

Le sort des honoraires extrajudiciaires

Adrian POPOVICI

Résumé

Depuis une douzaine d'années, les tribunaux de première instance accordent de plus en plus souvent des honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts. Il convient de bien distinguer les honoraires extrajudiciaires des honoraires judiciaires qui font partie des dépens et sont tarifés, taxables et modestes. Les honoraires extrajudiciaires sont normalement du ressort de la responsabilité du client à l'égard de son avocat.

Cette tendance fait fi de certains principes fondamentaux de notre système. Octroyer des honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts en dehors des cas d'abus caractérisé d'ordre procédural (par exemple contre une partie de mauvaise foi ou en cas d'atteinte à un droit fondamental) n'a pas de fondement juridique et, curieusement n'est pas avalisé par la Cour d'appel, qui a tenté à plusieurs reprises de mettre les pendules à l'heure, mais de façon plutôt ambiguë – de telle sorte que la jurisprudence des tribunaux inférieurs croit suivre les préceptes de la Cour d'appel.

L'affaire *Viel* (8 mai 2002) devrait rétablir l'orthodoxie. Mais il n'en reste pas moins que la pratique des tribunaux de première instance, basée sur l'équité, dénonce une carence de notre système d'administration de la justice, à laquelle il conviendrait de remédier.

L'examen du droit comparé nous enseigne que le sort des honoraires extrajudiciaires n'est pas une question mineure de procédure, mais reflète une conception plus globale de l'administration de la justice.

En conclusion, l'auteur est convaincu que le législateur devrait intervenir.

Le sort des honoraires extrajudiciaires

Adrian POPOVICI*

| | |
|---|-----|
| Introduction: une question d'actualité | 57 |
| I. Les frais de justice et les dépens | 59 |
| • Précisions de vocabulaire. | 60 |
| • La règle de la succombance. | 60 |
| • Les dérogations à la règle | 64 |
| • Le fondement de la condamnation aux dépens | 66 |
| • Le pouvoir discrétionnaire motivé du juge. | 68 |
| II. L'état chaotique du droit québécois: un passé révolu? | 71 |
| • L'abus de procédure. | 96 |
| • La bonne foi, la mauvaise foi, l'abus de droit, la faute | 98 |
| • Distinguer l'abus de procédure et l'abus de droit sur le fond | 103 |
| III. Les choix possibles (le droit comparé) | 107 |

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteur tient à remercier chaleureusement M^e Alexandre AJAMI, M^e Manon MONTPETIT et surtout Mariève LACROIX (sans laquelle l'auteur n'aurait pas pu mener son projet à terme) qui lui ont prêté assistance dans ses recherches alors qu'ils étaient étudiants.

| | |
|--------------------------------------|-----|
| 1) La tradition anglaise | 108 |
| 2) La tradition américaine | 113 |
| 3) Le droit français | 117 |
| CONCLUSION: LÉGIFÉRER. | 123 |

«Je perds ma cause avec dépens»
RACINE, *Les plaideurs*, I. 7

«N'a de convictions que celui qui n'a rien approfondi.»
CIORAN

On se souvient de l'affaire *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.* dans laquelle une jeune femme (dont la photographie, alors qu'elle se trouvait dans un endroit public, avait été publiée dans une revue culturelle, sans son consentement) a obtenu 2 000 \$ de dommages-intérêts pour atteinte illicite à sa vie privée, tant en Cour du Québec qu'en Cour d'appel et en Cour suprême¹.

Dans cette affaire, il appert que la «victime»² était admissible à l'aide juridique; cependant la question est posée: ne l'eût-elle point été, combien cela lui aurait-il coûté de frais d'avocat, non inclus dans les dépens, pour faire valoir son droit et obtenir une somme modique? Même si les *dépens* sont payés par la partie condamnée, il est vraisemblable que la partie sur le point de s'engager dans un procès pour faire reconnaître et sanctionner une atteinte à un de ses droits, fondamentaux ou non, se demande légitimement «qu'advient-il de ma famille, même si je gagne ma cause?», pour reprendre les mots qu'écrivait Gonzalve Doutré en 1869³. On sait que même la partie gagnante d'un procès condamnant le défendeur aux dépens doit honorer la facture des *honoraires extrajudiciaires* de son avocat, en général. La note peut être salée. Il est même des situations où la partie victorieuse peut se retrouver ruinée⁴. Faut-il voir là une injustice criante ou un frein certain au désir et même au droit de s'adresser aux tribunaux pour faire reconnaître ses droits?

Un autre bon exemple, même si modeste, qui illustre la question qui nous occupera dans cette étude, est *Hébert c. Banque*

1. *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1991] R.R.A. 421 (C.Q.); [1996] R.J.Q. 2137 (C.A.); [1998] 1 R.C.S. 591.
2. Nous sommes loin d'être persuadé de la justesse de l'argumentation (et du dispositif) de la Cour suprême, aussi peu de celle de la majorité que de celle de la minorité...
3. Gonzalve DOUTRE, *Les lois de la procédure civile dans la province de Québec*, vol. 2, Montréal, SÉNÉCAL, 1869, n° 522, p. 160.
4. Ou «appauvrie»: voir les remarques du juge Monet dans *Montreal Gazette Ltd. (The) c. Snyder*, [1983] C.A. 604, 613.

*Royale du Canada*⁵: le montant de dommages moraux est évalué par le juge à 1 000 \$, alors que les frais d'avocat sont chiffrés à 6 282 \$, dont 500 \$ sont inclus par le juge dans le montant des dommages-intérêts de la victime.

Notre jurisprudence a-t-elle trouvé un remède à ce qui peut sembler une anomalie de prime abord? Si l'on examine le jugement de la Cour supérieure dans *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*⁶, on pourrait le croire: les victimes⁷ d'une atteinte à la réputation et à la vie privée⁸ obtiennent, en sus des dépens, une somme de 196 311,54 \$ (somme réduite d'un tiers⁹). La motivation principale du juge tient dans cette phrase¹⁰:

La jurisprudence reconnaît maintenant le droit d'une personne lésée dans ses droits fondamentaux de réclamer les honoraires extrajudiciaires de son avocat lorsque ceux-ci ont été causés par la mauvaise foi de la partie défenderesse: on considère alors que ces honoraires sont des dommages causés directement par le fait de la partie adverse.

Une telle décision (même si infirmée tout récemment en appel) est loin d'être isolée. En fait, il existe depuis une dizaine d'années une *tendance* jurisprudentielle favorable à l'octroi de montants de dommages-intérêts destinés à compenser les débours d'une partie gagnante à titre d'honoraires extrajudiciaires de son avocat. Dans quels cas? Cet octroi est-il justifié *en droit*?

C'est l'objet de notre étude¹¹.

Cette nouvelle tendance jurisprudentielle peut-elle supplanter la solution traditionnelle en vertu de laquelle seuls les honoraires judiciaires *taxés* pouvaient être récupérés par la partie

5. [1996] R.R.A. 846 (C.Q.) (atteinte à la réputation et à la vie privée dans le cadre d'une vérification de crédit).
6. [2000] R.J.Q. 1787 (C.S.). La Cour d'appel, le 16 octobre 2002 (500-09-009773-003), a rejeté la demande d'octroi d'honoraires extrajudiciaires, avec la dissidence du juge Otis.
7. Il s'agit d'une personne physique et de la personne morale sous le nom de laquelle elle faisait affaire.
8. Sans entrer dans le fond de l'affaire, qu'il y ait eu atteinte à la vie privée, nous en doutons beaucoup.
9. Le juge a accordé, en sus, 50 000 \$ pour «le temps consacré [par la victime] à la préparation du dossier des plaintes», montants amputés d'un tiers imputable à la compagnie d'assurances appelée en garantie. *Ibid.*, 1830. Infirmé en appel.
10. *Ibid.*, 1828. Cf. *Lacroix c. Gazette inc. (La)*, J.E. 2001-832 (C.S.).
11. C'est une «question d'actualité»: *Lecours c. Desjardins*, J.E. 2002-1148 (C.A.), paragraphe 48.

victorieuse à titre de *dépens*? Pour éclairer l'examen du droit jurisprudentiel québécois sur la question, il convient, dans une perspective historique, de bien distinguer les frais judiciaires des frais extrajudiciaires et, en général, de préciser certains concepts et notions impliqués; il faudra rappeler les règles qui gouvernent le sort des dépens. Certains textes législatifs pourront nous guider. Ce sera l'objet d'une Première partie: *Les frais de justice et les dépens*.

Une photographie des solutions jurisprudentielles sur l'octroi des honoraires extrajudiciaires montrera une confusion qui frise le chaos. La jurisprudence évolue, de façon non linéaire bien sûr mais aussi de façon non rationnelle, nous semble-t-il. Notre Deuxième partie sera consacrée à *L'état chaotique du droit québécois*. S'il en est ainsi, il conviendrait de contribuer à remédier à cet état. Notre Cour d'appel, le 8 mai 2002, dans *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*¹², devrait avoir mis fin à ce que nous analyserons comme une hérésie juridique, à savoir l'octroi non justifié d'honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts. Les solides motifs exposés par le juge Rochon auront raison, nous l'espérons, de l'état chaotique du droit québécois. Le sujet mérite néanmoins une étude de fond plus poussée.

Il faut se rendre compte que le sort des honoraires extrajudiciaires dépend – à défaut d'intervention législative – de choix idéologiques, politiques au sens large: un éclairage de droit comparé nous permettra de faire un choix entre diverses solutions. Par exemple, si le vainqueur d'un procès en Angleterre peut récupérer presque tous ses débours de son avocat, aux États-Unis il n'a même pas droit à des honoraires judiciaires. Pourquoi? Quelle solution préférer? La Troisième partie s'intitule: *Les choix possibles (à la lumière du droit comparé)*.

I. LES FRAIS DE JUSTICE ET LES DÉPENS

L'idéal – et c'était l'idéal révolutionnaire – serait la gratuité absolue de la justice. Dans l'état actuel des choses, c'est une pure utopie. Plus précisément, on pourrait même parler d'une justice dispendieuse¹³.

12. J.E. 2002-937 (C.A.); [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.). Malgré quelques hésitations ou doutes, il semble bien que la Cour d'appel ait l'intention de suivre la jurisprudence *Viel: Quantz c. A.D.T. Canada Inc.*, 30.05.2002, J.E. 2002-1688 (C.A.); *Uni-Sélect Inc. Aktion Corp.*, [2002] A.Q. (Quicklaw) n° 3858 (C.A.Q.), 09.09.2002. *Société Radio-Canada c. Guitouni*, 16 octobre 2002 (500-09-010252-005).

13. Le *cost of justice* est une préoccupation qui a fait couler déjà beaucoup d'encre.

Précisions de vocabulaire

Les *frais de justice* sont définis par le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu comme l'«ensemble des frais de procédure exposés à l'occasion d'une instance judiciaire englobant, outre les dépens, tous les frais irrépétibles»¹⁴. Les *dépens* y sont définis comme la «partie des frais engendrés par le procès [...] que le gagnant peut se faire payer par le perdant [...]»¹⁵. Quant aux *frais irrépétibles* – expression non employée au Québec – il s'agit des «frais non compris dans les dépens (et qui ne peuvent donc être recouverts comme tels par le plaideur qui les a exposés, ex. honoraires d'avocat) [...]»¹⁶. Il faut mentionner tout de suite que le *Nouveau code de procédure civile* français, à l'article 700, accorde à la partie qui a gain de cause la possibilité d'obtenir une *indemnité* qui permet de répéter partie de ces frais «irrépétibles»! Nous y reviendrons¹⁷.

Ces définitions empruntées au droit français sont utiles surtout dans la mesure où c'est principalement le droit français qui a inspiré notre droit procédural législatif en la matière.

La règle de la succombance

La *règle de la succombance*, qui se retrouve à l'article 477 C.p.c.¹⁸, est la règle générale: «la partie qui succombe supporte les dépens», sujette à une certaine discrétion motivée du tribunal. Comme l'écrivait le juge Antonio Langlais en 1958, il s'agirait là d'un «principe général, suivi en Europe depuis des siècles et certainement au Canada depuis la fin du seizième [siècle]»¹⁹. C'est en tout cas la règle qui prévaut dans la tradition²⁰ depuis l'Ordonnance de 1667²¹ consacrant le principe du paiement des dépens par la partie qui succombe.

14. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd. revue et augmentée, coll. «Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française», Paris, P.U.F., 2000, p. 398, v^o *frais*.

15. *Ibid.*, p. 276, v^o *dépens*.

16. *Ibid.*, p. 482, v^o *irrépétible*.

17. *Infra*, p. 119.

18. Cf. art. 549 C.p.c. de 1897 et art. 478 C.p.c. de 1867.

19. Antonio LANGLAIS, «Tout pacte de payer les frais non taxables oblige-t-il le défendeur?», (1958) 18 *R. du B.* 245, 258.

20. Voir, en France, les textes de l'article 130 de l'ancien *C. pr. civ.* et l'article 696 du *Nouveau code de procédure civile*.

21. Il s'agit de «la célèbre Ordonnance de 1667, rendue par Louis XIV pour les Matières Civiles à St-Germain-en-Laye»: Yvette HERMANN, *Le fondement de la condamnation aux dépens en matière civile*, thèse pour le doctorat en droit, Aix-Marseille, Faculté de droit d'Aix, Université d'Aix-Marseille, 1942. C'est le titre 31 qui traite «Des dépens» et son article 1 est à la source de la règle de la succombance.

Sous le régime anglais, c'était le juge qui allouait les dépens à la partie victorieuse et les tarifs étaient fixés par la magistrature²². Le premier *Code de procédure civile* de 1867 réserve aux juges de la Cour supérieure le pouvoir de fixer le tarif des honoraires judiciaires des avocats. Depuis 1887 c'est au Barreau – à son conseil général²³ – après approbation du lieutenant-gouverneur en conseil²⁴ – que revient la tâche de fixer les tarifs des *honoraires judiciaires*²⁵.

En 1954, la *Loi du Barreau* d'alors²⁶ distinguait entre les honoraires judiciaires et les honoraires extrajudiciaires (c'est l'article 125 de la loi actuelle)²⁷. Ces derniers y sont décrits aujourd'hui de la façon suivante²⁸:

Les services justifiant des honoraires extrajudiciaires comprennent, entre autres, les vacations, les voyages, les avis, les consultations écrites et verbales, l'examen, la préparation, la rédaction, l'envoi, la remise de tout document, procédure ou dossier et généralement tous autres services requis d'un avocat.

Bien sûr, il faut ajouter les *frais* extrajudiciaires, comme certaines photocopies, par exemple, ou des appels interurbains²⁹, mais notre étude se limitera aux honoraires des avocats, en notant que les frais extrajudiciaires apparaissent la plupart du temps dans la facture d'honoraires professionnels. On peut affirmer que les dépens – *costs*, en anglais – sont les frais judiciaires et couvrent les débours et honoraires d'avocat *prévus au tarif*³⁰.

