en fondant sa décision sur le droit à l'intégrité de même que sur le respect de la personne concernée.

¹²³ Voir notamment PIERRE-ANDRÉ CÔTÉ, *L'interprétation des lois*, 4^e édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, p. 299.

¹²⁴ *Id.*, p. 382.

¹²⁵ LOUIS-PHILIPPE PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, 3^e édition, Québec, Publications du Québec, 1986, p. 79.

¹²⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 6.

Tel que nous le rappelons ci-haut, au moment d'analyser l'avant-projet de loi, la Commission avait jugé plus aisé d'interpréter — suivant le sens courant des mots — la notion de respect que le concept de droit au respect. En ce sens, la Commission prend acte de l'amendement proposé par l'article 244 du projet de loi.

La Commission maintient toutefois que l'examen dont il est question en vertu de cette disposition pose d'importants enjeux quant aux droits et libertés de la personne, notamment quant au droit à la sauvegarde de sa dignité et au droit au respect de sa vie privée. Il ne fait aucun doute que ces enjeux devraient être pris en considération par le tribunal au moment de statuer sur la tenue d'un tel examen et le libellé de l'article 244 devrait l'y conduire à le faire. À nouveau, la Commission recommande ainsi de reformuler le premier alinéa de l'article 244 du projet de loi.

Recommandation 10 :

La Commission recommande d'amender le premier alinéa de l'article 244 du projet de loi afin de remplacer les termes « le droit à l'intégrité et le respect de la personne concernée » par « le respect des droits et libertés de la personne, notamment le droit à l'intégrité, le droit à la sauvegarde de sa dignité et le droit au respect de sa vie privée ».

CHAPITRE II : COMMENTAIRES RELATIFS À LA PROTECTION DE LA JEUNESSE

1 DES CONSIDÉRATIONS PROCÉDURALES LIÉES À LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE

Conformément à son mandat, la Commission tient par ailleurs à analyser le projet de loi n° 28 sous l'angle de la protection de l'intérêt des enfants et du respect des droits qui lui sont reconnus par la *Loi sur la protection de la jeunesse*. À ce chapitre, nous nous sommes principalement attardés à trois dispositions particulières. Dans l'ordre, il s'agit des articles 14, 451 et 821 du projet de loi.

1.1 L'article 14 du projet de loi : Droit à la confidentialité et au respect de la vie privée

Nous l'avons brièvement mentionné dans le cadre de la section 2.2 du présent mémoire, le législateur prévoit au premier alinéa l'article 14 du projet de loi que :

« 14. Les personnes présentes aux audiences des tribunaux doivent s'y comporter avec respect et retenue. Seules celles qui prouvent leur qualité de journaliste peuvent faire un enregistrement sonore des débats et de la décision, à moins que le tribunal ne leur interdise; elles ne peuvent cependant le diffuser. En aucun cas, la captation d'images n'est permise. »¹²⁷

Ainsi, l'article 12 du *Règlement de la Cour du Québec*¹²⁸ qui énonce que les médias peuvent effectuer un enregistrement audio des débats et de la décision lors d'une audition devant la Cour du Québec serait en partie intégré à cette disposition.

Ne serait toutefois pas intégrée l'exception qui est prévue au même article dudit règlement concernant les audiences devant la Chambre de la jeunesse, à l'effet que :

« Sauf à la chambre de la jeunesse, l'enregistrement audio par les médias des débats et de la décision est permis à moins d'interdiction par le juge; la diffusion d'un tel enregistrement est toutefois interdite. »¹²⁹

La Commission l'a mentionné dans la première partie de cet avis, les auditions devant le tribunal doivent être publiques en vertu de l'article 23 de la Charte¹³⁰. L'article 11 du projet de loi¹³¹ reprend ce principe en précisant que toute personne peut assister aux audiences des tribunaux et prendre connaissance des documents et inscriptions versés aux registres. Au même article, le législateur a toutefois prévu une exception à l'application de ce principe lorsqu'il a indiqué que la loi peut prévoir le huis clos ou restreindre l'accès à certains documents versés à un dossier.

