

LE NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE ET LES RÉPERCUSSIONS DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION

Me Annie Bernard, Fasken Martineau DuMoulin

CONFÉRENCE 17 SEPTEMBRE 2015 / ABC-DIVISION QUÉBEC

INTRODUCTION

Il s'agit d'une première réforme majeure depuis 1966 pour le *Code de procédure civile* (Code), qui subit une cure de rajeunissement et d'amaigrissement, passant de 1 051 à 778 articles¹. L'entrée en vigueur de cette nouvelle mouture du Code, qui est prévue pour janvier 2016, suscite, chez la majorité des juristes, des questionnements et des inquiétudes. S'appuyant sur des principes de prévention et règlement des différends, d'accès à la justice, de proportionnalité et de respect de l'utilisation du système judiciaire, les praticiens de tous les domaines du droit devront être fin prêts et bien comprendre le nouvel environnement procédural dans lequel ils évolueront.

Les avocats du domaine de la construction ne seront pas épargnés et devront, eux aussi, s'adapter à la nouvelle réalité et devenir, notamment, des ambassadeurs des modes privés de prévention et de règlement des différends en prônant la collaboration et la coopération entre les divers clients, les adversaires et les autres intervenants.

Sans prétendre à l'exhaustivité, nous traiterons ici de certains changements importants et nous tenterons d'identifier quelques répercussions que le nouveau Code aura dans le domaine de la construction.

OBJECTIFS

Les objectifs qui sont visés par le législateur avec l'avènement du nouveau Code sont nombreux. Un des éléments préoccupants auquel on tente d'apporter des améliorations est l'accès à la justice. En effet, le nouveau Code tend à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile. Il vise également à simplifier et à moderniser la procédure civile, à réaffirmer le principe de la proportionnalité, à reconnaître que la mission du tribunal est de favoriser la conciliation des parties et d'assurer une saine gestion des instances, à sanctionner les abus de procédures et les retards indus et à affirmer l'existence des modes privés et volontaires de règlement à l'amiable. Ce dernier objectif est clairement au cœur de la réforme, étant omniprésent dans le nouveau Code. C'est d'ailleurs le premier point que nous verrons en détail.

LES SOLUTIONS DE RECHANGE AUX LITIGES ET LES RÉPERCUSSIONS ANTICIPÉES

¹ RLRQ, c. C-25.01.

Nous l'avons dit, le nouveau Code tend à favoriser les modes de règlement de rechange. Les premiers articles en traitent, ce qui confirme, selon nous, l'importance que les juristes devront y accorder. Nous assistons à l'introduction d'un protocole préjudiciaire : avant d'entreprendre des procédures devant les tribunaux, il faudra d'abord considérer les modes alternatifs de règlement. Et quels sont ces modes? Il s'agit de la négociation entre les parties, la médiation, l'arbitrage ou tout autre mode qui leur convient. La seule limite imposée semble être la créativité des parties ou de leurs avocats.

Cette obligation de considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement des litiges avant de s'adresser aux tribunaux ne comporte cependant pas de sanction en cas de défaut de s'y conformer. Il faudra se fier à la bonne foi des parties et de leurs avocats. Nous croyons qu'il pourra parfois être difficile de s'y plier dans la mesure où il arrive souvent que les parties ne deviennent disposées à régler leur différend que lorsqu'elles ont investi temps, énergie et argent. Il arrive en effet que les parties trouvent un terrain d'entente seulement quand le processus judiciaire est bien entamé et parfois la veille ou même pendant le procès. Le nouveau Code obligera donc les parties et leurs avocats à changer leur façon de voir les choses et à se mettre en mode « solution » plutôt qu'en mode « confrontation ».

Les parties devront indiquer dans le protocole de l'instance la considération qu'elles ont portée à recourir aux modes privés de prévention et de règlement des différends (art. 148). Le protocole sera ensuite examiné par le tribunal à la lumière des directives que le juge en chef établira pour assurer le respect des principes directeurs de la procédure (art. 150).