22. Il faut souligner que, dans la tradition anglaise, les tribunaux supérieurs avaient (et ont encore, dans une grande mesure) un pouvoir de type disciplinaire sur les professions juridiques, en particulier sur les *solicitors* (même en présence de tribunaux disciplinaires). Cf. Arthur CORDERY, *Cordery's Law Relating to Solicitors*, 8^e éd. par Frederic T. Horne, Londres, Butterworths, 1988, p. 311.
23. *An Act respecting the Bar of the Province of Quebec*, (1886) 49-50 Vict., c. 34, art. 96. C'est de l'article d'Antonio Langlais que nous tirons ces renseignements: A. LANGLAIS, *loc. cit.*, note 19, 257-259.
24. Sous le contrôle des juges en chef, dans le temps.
25. Aujourd'hui, on peut consulter Jean BERNIER, *Tarif des honoraires judiciaires des avocats*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1984 et Marc LÉGER et Marie-Claude DUBÉ, *Mémoire de frais: législation annotée*, Scarborough, Carswell, 1998; Marc LÉGER, *Mémoire de frais – Législation annotée*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002.
26. *Loi concernant le Barreau de la province de Québec*, (1953-54) 2-3 Eliz. II, c. 59, art. 9.
27. *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., c. B-1.
28. *Ibid.*, art. 126.
29. Voir, par exemple, *St-Adolphe d'Howard (Corp. mun. de) c. Labrèche*, J.E. 86-1094 (C.P.).
30. *Electro Aid Inc. c. Glenn's Bargain Stores Ltd.*, J.E. 81-972 (C.S.).

Il fut un temps, révolu depuis longtemps, où le montant des honoraires judiciaires et celui des honoraires extrajudiciaires coïncidaient, étaient comparables: il n'y a pas de commune mesure entre les deux catégories d'honoraires aujourd'hui. Il est intéressant de noter que nos tribunaux n'ont pas été toujours insensibles au sort de la partie qui obtient en droit gain de cause tout en s'obérant à l'égard de son avocat. La technique mise en lumière il y a une quarantaine d'années par M^e Marcel-G. Robitaille dans son article intitulé «Chiniquy, la diffamation et les dépens»³¹, particulièrement dans les affaires de diffamation, consistait à accorder les dépens d'une action de classe supérieure à celle qui correspondait au montant des dommages-intérêts de la condamnation. Une façon intéressante et astucieuse pour que la victime n'ait pas à déboursier à son avocat une somme dépassant de beaucoup celle qu'elle a obtenue en dommages-intérêts.

Même si la règle générale de l'article 477 C.p.c. est tempérée par la discrétion judiciaire motivée prévue dans la deuxième partie de l'article, il faut néanmoins souligner que certains textes vont au-delà de ladite règle générale qui limite les honoraires recouvrables aux honoraires judiciaires inclus dans les dépens³²;

31. Marcel-G. ROBITAILLE, «Chiniquy, la diffamation et les dépens», (1960) 20 *R. du B.* 130. Il faut dire que depuis, si les montants accordés aux victimes de diffamation ont augmenté, ceux des honoraires extrajudiciaires ont suivi la même tendance...
32. En tout premier lieu, il convient de citer l'article 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), c. S-26: «La Cour a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement des dépens des juridictions inférieures, y compris du tribunal de première instance, ainsi que des frais d'appel, en tout ou en partie, quelle que soit sa décision finale sur le fond.» Il s'agit là d'un pouvoir discrétionnaire, non contrôlé ni contrôlable, la Cour suprême étant suprême, qui fait fi de l'article 477 C.p.c. En ce qui concerne la Cour fédérale [*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106], le pouvoir discrétionnaire visé par la Règle 400(1) énumère certains facteurs à prendre en compte [400(3)] et donne le pouvoir d'adjuger le dépens sur «une base avocat-client» [400(6) (c)]. On peut aussi mentionner le pouvoir discrétionnaire dans la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, article 34(3), qui permettrait non seulement les frais et honoraires judiciaires mais les frais et honoraires extrajudiciaires: *Ateliers Tango argentin inc. c. Festival d'Espagne et d'Amérique latine inc.*, [1997] R.J.Q. 3030, 3047 (C.S.); *Cartes-en-ciel inc. c. Boutique Elfe inc.*, [1991] R.J.Q. 1775 (C.Q.); *Bioteau c. Communications Quebecor inc.*, B.E. 2000BE-1098 (C.Q.); *Céjibé Communication inc. c. Construction Cleary (1992) inc.*, J.E. 98-2071 (C.S.), appel rejeté, C.A. 2002-02-13, 500-09-007223-985; *Collection 45^e Parallel inc. c. Lemieux*, J.E. 99-2227 (C.Q.); *Lapierre Desmarais c. Amylitho inc.*, REJB 1999-10616 (C.Q.). À noter qu'en matière d'expropriation, une jurisprudence assez abondante considère que les honoraires extrajudiciaires peuvent faire partie des dommages réparables [*Loi sur l'expropriation*, L.R.Q., c. E-24]: *Shawinigan (Ville de) c. Duquette*, J.E. 98-1058 (C.A.); *Beauport (Ville de) c. Robitaille*, [2000] T.A.Q. 1174 (T.A.Q.); *Breton c. Société québécoise d'assainissement des eaux*, [2000] T.A.Q. 1209 (T.A.Q.); requête pour permission d'appeler accueillie:

indépendamment de la question de savoir si le mot «frais» employé par un article du Code civil³³ ou dans un contrat comprend les honoraires extrajudiciaires³⁴ – questions que nous laissons volontairement de côté³⁵. De côté aussi sera laissée la question de savoir ce que comprennent «les frais et dépens qui résultent des actions contre l'assuré» (art. 2503 C.c.Q.)³⁶.

-
- B.E. 2001BE-595 (C.A.); requête en révision judiciaire accueillie, 2001-01-26 (C.S. Beauce 350-05-000145-001); requête en rejet d'appel accueillie, 2001-04-30 (C.A.Q. 200-09-003490-015); *Société québécoise d'assainissement des eaux c. Corriveau*, [2001] T.A.Q. 397 (T.A.Q.); *Ma Baie inc. c. Rigaud (Municipalité de)*, T.A.Q.E. 2000AD-109.
33. On pense aux «frais de justice» de l'article 2651, al. 1 C.c.Q. (comme créance prioritaire) ou surtout aux «frais engagés» des articles 2667, 2761 et 2762 C.c.Q. (en matière d'hypothèque); ces derniers, déjà considérés comme suffisamment larges pour couvrir les honoraires extrajudiciaires – *164618 Canada inc. c. Compagnie Montréal Trust*, [1996] R.J.Q. 470 (C.S.); conf. [1998] R.J.Q. 2696 (C.A.); Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, n^o 4.31, p. 427; dans l'article 2762 C.c.Q., l'expression «frais engagés» comprend les frais extrajudiciaires: *Banque Hongkong du Canada c. Conner*, [1996] R.D.I. 245 (C.S.); 2001-05-31, AZ-01019580 (C.A.); dans *164618 Canada inc. c. Compagnie Montréal Trust*, précité, note 33, 2702, la Cour d'appel reconnaît qu'il y a une jurisprudence qui interprète restrictivement, conformément au droit ancien, mais préfère l'interprétation libérale (avec une dissidence), voir aussi *Paquette-Lebel c. Daigneault*, [1999] R.J.Q. 1439 (C.S.); *Société d'hypothèques C.I.B.C. c. Ducharme*, [1998] R.D.I. 663 (C.S.); *2950-8173 Québec inc. c. Investissements Ambassador inc.*, [1999] R.J.Q. 1399 (C.S.) – ont fait réagir le législateur qui a exclu les honoraires extrajudiciaires autant dans l'article 2667 C.c.Q. que dans l'article 2762 C.c.Q. Voir *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, Projet de loi 50, 2^e session, 36^e législature (Québec), article 12, ajoutant le texte suivant à l'article 2762 C.c.Q.: «[N]onobstant toute stipulation contraire, les frais engagés excluent les honoraires extrajudiciaires dus par le créancier pour des services professionnels qu'il a requis pour recouvrer le capital et les intérêts garantis par l'hypothèque ou pour conserver le bien grevé». En vigueur le 13 juin 2002.
34. La question demeure controversée de savoir si une clause permettant au créancier de réclamer les honoraires extrajudiciaires en cas d'inexécution est valide: voir Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. Pineau et S. Gaudet, Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^o 130, p. 275 et n^o 468, p. 795 et les références y citées; Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^o 852, p. 682. Voir *Grzywacz c. Robin Palin Public Relation Inc.*, J.E. 2001-732 (C.Q.).
35. Dans le *Code de procédure civile*, il ne faut pas confondre les «frais judiciaires» (art. 112 C.p.c.) avec les «frais de justice» (art. 615, 616, 714 C.p.c.). Voir aussi les articles 993 et 994 C.p.c. (petites créances) et l'article 1035(2) C.p.c.
36. Cf. Didier LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 350 et 351 et les références; *Tamper Corp. c. Kansa General Insurance Co.*, [1998] R.J.Q. 405 (C.A.) (cf. *infra* p. 93). *Beaulieu (Succession de) c. Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, B.E. 2000BE-1375 (C.S.), voir [1998] R.R.A. 685 (C.A.); *Maheu c. Lafond (Succession de)*, J.E. 98-1579 (C.S.); requête en rectification accueillie: B.E. 98BE-836 (C.S.); appel rejeté, 2001-05-09, AZ-01019604; *Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances c. Gagné*, [1998] R.R.A. 701 (C.A.).

Les dérogations à la règle

Il paraît opportun, à ce stade-ci de notre étude, d'examiner succinctement les *dérogations* prévues à l'article 477 C.p.c. à la règle générale du début de l'article³⁷:

a) *Le tribunal peut mitiger les dépens.* «Mitiger» veut dire *réduire*: techniquement une mitigation par le juge signifie que la partie qui succombe pourra être condamnée à payer des dépens d'un montant inférieur à celui prévu au *Tarif*³⁸.

b) *Le tribunal peut compenser les dépens.* C'est surtout le cas si «les parties succombent respectivement sur quelques chefs»³⁹. Il s'agit là d'une situation plus précise et d'application limitée⁴⁰...

c) *Le tribunal en ordonne autrement.* C'est la discrétion judiciaire. Il est loin d'être certain toutefois que cette discrétion permette au juge d'*aggraver* la condamnation à la dette des dépens. Notre tradition juridique permet d'envisager trois situations: 1. La partie victorieuse ne bénéficie pas des dépens; 2. La partie victorieuse est condamnée aux dépens; 3. C'est un tiers qui est condamné aux dépens.

1. Pas de dépens pour le gagnant. Le juge formule sa décision en terminant son jugement soit par les mots «sans frais»⁴¹ soit par les mots «chaque partie payant ses frais»⁴². On remarquera tout

37. Voir, en général, George S. CHALLIES, «Costs», dans Philippe FERLAND, *Traité sommaire et formulaire de procédure civile*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1962, p. 571 et s. Il n'est point indispensable pour la partie victorieuse de demander les dépens pour les obtenir. Les dérogations à la règle générale de la succombance de l'article 477 C.p.c. doivent être *motivées*, comme l'ordonne ledit article [cf. *Droit de la famille – 750*, [1990] R.D.F. 45 (C.A.)].

38. Cf. *Droit de la famille – 2743*, [1997] R.J.Q. 2134 (C.A.).

39. G. CORNU, *op. cit.*, note 14, p. 176, v^o *compensation*. Il s'agit d'une répartition des dépens entre divers plaideurs.

40. Parfois, il n'y a pas de partie gagnante. Pour un bel exemple récent où le juge accueille la demande et la demande reconventionnelle pour des montants identiques, opérant compensation, «chaque partie payant ses frais», voir *Dubois c. Bacon*, REJB 1998-05251 (C.S.).

41. Ne pas accorder les frais, *i.e.* «sans frais» est surtout la façon pour le tribunal de sanctionner la conduite procédurale répréhensible d'une partie, même victorieuse. La plupart du temps il s'agit de *punir* le coupable, mais la motivation peut aussi être basée sur des raisons d'équité. Voir G.S. CHALLIES, *loc. cit.*, note 37, 572-575. Voir, en général, Pierre LORTIE, «Le tout avec dépens!», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 143, *Développements récents en droit civil (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1 et s.

42. Lorsqu'une affaire est d'un intérêt général qui dépasse de beaucoup l'intérêt particulier des parties, le tribunal peut trouver équitable que chaque partie paie ses frais: par exemple, *Campisi c. P.G. du Québec*, [1978] C.A. 520. Parfois, il n'y a pas de partie «victorieuse»: il en est ainsi depuis l'introduction du divorce-remède, par exemple.

de suite qu'on n'utilise pas le mot «dépens» mais le mot «frais»: en cas d'accueil, il s'agit de «dépens»; en cas de refus de «frais»⁴³!

2. Les dépens doivent être payés par la partie victorieuse. Il s'agit de cas exceptionnels⁴⁴. On sanctionnera ainsi une agressivité procédurale non justifiée ou la *négligence* grossière du demandeur ou du défendeur⁴⁵.

3. Les dépens sont payés par un tiers. C'est le cas où le tribunal condamne un des procureurs à payer les dépens. Cette situation a fait l'objet de plusieurs études⁴⁶. Il s'agit manifestement de l'exercice du pouvoir inhérent⁴⁷. S'agit-il d'un pouvoir *disci-*

43. Voir, par exemple, *Droit de la famille – 2469*, [1996] R.J.Q. 1935, 1939 *in fine* (C.S.).

44. *Ellis c. Grimm*, [1959] B.R. 415.

45. *Banque Toronto-Dominion c. Côté*, J.E. 98-741 (C.S.).

46. Yves-Marie MORISSETTE, «L'initiative judiciaire vouée à l'échec et la responsabilité de l'avocat ou de son mandant», (1984) 44 *R. du B.* 397; André BIRON, «Chroniques. Les principes d'attribution des dépens en matière familiale et la condamnation personnelle de l'avocat aux frais», (1987) 47 *R. du B.* 147; Pierre BÉLANGER et Ruth VEILLEUX, «La responsabilité de l'avocat en matière de procédures civiles», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau (1994)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 831; Odette JOBIN-LABERGE, «Le plaideur téméraire: gradation des sanctions?», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 104, *Développements récents en déontologie et responsabilité professionnelle (1998)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 117; au Canada anglais: *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; Neil GOLD, «The Court's Authority to Award Costs against Lawyers», dans Eric GERTNER, *Studies in Civil Procedure*, Toronto, Butterworths, 1979, p. 57. Ajouter, tout récemment: Pierre BERNARD, «La responsabilité des avocats en matière de procédures abusives: une question complexe», (2002) 32 *R.D.U.S.* n° 2, 271 et Yves-Marie MORISSETTE, «Pathologie et thérapeutique du plaideur trop belliqueux», (2002) 32 *R.D.U.S.* n° 2, 251 et Yves-Marie MORISSETTE, «Abus de droit, quérulence et parties non représentées», à paraître dans la *Revue générale de droit* (2002).