L'article 82 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* prévoit que les audiences en protection de la jeunesse se tiennent à huis clos, nonobstant l'article 23 de la Charte. Toutefois, les journalistes qui en font la demande doivent être admis aux audiences, à moins que le tribunal ne juge que leur présence soit préjudiciable à l'enfant¹³².

¹²⁷ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, , art. 821.

¹²⁸ *Règlement de la Cour du Québec*, R.R.Q., c. C-25, r.4, art. 12 al. 3.

¹²⁹ *Id.*, [notre soulignement].

¹³⁰ Charte, préc., note 1, art. 23.

¹³¹ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, art. 11.

¹³² *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 2, art. 82.

Tout en respectant le droit de l'enfant, de ses parents et de toute personne d'intervenir dans l'intérêt de l'enfant et d'être entendus par le tribunal¹³³, l'article 11.2.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* prévoit que, notamment dans le contexte d'une audience à la Cour du Québec, Chambre de la jeunesse, « nul ne peut publier ou diffuser une information permettant d'identifier un enfant ou ses parents, à moins que le tribunal ne l'ordonne »¹³⁴.

Le principe de confidentialité découle du droit au respect de la vie privée qui est notamment protégé par l'article 5 de la Charte¹³⁵. Il est aussi important de noter que la discrétion judiciaire doit être exercée dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits, tel que prévu à l'article 3 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹³⁶.

Dans une décision rendue le 12 juillet 2000, la Cour du Québec a rappelé que :

« La confidentialité est le principe que le législateur privilégie en regard des matières touchant la protection des mineurs, que ce soit lorsque leur sécurité ou leur développement fait l'objet d'un signalement, d'une étude ou d'une audition.

Les tempéraments au principe de la confidentialité prévu à la loi doivent donc être interprétés restrictivement et à la lumière de la règle énoncée à l'article 3 de la Loi. De plus l'interprétation que la Cour doit donner à son intervention n'est pas en fonction des tiers, mais en regard de l'enfant.

Dans la présente situation, il faut retenir que même s'il existe des droits fondamentaux, telles la liberté d'expression et la liberté de presse, ceux-ci doivent faire l'objet d'appréciation à la lumière du droit à la confidentialité établi par le législateur. »¹³⁷

La *Loi sur la protection de la jeunesse* est une loi d'ordre public¹³⁸ qui s'applique à un enfant dont la sécurité ou le développement est ou peut être considéré comme compromis¹³⁹. Dans un jugement, la Cour supérieure a déjà indiqué que « pour éviter les effets néfastes que peut créer

¹³³ *Id.*, art. 6.

¹³⁴ *Id.*, art. 11.2.1.

¹³⁵ Charte, préc., note 1, art. 5. Le droit à la vie privée est également prévu aux articles 3 et 35 du *Code civil du Québec*, préc., note 30 et l'article 16 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, A/RES/44/25 (1989) R.T. Can. 1992 n° 3 (20 novembre 1989).

¹³⁶ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 2, art. 3. Ce principe est également inscrit à l'article 33 du *Code civil du Québec*, préc., note 30 et à l'article 3 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, *Id.*

¹³⁷ *Protection de la jeunesse 1155*, [2000] R.J.Q. 2443 (QCCQ) [renvoi omis].

¹³⁸ *Protection de la jeunesse 1011*, [2010] R.J.Q. 1298 (QCCQ).

¹³⁹ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 2, art. 2.

“l'expérience du système judiciaire” sur le développement actuel et futur des enfants, la Loi impose un régime de confidentialité très rigoureux »¹⁴⁰. Afin de respecter le droit au respect de sa vie privée lorsque la situation d'un enfant a été référée à la Cour du Québec, Chambre de la jeunesse, il est important de gérer les aspects reliés à la communication et à la divulgation des renseignements confidentiels.