Malgré ce qui précède, les parties qui s'engagent dans une procédure de prévention et de règlement des différends le feront volontairement. Il ne saurait être question de forcer les parties à agir contre leur gré.

En matière de droit de la construction, nous notons que, bien souvent, les contrats comportent des clauses qui prévoient un mécanisme de règlement des différends qui surgissent en cours de projet. Dans ces cas, une « double » obligation sera créée.

L'article 3 du nouveau Code prévoit que les parties qui feront appel à un tiers pour les assister dans leur démarche ou pour trancher leur différend le choisiront de concert. Ce tiers devra être en mesure d'agir avec impartialité, diligence et selon les exigences de la bonne foi. Si le tiers agit bénévolement ou dans un but désintéressé, sa responsabilité ne sera engagée qu'en cas de faute lourde ou intentionnelle.

Sans surprise, le nouveau Code prévoit que, lorsque les parties empruntent la voie d'un mode alternatif de règlement, celles-ci et le tiers auront l'obligation de préserver la confidentialité de ce qui est dit, écrit ou fait dans le cours du processus, le tout sous réserve de leur entente sur le sujet ou des dispositions particulières de la loi (art. 4).

Pendant qu'elles tentent de régler leur litige, les parties pourront renoncer à la prescription acquise et au bénéfice du temps écoulé pour celle commencée ou convenir, dans un écrit qu'elles signent, de suspendre la prescription pour la durée de la procédure, sans que cette suspension excède six mois (art. 7). Cette dernière règle semble être contradictoire avec l'article 2884 du *Code civil du Québec*, qui prévoit que l'on ne peut convenir d'un délai de prescription autre que celui prévu par la loi. Seul l'avenir nous dira comment il faudra l'interpréter. Les parties

pourront également convenir de ne pas entreprendre de procédures pendant leur tentative de règlement, à moins que cela ne soit essentiel à la préservation de leurs droits.

Pour l'instant, il n'est pas possible de prédire avec exactitude comment les tribunaux mettront en application cet accent qui est placé sur les modes privés de prévention et de règlement des différends. Il faudra attendre les directives du juge en chef et la jurisprudence qui établira éventuellement le seuil de considération jugé acceptable en la matière.

Nous pouvons cependant affirmer que toute tentative de résoudre son différend par un mode privé sera inévitablement perçue favorablement par les tribunaux.

LE JUGE DANS SON RÔLE DE GESTION DE L'INSTANCE

Les juges possèdent déjà certains pouvoirs de gestion de l'instance et les exercent de plus en plus. C'est du moins ce que nous avons pu constater depuis les dernières années. Le nouveau Code leur en donne encore plus, transformant les juges, à certains égards, en véritables gestionnaires de dossiers. Les parties et leurs avocats devront eux aussi s'y préparer.

L'article 9 consacre qu'il fait partie de la mission des tribunaux de favoriser la conciliation des parties et d'assurer une saine gestion des instances.

Dans le nouveau Code, on s'éloigne de l'ancien « contrat judiciaire entre les parties » : le tribunal joue un rôle de gestion et de contrôle beaucoup plus important. Selon l'article 157, afin d'assurer le bon déroulement de l'instance, le juge en chef pourra d'office ordonner l'examen ou la gestion d'une affaire dès l'introduction de la demande, en raison de sa nature, son caractère ou sa complexité, et ce, avant même le dépôt du protocole de l'instance dont nous traiterons plus loin. Pour les mêmes motifs, le juge en chef pourra ordonner à tout moment – d'office ou sur demande – la gestion particulière de l'instance et en confier la charge au juge qu'il désigne. Il est permis de penser que ce genre de situation pourrait survenir fréquemment dans le cadre de litiges dans le domaine de la construction. En effet, ces litiges sont souvent longs et complexes, notamment en raison de leur caractère technique, du nombre de parties impliquées et de la très souvent volumineuse documentation qu'ils comportent.