47. Il serait vain ou inopportun de remettre en question le pouvoir inhérent d'une cour supérieure de condamner un procureur aux dépens: *Pacific Mobile Corp. c. Hunter Douglas Canada Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 842; *Pearl c. Gentra Canada Investments Inc.*, [1998] R.L. 581 (C.A.); *Droit de la famille – 1777*, [1994] R.J.Q. 1493 (C.A.), inf. [1993] R.J.Q. 1176 (C.S.). On peut même se demander si le *Code de procédure civile* ou une autre loi pourrait abroger ce pouvoir existant en 1867: *Three Rivers Boatman Ltd. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607; cf. *Equipements Rocbec inc. c. Ministre du Revenu national*, [1980] C.S. 1089; appels rejetés: [1981] C.A. 461; pourvoi à la C.S.C. rejeté, [1982] 1 R.C.S. 605. Il n'est pas inutile, cependant, de rappeler que le *Code de procédure civile* dispose du sort des dépens et que le *Code des professions* et la *Loi sur le Barreau* édictent des recours et des sanctions de type disciplinaire. Les cours supérieures conservent-elles chez nous le pouvoir disciplinaire parallèle des Cours supérieures anglaises? (cf. note 22, *supra*). Nous suivons le raisonnement du professeur Morissette dans sa pénétrante étude: voir Y.-M. MORISSETTE, «L'initiative judiciaire vouée à l'échec et la responsabilité de l'avocat ou de son mandant», *loc. cit.*, note 46, lorsqu'il doute qu'une interprétation, même libé-

plinaire visant à sanctionner une conduite répréhensible d'un avocat? D'une punition? Ou bien, d'une mesure de nature compensatoire, indemnistrice en raison de la faute personnelle caractérisée de l'avocat⁴⁸? ou bien d'une mesure hybride⁴⁹?

Le fondement de la condamnation aux dépens

Au fond, la grande question est celle de savoir quel est le FONDEMENT DE LA CONDAMNATION AUX DÉPENS, plus spécifiquement en DROIT QUÉBÉCOIS – tout en ayant à l'esprit que le droit procédural québécois est «mixte»⁵⁰ (le pouvoir inhérent mentionné ci-dessus étant précisément une des manifestations de l'influence du common law).

Techniquement, il suffirait d'affirmer que la base juridique de la condamnation aux dépens est simplement l'article 477

rale, de l'article 477 C.p.c. donne ce pouvoir en matière de dépens (même opinion de M^e Jobin-Laberge, O. JOBIN-LABERGE, *loc. cit.*, note 46, 126) même si la majorité de la Cour suprême dans *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, précité, note 1, 624, en *obiter*, estime que «le tribunal peut, néanmoins, aux termes de l'art. 477 ordonner que les dépens soient payés par le procureur personnellement, lorsqu'il s'est rendu coupable d'une conduite très répréhensible». Il est quand même symptomatique que les juridictions de common law ont pour le plupart senti la nécessité de *légiférer* sur le pouvoir inhérent de condamner l'avocat aux dépens. Il est paradoxal que dans notre droit *codifié* on donne pleine liberté aux tribunaux... Des décisions comme celles dans *L. c. G.*, [1982] C.S. 578 et *Droit de la famill – 2229*, J.E. 95-1400 (C.S.), infirmée en Cour d'appel le 17 mars 1997, où un juge ordonne à l'avocat de renoncer à tout honoraire nous semblent dépasser le cadre exceptionnel du pouvoir inhérent: cf. Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^o 1519, p. 918. Il s'agit là d'une question contractuelle à être réglée entre l'avocat et son client et éventuellement par le comité d'arbitrage des comptes ou par le juge d'un procès, le cas échéant, entre client et avocat.

48. Nous nous référons encore au même article du professeur Morissette qui conclut judicieusement ainsi: «[L']adjudication des dépens contre l'avocat se justifie sans doute lorsqu'elle vise un comportement répréhensible en soi et qui tient de l'outrage au tribunal. Elle se justifie fort mal lorsqu'elle vise l'objet même du litige et qu'elle se greffe sans autre forme de procès au jugement qui dispose du fond d'une affaire. Si l'usage s'en répand, il est à souhaiter qu'il s'entourera des garanties processuelles auxquelles ont droit tous les justiciables, y compris les avocats.» Y.M. MORISSETTE, «L'initiative judiciaire vouée à l'échec et la responsabilité de l'avocat et de son mandant», *loc. cit.*, note 46, 462. Au fond, mieux vaut légiférer dans un pays de droit écrit, comme dans d'autres provinces, pourtant de common law.
49. Le droit français qualifie de *frustratoires* (G. CORNU, *op. cit.*, note 14, p. 403, v^o *frustratoire*) les frais inutiles ou injustifiés, qui ont été engagés sans raison. Le *Nouveau code de procédure civile* français (art. 697) prévoit expressément que l'avocat qui a agi *en dehors de son mandat* est responsable des dépens afférents (voir aussi l'article 698 qui suit).
50. Voir *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743 et les autorités citées.

C.p.c., qui énonce la règle générale et justifie le pouvoir discrétionnaire d'y déroger. Cornu et Foyer, en 1958, écrivaient⁵¹: «[O]n ose à peine avancer que l'article 130 [C.p.c. fr.] est le seul fondement juridique de cette condamnation et qu'il se suffit à lui-même – toute condition de faute et même de préjudice lui est étrangère». La charge des dépens serait simplement une «obligation légale imposée au perdant pour des raisons d'équité»⁵². C'est simple. Peut-être trop simple.

En 1942 une thèse de la Faculté de droit d'Aix⁵³, étudiant tour à tour les diverses explications du *Fondement de la condamnation aux dépens en matière civile*, contenait les chapitres suivants:

- La condamnation fondée sur le contrat et le quasi-contrat [judiciaires]
- La condamnation fondée sur l'idée des dépens accessoires à la dette principale
- La condamnation fondée sur l'idée de risque
- La condamnation fondée sur l'obligation légale et l'équité
- La condamnation fondée sur la peine
- La condamnation fondée sur la faute délictuelle

L'auteur, quant à elle, se prononce «pour la théorie quasi-délictuelle»⁵⁴. La partie qui succombe aurait commis une négligence ou une imprudence en intentant le procès perdu ou en contestant la demande fondée⁵⁵.

Il nous est difficile d'admettre que ce soit une faute *en soi* que de s'adresser à la justice pour faire reconnaître un droit que le tribunal niera ou que de se défendre contre une demande que le tribunal accueillera. Bien sûr, des cas d'actions (ou de défenses)

51. Gérard CORNU et Jean FOYER, *Procédure civile*, Paris, P.U.F., 1958, p. 387.
52. René MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1949, n° 693, p. 531.
53. Y. HERMANN, *op. cit.*, note 21.
54. *Ibid.*, p. 154.
55. Il convient de rappeler qu'en droit québécois et en droit français, différemment du droit anglais et anglo-canadien (*cf. infra*, p. 108), les dépens ne couvrent pas toutes les dépenses engagées par la partie victorieuse et précisément excluent les honoraires extrajudiciaires.

téméraires, manifestement frivoles ou grossièrement mal fondées se présentent de temps en temps: on fera alors appel à l'*abus de droit* en matière de procédure, qui est un type de faute caractérisée. Mais justement, s'il n'y a pas abus, il y a un droit et l'exercice non abusif d'un droit (celui d'ester en justice) ne peut pas être considéré comme une faute. Notre Cour suprême, en 1962, l'a d'ailleurs clairement reconnu et exprimé: «[A]gir en justice, que ce soit en demande ou en défense, ne constitue pas une faute. C'est un droit»⁵⁶.

A fortiori, s'il n'y a même pas de délit ou de quasi-délit, on voit mal comment on pourrait baser la condamnation aux dépens sur l'idée de *peine*, de punition. L'idée de *risque*, défendue en particulier par Japiot⁵⁷, est probablement plus satisfaisante pour l'esprit juridique. Il n'en reste pas moins que, pour la partie victorieuse, l'octroi des dépens a un caractère indemnitaire! Indemniser, ne serait-ce que *partiellement*, une perte subie en raison du procès⁵⁸. Si l'on se place du côté de la partie qui succombe on peut y voir une «charge accessoire et contre-partie d'une initiative prise par un individu dans son propre intérêt»⁵⁹, plutôt qu'une peine ou une punition – un cas de responsabilité sans faute prévue par la loi, si l'on veut.

Le pouvoir discrétionnaire motivé du juge

Jusqu'ici ce n'est que le fondement de la règle *générale* qui a été recherché. L'énoncé du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 477 C.p.c. démontre que, au fond, ce n'est pas la victoire (ou la succombance) en soi qui est la source *unique* de la condam-

56. *Ville Saint-Laurent c. Marien*, [1962] R.C.S. 580, 586.

57. René JAPIOT, «Le fondement de la dette des dépens. Contribution à l'étude des tendances actuelles de la science de la procédure», *Rev. trim. dr. civ.* 1914. 523.

58. Il faut insister sur le caractère *indemnitaire* et non punitif de la dette des dépens: E. GARSONNET et Ch. CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, en justice de paix et devant les Conseils de Prud'hommes*, 3^e éd., vol. 3, Paris, Sirey, 1913, n^o 761, p. 520. Le traité des Mazeaud est catégorique: «[L]a condamnation aux dépens a un caractère indemnitaire. Il serait très imprudent, pourtant, d'y voir une simple application de l'article 1382. La partie qui succombe peut fort bien n'avoir pas commis de faute, de même d'ailleurs qu'un juge dont la décision est infirmée en appel. D'autre part, les dépens sont loin de compenser tout le préjudice que cause une action en justice. Si elle présente un caractère indemnitaire évident, la condamnation aux dépens ne peut donc être regardée que comme une conséquence légale de la succombance», Henri, Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., t. 3, vol. 1, Paris, Montchrestien, 1965, n^o 2430, p. 830.

59. R. JAPIOT, *loc. cit.*, note 57, 527.

nation aux dépens. Le tribunal utilise aussi les dépens pour PUNIR, pour sanctionner une conduite répréhensible. Une façon de punir est de refuser les dépens à la partie victorieuse⁶⁰. Plus sévère est la punition qui consiste à condamner la partie techniquement victorieuse aux dépens⁶¹. La vieille affaire *Nadeau c. St-Jacques* où la Cour d'appel sévit à l'encontre de la partie qui a émis des remarques désobligeantes à l'égard du juge de première instance en est un bon exemple⁶².

Le pouvoir discrétionnaire du juge, en outre, peut être exercé pour d'autres fins que de punir. Le sens de l'*équité* – cette vertu (?) – conduit à changer les règles du jeu pour des raisons humanitaires ou lorsque une action en justice a présenté un intérêt certain pour la collectivité.

Bref, la condamnation aux dépens a un caractère indemnitaire⁶³, exceptionnellement punitif. Elle se fonde sur l'article 477 C.p.c. Un caractère indemnitaire non nécessairement relié à une faute, mais qui peut être relié à une faute. S'il y a faute cependant, la règle de la réparation intégrale (*restitutio in integrum*) devrait logiquement s'appliquer et *c'est là que la question des honoraires extrajudiciaires entrera éventuellement en ligne de compte*⁶⁴.

Il faut souligner que le *Code de procédure civile* sous-entend que les dépens peuvent être adjugés pour tenir lieu de dommages-intérêts⁶⁵. Il semble alors que leur caractère *indemnitaire* soit reconnu, mais dans ce cas en relation avec une *faute* (de nature vraisemblablement procédurale): il s'agirait d'une des sanctions

60. Voir *supra*, p. 64.

61. L'article 696 du *Nouveau code de procédure civile* français prévoit aussi que la partie victorieuse peut être condamnée aux dépens par décision motivée, comme le faisait l'ancien article 130 depuis 1958. Cf. E. GARSONNET et Ch. CÉZAR-BRU, *op. cit.*, note 58, n° 770, p. 534.

62. *Nadeau c. St-Jacques*, (1884) M.L.R. 1 C.S. 302 (C. Rev.).

63. Même en common law les dépens ont un caractère avant tout indemnitaire. Voir Neil GOLD, «Controlling Procedural Abuses: the Role of Costs and Inherent Judicial Authority», (1977) 9 *Ott. L.R.* 44 (*an indemnity for the expense of litigating and also a species of punishment*).

64. Cf. *infra*, p. 77.

65. C'est l'argument que l'on peut tirer du libellé de l'article 548 C.p.c. en vertu duquel «L'exécution provisoire ne peut être ordonnée pour les dépens, quand même ils seraient adjugés pour tenir lieu de dommages-intérêts». Voir *Juneau c. Taillefer*, [1996] R.J.Q. 2219, 2227 (C.A.), approuvant la décision du juge de première instance: «[C]es dommages-intérêts dont parle l'article 548 C.p. sont les dépens que le Tribunal, tout en reconnaissant le droit de la partie gagnante, adjuge contre elle. Et, bien que les dépens accordés contre la partie gagnante puissent être considérés, sous l'article 548 C.p., comme des dommages-intérêts, ils demeurent néanmoins des dépens dont le montant est fixé en vertu du tarif.»

d'un abus de procédure⁶⁶. Ou bien, le cas visé pourrait être celui où un droit a été établi sans qu'aucun préjudice n'ait été prouvé...

Les dépens sont les dépens tarifés et taxables ou taxés et leur sort est prévu par le *Code de procédure civile*. Il y a longtemps que les dépens octroyés ne correspondaient plus aux dépenses effectuées par la partie victorieuse, en particulier en raison de l'inflation des honoraires extrajudiciaires⁶⁷. Cet inconvénient n'a pas laissé les tribunaux complètement insensibles. Il est vrai que l'utilisation de l'article 15 du *Tarif* – c'est-à-dire des *honoraires additionnels* – reste exceptionnelle et fort encadrée⁶⁸.