Il faut d'ailleurs rappeler que l'article 98 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁴¹ prévoit qu'un dossier est conservé au tribunal jusqu'au 18^e anniversaire de la personne concernée. Par la suite, celui-ci doit être détruit. Plus particulièrement, l'article 127 du *Règlement de la Cour du Québec* établit que :

« Lorsque la destruction d'un dossier est prévue par la Loi sur la protection de la jeunesse (chapitre P-34.1), l'inscription à l'index alphabétique, le plumitif, de même que l'enregistrement audio des notes prises en sténographie ainsi que toute transcription de cet enregistrement ou de ces notes se rapportant à ce dossier doivent être détruites en même temps que ce dossier. »¹⁴²

Les journalistes ne sont pas nommés par la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁴³ comme étant des personnes autorisées à prendre connaissance du dossier du tribunal ou des pièces qui y sont reliées, tel que l'enregistrement audio des débats judiciaires et de la décision. Toutefois, l'article 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁴⁴ réfère présentement à l'article 14 du *Code de procédure civile*¹⁴⁵, qui est modifié par l'article 14 du projet de loi. Par conséquent, les dispositions prévues au *Code de procédure civile* et à son règlement¹⁴⁶ à cet effet devraient s'appliquer¹⁴⁷.

¹⁴⁰ R. c. Jean-Luc Mongrain, J.E. 97-846 (QCCS.), par. 12.

¹⁴¹ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 2, art. 98 al. 1.

¹⁴² *Règlement de la Cour du Québec*, préc., note 128, art. 127 [notre soulignement].

¹⁴³ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 2, art. 85.4 et 96.

¹⁴⁴ *Id.*, art. 85.

¹⁴⁵ *Code de procédure civile*, préc., note 20, art. 14.

¹⁴⁶ *Règlement de la Cour du Québec*, préc., note 128, art. 12.

¹⁴⁷ *Protection de la jeunesse 915*, [1998] R.J.Q. 554 (QCCS); *Protection de la jeunesse 1013*, [1999] R.J.Q. 1999 (QCCS); *J.V. (Dans la situation de)*, [2001] R.D.F. 189 (QCCQ); *D.L. (Dans la situation de)*, J.E. 2005-1875, (QCCQ); *Protection de la jeunesse 072412*, J.E. 2007-2118 (QCCQ).

De plus, nous soulignons qu'il est possible d'interjeter appel devant la Cour supérieure, chambre de la famille, de certaines décisions ou ordonnances rendues par la Cour du Québec, Chambre de la jeunesse¹⁴⁸. Avec la permission de la Cour d'appel, une partie peut également appeler d'un jugement de la Cour supérieure rendue sous l'autorité de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁴⁹. À la lecture des différents règlements et règles de pratique qui peuvent s'appliquer en la matière¹⁵⁰, seul le *Règlement de procédure civile devant la Cour supérieure* indique au troisième alinéa de l'article 38 que : « L'enregistrement sonore par les médias des débats et de la décision, le cas échéant, est permis, sauf interdiction du juge. La diffusion sonore d'un tel enregistrement est interdite »¹⁵¹.

Compte tenu de l'absence de règle spécifique au droit de la jeunesse lorsqu'une affaire est entendue par la Cour supérieure ou la Cour d'appel, et de l'importance que revêt le principe de la confidentialité, ainsi que le respect de la vie privée des enfants concernés et de leurs parents dans le cadre de l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, la Commission fait la recommandation suivante.

Recommandation 11 :

La Commission recommande d'amender le premier alinéa de l'article 14 afin d'y intégrer l'interdiction pour un journaliste de faire un enregistrement audio des débats judiciaires et des décisions prononcées en matière de protection de la jeunesse.

1.2 L'article 451 de projet de loi : Notification d'une demande de déchéance de l'autorité parentale ou en retrait d'un attribut de l'autorité parentale

Rappelons qu'en vertu de l'article 826 du *Code de procédure civile* :

¹⁴⁸ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 2, art. 100 et *Règlement de procédure en matière familiale*, R.R.Q., c. C-25, r.13, chap. II.

¹⁴⁹ *Loi sur la protection de la jeunesse*, *Id.*, art. 115 et 116.

¹⁵⁰ *Règlement de procédure en matière familiale*, préc., note 148; *Règlement de procédure civile*. R.R.Q., c. C-25, r.11; *Règlement de procédure civile de la Cour supérieure (district de Québec)*, R.R.Q., c. C-25, r.12; *Règles de pratique de la Cour supérieure du district de Montréal en matière civile et en matière familiale*, R.R.Q., c. C-25, r.15 et *Règles de la Cour d'appel du Québec en matière civile*, R.R.Q., c. C-25, r. 14.

