

CONFÉRENCE 17 SEPTEMBRE 2015 / ABC-DIVISION QUÉBEC

LA CONSTITUTION ET LA COMMUNICATION DE LA PREUVE AVANT L'INSTRUCTION SOUS LE NOUVEAU CODE : UNE ÉTAPE DÉTERMINANTE DANS LE DÉBAT JUDICIAIRE

INTRODUCTION

La première étape de la constitution et de la communication de la preuve avant l'instruction débute dès la signification de l'avis d'assignation de la demande. En effet, tel que prévu à l'article 148 du nouveau *Code de procédure civile*¹ (N.C.P.C.), les parties doivent convenir et déposer au greffe dans les quarante-cinq (45) jours de la signification de l'avis d'assignation de la demande le protocole de l'instance, qui remplace la bonne vieille entente sur le déroulement de l'instance.

À cet égard, il semble que le législateur ait pris acte de l'effet peu contraignant, et, disons-le, peu efficace de l'entente sur le déroulement de l'instance, qui, bien qu'abondamment qualifiée de contrat judiciaire par les tribunaux, était de façon routinière peu observée par les parties. En effet, l'article 150 N.C.P.C. prévoit que les parties ne pourront pas déroger au protocole sous peine d'être condamnées aux frais de justice engagés par les parties et qui résultent de leur manquement.

Conséquemment, dans la mesure où l'on ne veut pas risquer le déplaisir du tribunal, il faudra dès le départ prévoir toutes les étapes de la constitution et la communication de la preuve, car on risque de manquer de flexibilité pour y revenir. Il va sans dire que certaines étapes sont assez évidentes, par exemple la communication des pièces au soutien de la demande, mais il en est autrement de la question des interrogatoires et des expertises. Les praticiens devront s'interroger très rapidement sur l'identité des représentants des parties à interroger, le possible interrogatoire d'un tiers, la durée de ces interrogatoires, s'ils seront oraux ou écrits, les débats sur les objections et les dates de communications de documents additionnels.

Il va sans dire qu'un dossier évolue et qu'il est difficile, pour ne pas dire impossible, de prévoir dès la réception de la demande tous les incidents qui ponctuent la mise en état d'un dossier. On anticipe donc que les parties pourront

¹ RLRQ, c. C-25.01.

modifier ledit protocole dans la mesure où cette modification sera justifiée et ne présentera pas de difficulté particulière au niveau des délais et du principe de proportionnalité des procédures eu égard à l'enjeu en litige.

Compte tenu de ce qui précède, le praticien devra bien comprendre les nouvelles règles dès le départ afin de s'assurer qu'il a prévu tous les moyens procéduraux nécessaires à la constitution de la preuve nécessaire pour le succès de sa demande ou de sa contestation.

Chapitre I – L'interrogatoire préalable à l'instruction : articles 221 à 230 N.C.P.C.

Dans un premier temps, il appert que le législateur a voulu uniformiser l'étendue des interrogatoires et ainsi limiter autant que possible les débats d'objections basés sur la pertinence de l'interrogatoire. Ainsi, les distinctions au niveau de l'interrogatoire avant défense, après défense et sur affidavit sont désormais classées aux oubliettes. De même, on assiste également au départ du très regretté avis en précision, qui n'a pas survécu à la réforme.

Les interrogatoires au préalable sont désormais circonscrits par l'article 221 N.C.P.C. :

« **221.** L'interrogatoire préalable à l'instruction, *qu'il soit écrit ou oral, peut porter sur tous les faits pertinents se rapportant au litige et aux éléments de preuve qui les soutiennent; il peut également avoir pour objet la communication d'un document.* Il ne peut être fait que s'il a été prévu dans le protocole de l'instance, notamment quant aux conditions, au nombre et à la durée des interrogatoires.

Outre les parties, peuvent aussi être interrogés :

1° le représentant, l'agent ou l'employé d'une partie;

2° la victime et toute personne impliquée dans le fait générateur du préjudice lorsque la demande en justice invoque la responsabilité civile d'une partie;

3° la personne pour laquelle une partie agit comme administrateur du bien d'autrui;

4° la personne pour laquelle une partie agit comme prête-nom ou de qui elle tient ses droits par cession, subrogation ou autre titre analogue.