Historiquement, on peut mentionner la tendance jurisprudentielle minoritaire existant en droit québécois jusqu'en 1955⁶⁹ qui accordait des dommages-intérêts exemplaires. Il s'agissait là, au fond, d'un moyen indirect d'augmenter le montant des dommages-intérêts destinés à réparer un dommage moral. Les montants étaient, il est vrai, relativement modestes. En outre, certains juges n'hésitaient pas à tenir compte – implicitement et même parfois expressément – du compte des honoraires de la partie gagnante dans leur calcul des dommages *moraux*. C'est d'ailleurs ce que fait, en Cour d'appel, le juge Monet dans l'affaire *Montreal Gazette Ltd. (The) c. Snyder*⁷⁰ (infirmée en Cour suprême). Cet expédient nous semble avoir peu de base juridique, d'autant plus que les honoraires extrajudiciaires seraient, ou plutôt sont, des dommages *matériels*...

Par ailleurs, on peut se demander dans quelle mesure les juges ne tiennent pas compte – de façon *approximative et intuitive*

66. L'article 548 C.p.c. est la reproduction de l'article 137 de l'ancien *Code de procédure civile* français.

67. Cf. Jules DESCHÊNES, «De la timidité des tribunaux en matière d'honoraires d'avocats», (1962) 22 *R. du B.* 305.

68. Cf. *Banque canadienne impériale de commerce c. Aztec Iron Corp.*, [1978] C.S. 266, [1978] R.P. 385 (C.S.) (le juge Archambault énonce des principes encore suivis: M. LÉGER et M.-C. DUBÉ, *op. cit.*, note 25, p. 175 et s.).

69. *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834.

70. Précité, note 4, 617; cf. *Augustin c. Nation de l'Islam du Canada*, [2000] R.R.A. 930 (C.S.). Voir aussi *Falcon c. Cournoyer*, [2000] R.R.A. 130 (C.S.). Dans *Moi-sescu c. Garmaise*, [1993] R.R.A. 587, 590 (C.S.) (appels rejetés sur requête quant à l'intimé seulement, 1993-11-04, C.A.M. 500-09-001576-933 et 500-09-001577-931); requête pour autorisation de pourvoi à la C.S.C., rejetée, 1994-05-05 (23949), le juge, sans utiliser les mots «abus de droit», mais «plaideur téméraire» et «plaideur malicieux [ayant causé] des sévices judiciaires» accorde, sous le chef de dommages *moraux* des honoraires extrajudiciaires fixés arbitrairement. Voir aussi *Corrigan c. Montreal Urban Community*, [1980] C.S. 853, 860.

– des honoraires que la partie gagnante aura payés à son avocat quand ils accordent des dommages-intérêts pour «ennuis et inconvénients» ou «perte de temps»...

II. L'ÉTAT CHAOTIQUE DU DROIT QUÉBÉCOIS: UN PASSÉ RÉVOLU?

Il nous a paru adéquat d'exposer l'état du droit jurisprudentiel québécois, avec ses contradictions et ses tendances orthodoxes et hétérodoxes, en une série numérotée de propositions.

1) Il convient de bien distinguer entre *honoraires judiciaires*, compris dans les *dépens*, et les honoraires extrajudiciaires.

Si le juge est titulaire d'un pouvoir discrétionnaire, sujet à ce qu'il soit motivé, en matière d'octroi des DÉPENS, en vertu de l'article 477 C.p.c., ce n'est pas le cas en matière de *dommages-intérêts*, en particulier s'il s'agit de dommages matériels, qui sont carrément des débours: le juge est encadré par la loi et doit se soumettre au principe de la réparation intégrale. Il en est ainsi, du moins, en théorie.

2) Pour bien comprendre la différence entre les dépens et les dommages-intérêts il n'est pas inutile de faire une brève digression sur le sort des *frais d'expert*⁷¹.

Une tendance jurisprudentielle refusait d'accorder les frais d'experts à la demande, alors qu'une autre tendance les accordait, parfois partiellement. C'est l'affaire *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*⁷² qui faisait le point sur la question. Le juge Mayrand, approuvé par ses deux collègues, écrivait⁷³:

Il serait peut-être équitable de faire supporter par celui qui doit réparation les frais d'une expertise indispensable à l'évaluation du préjudice qu'il a causé. Ces frais sont souvent accordés en matière d'expropriation: *Isabelle c. Procureur général de la P.Q.* [[1953] B.R. 747], *La Ville des Trois-Rivières c. Desaulniers* [[1972] R.L. 330], voir cependant George S. CHALLIES [*The Law of Expropriation*, 2^e éd. 1963, p. 235 et s.].

71. Cf. Alicia SOLDEVILA, «La double nature des frais d'experts», dans Service de formation permanente, Barreau du Québec, vol. 127, *Développements récents en droit civil (1999)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 69.

72. [1974] C.A. 543.

73. *Ibid.*, 550.

Cependant, il faut reconnaître que la loi n'assure pas à toute victime une indemnisation entière et parfaite; celle-ci est en effet obligée de subir sans recours le préjudice qui n'est pas une suite directe et immédiate de la faute reprochée au défendeur. Les frais d'expertises médicales réclamés en cette cause sont-ils une suite directe et immédiate de la faute des défendeurs appelants? À première vue, on peut le penser (voir A. et R. NADEAU [*Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, 1971, n. 578 bis, p. 542] et J.-L. BAUDOUIN [*La responsabilité civile délictuelle*, Montréal, 1973, n. 135, p. 102] sur ce sujet). Je crois cependant qu'on ne peut accorder les frais d'expertises médicales faites pour renforcer la preuve au procès, parce que ces frais ne se rattachent pas à la cause des blessures d'une manière assez immédiate et directe: *Williams c. C.T.M. et Concreters Ready Mix Ltd.* [[1958] R.L. 247, 249]. Les dépenses occasionnées par ces expertises sont plutôt une conséquence du refus des défendeurs appelants d'exécuter volontairement leur obligation de réparer le préjudice causé. Pour punir un défendeur d'avoir obligé un demandeur à s'adresser aux tribunaux, la loi ne prévoit qu'une sanction: la condamnation aux dépens, c'est-à-dire aux frais d'avocats, déboursés de cour et taxes des témoins selon le tarif établi. Les frais extrajudiciaires, le temps perdu chez l'avocat ou à l'audience, les honoraires d'expertise et les dépenses accessoires, tel que le coût de déplacement auquel aucun plaideur ne peut se soustraire, le demandeur doit les supporter, sans recours contre le défendeur. La loi tient à ce point à assurer la liberté des justiciables de se défendre contre ceux qui les traduisent en justice qu'elle limite au montant des dépens taxables la réparation du préjudice découlant d'une contestation mal fondée.

La Cour suprême, sous la plume du juge Pigeon, a modifié le cours de la jurisprudence dans les termes suivants, infirmant la Cour d'appel⁷⁴:

Malgré la jurisprudence constante de la Cour d'appel depuis *Proulx c. Cité de Hull* [[1947] B.R. 135], je ne puis admettre que la victime d'un quasi-délit n'ait pas le droit de recouvrer comme dommages en résultant, les débours qu'elle a dû faire pour établir l'étendue du préjudice qu'elle a souffert. Le premier juge me paraît avoir exercé judicieusement sa discrétion en appréciant la preuve à ce sujet d'une façon qui n'est pas de nature à favoriser les abus redoutés par la Cour d'appel.

Ce que dit, *au fond*, le juge Pigeon c'est que les frais d'experts sont des dommages *recouvrables*, parce que «immédiats et directs».

Ce qui a surtout attiré l'attention des tribunaux a été depuis un quart de siècle la question de savoir si les frais d'experts pouvaient être taxés comme *dépens* ou faire partir les dommages-

74. *Hôpital Notre-Dame et Théoret c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605, 620.

intérêts. Depuis l'affaire *Massinon c. Ghys*⁷⁵, la Cour d'appel a établi que l'ensemble des frais d'experts (préparation, rapport, témoignage) pouvait être récupéré en tant que *dépens* et *non seulement en tant que dommages*⁷⁶, pourvu toujours qu'ils aient été *raisonnables* et *utiles à la solution du litige*⁷⁷.

Le grand avantage de qualifier les frais d'experts de *dépens* est de permettre au défendeur victorieux (et pas seulement au demandeur principal ou reconventionnel) de récupérer ses frais d'expertise. Il y a cependant d'autres différences qui doivent être soulignées, car elles ont leur importance:

- s'il s'agit de dépens, pas d'*exécution provisoire* possible: article 548 C.p.c.;
- s'il s'agit de dépens, les *intérêts* ne peuvent être calculés qu'à partir du jugement qui les octroie (article 481 C.p.c.) et l'indemnité additionnelle de l'article 1619 C.c.Q. ne s'applique pas⁷⁸;
- s'il s'agit de dépens, le juge a le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 477 C.p.c.

Précisément, les frais d'experts accordés en tant que dommages-intérêts doivent réparer *intégralement* le préjudice immédiat et direct subi par le demandeur. Le juge alors n'est pas titulaire d'un *pouvoir discrétionnaire* aussi souple. Il possède néanmoins, dans les faits, le pouvoir de décréter que certains débours ne sont pas immédiats et directs, et donc non recouvrables.

Si, par exemple, la victime d'un dommage corporel utilise les services d'un nombre d'experts estimé trop élevé (sans nécessité, ni même utilité) ou produit des rapports d'expert non pertinents, on admet sans peine que le juge n'inclura pas ces montants d'expertise dans les dommages-intérêts. Il se justifiera vraisemblablement en exprimant que ces frais étaient «inutiles» ou «déraisonnables». Mais ce ne peut être en raison de la règle de minimisation des dommages de l'article 1479 C.c.Q. Ce n'est pas un cas où la victime aurait aggravé son préjudice par sa faute,

75. [1998] J.E. 98-1195 (C.A.).

76. Cf. A. SOLDEVILA, *loc. cit.*, note 71, 69.

77. Cf. J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 47, n° 231 et s., p. 164 et s.

78. *Ranalli c. Motel du Vallon Canada Ltée*, [1984] C.S. 296, 303; *Boulianne c. Commission des écoles catholiques de Québec*, [1997] R.J.Q. 2792, 2799-2801 (C.S.).

pour la raison très simple que les montants superflus ne feront pas partie du préjudice réparable, parce que non immédiats ni directs.

Nous reviendrons plus directement sur cette question du caractère immédiat et direct des honoraires extrajudiciaires réclamés comme chefs de dommages, suite au préjudice subi⁷⁹.

3) La tendance traditionnelle était catégorique et elle a été réitérée en 1998 par la Cour suprême: les honoraires extrajudiciaires ne peuvent être accordés à titre de *dépens*.

Cette approche était bien ancrée dans le passé jurisprudentiel⁸⁰. Certains jugements sont très explicites⁸¹.

79. Voir *infra*, p. 121.

80. La motivation fréquente est que les honoraires extrajudiciaires sont des *dommages* et des *dommages indirects*: *Mitchell c. Québec (Procureur général)*, [1995] R.J.Q. 1835 (C.S.) se référant à *Payette c. Beaulieu*, [1994] R.R.A. 267, 275 et 276 (C.S.); 2752-9577 *Québec inc. c. Syndicat des travailleuses et travailleurs de Épiceries unis Métro-Richelieu*, J.E. 93-1591 (C.Q.); *Rouillier c. Chesnay*, [1993] R.R.A. 528, 544 (C.S.); *Coalition des citoyens et citoyennes du val St-François c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 511 (C.S.). C'est un dommage indirect, inhérent à toute poursuite judiciaire: *Collège d'enseignement général et professionnel François-Xavier-Garneau c. Logiciels Davos ltée*, [1996] R.R.A. 370, 375 (C.S.); *Hade c. Dumont*, J.E. 95-1493 (C.S.) (pourtant sur une affaire de diffamation); *Rouillier c. Chesnay*, précité, note 80, 543. Voir aussi *Syndicat de la copropriété Le Bourdages c. Fortin*, J.E. 2000-1253 (C.S.); *Arbour c. Presse ltée (La)*, B.E. 99BE-529 (C.S.); *Fortin c. Société en commandite commerciale Lévis*, J.E. 98-663 (C.S.); *Elbaz c. Harbilus*, B.E. 2000BE-324 (C.Q.).

81. Il convient ici de fournir un large extrait d'une décision du Tribunal de l'expropriation, dans laquelle le juge Savard refuse le remboursement des honoraires extrajudiciaires en se justifiant de la façon suivante: *St-Laurent (Ville de) c. Industrial Glass Co.*, [1974] 2 R.J.T.E. 65, 70-72 (voir aussi *P.G. du Québec c. Dutil*, [1983] T.E. 189, 200): «En conclusion, on peut avancer que les frais judiciaires font partie des dépens et qu'ils comprennent la somme des honoraires que l'avocat peut exiger de la partie perdante pour chacun des gestes qu'il a posés devant le tribunal et qui sont enregistrés dans le dossier de la cause. Maintenant, qu'en est-il des frais extrajudiciaires? Ces frais sont, dans une certaine mesure, laissés à la discrétion de l'avocat. L'article 126 de la loi du Barreau nous en donne la définition:

Les services justifiant des honoraires extrajudiciaires comprennent, entre autres, les vacations, les voyages, les avis, les consultations écrites et verbales, l'examen, la préparation, la rédaction, l'envoi, la remise de tout document, procédure ou dossier et généralement tous autres services requis d'un avocat.

Aussi l'article 1 m) de cette même loi définit:

Frais extrajudiciaires: les honoraires ou frais, prévus au tarif ou non, qu'un avocat peut exiger pour des services professionnels ou en sus des frais judiciaires, et qui découlent de l'exercice de la profession d'avocat;

À la différence des frais judiciaires, les frais extrajudiciaires ne nécessitent pas un geste devant le tribunal. Ils ne sont pas fixes et varient selon l'expérience, le

Les seuls honoraires d'avocat que la partie perdante peut être condamnée à payer sont ceux prévus par le *Tarif* (y compris, dans les cas qui le justifient, les honoraires «additionnels») et ce

temps consacré à l'affaire, la difficulté du problème soumis, l'importance de l'affaire et la responsabilité assumée (Règlement du Barreau, art. 79).

Les frais extrajudiciaires font-ils partie des dépens? À cause surtout de cette discrétion que possède l'avocat de fixer le montant de ses frais, les tribunaux ne les ont jamais inclus dans les dépens. C'est l'intérêt public qui est ici en jeu: la partie perdante à qui incombe le fardeau des dépens ne doit pas faire l'objet d'exploitation de la part de l'avocat de l'autre partie. Nous croyons que c'est dans cet esprit que le législateur a exigé que le tarif des frais judiciaires, exigibles de la partie perdante, soit soumis à son approbation.

Le juge Gagnon de la Cour d'appel a bien rendu l'esprit de cette situation:

C'est au départ, le tarif détaillé approuvé par le lieutenant-gouverneur en conseil qui fixe le montant des honoraires que la partie condamnée aux dépens doit payer à l'autre et, de façon générale, il est juste que la partie qui s'engage dans un procès sache à quels frais judiciaires elle s'expose. (*Lévesque c. Faguy* [[1973] R.P. pp. 150-152 (C.A.)]).