¹⁵¹ *Règlement de procédure civile*, *Id.*, art. 38 al. 3.

« La demande en déchéance de l'autorité parentale ou en retrait d'un attribut de l'autorité parentale ou de son exercice peut être présentée par toute personne intéressée et elle est signifiée au titulaire de l'autorité parentale, au tuteur de l'enfant ou, si l'enfant n'a pas de tuteur, au directeur de la protection de la jeunesse ayant compétence dans le lieu où réside l'enfant; le directeur peut alors intervenir de plein droit relativement à cette demande. »¹⁵²

Il est inscrit au premier alinéa de l'article 451 du projet de loi que :

« La demande en déchéance de l'autorité parentale ou en retrait d'un attribut de l'autorité parentale ou de son exercice est notifiée au directeur de la protection de la jeunesse ayant compétence dans le lieu où réside l'enfant. Le directeur peut alors intervenir de plein droit relativement à cette demande. »¹⁵³

Ainsi, alors que la demande en déchéance de l'autorité parentale ou en retrait d'un attribut de l'autorité parentale ou de son exercice doit jusqu'à maintenant être signifiée au titulaire de l'autorité parentale, au tuteur de l'enfant ou, si l'enfant n'a pas de tuteur, au directeur de la protection de la jeunesse ayant compétence dans le lieu où réside l'enfant, elle ne devrait plus à l'avenir qu'être notifiée au directeur de la protection de la jeunesse ayant compétence.

La Commission trouve pertinent que le directeur de la protection de la jeunesse ayant compétence dans le lieu où réside l'enfant soit notifié d'une telle demande. Toutefois, elle questionne le choix de ne plus inclure de façon explicite la signification au titulaire de l'autorité parentale ou au tuteur de l'enfant.

Il est vrai que l'article 140 du projet de loi¹⁵⁴ prévoit que toute demande introductive d'instance doit être signifiée au défendeur et aux autres parties et que les actes de procédure subséquents sont notifiés aux avocats ou aux parties elles-mêmes si elles ne sont pas représentées. Nous pouvons présumer que dans la majorité des cas, un ou les deux titulaires de l'autorité parentale ou tuteur de l'enfant seront considérés comme une partie au dossier.

¹⁵² Code de procédure civile, préc., note 20, art. 826.

¹⁵³ Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, préc., note 7, art. 451 al.1.

¹⁵⁴ Id., art. 140.

Le fait de retirer du libellé de l'article 451 du projet de loi l'obligation de signifier au titulaire de l'autorité parentale ou au tuteur de l'enfant ne devrait pas être interprété comme pouvant laisser sous-entendre que cela ne s'avère plus nécessaire.

Rappelons à ce sujet que le principe de l'équité procédurale et le droit d'être entendu d'une partie sont prévus à l'article 5 de l'actuel *Code de procédure civile*¹⁵⁵ et à l'article 23 de la Charte¹⁵⁶.

De plus, il est important de mentionner que le titulaire de l'autorité parentale qui n'est pas directement visé par une telle demande demeure toutefois une partie intéressée par celle-ci. Dans l'éventualité où la déchéance de l'autorité parentale ou le retrait de certains attributs de celle-ci ou de son exercice est prononcé à l'endroit d'un parent, nous soulignons que cette décision aura un impact sur la détermination des droits et obligations de l'autre parent¹⁵⁷. Il devient alors important, conformément aux principes de justice fondamentale, que ce dernier puisse être entendu et informé de la décision rendue.

Conformément à l'objectif visé par le législateur d'une application juste, simple et dans l'exercice des droits des parties dans un esprit d'équilibre et de respect des personnes¹⁵⁸, il serait donc approprié de préciser dans le libellé même du premier alinéa l'article 451 du projet de loi lorsque des demandes en déchéance de l'autorité parentale ou en retrait d'un attribut de l'autorité parentale ou de son exercice sont présentées, les titulaires de l'autorité parentale ou les tuteurs de l'enfant doivent dûment être informés, notamment afin de pouvoir intervenir, le cas échéant.