Toute autre personne peut être interrogée avec son consentement et celui de l'autre partie ou sur autorisation d'un juge, aux conditions que celui-ci

précise. Le mineur ou le majeur inapte ne peut être interrogé sans une telle autorisation. »

[L'italique est du soussigné.]

Il appert de cet article que le législateur semble avoir adopté la vision américaine d'une large communication de la preuve au stade préalable. Il est peu probable de trouver une expression plus englobante que « tous les faits pertinents se rapportant au litige et aux éléments de preuves qui le soutiennent ». En partant du principe que le législateur ne parle pas pour ne rien dire, on doit donc comprendre qu'un fait qui n'apparaît pas nécessairement pertinent au litige pourra faire l'objet de l'interrogatoire dans la mesure où il se rapporte à une pièce en litige.

Nous sommes d'avis que les objections basées sur la pertinence devront en principe être maintenues seulement lorsqu'il s'agira clairement d'une expédition de pêche ou encore lorsque la communication des informations demandées contreviendra au principe de la proportionnalité. Du point de vue de l'utilisation des ressources judiciaires, nous comprenons que le législateur cherche ainsi à limiter les débats d'objections et à permettre au juge du fond de décider de la pertinence des documents soumis. Ceci concorde avec les directives émises par les juges ces dernières années qui encourageaient fortement les avocats à prendre les objections basées sur la pertinence sous réserve. Le corollaire de cette modification est nécessairement un plus grand volume de documents à transmettre au stade préliminaire. Espérons toutefois que les praticiens sauront demeurer raisonnables et que le principe de proportionnalité pourra limiter une communication intempestive et tous azimuts.

Quant à l'interrogatoire sous affidavit en vertu de l'article 93 du *Code de procédure civile*² (C.P.C.), il est repris à l'article 222 N.C.P.C., mais encore une fois élargi non plus seulement afin de tester la véracité des faits tel que devait se circonscrire l'ancien interrogatoire sur affidavit, mais également sur « tous les autres faits pertinents ». On comprend encore une fois la volonté du législateur de mettre fin à la distinction qui existait auparavant dans la doctrine et la jurisprudence entre l'interrogatoire au préalable, plus étendu, et l'interrogatoire sur affidavit, qui devait se limiter à tester la véracité des faits mentionnés à l'affidavit. Malheureusement, une distinction persiste dans le texte entre les deux interrogatoires, puisque l'on constate que la mention que l'interrogatoire peut porter sur tous les éléments de preuve qui soutiennent le litige est absente de l'article 222 N.C.P.C.

² RLRQ, c. C-25.

Nous espérons que cette distinction de texte ne sera pas significative, d'autant plus que les commentaires du ministre semblent limpides quant à l'intention du législateur³ :

« Cet article modifie l'application du droit antérieur en ne limitant pas l'interrogatoire aux seuls faits attestés dans la déclaration mais à l'étendant à tous les autres faits pertinents. [...] »

Encore une fois, il appert donc que le législateur encourage une large communication de la preuve avant l'instruction et tente de limiter les débats restreignant cette communication.

Interrogatoire écrit ou oral

Nouveau changement, le législateur prévoit spécifiquement une nouvelle forme d'interrogatoire par écrit. En fait, il appert des commentaires du ministre qu'il s'agit en fait d'une version bonifiée du regretté avis en précision, qui faisait partie des moyens préliminaires à invoquer. Nous saluons cette modification car, trop souvent, les requêtes en précisions étaient contestées sous prétexte que l'information recherchée pouvait s'obtenir par le biais d'un interrogatoire, entraînant ainsi tout un développement jurisprudentiel sur la distinction à notre avis spacieuse entre les fins de l'avis en précision et l'interrogatoire au préalable, qui au final alourdissait la mise en état des dossiers.

Cela étant dit, il appert du texte de l'article 221 N.C.P.C. que l'interrogatoire peut être écrit ou oral et, donc, nous en déduisons que les deux types d'interrogatoire ne peuvent pas être en principe autorisés pour une même personne, si l'on adopte une interprétation rigoriste du texte. Nous voyons difficilement comment une partie pourrait juger utile et efficace de procéder à deux interrogatoires distincts de la même personne sous deux formes différentes, à moins qu'il ne s'agisse de continuer un interrogatoire suite au rejet d'objections formulées à certaines questions. À ce moment, par souci d'économie, il va sans dire que la procédure écrite pourrait s'avérer une solution avantageuse.