Dans une étude élaborée et exhaustive des dépens [(1958) 18 *R. du B.* 245, pp. 245 à 264] le juge Antonio Langlais démontre qu'il est d'intérêt public que la partie perdante ne soit tenue de payer que les frais judiciaires:

À chaque pas de cette législation longue de presque deux siècles, on ne peut s'empêcher de remarquer le soin, le souci constant du législateur de garder dans de justes mesures et sous l'autorité des juges puis du gouvernement les frais payables par la partie perdante et particulièrement quand il s'agit de la perception des créances.

Pendant longtemps le législateur conserva le pouvoir d'en fixer le quantum, il le concéda aux juges pendant une période. Plus tard, il le reprit des mains des juges pour le confier à l'exécutif. Plus tard encore, il le confia, quant aux honoraires des avocats entrant en taxation contre la partie perdante, au Barreau lui-même, mais exigeant toujours son approbation des tarifs avant qu'ils entrent en vigueur. Plus tard encore, il distingua entre les frais judiciaires et extrajudiciaires, confia ceux-ci entièrement à l'autorité du Barreau, mais quant à ceux qui doivent être à la charge du défendeur, il dit au Barreau: préparez les tarifs, mais je garde le droit de les approuver pour qu'ils deviennent en force.

Le juge Antonio Langlais en vient donc à la conclusion que ce sont des considérations d'ordre public qui ont poussé le législateur à ne pas inclure les frais extrajudiciaires dans les dépens qui sont à la charge de la partie perdante:

1. La politique législative, depuis le début de la colonie, a toujours manifesté le souci de rendre le moins lourd possible le fardeau du défendeur qui succombe;
2. Notre législation permanente précise que les frais exigibles du défendeur ne peuvent être autres que les frais taxables déterminés d'après un tarif approuvé par l'exécutif;
3. On peut affirmer que cette législation est ainsi faite à l'avantage de la communauté.

Dans la cause *La Caisse populaire de l'Université Laval c. Marois* [[1970] R.P. 408-412], le juge Raymond Beaudet avance que si la partie perdante était tenue à payer les frais extrajudiciaires de la partie adverse, elle pourrait être appelée à payer des frais extrajudiciaires élevés, selon la générosité du client envers son avocat. Il en arrive donc à la conclusion suivante:

aucune fissure ne permet de contrecarrer la volonté du législateur limitant à ceux fixés par le tarif, les frais qui peuvent être recouverts de la partie adverse.

sont les honoraires judiciaires. La raison principale est un argument de texte: le *Code de procédure civile* couvre la matière et il ne serait pas justifié d'aller au-delà du Code⁸². C'est l'essence de l'arrêt rendu par la Cour d'appel en 1988 dans **Kowarsky c. P.G. du Québec**⁸³: il n'est pas question d'accorder à une partie des frais «avocat-client»⁸⁴ au lieu ou en sus des dépens traditionnels. Le juge Gendreau écrit⁸⁵:

La difficulté, c'est qu'au Québec, le droit est codifié. Le *Code de procédure civile* prévoit la condamnation aux dépens (art. 477, 519 et 522 C.P.) qui sont établis suivant le Tarif (art. 480 C.P.). Or, comme tel, le Tarif ne donne ouverture à aucune forme de réclamation de frais extrajudiciaires qui sont seuls acquis aux avocats (art. 125 de la *Loi sur le Barreau*).

Cette approche reçoit l'approbation de la majorité de la Cour suprême dans la fameuse affaire *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*⁸⁶:

L'intimée demande que les appelants soient condamnés non seulement aux dépens, mais également aux honoraires, ou dépens entre procureur et client. Au Québec, l'attribution des dépens est régie de façon exhaustive par le *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, et les divers tarifs. Voir *Kowarsky c. Procureur général du Québec*, [1988] R.D.J. 339 (C.A.). Ceux-ci reconnaissent au juge un pouvoir discrétionnaire en matière de dépens additionnels.

[...]

Même s'il était reconnu qu'il s'agit ici d'une cause-type, nous ne croyons pas qu'il serait approprié d'accorder des dépens additionnels. Nous tenons cependant à préciser que nous rejetons aussi la

Le jugement de l'arrêt *Posluns c. Berke et un Autre*, [1968] C.S. 255, conclut aussi que le demandeur n'a pas le droit de réclamer des frais d'avocat extrajudiciaires, même dans le cas où une convention à ce sujet aurait été signée par les deux parties en cause.»

Le Tribunal est d'avis que, selon la législation, la doctrine et la jurisprudence, les dépens, qui sont à la charge de la partie perdante, comprennent les frais de cour et les frais judiciaires, mais excluent les frais extrajudiciaires.

82. On peut comparer ce raisonnement avec celui, similaire, de la Cour d'appel en matière de *forum non conveniens*, avant les changements législatifs, dans *Aberman c. Solomon*, [1986] R.D.J. 385, 391 et 392 (C.A.); voir la critique de Paul NORMANDIN, «Les pouvoirs inhérents de la Cour supérieure et la doctrine «forum non conveniens»», (1987) 47 *R. du B.* 469. Voir aussi le raisonnement du juge LeBel, au nom de la Cour suprême, dans *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, précité, note 50.
83. [1988] R.D.J. 339 (C.A.). À noter que la Cour d'appel, dans *Juneau c. Taillefer*, précité, note 65, approuve l'opinion du juge Gendreau dans *Kowarsky*, à la page 2227 (juge en chef Michaud).
84. Sur cette notion de common law, voir *infra*, p. 109.
85. *Kowarsky c. P.G. du Québec*, précité, note 83, 342 et 343.
86. Précité, note 1, 623-625.

position de l'appelante concernant la nécessité d'inclure les dépens additionnels dans la réclamation de dommages et intérêts. Cette approche serait tout à fait contraire aux dispositions de l'art. 477 C.p.c. Il faut aussi noter que, dans le cas présent, les dépens ne peuvent pas être considérés comme découlant directement de la violation de la *Charte* québécoise.

Il semble clair que dépens et dommages-intérêts doivent être distingués et que les honoraires extrajudiciaires ne font pas partie des dépens. Si c'était le cas, pouvons-nous ajouter, il n'y aurait plus beaucoup de motifs de distinguer, lors d'un litige, les honoraires judiciaires des honoraires extrajudiciaires. Non seulement une partie ne peut faire inclure les honoraires extrajudiciaires dans les dépens, mais le tribunal, lui-même, ne peut les inclure dans les dépens auquel il condamne. Les dépens sont tarifés.

4) Traditionnellement, les honoraires extrajudiciaires ne pouvaient non plus être accordés à titre de *dommages-intérêts*. Le demandeur ne pouvait pas normalement les obtenir dans l'instance pour laquelle ou dans laquelle ils ont été déboursés ou étaient dus.

Maintenant qu'il a été établi que les honoraires extrajudiciaires ne peuvent être accordés à titre de dépens – *sauf si un texte législatif le permet*⁸⁷ et *sauf s'il y a convention entre les parties à cet effet*⁸⁸ – en vertu du droit judiciaire commun, il faut s'interroger sur la question de savoir s'ils peuvent être accordés à titre de DOMMAGES-INTÉRÊTS et, pour être plus précis, sous le chef de dommages matériels.

Déjà en 1886 le demandeur, dans une affaire de rupture de contrat, s'était fait refuser, comme partie du dommage subi, les honoraires payés à son avocat. Les remarques suivantes du juge Cross, au nom de la cour du Banc de la Reine méritent d'être reproduites⁸⁹:

87. Voir note 32, *supra*. L'interprétation jurisprudentielle de l'article 242(4) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44, accorde les honoraires extrajudiciaires comme «honoraires légaux», parfois même sur la base avocat-client: *167806 Canada Inc. c. Ain & Zakuta (Canada) Inc.*, J.E. 96-1758 (C.S.); *Grace c. Martineau, Provencher & Associates Ltd.*, J.E. 98-896; appel principal accueilli avec dissidence et appel incident rejeté avec dissidence, [2001] R.J.Q. 2414 (C.A.); *Chorémis c. Recine*, J.E. 2000-1282 (C.S.); *Deveaux c. Cognata*, J.E. 2000-903 (C.S.); *Leblanc c. Fertek inc.*, [2000] R.J.Q. 2921 (C.S.).

88. Voir note 34, *supra*. *P.G. Productions inc. c. Intégral Vidéos inc.*, [1996] R.J.Q. 675, 681-684 (C.S.).

89. *Cox c. Turner*, (1886) M.L.R. 2 B.R. 278, 283.

A demand of quite a novel character is, however, set up in this case, viz., the allowance of a counsel fee for giving advice to the appellant. We are not disposed to allow this charge. The courts are continually pressed to allow extraneous charges, and if such demands were not resisted, the costs of litigation would rapidly become even more ruinous than they already have the reputation of being. Every subject is supposed to be bound to know the law for himself, and if he thinks it prudent to be advised on what is legally an obligation of his own, he indulges in a luxury he is legally and, I presume, fairly bound to put to his own charge.

Un siècle plus tard, en 1985, le juge Orville Frenette, dans *Blanchet c. Corneau*⁹⁰, écrit:

Les dommages matériels

Dans ce dossier les seuls dommages de ce genre pourraient être de la somme de 5 000 \$ que les demandeurs ont avancée à leurs procureurs afin de payer le coût des honoraires et déboursés nécessaires pour entreprendre ce litige.

Ils soutiennent que ce montant constitue un dommage matériel qu'ils ont le droit de recouvrer des défendeurs. Je ne puis accepter cette proposition car la seule sanction que je connaisse résultant de l'obligation d'intenter des procédures judiciaires pour faire respecter ses droits, c'est la condamnation aux dépens et aux intérêts sur la somme accordée plus l'indemnité additionnelle qui peut être accordée en vertu des articles 1056c et 1078.1 du Code civil [*Montréal Gazette Ltd. c. Snyder*, [1983] C.A. 604, 616].

La seule exception que je connaisse est celle résultant de dénonciations ou d'arrestations téméraires ou malicieuses, où les frais d'avocats encourus pour se défendre contre ces accusations et se faire acquitter, peuvent être recouverts du dénonciateur [André Nadeau et Richard Nadeau, *op. cit.*, *supra*, note 7, p. 247].

Il résulte que dans le présent litige les honoraires avancés aux procureurs des demandeurs ne peuvent être réclamés à titre de dommages-intérêts.

On notera que le juge Frenette ne motive pas vraiment sa position. Il aurait pu, par exemple, faire ressortir qu'il s'agit là de dommages qui ne sont pas immédiats et directs... Il n'en reste pas moins qu'il exprime en gros l'état du droit tel qu'il ressort de la tradition juridique québécoise.

Par ailleurs, l'«exception» qu'il mentionne doit être élargie: les honoraires extrajudiciaires engagés pour se défendre contre un *abus de procédure* (au sens large) sont clairement et indubita-

90. [1985] C.S. 299, 306 et 307.

blement une conséquence directe et immédiate de cet abus. Il ne s'agit pas vraiment d'une «exception» en raison du caractère immédiat et direct du préjudice subi... L'«exception» étant précisée, la règle générale traditionnelle se maintient: on ne peut recouvrer en principe dans une instance les frais d'avocat engagés *dans cette instance*, comme dommages-intérêts.

5) Les honoraires déboursés (ou dus) en raison d'un abus de procédure dans une action A (antérieure) peuvent être recouverts comme dommages-intérêts dans une action B (postérieure) en responsabilité civile fondée sur cet abus, par le demandeur ou le défendeur dans ces deux actions.

C'est d'ailleurs ce que la Cour d'appel rappelle dans l'affaire *Kowarski c. P.G. du Québec*⁹¹:

Il va de soi qu'une partie, si elle croit avoir été victime d'un dommage par l'abus de procédures judiciaires, peut rechercher son adversaire en responsabilité et obtenir compensation.

Ce recours s'exercera comme tout autre par action logée devant le tribunal de première instance compétent; plus tard, peut-être un pourvoi sera soumis à l'attention de notre Cour.

Parmi les premières décisions, certaines portaient sur des demandes de remboursement des honoraires de l'avocat qui représentait la victime ou plutôt les proches de la victime lors d'une enquête du *coroner*. Il s'agissait de savoir si ces dépenses pourraient faire partie des dommages-intérêts recouvrables par le demandeur. L'attitude initiale des tribunaux a été de rejeter une telle demande, car il ne s'agissait pas «de dépenses ou de dommages qui soient une suite immédiate et directe de la mort du fils du demandeur»⁹²; il ne s'agit pas d'honoraires ou de débours «taxables»⁹³.

Il semble cependant que des honoraires de l'avocat assistant à une enquête du *coroner* ont été octroyés comme dépenses dans l'affaire *Chartier* en Cour suprême⁹⁴. Le demandeur a été arrêté, détenu et inculpé pour homicide involontaire à la suite du verdict

91. Précité, note 83, 343; voir, par exemple, *Théberge c. Équipe d'inventaire C.V. inc.*, [1994] R.R.A. 955 (C.S.) ou *Victor Parent inc. c. Compagnie Fondation du Canada ltée*, [1996] R.R.A. 738 (C.S.).

92. *Montreal Tramways Company c. Crépeau*, (1923) 35 B.R. 102; cf. *Jasmin c. Dubé*, [1973] C.A. 1091.

93. *McAthey c. Redpath*, [1931] C.S. 26; voir aussi *Jeffrey c. Canadian National Rlys Co.*, [1954] R.P. 409 (C.S.).

94. *Chartier c. P.G. du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474. Voir, par analogie, *Spector c. Brott*, [1992] R.R.A. 921 (C.S.), *contra*: *Jasmin c. Dubé*, précité, note 92.

d'un coroner qui l'a tenu erronément criminellement responsable de la mort d'une personne. Justement celui qui doit se défendre – et payer des honoraires à cette fin – contre une accusation téméraire et injustifiée peut récupérer les honoraires payés à son avocat pour faire éclater la vérité. La même règle prévaut en cas d'arrestation⁹⁵, de perquisition ou de saisies illégales⁹⁶ ou abusives.

On peut généraliser cette situation de la façon suivante: *La victime d'une utilisation abusive ou illicite du processus judiciaire (au sens large), qui, pour cette raison, a dû débours des honoraires, peut réclamer ces honoraires en tant que dommages dans une action (subséquente) en responsabilité civile.*

On peut classer, à la rigueur, les cas suivants dans la catégorie ci-dessus, qui servent d'illustrations:

– Dans l'affaire *Tevan c. Hôtel Bord du Lac Inc.*⁹⁷, le demandeur, victime de voies de fait, a dû recourir aux services d'un avocat pour faire condamner le défendeur au criminel, en raison de l'inaction de la police et du procureur de la cour municipale. Se basant sur des précédents⁹⁸, le juge Tannenbaum a accepté d'inclure un compte d'honoraires de 3 395 \$ dans les dommages dans une action pour blessures corporelles et *autres dommages* résultant de ces voies de fait⁹⁹.