Recommandation 12 :

La Commission recommande d'amender le premier alinéa de l'article 451 du projet de loi afin qu'il précise qu'une demande en déchéance de

¹⁵⁵ *Code de procédure civile*, préc., note 20, art. 5.

¹⁵⁶ Charte, préc., note 1, art. 23.

¹⁵⁷ L'article 600 du *Code civil du Québec* prévoit que : « Les père et mère exercent ensemble l'autorité parentale. Si l'un d'eux décède, est déchu de l'autorité parentale ou n'est pas en mesure de manifester sa volonté, l'autorité est exercée par l'autre. »

¹⁵⁸ *Id.*, Notes explicatives.

l'autorité parentale ou en retrait d'un attribut de l'autorité parentale ou de son exercice doit être dûment signifiée aux titulaires de l'autorité parentale ou au tuteur de l'enfant.

1.3 L'article 821 du projet de loi : Dispositions modificatives particulières : modification de l'article 85 de la Loi sur la protection de la jeunesse

En vertu de l'article 37 du projet de loi¹⁵⁹, il est prévu qu'à l'exception des demandes d'adoption, la procédure à suivre devant la Cour du Québec dans les matières relatives à la jeunesse est déterminée par les lois particulières. En fait, cet article reprend le libellé de l'article 36.1 du *Code de procédure civile*¹⁶⁰.

Exceptionnellement, certaines dispositions du *Code de procédure civile* peuvent toutefois être appliquées dans le cadre d'une demande en matière jeunesse devant la Cour du Québec.

L'article 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* prévoit en effet ce qui suit :

« 85. Les articles 2, 8, 14 à 17, 19, 20, 46, 49 à 54, 82.1, 95, 99, 151.14 à 151.23, 216, 217, 243, 280 à 292, 294 à 299, 302 à 304, 306 à 318, 321 à 331, 863.3 et 886 du Code de procédure civile (chapitre C-25) s'appliquent devant le tribunal en autant qu'ils ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la présente loi. »¹⁶¹

Cette disposition doit toutefois être interprétée restrictivement¹⁶². À ce propos, la jurisprudence dégage cinq principes importants que la Commission juge utile de rappeler :

- « 1. en règle générale, le Code de procédure civile n'a pas d'application dans le cadre du processus judiciaire prévu à la Loi sur la protection de la jeunesse;
2. vu l'article 36.1 du Code de procédure civile, c'est par exception que certains articles de ce Code s'appliquent et l'article 85 L.P.J. constitue l'une de ces exceptions;
3. les dispositions d'exception doivent recevoir une interprétation restrictive;
4. devant le silence de la loi, le recours par analogie au Code de procédure civile est possible;
5. conséquemment, ce recours ne saurait trouver sa justification si la Loi sur la protection de la jeunesse prévoit la procédure à suivre pour disposer de la situation en cause. »¹⁶³

¹⁵⁹ *Id.*, art. 37.

¹⁶⁰ *Code de procédure civile*, préc., note 20, art. 36.1.

¹⁶¹ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 2, art. 85.

¹⁶² *Protection de la jeunesse - 843*, [1997] R.J.Q 707 (QCCQ), par. 12.

À ce chapitre, l'article 821 du projet de loi entend modifier l'article 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* précité afin d'en remplacer le libellé par le suivant :

« 85. Le Code de procédure civile (chapitre C-25) s'applique à titre supplétif dans la mesure où ses règles sont compatibles avec la présente loi. »¹⁶⁴

Alors que depuis son introduction en 1977, cette disposition réfère à des articles précis du *Code de procédure civile*, le projet de loi à l'étude risque d'en élargir la portée.

Or, rappelons qu'à la suite des dernières modifications apportées à la *Loi sur la protection de la jeunesse* en 2006, un Comité sur l'application de cette loi, dont la Commission est membre, se réunit depuis 2011. Ce comité a pour mandat de proposer les modifications à la *Loi sur la protection de la jeunesse* qu'il juge pertinentes, notamment à la ministre déléguée aux Services sociaux et à la Protection de la jeunesse. Ce comité entrevoit d'ailleurs de proposer d'inclure dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* un chapitre de dispositions spécifiques quant à la procédure à appliquer en matière de droit de la jeunesse.