Par contre, l'interrogatoire écrit est un outil qui devra être utilisé avec doigté si l'on veut en tirer tous les avantages. Puisqu'en vertu des articles 223 et 225 N.C.P.C., en l'absence de réponse la part du témoin, les faits sur lesquels porte l'interrogatoire devront être tenus pour avérés, les questions devront être suggestives et en principe permettre une réponse simple d'assentiment ou de

³ Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires de la ministre de la Justice: le Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, Montréal, SOQUIJ/Wilson & Lafleur, 2015, p. 185.

négation. Ainsi, la formule consacrée « N'est-il pas vrai que... » serait appropriée et les questions ouvertes définitivement à éviter, puisque dans ce cas l'absence de réponse ne pourrait certainement pas permettre de conclure à la véracité de quelques faits que ce soit.

Autre distinction importante à considérer dans le choix du type d'interrogatoire est le contrôle du dépôt de celui-ci. En effet, alors que l'interrogatoire oral appartient à la partie qui l'effectue, l'article 223 N.C.P.C. prévoit que l'interrogatoire écrit complété peut être versé au dossier du tribunal par l'une ou l'autre des parties. Nous nous interrogeons à savoir si une partie voulant éviter les frais inhérents à un interrogatoire oral et procéder par écrit pourrait demander comme engagement de la partie adverse à ce que celle-ci ne verse pas au dossier du tribunal l'interrogatoire complété sans son consentement. *A priori*, nous ne voyons pas ce qui pourrait empêcher une telle entente, qui aurait l'avantage de faciliter le choix de l'interrogatoire par écrit, qui devrait être plus rapide et économique.

L'autre question qui nous interpelle est le rôle de l'avocat dans le processus de l'interrogatoire écrit. Il est clair qu'un avocat ne peut intervenir dans la réponse d'un témoin lors de l'interrogatoire oral. Peut-il intervenir dans la confection des réponses écrites? Tout comme dans la préparation d'une déclaration assermentée, nous estimons que le témoin ou la partie doit pouvoir compter sur les conseils de son procureur dans la formulation des réponses, mais le témoin devra être conscient qu'ultimement il est le responsable des réponses données et qu'il doit tendre à la vérité de la même manière que s'il était debout devant la Cour, main sur la bible.

Le délai pour répondre à un interrogatoire ne peut être inférieur à quinze (15) jours et supérieur à un (1) mois. Passé ce délai, les faits sur lesquels porte l'interrogatoire sont alors tenus, en ce qui concerne le témoin, pour avérés. L'article 225 N.C.P.C. prévoit cependant que le tribunal puisse, pour raison valable, relever la personne interrogée de son défaut et lui permettre de répondre, aux conditions qu'il juge à propos.

Bien que nous saluons ici le désir du législateur de donner la chance au coureur dans le cas où l'omission de répondre dans les délais repose sur des motifs valables, tels le cas de force majeure ou encore l'impossibilité d'agir, nous déplorons qu'aucun délai pour présenter une telle demande n'ait été prévu. Ainsi, cela risque de faire en sorte qu'une partie, en l'absence de réponse du témoin, ne pourra jamais tenir l'interrogatoire non répondu comme un aveu immuable.

Nous prévoyons cependant que le délai de présentation d'une demande d'être relevé du défaut sera un critère considéré par le tribunal lors de l'examen d'une telle demande.

Par ailleurs, qu'arrive-t-il si, par une malchance extraordinaire qui devrait être aussi rare que peu souhaitable, un procureur omet de transmettre l'interrogatoire à la partie ou à son représentant? Est-ce qu'il s'agira ici d'une raison valable? La jurisprudence, notamment lorsqu'il était question de relever une partie de son défaut d'inscrire le dossier pour enquête et audition dans le délai de rigueur, assimilait parfois l'erreur de l'avocat à une impossibilité d'agir. Cependant, ce principe a été atténué au fil des ans et plusieurs décisions sont venues tempérer ce principe en refusant de relever une partie qui invoquait l'erreur de son procureur lorsqu'il s'agissait d'une négligence grave ou d'une erreur inexcusable. Nous sommes d'avis que ces principes devraient également s'appliquer.

Les règles régissant l'interrogatoire oral reprennent en grande partie le droit antérieur, sous réserve de quelques changements bienvenus, notamment quant aux objections sur la pertinence et quant à la durée de ce qui se transformait parfois en épreuve d'endurance pour les témoins.