95. Voir récemment sur la responsabilité de la Couronne pour poursuite «abusive» au criminel: *Proulx c. Québec (P.G.)*, J.E. 2001-1975 (C.S. can.), inf. [1999] R.J.Q. 398 (C.A.), inf. [1997] R.J.Q. 2509 (C.S.); *Boulangier c. Montréal (Ville de)*, [1973] C.S. 156; *Corrigan c. Montreal Urban Community*, précité, note 70; *Maisonnette c. P.G. du Québec*, J.E. 84-173 (C.S.); *Roussel c. Doyon*, [1986] R.J.Q. 401 (C.P.); [1989] R.R.A. 528 (C.A.); *D. (R.) c. L. (D.)*, [1992] R.J.Q. 2287 (C.S.); appel principal rejeté et appel incident accueilli, 1996-05-09 (C.A.M. 500-09-001677-921); *Laroche c. Trois-Rivières (Ville de)*, [1994] R.R.A. 635 (C.Q.); *Allard c. Biron*, [1997] R.J.Q. 1420 (C.S.); [1999] R.J.Q. 2245 (C.A.); *André c. P.G. du Québec*, [1999] R.R.A. 886 (C.S.) (en appel); *Bellefleur c. Montréal (Communauté urbaine de)*, [1999] R.R.A. 546 (C.S.); *Bouchard c. Québec (Procureur général)*, [1987] R.J.Q. 1304, 1318 (C.S.); appel rejeté, 1992-08-27 (C.A.Q. 200-09-000312-873); *Chapadeau c. Lajeunesse*, [1976] C.P. 217; *Emery c. Richer*, J.E. 99-1337 (C.S.) (en appel) (arrestation sans mandat ni motif raisonnable et probable); *Nabhan c. Hénault*, REJB 2000-21578 (C.S.) (poursuites criminelles abusives).
96. *Ouellet c. Société des alcools du Québec*, [1997] R.R.A. 417 (C.S.); appel rejeté, [1999] R.R.A. 41 (C.A.); *Mathers c. Centre de pneus Michel inc.*, J.E. 94-671 (C.S.) (saisie abusive); *Breen Brokerage Ltd. c. Peter Fraenkel Consultants Ltd.*, [1994] R.R.A. 97 (C.S.) (saisie abusive); appel rejeté, 1997-10-15 (C.A.M. 500-09-002133-932); *Multi-Fruit Inc. c. Yvon Désormeaux Inc.*, [1987] R.R.A. 367 (C.S.); conf. J.E. 90-673 (C.A.); *Matlin c. Daye*, [1993] R.R.A. 345 (C.S.); infirmé sur les faits par [1995] R.R.A. 270 (C.A.).
97. [1988] R.J.Q. 2155 (C.S.).
98. *Desmarais c. Barbeau*, (1940) 69 B.R. 21; *Goluwaty c. Yurkevitch*, [1943] C.S. 414.
99. *Tevan c. Hôtel Bord du Lac Inc.*, précité, note 97, 2159.

– Dans l'affaire *Rioux c. Sept-Îles (Corp. municipale de la cité de)*¹⁰⁰, il s'agissait d'une action en dommages-intérêts contre une municipalité par suite de l'annulation d'un règlement de zonage municipal dans une instance antérieure: les «frais légaux engagés lors de l'action en annulation»¹⁰¹ ont été considérés comme des dommages recouvrables.

Ces situations ont deux éléments en commun: 1^o les honoraires extrajudiciaires sont réclamés dans une action *distincte* de celle dans le cadre de laquelle ils ont été engagés et 2^o un lien de causalité immédiat et direct peut facilement être détecté. Il faut souligner aussi le pouvoir discrétionnaire des tribunaux de diminuer le montant des honoraires extrajudiciaires réclamés – question sur laquelle nous reviendrons¹⁰².

6) Toutefois, les honoraires extrajudiciaires peuvent aussi être accordés dans une même instance au demandeur, ou au défendeur se portant demandeur reconventionnel, lorsqu'ils sont le résultat d'un abus de procédure¹⁰³.

Il est d'abord très clair que ce n'est pas parce qu'un demandeur ou un défendeur sort victorieux d'un procès qu'il se verra accorder les honoraires extrajudiciaires qu'il aura dû verser¹⁰⁴. Le défendeur peut se porter demandeur reconventionnel et, en ce cas, il devient *demandeur*¹⁰⁵...

Si l'on conçoit bien qu'un *défendeur* soit redevable d'un abus de procédure, *a fortiori* un demandeur. L'abus de procédure est une instance en soi, un type caractérisé de faute, classé dans l'abus de droit, qui répond à des règles spécifiques¹⁰⁶. *On pourrait parler plus génériquement de faute caractérisée dans l'exercice de*

100. [1995] R.J.Q. 2198 (C.S.).

101. *Ibid.*, 2206.

102. *Cf. infra*, p. 122.

103. *Juneau c. Taillefer, Taillefer, Pigeon, Bernier, Sheitoyan*, [1992] R.J.Q. 2550. 2570 et 2571 (C.S.), conf. par *Juneau c. Taillefer*, précité, note 65, 2225.

104. «[...] cela serait inacceptable en droit québécois»: *2856-8053 Québec inc. c. Gignac*, J.E. 2000-710 (C.S.); cf. *Rancourt c. 90602 Canada ltée*, J.E. 98-2245 (C.S.).

105. Notre Cour d'appel considère qu'à la suite d'une action le défendeur peut se porter demandeur reconventionnel pour réclamer des dommages-intérêts pour diffamation contenue dans la déclaration: *F.G.N. Gibraltar Inc. c. Aziz*, [1990] R.D.J. 81 (C.A.); *Ammendolea c. Acqua Mare Seafood Inc.*, [1993] R.D.J. 347 (C.A.); *R. (H.) c. B. (G.)*, [1998] R.J.Q. 3065 (C.S.); *Lecours c. Desjardins*, [1999] R.R.A. 865 (C.S.); appel accueilli en partie, précité, note 11.

106. Cf. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 47, n^o 198 et s., p. 137 et s.; Pierre LAROUCHE, «La procédure abusive», (1991) 70 *R. du B. can.* 650.

recours judiciaires. L'économie des moyens pour une bonne administration de la justice permet, en cas de demande ou de procédure abusive, d'obtenir les honoraires extrajudiciaires qui en découlent en vertu de la *demande reconventionnelle*¹⁰⁷. Il faut bien comprendre que, techniquement, le défendeur victorieux aurait pu intenter une action séparée, distincte, autonome, pour procédure abusive et que les honoraires extrajudiciaires sont alors incontestablement des dommages immédiats et directs puisque le tort principal causé est précisément d'avoir obligé la victime à se défendre (et à engager des frais d'avocat) contre une procédure abusive. Est parfaitement justifiée la jurisprudence qui refuse d'accorder les honoraires extrajudiciaires parce qu'il n'y a pas eu d'abus de procédure¹⁰⁸.

Le *Code de procédure civile* a lui-même prévu, dans certaines dispositions, la sanction de certains actes de procédure répréhensibles. Ainsi, l'article 75.1 C.p.c. vise les actions ou les [actes de] procédure «*frivoles ou manifestement mal fondés*»¹⁰⁹. Il nous semble ressortir du libellé de l'article 75.2 C.p.c.¹¹⁰ qu'une procédure «*frivole ou manifestement mal fondée*» n'est pas nécessairement «*abusive ou dilatoire*». Elle peut le devenir si, dans une étape *supplémentaire*, le tribunal, sur demande, la déclare «*abusive ou dilatoire*», ce qui risque d'entraîner une condamnation «*de la partie déboutée à payer des dommages-intérêts en réparation*»; ceci, d'ailleurs, conformément au libellé de l'article 501(5) C.p.c. (relatif à la requête pour rejet d'appel) et à celui de l'article 524, qui permet à la Cour d'appel, même d'office, de «*déclarer dilatoire ou abusif un appel qu'elle rejette ou déclare déserté*»¹¹¹ entraînant

107. Par exemple, *Entreprises Pierre Agouri ltée c. Manuvie, la compagnie d'assurance-vie Manufacturers*, [1996] R.R.A. 377, 393 et 394 (C.S.); mais est erronée la motivation de la jurisprudence qui refuse d'accorder les honoraires extrajudiciaires *parce qu'il n'y avait pas mauvaise foi ou grossière négligence* dans la question de fond: voir, par exemple, *Nolet c. Garthby (Corp. municipale du canton de)*, J.E. 95-1999 (C.S.).

108. Par exemple, *Michaud c. Lesné*, J.E. 98-2038 (C.S.); *Obadia c. Reisler*, B.E. 98BE-507 (C.S.).

109. L'article 75.1 C.p.c. a été ajouté en 1984 (c. 26, art. 4). Cf. Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, 3^e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 130; *Legault c. Gagné*, [1988] R.D.J. 196 (C.A.); *Burnett c. Banque Royale du Canada*, [1992] R.D.J. 261 (C.A.).

110. Ajouté en 1993 (c. 72, art. 2). Voir, en général, Gilbert A. HOURANI, «*L'appel abusif et dilatoire: le rejet de l'appel, le cautionnement et les dommages-intérêts*», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 161, *Développements récents en droit civil (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 145.

111. *Compagnie 99885 Canada inc. c. Monast*, [1994] R.R.A. 217, 222 (C.A.); *Entreprises Marcel Rioux inc. c. Comco inc.*, [1995] R.R.A. 547 (C.Q.); *Banque Royale du Canada c. Group Packaging Inc.*, B.E. 99BE-256 (C.S.).

pour l'appelant une éventuelle condamnation à des dommages-intérêts. La Cour d'appel a assimilé un appel dilatoire à un appel abusif¹¹². Un acte de procédure ou un appel, qualifiés d'*abusifs*, donnent droit à la réparation du préjudice qui en résulte. Au fond, c'est la notion d'abus de procédure qui émerge. L'abus n'est pas celui dans l'exercice d'un droit substantif, mais bien dans l'exercice d'un droit procédural.

Pour revenir aux situations non spécifiquement prévues par le législateur, pourquoi n'en serait-il pas de même si l'exercice du droit de se défendre à une action est abusif? Certes pourquoi pas? On peut concevoir que le droit du demandeur était limpide et liquide et que le défendeur ait fait une défense... indéfendable – en un mot *abusive*, conformément au précepte de l'article 7 C.c.Q. Ou que le défendeur ait multiplié les moyens de procédures inutiles, frivoles, ne serait-ce que pour gagner du temps. Bien sûr, le défendeur abusif devrait être condamné à payer les dépens. Mais n'est-il pas logique, dans une telle situation, qu'il soit condamné à payer les *honoraires extrajudiciaires* du demandeur?

Rappelons qu'il n'y a pas faute à exercer son droit de se défendre devant les tribunaux si l'on est poursuivi. Il faudrait une faute caractérisée, un abus dans le moyen de défense. En ce cas, *l'économie des moyens pour une bonne administration de la justice* permettrait au juge de condamner ce défendeur à payer les honoraires extrajudiciaires dans la même action s'il a tous les éléments de preuve devant lui¹¹³. Encore faut-il bien cerner l'abus: par exemple, si le montant des dommages réclamés dans l'action principale doit être *liquidé* par le juge, il est difficile de voir un abus dans une défense soutenant que la demande est excessive.

En définitive, il faut utiliser le critère suivant: le demandeur aurait-il ou pourrait-il obtenir une condamnation à payer les honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts dans une *action séparée*, postérieure, basée sur l'abus de procédure? Si la réponse est positive et que le juge a suffisamment de preuve pour le faire, la condamnation aux honoraires extrajudiciaires serait de mise.

112. *Giannoulis c. Kovacs*, [1993] R.D.J. 590 (C.A.).

113. Précisément si la preuve du préjudice subi est incomplète, il faudra une autre instance. Revoir les textes des articles 75.2, al. 2 et 524, al. 2 C.p.c., par analogie.

7) Plus génériquement, les honoraires extrajudiciaires seront accordés pour réparer les conséquences d'un abus dans l'exercice de recours judiciaires ou de voies de droit. Comme l'écrit fort à propos le juge dans *Pasquale c. Desco-teaux*¹¹⁴: «Ce qui est compensable, c'est l'abus, voire l'abus de procédures au point où il devient un abus de droit.»

Il est opportun de souligner que ce n'est pas parce qu'il y a un abus de droit comme base d'une action en responsabilité civile que les honoraires extrajudiciaires pourront être considérés comme des dommages-intérêts faisant partie du préjudice réparable, mais bien parce qu'il s'agit d'un abus d'un droit *procédural*. Il est donc erroné d'affirmer que les honoraires extrajudiciaires ne seront pas accordés comme dommages-intérêts parce que la conduite au fond (non procédurale) de l'autre partie n'a pas été empreinte de malice ou de mauvaise foi, comme le font plusieurs jugements¹¹⁵.

Dans un tel encadrement, la caractéristique de préjudice «immédiat et direct» des honoraires extrajudiciaires saute aux yeux.

8) Différemment des dépens, il est contraire au droit d'accorder à titre de dommages-intérêts des honoraires extrajudiciaires pour punir une partie qui aurait eu une conduite répréhensible.

Le pouvoir discrétionnaire du juge prévu à l'article 477 C.p.c., renforcé par notre tradition jurisprudentielle, justifie de punir une conduite répréhensible par un changement de la règle générale de l'octroi des dépens¹¹⁶. Lorsqu'il s'agit de dommages-intérêts cependant, ceux-ci n'existent que pour réparer un préjudice illicitement subi. Qu'une faute soit *levissima* ou criminellement intentionnelle ne change rien au principe de la *restitutio in integrum*.

114. [1990] R.R.A. 574, 577 (C.S.).

115. Par exemple, *Rancourt c. 90602 Canada ltée*, précité, note 104; *Côté c. Université du Québec à Hull*, [1998] R.J.Q. 545 (C.S.); *St-Onge c. Baie-St-Paul (Corp. municipale de paroisse)*, J.E. 99-2068 (C.S.).

116. *Cf. supra*, p. 68.

9) Toutefois une certaine jurisprudence utilise l'octroi d'honoraires extrajudiciaires pour punir une partie¹¹⁷, alors que ce sont seuls les dommages-intérêts exemplaires ou punitifs qui devraient avoir ce rôle.