C'est pourquoi la Commission estime que l'ensemble des modifications à apporter à la *Loi sur la protection de la jeunesse*, incluant les règles procédurales proposées, devrait être examiné dans le cadre d'éventuelles consultations portant spécifiquement sur cette question.

Entretemps, la Commission recommande de maintenir l'actuel article 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* en modifiant les renvois aux articles spécifiques du nouveau *Code de procédure civile*.

Recommandation 13 :

La Commission recommande que l'ensemble des modifications à apporter à la *Loi sur la protection de la jeunesse*, incluant les règles procédurales proposées, soient examinées dans le cadre d'éventuelles consultations portant spécifiquement sur cette question.

¹⁶³ *Id.*, par. 13.

¹⁶⁴ *Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 7, art. 821.

Recommandation 14 :

La Commission recommande d'amender l'article 821 du projet de loi afin qu'en attendant les résultats de l'examen prévu à la recommandation 13, on reprenne l'actuel article 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* avec les renvois correspondants aux articles du nouveau *Code de procédure civile*.

CONCLUSION

Conformément à sa double mission, la Commission a tenu à analyser le projet de loi n° 28 tant à l'aune des droits et libertés de la personne prescrits par la Charte qu'en regard à la protection de l'enfant et au respect des droits qui lui sont garantis par la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Ainsi, le présent mémoire a été divisé en deux chapitres.

Dans un premier chapitre, consacré aux droits de la personne, la Commission s'est d'abord attardée aux modes alternatifs de prévention et de règlement des différends et des litiges mis en valeur par le projet de loi.

À ce sujet, la Commission souligne que les objectifs poursuivis dans le cadre de la réforme en cours sont non seulement louables, mais importants. Nous sommes persuadés que les modes alternatifs de prévention et de règlement des différends et des litiges peuvent constituer un apport souhaitable au système de justice civile québécois. Comme société, nous devons toutefois offrir aux parties la possibilité d'évaluer au cas par cas la voie de règlement des différends qui convient le mieux, notamment en fonction de leur volonté et de leur capacité à s'y engager.

La Commission souhaite rappeler que les moyens pris pour atteindre les objectifs de la réforme proposée doivent être définis dans le cadre d'une analyse contextualisée de l'accessibilité à la justice en pleine égalité. Nous insistons donc sur la nécessité d'encadrer ces processus, notamment par l'instauration de mécanismes d'accompagnement et de suivi appropriés des procédures et des ententes conclues de même que par l'adaptation appropriée des règles relatives à l'aide juridique.

Ainsi, la Commission recommande ce qui suit :

Recommandation 1 :

La Commission recommande d'ajouter à la fin du premier alinéa de l'article 1 du projet de loi, : « , sous réserve du respect qu'elles doivent aux droits et libertés de la personne et aux autres règles d'ordre public ».

Recommandation 2 :

La Commission recommande d'amender l'article 3 du projet de loi afin d'y inclure l'obligation, pour les tiers assistant les parties dans leur démarche ou tranchant leur différend, d'une part, d'agir équitablement à l'égard des parties et, d'autre part, de s'assurer de l'équilibre des parties et de prendre les mesures pour pallier le déséquilibre le cas échéant, en considérant entre autres les rapports de force en présence, la complexité du litige et le principe de proportionnalité.

Recommandation 3 :

La Commission recommande d'amender l'article 3 du projet de loi afin d'y inclure l'obligation, pour les tiers assistant les parties dans leur démarche ou tranchant leur différend, de suivre une formation sur le respect des droits et libertés adaptée à leur fonction.