S'inspirant de nouveau de la procédure américaine du *discovery*, les objections sur la pertinence devront désormais être prises sur réserve. Seules les questions portant sur le fait que la personne interrogée ne peut être contrainte ou sur les droits fondamentaux ou encore sur une question soulevant un intérêt légitime important pourront faire l'objet d'une objection permettant au témoin de s'abstenir de répondre sur le champ.

S'il est facile de déterminer ce que constitue les droits fondamentaux, définis aux chartes de droits et libertés provinciale et fédérale, qu'entend le législateur par un fait sur lequel la personne interrogée ne peut être contrainte ou encore un intérêt légitime important ?

La réponse est donnée par les commentaires du ministre à l'article 12 N.C.P.C., qui traite par ailleurs du principe de la publicité des débats et des exceptions à cette règle⁴ :

« [...] Le huis clos a cependant été appliqué dans certains cas pour protéger l'anonymat d'une personne dans une situation délicate ou pour assurer les secrets de commerce. [...]

⁴ *Id.*, p. 30-31.

Les critères énoncés reprennent à cet égard ceux développés par la Cour suprême dans l'arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)* [(C.S. Can., 2002-04-26), 2002 CSC 41, SOQUIJ AZ-50123071, J.E. 2002-803, [2002] 2 R.C.S. 522]: le huis clos ou la restriction d'accès à un document est nécessaire pour écarter un risque sérieux de préjudice en l'absence d'autres moyens, et l'effet bénéfique du droit à un procès équitable l'emporte sur l'effet préjudiciable lié à la liberté d'expression. »

Nous comprenons de ce qui précède que la divulgation de secrets commerciaux ou encore des questions portant sur des informations financières sensibles devra être débattue devant le tribunal avant que la réponse ne soit fournie advenant la formulation d'une objection.

Par ailleurs, les interrogatoires oraux sont désormais seulement permis si la valeur en litige est inférieure à 30 000 \$, et non plus 25 000 \$, ce qui nous apparaît un ajustement judiciaire qui prend en considération l'augmentation générale du coût de la vie. De même, l'article 229 N.C.P.C. prévoit également qu'aucun interrogatoire ne pourra excéder cinq (5) heures, à moins d'être en matière familiale ou dans les affaires où la valeur en litige est inférieure à 100 000 \$. Les parties pourront cependant, en cours d'interrogatoires, prolonger de cinq (5) à sept (7) heures ou encore de trois à quatre ledit interrogatoire. Toute autre prolongation devra être autorisée par le tribunal.

Chapitre II – L'expertise : articles 231 à 245 N.C.P.C.

Même si le législateur a introduit le concept de « réconciliation » des expertises à l'article 413.1 C.P.C. en 2003 et avait prévu, dès 1965, la possibilité pour la Cour de nommer un expert (art. 414 C.P.C. et ss.), la pratique courante au niveau des expertises demeure fondamentalement un conflit entre adversaires régi par une seule disposition législative. L'article 402.1 C.P.C. prévoit que, pour pouvoir être éligible et être qualifiée d'expert à l'enquête, une personne doit produire préalablement un rapport écrit. Nous ignorons, jusqu'au moment de l'enquête, si le tribunal acceptera que la personne qui a rédigé un rapport soit effectivement qualifiée d'expert, de même que nous ne connaissons pas toujours à l'avance les tenants et les aboutissants du témoignage de l'expert de la partie adverse.

Dans un contexte où les témoignages des témoins de faits et la documentation produite à la Cour sont connus de tous à l'avance, les procès se transforment ainsi souvent en « *guerre des experts* » où la preuve importante qui est *inconnue* à l'avance vient des experts – ces derniers apportent fréquemment des nuances

techniques significatives à leurs rapports ou bien des commentaires sur l'expertise de la partie adverse qui sont révélés pour la première fois à l'enquête.

Le nouveau *Code de procédure civile* encadre de façon beaucoup plus détaillée le rapport d'expertise en énonçant, dans plusieurs cas, les principes qui ont été reconnus par la jurisprudence et, dans d'autres cas, en changeant la pratique de façon significative.

Le nouveau Code distingue trois (3) types d'expertise : (i) l'expertise commune, (ii) l'expertise faite par une des parties ou (iii) l'expertise commise par le tribunal.