L'article 158 instaure quant à lui une toute nouvelle gamme de pouvoirs de gestion. Entre autres, le tribunal pourra à tout moment – d'office ou sur demande - prendre des mesures propres à simplifier ou accélérer la procédure et à abrégé l'instruction, autoriser des déclarations pour valoir témoignage, fixer les modalités et le délai de communication des pièces et autres éléments de preuve entre les parties, inviter les parties à une conférence de gestion, une conférence de règlement à l'amiable ou à une médiation, évaluer l'objet et la pertinence des expertises et les motifs soulevés par les parties contre l'expertise commune, imposer aux parties une expertise commune, déterminer si des interrogatoires sont requis et en déterminer le nombre et la durée et déterminer si la défense sera orale ou écrite (l'oralité étant cependant la règle).

Force est de conclure que les pouvoirs du juge sont très étendus et que les parties ne seront plus nécessairement « maîtres de leur dossier » dans la mesure où elles pourront se voir imposer toutes sortes de mesures au cours de l'instance.

Dans le domaine de la construction – comme dans tous les domaines d’ailleurs –, l’avocat devra redoubler d’ardeur pour connaître de fond en comble son dossier dès le départ et mettre l’accent sur les questions et éléments pertinents et importants. L’avocat devra donc être très méticuleux dans la préparation et la tenue de son dossier. Les notions de diligence et de prévoyance seront, selon nous, réaffirmées de manière plus accrue dans la vie des praticiens du droit.

Le Code introduit une nouveauté en remplacement de l’actuelle entente sur le déroulement de l’instance, soit le protocole de l’instance. Les avocats devront se munir d’une boule de cristal et y prévoir une foule d’éléments concernant le déroulement du dossier et de ses différentes étapes, et ce, de façon beaucoup plus détaillée qu’auparavant. À titre d’exemple, voici quelques éléments nouveaux que le protocole de l’instance devra inclure : les conventions et les engagements entre les parties, les questions en litige, la considération portée aux modes privés de prévention et de règlement, les opérations à effectuer pour assurer le bon déroulement de l’instance et une évaluation du temps requis pour les accomplir, une évaluation des coûts prévisibles des frais de justice, une évaluation de l’opportunité de recourir à une conférence de règlement à l’amiable, une évaluation de l’opportunité de procéder à une ou plusieurs expertises et les motifs pour lesquels les parties ne procèdent pas par expertise commune, une évaluation de la nécessité de procéder à des interrogatoires préalables écrits ou oraux, une indication de la nécessité d’une éventuelle prolongation de délai et les modes de notification que les parties entendent utiliser.

Nous assisterons à la disparition de la présentation initiale de la requête introductive d’instance, qui deviendra d’ailleurs la demande introductive d’instance. À compter de l’entrée en vigueur du nouveau Code, le défendeur sera assigné avec un avis d’assignation joint à la demande avec une liste des pièces, l’informant qu’elles sont disponibles sur demande (art. 145). Le défendeur devra, dans les 15 jours qui suivent, répondre à cette demande formée contre lui. Différentes options s’offrent au défendeur en réponse à l’avis d’assignation; notamment, il peut y indiquer son intention de convenir du règlement de l’affaire, de contester et d’établir un protocole de l’instance ou de proposer une médiation ou une conférence de règlement à l’amiable. Le défendeur devra aussi indiquer le nom de son avocat s’il est représenté et leurs coordonnées respectives (art. 147).

Si l’on convient d’un protocole de l’instance, il doit être déposé au greffe dans les 45 jours suivant la signification de l’avis d’assignation. Le tribunal disposera de 20 jours pour l’examiner. Le protocole sera présumé accepté à moins que, dans ce délai, les parties ne soient convoquées à une conférence de gestion (art. 150).

Juges, avocats et parties devront raffiner leurs compétences de gestionnaires, mais aussi de visionnaires pour être en mesure de prévoir, avec le plus de précision possible, la progression d’un dossier et toutes les étapes qu’il comportera.