Recommandation 4 :

La Commission recommande de prévoir les moyens nécessaires en vue d'assurer le droit à l'égalité dans l'accès à la justice, y compris dans le cadre des modes alternatifs de prévention et de règlement des différends et des litiges, notamment afin :

- **que les parties qui souhaitent s'engager dans un tel processus bénéficient des ressources nécessaires (information, conseil, soutien, formulaires standards, simples et précis, etc.);**
- **que les règles relatives à l'aide juridique soient adaptées en conséquence.**

Recommandation 5 :

La Commission recommande d'amender le troisième alinéa de l'article 1 du projet de loi de façon à ce qu'il se lise comme suit : « les parties sont incitées à considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement des différends avant de s'adresser aux tribunaux ».

Toujours au chapitre des droits et libertés, la Commission a également rappelé les principes devant guider l'utilisation de la dérogation expresse à la Charte rendue possible en vertu de l'article 52 de celle-ci. La Commission l'a déjà souligné à maintes reprises, le recours à une

disposition dérogatoire ne doit être entreprise qu'avec prudence et doit demeurer exceptionnelle. Par ailleurs, une disposition dérogatoire ne peut viser qu'une ou certaines dispositions d'une loi, et non l'ensemble de celle-ci, de même qu'elle doit cibler une disposition spécifique de la Charte.

Fort de ces principes, la Commission a considéré les dispositions dérogatoires prévues aux articles 11 et 542 du projet de loi.

Ainsi, la Commission fait les recommandations suivantes :

Recommandation 6 :

La Commission recommande d'amender l'article 11 du projet de loi afin qu'y soient clairement identifiées les exceptions aux principes de la publicité et d'indiquer précisément quelles dispositions du Code dérogent à l'article 23 de la Charte.

Recommandation 7 :

La Commission recommande d'amender le troisième alinéa de l'article 542 du projet de loi afin que le droit d'être représenté y soit rattaché à la personne titulaire de ce droit prévu à la Charte, et non à l'avocat.

Recommandation 8 :

La Commission recommande d'amender le troisième alinéa de l'article 542 du projet de loi afin qu'y soit précisé que cette disposition déroge à l'article 34 de la Charte, et non à l'ensemble de celle-ci.

La Commission s'est ensuite penchée sur le principe de proportionnalité contenu au projet de loi de même qu'au lien établi entre celui-ci et le droit à l'égalité dans l'exercice des droits judiciaires prescrit par les articles 10 et 23 de la Charte, notamment dans le cadre de l'analyse des dispositions relatives à l'expertise commune. Comme la Commission le rappelle, la preuve par expert pose largement la question de l'inégalité des moyens qui peut caractériser les parties à un litige civil. En terme d'accessibilité à la justice, il est donc apparu souhaitable de permettre un certain contrôle sur le recours aux expertises comme moyen de preuve et la réforme proposée prévoit notamment la possibilité pour les tribunaux d'imposer, à titre de mesure de gestion, l'expertise commune.

La Commission estime que le projet de loi offre des balises intrinsèques suffisantes afin de protéger les droits en cause, notamment les droits prescrits en vertu de l'article 23 de la Charte, et soutient même que les mesures de contrôle des moyens de preuve envisagées peuvent concourir à la réalisation de ces droits en œuvrant à une plus grande accessibilité à la justice.

Puis, dans le cadre de la dernière partie du chapitre 1, la Commission a voulu rappeler les recommandations particulières qu'elle avait formulées quant à certaines dispositions de l'avant-projet de loi qui sont reprises dans le projet de loi n° 28.

Recommandation 9 :

La Commission recommande d'amender l'article 28 du projet de loi de façon à ce que le ministre de la Justice doive également prendre l'avis de la Commission dans les cas où le projet visé par cette disposition risque d'avoir des effets sur les droits de la personne garantis par la Charte.

Recommandation 10 :

La Commission recommande d'amender le premier alinéa de l'article 244 du projet de loi afin de remplacer les termes « le droit à l'intégrité et le respect de la personne concernée » par « le respect des droits et libertés de la personne, notamment le droit à l'intégrité, le droit à la sauvegarde de sa dignité et le droit au respect de sa vie privée ».

Dans le cadre du deuxième chapitre de ces commentaires, consacré aux droits de l'enfant reconnus par la *Loi sur la protection de la jeunesse*, la Commission s'est ensuite attardée à trois dispositions du projet de loi, soit les articles 14, 451 et 821.