L'article 231 N.C.P.C. énonce que l'expertise a pour but d'éclairer le tribunal dans l'appréciation d'une preuve en faisant appel à une personne compétente dans l'expertise, dans la discipline ou dans la matière concernée. À l'article 231 alinéa 2, le législateur précise en quoi consiste l'expertise. La définition est large et permet le recours à un expert pour donner notamment un avis sur « les éléments factuels ou matériels liés à la preuve ».

Le protocole de l'instance constitue le moment privilégié par le législateur pour les parties de convenir de la nécessité de l'expertise, quoiqu'elles pourront plus tard, avant la mise en état du dossier et alors avec l'autorisation du tribunal, convenir de la nécessité d'une telle expertise. La production d'un rapport d'expertise n'est donc plus une décision unilatérale prise par une partie en fonction de ses propres intérêts stratégiques. Il ne sera plus possible d'indiquer tout simplement dans *l'entente sur le déroulement de l'instance* qu'il y aura *possiblement* un avis selon l'article 402.1 C.P.C. produit en même temps que la mise en état du dossier et de décider, par la suite et dépendamment de l'évolution du dossier, si l'on a réellement besoin d'un rapport. Les décisions doivent maintenant, au moins en principe, être prises conjointement avec l'adversaire et en début de l'instance.

Le législateur privilégie par ailleurs l'expertise commune. En effet, à l'article 148 du nouveau Code où l'on traite du protocole de l'instance, le législateur énonce au paragraphe 4 que les parties doivent prévoir dans le protocole de l'instance :

« 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; »

[L'italique est du soussigné.]

Dans la mesure où les parties ne s'entendent pas sur la question de la nécessité d'une expertise ou si expertise doit être commune ou « particulière » à une partie, le tribunal tranchera (art. 152 N.C.P.C.). Sur la base de l'article 148

paragraphe 4 N.C.P.C., nous pensons que ce sera la partie qui désire des expertises particulières ou individuelles qui aura le fardeau initial de convaincre la Cour que l'expertise commune est impraticable.

L'article 232 alinéa 2 N.C.P.C. prévoit également que les parties ne peuvent se prévaloir que d'une expertise par matière, à moins que le tribunal ne l'autorise en raison de la complexité de l'affaire.

L'article 233 N.C.P.C. précise, comme l'on peut s'y attendre, que, si l'expertise est commune, les parties doivent déterminer de concert les paramètres de l'expertise. Cet article traite également des honoraires de l'expert et prévoit, de façon peu surprenante, que les parties en l'instance sont tenues solidairement responsables desdits honoraires.

Outre l'expertise commune, l'article 234 N.C.P.C. prévoit que le tribunal peut, même d'office, ordonner une expertise par la ou les personnes qu'il désigne et préciser les missions de l'expert et le délai dans lequel l'expertise devra être complétée. C'est l'expert « commis par le tribunal ».

Les articles 235 à 237 N.C.P.C. régissent les devoirs et les pouvoirs des experts pendant la confection de leurs rapports d'expertise.

Comme ce fut le cas auparavant, l'article 235 N.C.P.C. indique que l'expert est tenu de donner son avis sur les points qui lui sont soumis. Il est également tenu, sur demande, d'informer le tribunal et les parties de ses compétences, du déroulement de ses travaux et des instructions qu'il a reçues d'une partie. De façon intéressante, cette exigence ne semble pas s'appliquer uniquement, au moins textuellement, aux expertises communes ou aux experts nommés par le tribunal mais aussi aux experts retenus par les parties elles-mêmes.

L'article 235 alinéa 3 N.C.P.C. prévoit que l'expert « agit » sous son serment professionnel (s'il s'agit d'un professionnel) ou qu'il doive prêter serment selon un formulaire du ministère de la Justice. Cette modification est nécessaire en raison d'un changement fondamental dans l'administration de la preuve d'expertise, à savoir que le rapport de l'expert tient lieu de son témoignage (voir art. 293 N.C.P.C.). L'article 294 N.C.P.C. prévoit que l'on puisse, à l'instruction, interroger les experts afin notamment d'obtenir des précisions sur les points qui font l'objet de leur rapport ou sur des éléments de preuve nouveaux. Le même article permet également, bien évidemment, des contre-interrogatoires à l'instruction. La présence des experts à la Cour au procès n'est donc aucunement prohibée. Cela étant, cette présence à la Cour n'est pas requise ou même permise pour « *mettre en preuve* » le contenu du rapport de l'expert, contrairement à l'état actuel du droit.