Il est opportun de se poser la question suivante: lorsque la loi prévoit que le tribunal peut octroyer des dommages-intérêts punitifs [notamment au deuxième alinéa de l'article 49 de la Charte québécoise], peut-on tenir compte du montant des honoraires extrajudiciaires payés ou dus par la partie victorieuse pour calculer le montant des dommages punitifs? Il n'y a rien dans l'article 1621 C.c.Q. qui le prohibe. Il peut s'agir d'une «circonstance appropriée», différente de l'«étendue de la réparation à laquelle [le débiteur] est déjà tenu envers le créancier». Par exemple, dans une situation où l'atteinte intentionnelle à un droit fondamental a causé peu de dommages réels. Mais dans un cas semblable il serait inopportun de condamner à des dommages-intérêts punitifs et, *en sus*, au paiement d'honoraires extrajudiciaires¹¹⁸!

10) Une nouvelle tendance jurisprudentielle, que l'on peut dater de 1988 (qui a été de plus en plus suivie) et qui est basée sur deux arrêts de la Cour d'appel, considère qu'il peut *exceptionnellement* être justifié d'accorder les honoraires extrajudiciaires au demandeur victorieux.

Il conviendra d'analyser ces deux arrêts. On peut énoncer que ces deux arrêts-clés sont basés *soit* sur un raisonnement juridique qui laisse à désirer, *soit* sur des précédents qui n'en sont pas¹¹⁹.

Alors que l'affaire *Kowarski*, qui limite les honoraires judiciaires aux honoraires tarifés, date de 1988, on peut retracer la nouvelle tendance de la jurisprudence à deux arrêts de la Cour d'appel: l'affaire *Nantel*¹²⁰ la même année et l'affaire *Alvetta-Comeau*¹²¹ deux ans plus tard.

117. Nous avons vu que des modifications à la règle de l'attribution des dépens peuvent servir cette fin, *supra*, p. 69. Et c'est là qu'il ne faut pas confondre les dépens (comprenant les honoraires judiciaires tarifés) et les honoraires extrajudiciaires. Voir notre note 209, *infra*.

118. Voir, par exemple, *Lancaster c. Desgroseilliers*, [1991] R.R.A. 290, 291 (C.S.).

119. Il n'est pas dans notre style habituel de faire de longues citations d'extraits de jugements. Mais il est parfois opportun de le faire.

120. *West Island Teachers' Association c. Nantel*, [1988] R.J.Q. 1569 (C.A.).

121. *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), syndicat affilié à la C.E.Q. c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.).

Dans la première affaire, la Cour d'appel, sous la plume du juge Chevalier (*ad hoc*), se contente d'une déclaration basée sur les articles 1073 et 1075 C.c.B.C. [art. 1611 et 1613 C.c.Q.]¹²²:

Enfin, au même chapitre, les appelants soutiennent que le remboursement des frais extrajudiciaires encourus n'aurait pas dû être accordé. Leurs motifs sont qu'ils n'ont pas été demandés spécifiquement et que la seule sanction recevable en l'occurrence est le paiement des frais judiciaires.

À mon avis, la réclamation apparaissant dans la déclaration sous le titre «*Dommages matériels*» ou même sous celui de «*Autres dommages directs*» était suffisante, à la condition que la preuve du quantum ait été établie, ce qui a été fait.

En ce qui a trait au droit de réclamer les frais extrajudiciaires, je considère que la situation créée par les agissements et attitudes du syndicat et des membres de son conseil d'administration a forcé les intimés à requérir l'aide professionnelle d'avocats pour les informer de leurs droits, les diriger dans leur comportement à l'égard de leurs adversaires du moment et leur indiquer la marche à suivre dans la revendication de leurs privilèges. La relation entre les gestes des appelants et le préjudice résultant des déboursés encourus en ces occasions est établie au sens de l'article 1073 C.c. et, vu l'existence d'un délit, directe au sens de l'article 1075 C.c.

Ce qui transparaît de cette déclaration, c'est que les honoraires extrajudiciaires sont des dommages matériels [débours] causés par la faute [en l'occurrence «dolosive»] des défendeurs et une suite immédiate et directe du délit. Il *semble* bien que cette déclaration se limite aux cas de «délits» distingués des quasi-délits. Il nous est impossible de justifier juridiquement dans ce contexte la différence qu'il y aurait à tracer entre les délits et les quasi-délits. De plus, à ce compte-là il n'y aurait pas de situation où le versement des honoraires extrajudiciaires ne serait pas recouvrable en tant que débours directs et immédiats. C'est une perte, un dommage, et elle est due à l'agissement fautif du défendeur, ce qui entraîne son obligation de réparation de tous les dommages causés. Répétons-le, rien ne justifie un régime particulier pour les *délits* en ce domaine. En d'autres termes, la déclaration du juge Chevalier ne semble avoir aucun fondement!

122. *West Island Teacher's Association c. Nantel*, précité, note 120, 1573. Pour un exemple où le Tribunal des droits de la personne invoque les deux arrêts ci-haut cités pour accorder des honoraires extrajudiciaires, versés dans des instances antérieures cependant, voir *Commission des droits de la personne c. Brzozowski*, [1994] R.J.Q. 1447 (T.D.P.Q.).

On notera que le juge Chevalier ne parle pas de «cas exceptionnels ou limités». Et son texte ne permet pas de savoir si c'est seulement le caractère immédiat et direct du dommage réparable (en l'occurrence le versement d'honoraires extrajudiciaires) qui est la condition, le critère, de leur octroi ou si ce critère ne s'applique qu'en cas de délits, par opposition aux quasi-délits. Nous soutenons pour notre part que, dans les deux cas, ce n'est pas une solution juridiquement fondée. C'est peut-être la raison qui a poussé une autre formation de la Cour d'appel de tenter de préciser cette déclaration dans *Nantel*, dans l'affaire *Alvetta-Comeau*¹²³:

La réclamation de 500 \$ à titre de dommage matériel est basée sur l'ensemble des dépenses encourues par les intimés pour faire valoir leurs droits. La Cour supérieure a estimé qu'il s'agissait là d'un dommage direct, causalement relié à la faute des appelants. À mon avis, la Cour supérieure a bien jugé, eu égard à la jurisprudence contemporaine qui estime que les frais d'avocats ou de justice peuvent, dans certains cas limités, lorsque la preuve du lien de causalité est effectivement rapportée, constituer un dommage direct: *The Montreal Gazette Ltd. c. Snyder* [[1983] C.A. 604, 616-618; [1988] 1 R.C.S. 494]; *Fabien c. Dimanche-Matin Ltée* [[1979] C.S. 928; C.A. Montréal, n° 500-09-001218-791, le 13 septembre 1983 (J.E. 83-971)]; *Nantel c. West Island Teachers Association* [C.S. Montréal, n° 500-05-004575-831, le 2 février 1984 et [1988] R.J.Q. 1569 (C.A.)]. En l'espèce, les intimés ont été forcés de recourir à la justice pour obliger les appelants à tout simplement respecter leurs droits les plus élémentaires, droits que ces derniers avaient combattus et brimés avec hostilité et acharnement.

Les précédents invoqués, outre l'affaire *Nantel*, méritent que l'on s'y attarde.

On remarquera ici que les honoraires extrajudiciaires peuvent être accordés «dans certains cas limités». Lesquels? Le critère du lien de causalité entre la faute et le dommage réparable est réitéré et semble au cœur de la question. Le juge Baudouin cite trois autres arrêts de la Cour d'appel, dont le caractère d'autorité, même persuasive, nous semble bien ténu.

Déjà une déclaration du juge Owen, dissident dans *Langlois c. Drapeau*¹²⁴, avait été retenue par le juge Monet dans *Montreal Gazette Ltd. (The) c. Snyder*¹²⁵, à laquelle le juge Baudouin fait

123. *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), syndicat affilié à la C.E.Q. c. Alvetta-Comeau*, précité, note 121, 135 et 136 (J. Baudouin).

124. [1962] B.R. 277.

125. Précité, note 4, 616 et 617 (infirmée en Cour suprême sur d'autres chefs, [1988] 1 R.C.S. 494). Voici le texte en question:

référence. Ce qu'écrivait le juge Monet est un texte que nous ne tenterons pas de résumer. [Si l'on peut y voir une vague source d'inspiration de la déclaration du juge Baudouin dans *Alveta-Comeau*, il ne la justifie pas directement]: Tout au plus peut-on

«c) Frais

Pour les fins de la présente opinion, je n'assimile pas les frais aux dépens prévus aux articles 477 et *sqq.* C.P.

La condamnation aux dépens est une obligation légale, indépendante de toute faute, qui découle de cette idée que la partie qui gagne doit être indemnisée des frais du procès par la partie qui succombe. En pratique, cette idée ne colle guère à la réalité concrète. Les dépens dans notre droit judiciaire privé sont *inter partes*.

Les frais, tels que je les envisage dans notre système, sont les justes honoraires nommés extrajudiciaires qu'un avocat a droit d'exiger de son client; ailleurs ils sont souvent nommés «*solicitor to client fees*». En établissant ses frais, l'avocat tient compte, le cas échéant, des dépens payés par la partie adverse. Mais c'est toute autre chose que les dépens.

Précédemment, j'ai exposé ma préoccupation relativement aux frais qu'entraîne forcément le procès en première instance. La même difficulté, bien qu'envisagée sous un angle différent, existe si le jugement en faveur du demandeur est modifié par notre Cour, par exemple en changeant un partage de responsabilité ou en réduisant un quantum de réparation. Avec égards, je crois qu'on aurait tort de s'illusionner et de dissimuler cet aspect pratique; sous prétexte qu'ils doivent demeurer au-dessus des choses terre-à-terre, les juges auraient tort, à mon avis, de mésestimer ces contingences. Ne vaut-il pas mieux se mettre carrément devant les réalités concrètes?

Pour ma part, avec tous les égards possibles, je ne crois pas qu'on doive méconnaître le mérite des propos de monsieur le juge Owen dans l'affaire *M^e Drapeau* [[1962] B.R. 277, p. 292]:

I deem it important that a person whose reputation has been defamed should be able to come before the courts and vindicate his good name without being put to undue expense. It is not the general practice of our courts to award an amount as costs which will cover solicitor and client fees as well as taxable fees and disbursements. An award of nominal damages of one dollar and costs normally results in heavy expense to the successful plaintiff. The same result occurs if on appeal the defendant loses on the important ground of responsibility but succeeds in obtaining a reduction in the damages and the appeal is maintained with costs.

Rappelons que six défendeurs avaient été condamnés solidairement en Cour supérieure [[1960] R.L. 209] à payer au demandeur 7 000 \$ et que la majorité des juges qui composaient la Cour en cette affaire (monsieur le juge en chef Tremblay, messieurs les juges Casey, Choquette et Badeaux) a décidé de réduire à 2 000 \$ le montant du préjudice moral causé par diffamation à l'endroit de M^e Drapeau. En ce faisant, notre Cour a accueilli *six pourvois, avec dépens*. Il n'est pas besoin d'être grand clerc pour savoir que le total des frais taxables des six appelants atteignait ou dépassait 2 000 \$.

Aujourd'hui, soit plus de vingt ans après l'affaire *M^e Drapeau*, les frais sont assurément plus considérables. Aussi, je crois humblement qu'il est impérieux de reconsidérer la position de notre Cour sur la question. La présente affaire est peut-être une occasion appropriée de le faire, d'autant plus qu'il n'est pas évident que l'article 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne* [L.R.Q., c. C-12], apporte une réponse totalement satisfaisante à la question qui nous concerne.

déceler dans les notes du juge Monet une sensibilisation au coût réel d'une action en diffamation compte tenu des honoraires de l'avocat de la victime et la volonté d'en tenir compte éventuellement dans le calcul des dommages-intérêts octroyés. Mais il serait inorthodoxe de classer un *débours dans les dommages moraux* accordés!¹²⁶.

Quant à l'affaire *Dimanche-Matin Ltée c. Fabien*¹²⁷, la Cour d'appel y énonce simplement qu'il faut aussi tenir compte, dans le calcul des dommages-intérêts, de l'inflation dans les frais d'avocat¹²⁸. C'est tout. Dans cette même affaire, en Cour supérieure¹²⁹, le juge Chevalier (celui qui siégea *ad hoc* dans *Nantel* en Cour d'appel) *n'avait pas* tenu compte des honoraires extrajudiciaires...

Les précédents cités par le juge Baudouin dans *Alvetta-Comeau* ne justifient pas vraiment sa déclaration. La condamnation du défendeur à payer comme dommages-intérêts matériels les honoraires extrajudiciaires du demandeur se justifierait «dans certains cas limités»: or, quels sont ces cas limités? S'agit-il de cas similaires à l'instance jugée ou est-ce dans tous les cas où la

Dans le cas présentement à l'étude, à une indemnité de 13 500 \$ doivent s'ajouter des intérêts au taux de 10 % l'an depuis le 27 mai 1975, compte tenu de l'accord conclu entre les parties. (Il est fort douteux que l'indemnité prévue à l'article 1056c C.C., assujettie à un pouvoir discrétionnaire, aurait été ajoutée à une condamnation à des dommages extrapatrimoniaux). Actuellement, la somme totale dépasserait 20 000 \$.

Or, je suis informé que les dépens taxables distraits en faveur des avocats de l'appelante sont dans l'ordre de 4 000 \$, dont 2 000 \$ représentent les débours pour l'impression du dossier conjoint. En outre, il ne faut pas perdre de vue les frais taxables de l'avocat de l'intimé.

Il est vrai que rien ne s'opposait à ce que l'intimé renonce en partie aux droits qui lui résultaient du jugement en sa faveur, en produisant un désistement approprié (art. 476 C.P.), de préférence avant la préparation du dossier conjoint. Il reste que, compte tenu des frais taxables de part et d'autre, la somme de 20 000 \$ mentionnée ci-haut doit être ramenée à peu de chose près à la somme de 13 500 \$. En outre, il faut tenir compte des frais de l'avocat de l'intimé (*solicitor to client*) sur lesquels les Tribunaux, dans notre province, n'exercent pas directement de contrôle.»

126. Comme, par exemple, dans *Théorêt c. K.M. Construction inc.*, [1999] R.R.A. 846 (C.S.) (action en diffamation dans une procédure judiciaire), où le juge se référant à *Payette c. Beaulieu*, précité, note 80, p. 853, tient compte des honoraires extrajudiciaires dans les «dommages généraux et moraux» qu'il accorde.

127. J.E. 83-971 (C.A.).

128. *Ibid.*, 12. «D'autre part, une fois établi que l'intimé a eu raison de venir défendre son honneur devant les tribunaux, il ne faudrait pas qu'il lui en ait coûté plus cher pour le faire que le montant de l'indemnité qui lui est accordé. À mon avis, il serait injuste de ne pas tenir compte de l'inflation dans les frais que les études d'avocats sont forcées (*sic*) de charger à leurs clients dans le domaine litigieux.»