Dans un premier temps, la Commission a analysé les exceptions relatives au droit de la jeunesse au principe de la publicité des audiences des tribunaux. Étudiant plus particulièrement l'article 14 du projet de loi, la Commission a ainsi constaté que le législateur n'y a pas intégré l'exception prévue à l'article 12 du *Règlement de la Cour du Québec* concernant les audiences devant la Chambre de la jeunesse. Cet article prévoit qu'aucun enregistrement audio ne peut être fait par un journaliste des débats judiciaires et des décisions prononcées par la Cour du Québec, Chambre de la jeunesse.

Or, compte tenu de l'importance que revêt le principe de la confidentialité ainsi que le respect de la vie privée des enfants concernés et de leurs parents dans le cadre de l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, la Commission fait la recommandation qui suit :

Recommandation 11 :

La Commission recommande d'amender le premier alinéa de l'article 14 afin d'y intégrer l'interdiction pour un journaliste de faire un enregistrement audio des débats judiciaires et des décisions prononcées en matière de protection de la jeunesse.

Dans un deuxième temps, la Commission s'est penchée sur l'article 451 du projet de loi qui porte sur la demande en déchéance de l'autorité parentale ou en retrait d'un attribut de l'autorité parentale ou de son exercice. Alors qu'en vertu de l'article 826 de l'actuel *Code de procédure civile* une telle demande doit être signifiée au titulaire de l'autorité parentale, au tuteur de l'enfant ou, si l'enfant n'a pas de tuteur, au directeur de la protection de la jeunesse ayant compétence, l'article 451 du projet de loi prévoit qu'elle ne devrait plus à l'avenir être notifiée qu'à ce dernier, et ce, dans tous les cas.

La Commission comprend, qu'en vertu de l'article 140 du projet de loi, toute demande introductive d'instance devrait être signifiée au défendeur et aux autres parties en cause, incluant dans la majorité des cas le ou les titulaires de l'autorité parentale ou tuteurs de l'enfant. De même, les actes de procédure subséquents devraient être notifiés aux avocats ou aux parties elles-mêmes si elles ne sont pas représentées.

Néanmoins, conformément à l'objectif visé par le législateur d'une application juste, simple et dans l'exercice des droits des parties dans un esprit d'équilibre et de respect des personnes, la Commission fait la recommandation suivante :

Recommandation 12 :

La Commission recommande d'amender le premier alinéa de l'article 451 du projet de loi afin qu'il précise qu'une demande en déchéance de l'autorité parentale ou en retrait d'un attribut de l'autorité parentale ou de son exercice doit être dûment signifiée aux titulaires de l'autorité parentale ou au tuteur de l'enfant.

Enfin, dans un troisième temps, la Commission s'est intéressée à l'article 821 du projet de loi, disposition qui entend modifier l'article 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Alors que l'article 37 du projet de loi prévoit qu'à l'exception des demandes d'adoption, la procédure à suivre devant la Cour du Québec dans les matières relatives à la jeunesse est déterminée par les lois particulières, l'article 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* cite les dispositions du *Code de procédure civile* qui trouvent malgré tout application en cette matière. Depuis 1977, cet article 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* réfère à des articles précis du *Code de procédure civile*, mais les modifications envisagées en vertu de l'article 821 du projet de loi risquent d'en élargir la portée.

Étant donné qu'un Comité sur l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse* se réunit depuis 2011 et entrevoit de proposer d'inclure dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* un chapitre de dispositions spécifiques quant à la procédure à appliquer en matière de droit de la jeunesse, la Commission fait les recommandations suivantes :

Recommandation 13 :

La Commission recommande que l'ensemble des modifications à apporter à la *Loi sur la protection de la jeunesse*, incluant les règles procédurales proposées, soient examinées dans le cadre d'éventuelles consultations portant spécifiquement sur cette question.

Recommandation 14 :

La Commission recommande d'amender l'article 821 du projet de loi afin qu'en attendant les résultats de l'examen prévu à la recommandation 13, on reprenne l'actuel article 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* avec les renvois correspondants aux articles du nouveau *Code de procédure civile*.