L'article 236 N.C.P.C. permet à l'expert commis par le tribunal de recueillir la preuve et même des témoignages sous serment. Ceci reprend en grande partie l'article 420 C.P.C.

En ce qui concerne un expert prétendument incompetent ou qui manquerait à ses devoirs, le nouveau *Code de procédure civile* prévoit, à l'article 237, que le tribunal peut d'office ou à la demande d'une partie remplacer ou désavouer un expert en cours de route s'il n'a pas les compétences requises ou s'il manque gravement à ses devoirs dans l'accomplissement de sa mission. Quoique des requêtes en rejet de rapports d'expertises se fassent sous le *Code de procédure civile* actuel pour une multitude de raisons, une partie pouvait toujours attendre jusqu'au moment de l'instruction avant de tenter de désavouer l'expert de la partie adverse. Sous le nouveau Code, il est cependant possible de remplacer un expert avant même que son rapport soit complété, mais on ne peut, comme nous le verrons ci-dessous, faire rejeter un rapport à l'instruction, sauf dans certains cas particuliers et exceptionnels.

Les articles 238 à 240 N.C.P.C. régissent le contenu du rapport d'expertise et imposent notamment à l'expert (art. 238 al. 1) de rédiger un rapport de façon à ce que le tribunal soit lui-même en mesure d'apprécier les faits exposés et les raisonnements qui en justifient les conclusions. La méthode d'analyse retenue doit également être mentionnée. Les rapports excessivement complexes expliqués et compris par les juges (et parfois même par les avocats!) seulement grâce aux témoignages des experts rendus à l'instruction, deviennent, du moins en principe, chose du passé.

L'article 238 alinéa 2 N.C.P.C. prévoit que, si les témoignages ont été recueillis par l'expert commis par le tribunal, ils doivent être joints à son rapport et font partie intégrante de la preuve. Comme c'est le cas avec l'état du droit actuel, les conclusions de l'expert ne lient ni le tribunal ni les parties à moins que celles-ci ne déclarent les accepter (art. 238 al. 3 N.C.P.C.).

L'article 239 N.C.P.C. régit les délais dans lesquels un expert doit déposer son rapport. L'article 240 alinéa 1 N.C.P.C. prévoit qu'après le dépôt du rapport de l'expert commis par le tribunal ou de l'expert commun, l'expert doit, à la demande du tribunal ou de l'une des parties, fournir des précisions sur son expertise. L'article 240 alinéa 2 traite des rapports contradictoires et indique que les parties peuvent réunir leurs experts afin de concilier leurs opinions, de déterminer les points qui les opposent et de possiblement faire un rapport sur ces points. La Cour peut ordonner à tout moment aux experts de se réunir et de produire un rapport additionnel. Cet alinéa ressemble à l'article 413.1 C.P.C., introduit en 2003.

En ce qui concerne le rejet d'un rapport avant le procès, l'article 241 N.C.P.C. prévoit qu'une partie peut en faire la demande seulement dans certains cas : à savoir pour cause d'irrégularité, d'erreur grave ou de partialité. Il faut faire la distinction entre la demande de rejet du *rapport d'expertise* une fois que le rapport est connu et la demande de désaveu de *l'expert* lui-même, qui se fait, comme nous l'avons vu, en vertu de l'article 237 N.C.P.C. et qui est basée sur des critères différents.

La demande de rejet du rapport doit être faite dans les dix (10) jours de la connaissance du motif du rejet et il est important de noter qu'à l'article 294 alinéa 2 N.C.P.C. le législateur interdit aux parties d'invoquer l'irrégularité, l'erreur grave ou la partialité du rapport à l'instruction à moins que, *malgré leur diligence*, elles n'aient pu le constater auparavant. Il semble que le législateur, dans un contexte où il stipule que le rapport tient lieu de témoignage de l'expert, veuille éviter des problèmes au procès lorsque l'on fait rejeter le rapport d'expertise avec les chambardements inévitables qui suivent au niveau du déroulement ou de la remise de l'instruction.