L’EXPERTISE

Pour celles et ceux qui pratiquent le droit de la construction, l’expertise fait certes partie de leur environnement de travail. En effet, rares sont les litiges de construction qui ne soulèvent pas de questions techniques qui requièrent l’éclairage d’un professionnel en la matière concernée. À titre d’exemple, citons : une expertise d’un ingénieur ou d’un architecte pour expliquer un défaut, une malfaçon, une déficience, une norme de construction ou encore des retards au chantier.

L'actuel code de procédure civile prévoit que chaque partie est libre de faire sa preuve à l'aide d'une expertise. Le rapport écrit est une condition préalable à l'admissibilité du témoignage de l'expert. Les pouvoirs d'intervention du juge quant à l'expertise sont relativement limités et celui-ci n'interviendra généralement que sur demande d'une des parties.

Le nouveau Code apporte de nombreux changements au titre des expertises et les avocats devront s'adapter à ce nouvel univers. Bien que le but de l'expertise (*i.e.* éclairer le tribunal et l'aider dans l'appréciation d'une preuve en faisant appel à une personne compétente dans la discipline ou la matière concernée) demeure inchangé, le juge, tel que nous l'avons déjà dit, disposera de pouvoirs accrus, notamment ceux d'évaluer l'objet et la pertinence de l'expertise, en établir les modalités ainsi que les coûts prévus et fixer un délai pour la remise du rapport. Ce rapport écrit vaudra témoignage (art. 293) : il devra être bref mais suffisamment détaillé et motivé pour que le tribunal soit lui-même en mesure d'apprécier les faits qu'il expose et le raisonnement qui en justifie les conclusions, tout en faisant mention de la méthode d'analyse qui a été retenue (art. 238). Si l'expert a recueilli des témoignages, ils seront joints au rapport et feront partie intégrante de la preuve. À l'instar de ce qui prévaut présentement, les conclusions de l'expert ne lieront pas le tribunal.

Le droit de contre-interroger l'expert subsistera (art. 294). Par contre, l'interrogatoire de l'expert ne sera possible que pour obtenir des précisions sur des points de son rapport ou son avis sur des éléments de preuve nouveaux ou encore pour d'autres fins, mais avec l'autorisation du tribunal.

Les parties devront se limiter à un seul expert par discipline ou matière, sauf exceptions (art. 232). Ces cas d'exception devront être autorisés par le tribunal et la partie qui fait une telle demande devra démontrer la complexité ou l'importance de l'affaire ou que le développement des connaissances dans la discipline ou la matière concernée le justifie.

Quant à l'expertise commune, bien qu'elle ne soit pas obligatoire à moins qu'un juge ne l'impose, elle sera fortement encouragée.

Tous ces changements sont source, à notre avis, de plusieurs défis pour les avocats, incluant ceux qui pratiquent dans le domaine de la construction. Nous voyons certains risques associés aux larges pouvoirs des tribunaux concernant l'encadrement des expertises et à la possibilité de se voir imposer l'expertise unique, notamment celui d'être limité dans la manière et la possibilité de faire sa preuve. De plus, cette façon de faire n'aura certainement pas comme conséquence la diminution des coûts. Les parties pourraient en effet être tentées d'engager « en coulisses » leur propre expert pour les aider à comprendre ou à valider les constats et conclusions de l'expert commun, assumant ainsi les coûts en double. Aussi, le fait que le rapport de l'expert vaudra témoignage et les limites à l'interrogatoire en chef de l'expert pourraient susciter certaines tentations : l'avocat pourrait être tenté d'intervenir dans la rédaction du rapport pour s'assurer que la simple lecture de celui-ci permette aisément au lecteur d'en saisir l'essence et les conclusions. Plus encore, la bonne compréhension du rapport de l'expert reposera sur la qualité de rédaction et sur la capacité du rédacteur à vulgariser par écrit la matière.

LES INTERROGATOIRES HORS COUR

En ce qui a trait aux interrogatoires hors cour, le protocole de l'instance devra notamment porter sur la nécessité d'y procéder. Tel que déjà mentionné, le tribunal pourra, à tout moment et d'office, déterminer si de tels interrogatoires sont requis et en restreindre le nombre et la durée.

Le nouveau Code amène de nouvelles restrictions quant aux interrogatoires hors Cour (art. 229). Aucun interrogatoire ne sera permis dans les affaires dont la valeur en litige est égale ou inférieure à 30 000 \$. Lorsque la valeur de l'affaire en litige est inférieure à 100 000 \$ (ou en matière familiale), l'interrogatoire ne pourra excéder trois heures, à moins que les parties ne conviennent de le prolonger à quatre heures. Dans les affaires dont la valeur en litige est égale ou supérieure à 100 000 \$, l'interrogatoire sera limité à cinq heures, à moins que les parties ne conviennent de le prolonger à sept heures. Toute prolongation supplémentaire nécessitera l'autorisation du tribunal. Les durées ci-haut mentionnées peuvent sembler très courtes pour des dossiers de construction complexes, lesquels comportent souvent une trame factuelle très chargée et un nombre impressionnant de pièces à son soutien. Nous imaginons que des difficultés liées aux interrogatoires pourront être soumises à l'appréciation du tribunal dès le départ, notamment à l'occasion de l'établissement du protocole de l'instance. Ainsi, les parties pourront tenter de régler à l'avance toute éventuelle embûche eu égard aux interrogatoires préalables.

À noter qu'en vertu de l'article 223, une partie pourra notifier à l'autre partie un interrogatoire écrit portant sur les faits se rapportant au litige et la sommer d'y répondre dans le délai qu'elle indique (délai qui ne pourra être de moins de 15 jours ni de plus de 1 mois). Une partie pourrait également, après en avoir informé l'autre partie, notifier un tel interrogatoire à une personne qui pourrait être interrogée. Le nouveau Code exige que les questions soient claires et précises, de manière à ce que l'absence de réponses puisse être interprétée comme une reconnaissance par la partie ou la personne interrogée des faits sur lesquels elle porte. Cet interrogatoire écrit et la réponse seront versés au dossier du tribunal par l'une ou l'autre des parties. Il sera donc indiqué pour l'avocat d'y penser à deux fois avant de procéder de la sorte puisqu'un interrogatoire écrit pourrait être déposé par la partie adverse. Nous croyons que cette façon de faire élimine en quelque sorte le caractère exploratoire de l'interrogatoire préalable.

Notons que les services d'un sténographe ne sont plus obligatoires pour recueillir les témoignages. Les parties pourraient choisir un mode d'enregistrement approprié qui permettrait d'assurer l'intégrité de la déposition. Cependant, la transcription d'un interrogatoire déposé au tribunal devra être effectuée par un sténographe officiel (art. 300).

D'autres changements sont introduits par le nouveau Code, et ce, concernant les objections (art. 228). Ces changements semblent s'inscrire dans le cadre d'une tendance déjà suivie par les tribunaux depuis quelques années. En fait, le témoin devra maintenant répondre à toutes les questions, sauf celles qui portent sur les droits fondamentaux ou qui soulèvent un intérêt légitime important. Le nouveau Code ne définit pas « intérêt légitime ». Nous croyons, par exemple, que la confidentialité d'une information ou d'un document pourrait constituer un tel intérêt. Le nouveau Code instaure la possibilité de soumettre les objections anticipées à un juge préalablement à la tenue de l'interrogatoire. Cette démarche pourrait cependant être parsemée d'obstacles dans la mesure où il est parfois difficile de prévoir de telles objections, mais aussi, de façon pratique, d'obtenir une date auprès du tribunal afin de tenir le débat sur les objections.

Les objections qui portent sur la pertinence n'empêcheront pas la poursuite de l'interrogatoire et le témoin sera tenu de répondre (art. 228). Ces objections sur la pertinence seront notées et

décidées lors de l'audience. Nous croyons que cette façon de faire pourrait ouvrir la porte aux expéditions à l'aveuglette et faire dévier inutilement le débat. Par contre, ces difficultés seront probablement contrées par le fait que la durée des interrogatoires sera limitée. L'avocat sera donc avisé de choisir les bonnes questions qu'il souhaite poser aux témoins et se concentrer sur les véritables enjeux du dossier.