De façon intéressante, l'article 241 N.C.P.C. s'applique à tous les rapports d'expertise, y compris à ceux des parties elles-mêmes. On peut se demander si les parties ne vont pas se prévaloir de cette disposition pour tenter de faire rejeter, avant l'instruction, des rapports d'expertise partiels préparés pour le compte de la partie adverse sur la base de l'obligation d'impartialité et de l'obligation première de l'expert d'éclairer le tribunal et de l'aider dans l'appréciation de la preuve.

Dans la mesure où le tribunal considère une demande de rejet d'un rapport d'expertise comme étant bien fondée, il peut ordonner le retrait du rapport ou également sa « *correction* ». On peut sans doute imaginer des scénarii où une ordonnance de « correction » d'un rapport d'expertise rendue par un juge en chambre de pratique aurait manifestement un impact majeur sur la préparation du procès par les parties. Soulignons finalement que le tribunal a également le pouvoir de sanctionner l'expert en ordonnant une réduction du montant de ses honoraires ou bien même le remboursement des sommes qui lui ont déjà été versées.

Les articles 242 à 245 N.C.P.C. traitent des règles particulières relatives à l'examen physique mental ou psychosocial. Ces dispositions reprennent en partie les articles 399 et ss. C.P.C. actuel. Le changement le plus important à ce niveau est que le législateur pose maintenant catégoriquement comme condition préalable que de telles expertises doivent être « nécessaires ». En effet, l'article 242 N.C.P.C. dispose que tant l'examen physique, mental ou l'examen

psychosocial soit demandé uniquement lorsque l'examen de l'état d'une personne est nécessaire pour statuer sur le litige. En ce qui concerne l'examen physique ou mental, il est précisé que l'examen doit non seulement être nécessaire mais également « *justifié eu égard à la nature, à la complexité et la finalité de la demande en justice* ». Ainsi, si le droit actuel permet au juge d'annuler un subpoena qui requiert un examen médical « *pour des raisons jugées valables* », le droit nouveau impose le test de la nécessité à celui qui le requiert, en se rappelant qu'il y a toujours un droit de regard du tribunal qui s'applique « *malgré l'entente des parties* » (art. 244 N.C.P.C.).

Chapitre III – La communication et la production des pièces et des autres éléments de preuve : articles 246 à 252 N.C.P.C.

Les articles 246 et ss. N.C.P.C. reprennent en grande partie les amendements qui ont été apportés au *Code de procédure civile* en 2003 avec l'adoption des articles 331.1 et ss. C.P.C. Quoiqu'il y ait certaines différences techniques, les modalités générales en ce qui concerne les délais et la communication des pièces demeurent sensiblement les mêmes. Le législateur prévoit notamment la communication des pièces dans les délais prévus par les parties dans le *protocole de l'instance* et donne le droit à une partie de demander à l'adversaire une copie de toute pièce ou l'accès à un élément de preuve. Il est possible de s'adresser au tribunal dans le cas où la demande de communication ou d'accès n'est pas satisfaite dans les dix (10) jours de la demande, comme c'est le cas avec le droit actuel.

L'article 248 N.C.P.C. prévoit, de façon similaire au droit actuel, que la partie qui entend invoquer un élément de preuve en sa possession à l'instruction doit le communiquer aux autres parties avec la déclaration qui accompagne la demande d'inscription, à moins que le protocole de l'instance ne le prévoit autrement. Il y a donc, de façon générale, toujours une possibilité pour les plaideurs de faire un dernier « tour d'horizon » au moment de la mise en état du dossier afin d'alléguer des pièces ou des éléments de preuve qui n'étaient pas allégués préalablement dans les procédures principales. Il est également prévu à l'alinéa 2 de l'article 248 N.C.P.C. que la partie qui omet de communiquer des éléments de preuve ne puisse les produire à l'instruction qu'avec l'autorisation du tribunal.

Comme c'est actuellement le cas, à moins que le tribunal n'en ordonne autrement ou que les pièces n'aient déjà été produites (à titre d'exemple dans le cadre d'une conférence préparatoire), les parties doivent produire les pièces à la

Cour dans les quinze (15) jours précédant le début de la date d'instruction (art. 250 N.C.P.C.). L'article 251 N.C.P.C. traite de la demande de communication d'un élément matériel ou de l'accès à celui-ci, ainsi que de la communication de documents en possession de tiers : on reprend essentiellement l'article 402 C.P.C. actuel, quoiqu'il faille souligner que ce type de demande pourrait se faire dorénavant avant défense, ce qui n'est pas permis par le droit actuel.

Chapitre IV – La constitution préalable de la preuve : articles 253 à 257 N.C.P.C.

Les articles 253 à 256 N.C.P.C. reprennent en grande partie le droit actuel (voir art. 438 et ss. C.P.C.). Une partie qui prévoit d'être partie à un litige qui n'est pas encore commencé et qui a des raisons de croire qu'une preuve se perdra ou deviendra difficile à présenter, ou bien qui voudrait interroger des témoins dont elle craint l'absence, le décès ou la défaillance peut demander à examiner la chose ou à interroger la personne pertinente. Le législateur innove cependant en ce qu'il affirme que cette démarche peut dorénavant se faire avec l'accord de l'intéressé (*i.e.* celui qui serait éventuellement le demandeur ou le défendeur) et, au besoin, avec l'autorisation du tribunal alors qu'auparavant l'autorisation du tribunal était requise (art. 439 C.P.C.). L'article 256 N.C.P.C. prévoit que, si une instance naît par la suite, la preuve ainsi constituée n'empêche pas les parties de citer comme témoins ou experts les personnes devant être à nouveau interrogées et n'empêche pas une partie de s'objecter à l'admissibilité définitive de la preuve ainsi recueillie.

L'article 257 N.C.P.C. permet explicitement à une partie à une instance (déjà commencée) d'interroger avant l'instruction, cette fois avec l'autorisation du tribunal, un témoin dont elle craint l'absence, le décès ou la défaillance. D'un point de vue statutaire, il s'agit de droit nouveau, quoique d'un point de vue pratique cette démarche se fasse déjà sous le droit actuel en vertu des articles 397 paragraphe 4 et 398 paragraphe 3 C.P.C.

Chapitre V – La contestation d'un élément de preuve : articles 258 à 263 N.C.P.C.

Les articles 258 à 260 N.C.P.C. traitent de la contestation d'un acte authentique. Il s'agit du cas où une partie désire déclarer faux un acte authentique qu'on entend utiliser à l'instruction. L'article 258 N.C.P.C. prévoit, comme le droit

actuel, que cette demande puisse être faite n'importe quand avant jugement, mais plus une fois que l'enquête est close, à moins que la partie n'ait eu connaissance plus tôt du faux.

L'article 259 N.C.P.C. prévoit qu'avant de soulever le faux il faille en aviser les autres parties et leur demander si elles entendent se servir ou non de l'acte contesté au procès. En effet, si elles décident de ne pas l'utiliser, le document est retiré et le débat est réglé. Si les autres parties indiquent leur intention de se servir de l'acte, la partie demande à la Cour, par voie de requête, de décider. Les motifs à l'appui de l'allégation de faux doivent être énoncés dans une déclaration sous serment notifiant l'ensemble des parties et l'officier public qui détient l'original de l'acte. L'article 260 régit le jugement qui sera alors rendu par la Cour.

L'article 262 traite de la contestation des autres documents et est sensiblement plus large que l'ancien Code. On se souviendra que l'article 89 C.P.C. prévoyait que la contestation de quatre (4) types de documents spécifiques devait être expressément alléguée et supportée par affidavit. Le droit nouveau impose cette obligation pour la contestation de « *tout document* ».

Chapitre VI – La reconnaissance de l'authenticité d'un élément de preuve : article 264 N.C.P.C.

Finalement, l'article 264 N.C.P.C. reprend essentiellement le processus de reconnaissance des documents qui se faisait anciennement sous l'article 403 C.P.C. Le langage est plus moderne et, selon nous, mieux formulé : alors que l'on demandait jadis à la partie adverse de reconnaître la véracité ou l'exactitude d'une pièce, l'on demande maintenant à ce qu'elle reconnaisse « *l'origine d'un document ou l'intégrité de l'information qu'il porte* ».

Le deuxième alinéa de l'article 264 N.C.P.C. prévoit la possibilité de notifier un tel avis « *au moins 30 jours avant l'instruction* », même avec de nouveaux documents. On peut se demander si cette disposition ne constituera pas une échappatoire afin de permettre aux parties de produire tardivement des documents qui n'auraient pas été produits dans les délais prévus à l'article 248 N.C.P.C. Nous verrons sans doute assez rapidement si les tribunaux décideront de poser des balises à ce sujet.

Août 2015

M^e Éric Oliver

M^e Christopher Atchison

Municonseil avocats inc.