129. *Fabien c. Dimanche-Matin Ltée*, [1979] C.S. 928.

preuve du lien de causalité direct a été apportée? Suffit-il que l'on prouve un lien de causalité entre la faute et le débours des honoraires extrajudiciaires pour que ceux-ci soient accordés¹³⁰?

En toute déférence, l'affirmation du juge Baudouin repose donc sur une base bien mince, ce qui n'empêche pas de nombreux jugements postérieurs de l'invoquer comme autorité¹³¹. De plus, la signification de la déclaration du juge Baudouin n'est vraiment pas claire.

Dans *Payette c. Beaulieu*¹³², le juge Gratton refuse d'accorder les honoraires d'avocat dans une affaire de diffamation. Une des raisons données est «qu'il ne s'agit pas des dommages directs prévus à l'article 1075 C.c.»¹³³. Le juge cite le texte ci-dessus du juge Baudouin dans *Alvetta-Comeau* et se pose la question suivante¹³⁴:

Je note la restriction de M. le juge Baudouin «à certains cas limités». Où s'arrête la limite? Nul ne peut le dire actuellement. Mais le juge, selon le cas d'espèce, pourrait en tenir compte dans le montant alloué.

En effet, la phrase «dans certains cas limités» est-elle de portée générale? Auquel cas il conviendrait de savoir quels sont ces cas limités; *ou bien* introduit-elle simplement le cas où la preuve du lien de causalité peut qualifier les honoraires d'avocat comme dommages directs? Est-on plus avancé en constatant que le juge Baudouin a écarté dans une affaire de responsabilité bancaire les frais d'avocat parce qu'«ils ne constituent un dommage

130. Nous avons proposé ailleurs (Adrian POPOVICI, «De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile: un mariage raté?», (1998-99) *Meredith Mem. Lect.* 49, 83-87) de distinguer entre le lien de causalité et le caractère immédiat et direct du préjudice réparable. Le fait pour une victime d'avoir à débours des honoraires extrajudiciaires à son avocat est bien causé par la faute du défendeur. Cependant, normalement, il ne s'agit pas d'un préjudice réparable, car il n'est pas immédiat et direct.

131. *Des Rosiers c. Nelson*, [1997] R.R.A. 477, 483 (C.S.) (diffamation). Par exemple, dans *Ostiguy c. P.G. du Québec*, B.E. 9985-389 (C.S.) (cas de détention fautive), le juge Lévesque interprète la déclaration du juge Baudouin dans *Alvetta-Comeau* comme voulant dire que les frais extrajudiciaires indemnisables sont «ceux engagés en raison d'une procédure fautive de la partie défenderesse ou afin de faire respecter une liberté fondamentale».

132. Précité, note 80 (diffamation).

133. Actuel article 1607 C.c.Q.

134. *Payette c. Beaulieu*, précité, note 80, 276. L'article 1075 C.c.B.C. correspond aussi à l'art. 1613 C.c.Q. Cela n'empêche pas le juge, qui accorde 25 000 \$ de dommages moraux, de mentionner qu'on pourra tenir compte des honoraires extrajudiciaires dans le montant alloué!!!

direct que dans certaines circonstances précises que l'on ne rencontre pas ici»? *Fenêtres St-Jean Inc. c. Banque Nationale du Canada*¹³⁵.

Il nous semble que, dans tous les cas, il y a un *lien de causalité* entre le versement d'honoraires d'avocats et la faute du défendeur qui a donné naissance à la poursuite civile. Dans quels cas les honoraires qui sont des dommages causés par la faute du défendeur sont-ils réparables en droit¹³⁶? C'est la question du caractère immédiat et direct du préjudice, *différente* du simple lien de causalité.

Dans l'affaire *Sigma Construction inc. c. Ievers*¹³⁷, le juge Baudouin, au nom de la Cour d'appel, précise sa pensée, et voit l'octroi des honoraires extrajudiciaires comme une réparation par suite d'un *véritable abus de procédure*, ce qui nous semble beaucoup plus précis et juridiquement fondé:

La sanction habituelle de la perte d'un procès est la condamnation aux dépens, aux termes de l'article 477 C.p.c. Exceptionnellement cependant, une partie peut être tenue de payer les honoraires d'avocats encourus par son adversaire. La jurisprudence (*West Island Teachers' Association c. Nantel*, [1988] R.J.Q. 1569 (C.A.); *Association des professeurs de Lignery c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.)), du moins lorsqu'il s'agit de procédures civiles, est à l'effet qu'il faut, pour justifier cet octroi, *rapporter la preuve d'un véritable abus de procédure pouvant consister par exemple, en la défense d'un droit non existant, en la multiplication de procédures dilatoires ou futiles, ou encore en une prolifération de recours visant à faire encourir des frais inutiles à l'adversaire*.¹³⁸ (nos italiques)

Dans *Côté c. Université du Québec à Hull*¹³⁹, on semble simplement lier le remboursement de frais d'avocat à la *conduite malicieuse ou de mauvaise foi* des défendeurs:

Les honoraires et déboursés sont ceux encourus par la demanderesse envers ses procureurs en rapport avec l'exercice du présent

135. [1990] R.J.Q. 632, 635 (C.A.) (il s'agissait d'une affaire concernant la responsabilité bancaire quant à un renseignement erroné).

136. Voir, par exemple, *Lapointe c. Office de la construction du Québec*, [1991] R.J.Q. 847, 855 et 856 (C.S.).

137. J.E. 95-1846 (C.A.), section 2c) du jugement. Cf. *Théorêt c. Ducharme*, J.E. 2000-654 (C.S.) (en appel); *2856-8053 Québec inc. c. Gignac*, précité, note 104; *Coopérants (Les), société mutuelle d'assurance/vie / Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liquidation de)*, J.E. 99-205 (C.S.).

138. Voir, par exemple, *Investissements D.D. inc. c. Mascouche (Ville de)*, J.E. 98-2301 (C.S.).

139. Précité, note 115, 552 et 553.

recours en justice. Il n'est pas généralement reconnu qu'il est justifié d'accorder, en guise de dommages-intérêts à la victime d'un délit, les frais extrajudiciaires que lui réclament ses procureurs et qui sont reliés aux procédures intentées aux fins de rectifier le préjudice subi. Pour la plupart, les tribunaux refusent de faire exception à la règle que seuls les frais judiciaires taxables conformément à l'article 477 et *sqq.* C.P. peuvent être exigés de la partie condamnée. Mais la demanderesse appuie sa demande à ce poste sur l'arrêt *West Island Teachers' Association c. Nantel*, [[1998] R.J.Q. 1569 (C.A.)]. Ce jugement est plutôt avare de détails quant aux principes auxquels il se réfère et il faut en plus reconnaître que cette poursuite impliquait plusieurs demandeurs réclamant le redressement des effets de la conduite de la défenderesse intentionnellement et de mauvaise foi conçue dans le seul but de causer aux demandeurs de sérieux inconvénients et dommages.

Un remboursement de frais extrajudiciaires a aussi été ordonné dans l'arrêt *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), Syndicat affilié à la C.E.Q. c. Alvetta-Comeau* [[1990] R.J.Q. 130 (C.A.), 135-136]. M. le juge Baudouin en discute comme suit:

À mon avis, la Cour supérieure a bien jugé, eu égard à la jurisprudence contemporaine qui estime que les frais d'avocats ou de justice peuvent, dans certains cas limités, lorsque la preuve du lien de causalité est effectivement rapportée, constituer un dommage direct: [...] En l'espèce, les intimés ont été forcés de recourir à la justice pour obliger les appelants à tout simplement respecter leurs droits les plus élémentaires, droits que ces derniers avaient combattus et brimés avec hostilité et acharnement.

Telle n'est pas ici la situation. Même si le comité a erré, il n'a pas été démontré qu'il aurait agi malicieusement ou de mauvaise foi et il serait injustifié de lui imposer une sanction exceptionnellement sévère.

Or, on connaît la règle d'indemnisation du droit civil: la réparation intégrale, quel que soit le degré de la faute. Dans le cas d'atteintes *intentionnelles* (à un droit de la Charte) le législateur a prévu les *dommages exemplaires* de l'art. 49 al. 2 de la Charte québécoise...

11) On comprend difficilement en quoi le caractère direct du dommage causé par le versement d'honoraires de la partie gagnante serait plus prononcé lorsque la faute est intentionnelle ou la conduite de mauvaise foi. S'il s'agit uniquement d'indemniser le dommage subi et non de punir, la décision d'accorder alors les honoraires d'avocat dans les dommages-intérêts ne se justifie pas. S'il s'agit de punir, c'est une autre histoire.

La Cour d'appel, dans l'affaire ***Tamper Corp. c. Kansa General Insurance Co.***, paraît faire le point¹⁴⁰:

La seule question pertinente en l'espèce a trait à la possibilité d'octroyer les honoraires judiciaires lorsqu'il existe un lien de causalité direct entre la faute et les frais. Cette exception a été élaborée par une jurisprudence constante [*Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), syndicat affilié à la C.E.Q. c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.); *Commission scolaire La Sapinière c. Blais*, [1992] R.R.A. 284 (C.S.); *Collège d'enseignement général et professionnel François-Xavier-Garneau c. Logiciels Davos Ltée*, [1996] R.R.A. 370 (C.S.)]. Cas d'absence de lien de causalité entre la faute et les frais d'avocats: *Fenêtres St-Jean Inc. c. Banque Nationale du Canada*, [1990] R.J.Q. 632 (C.A.); *Cartes-en-ciel inc. c. Boutique Elfe inc.*, [1991] R.J.Q. 1775 (C.Q.)]. Le principe, tel que décrit par notre Cour dans l'affaire *Alvetta-Comeau*, se veut le suivant [*Id.*, 135]:

À mon avis, la Cour supérieure a bien jugé, eu égard à la jurisprudence contemporaine qui estime que les frais d'avocats ou de justice peuvent, dans certains cas limités, lorsque la preuve du lien de causalité est effectivement rapportée, constituer un dommage direct.

Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que les tribunaux ont accepté de condamner le défendeur aux frais extrajudiciaires, car ils jugeaient qu'il s'agissait d'un dommage direct. Notamment, lorsque le comportement de mauvaise foi des défendeurs avait forcé le demandeur à prendre des recours judiciaires additionnels et inutiles [*Commission scolaire c. La Sapinière, supra*, note 9, 285] ou que les défendeurs avaient eu une attitude téméraire et hostile à l'encontre de droits élémentaires du demandeur [*Alvetta-Comeau, supra*, note 9].

En l'espèce, l'appelante n'a pas réussi à établir ce lien de causalité. La preuve soumise n'indique pas que les frais d'avocats sont un dommage direct et que l'appelante n'avait d'autre choix que de recourir à la justice pour obliger l'intimée à respecter ses droits.

Si l'on prend comme critère du caractère direct du dommage le fait que la victime n'avait pas d'autre choix que de recourir à la justice pour faire respecter son droit, il y aurait fort peu de cas où les honoraires extrajudiciaires ne seraient pas considérés comme des dommages directs!

La jurisprudence des dix dernières années est fort peu cohérente. Si l'on se fie à la Cour d'appel dans l'affaire *Tamper* ci-dessus, il pourrait s'agir d'un dommage direct et immédiat quand:

140. Précité, note 36, 411.

- a) le comportement de mauvaise foi des défendeurs aura forcé le demandeur à prendre des recours judiciaires additionnels et inutiles;
- b) le défendeur a eu une attitude téméraire et hostile à l'encontre des droits élémentaires du demandeur.

Rationalisons. Si les honoraires extrajudiciaires sont accordés comme dommages-intérêts directs et immédiats, ils ont un caractère de *réparation* et non de *punition*. Il y a alors un dommage matériel causé non pas par la «faute principale» du défendeur, basée sur le manquement à un devoir ou l'inexécution d'une obligation, mais un dommage causé par une faute *séparée et généralement postérieure* du type d'un *abus de procédure*. L'octroi des honoraires extrajudiciaires est alors la sanction réparatrice de cet abus de procédure, et le caractère immédiat et direct s'explique. **Le critère que nous proposons est simple: le demandeur aurait-il pu obtenir le remboursement de ses honoraires extrajudiciaires dans une *action distincte, séparée, basée sur un abus de procédure – du défendeur en l'occurrence?***

Tout récemment, la Cour d'appel¹⁴¹, dans l'affaire *Choueke*, a rendu un arrêt accordant des honoraires extrajudiciaires dans une demande reconventionnelle opposée à une demande de paiement d'arrérages de loyer et de résiliation de bail, parce que la locatrice aurait démontré «un comportement contraire aux exigences minimales de bonne foi» et «malice, témérité et mauvaise foi», en se basant sur l'arrêt *Nantel*. Le juge Chamberland accorde, de plus, au nom de la majorité, les 5 000 \$ réclamés pour les «inconvenients et les pertes de temps et de revenu reliés aux démarches judiciaires entreprises, somme toute inutilement» (nos soulignés), ainsi que des dommages punitifs en vertu de l'article 1902 C.c.Q. (harcèlement du locataire).

Dans cette affaire, le juge Otis voit un abus de droit et justifie la condamnation aux honoraires extrajudiciaires du demandeur défendeur-reconventionnel dans les termes suivants¹⁴²:

Aujourd'hui plus que jamais, la complexité du système judiciaire et des règles de droit qui le gouvernent empêche le justiciable d'assurer seul sa représentation dans des litiges complexes. Dans ce contexte, les honoraires extrajudiciaires constituent une composante essentielle de l'accessibilité à la justice. Ce concept –

141. *Choueke c. Coopérative d'habitation Jeanne-Mance*, [2001] R.J.Q. 1441 (C.A.).

142. *Ibid.*, 1455.

l'accessibilité à la justice – marque le point de convergence entre le droit comme prérogative et la justice comme pouvoir d'assurer la mise en œuvre du droit. Dans les circonstances que nous connaissons, obliger l'appelant à supporter des honoraires extrajudiciaires de 45 698,47 \$ afin d'éviter une condamnation de 60 000 \$ et la résiliation de son bail a pour effet de lui interdire l'accessibilité à la justice.

Plutôt que de prendre l'initiative d'un affrontement judiciaire en Cour supérieure, l'intimée aurait pu tenter, préalablement, d'apaiser le conflit au lieu d'engendrer l'état de guerre. D'autres voies de règlement des différends, qui concordent mieux avec la mission d'une association coopérative, auraient eu le mérite, au moins, de démontrer que la malice, la témérité et la mauvaise foi ne présidaient pas aux décisions prises par l'intimée.

Le juge Pelletier est dissident (en partie): il aurait accueilli l'appel, mais non pas sur la demande reconventionnelle. Il diffère dans la *qualification des faits*. Pour lui, la conduite de l'intimée était «pugnace voire égoïste», mais sa position n'était pas «insoutenable au point de rendre fautif le fait de la défendre devant les tribunaux», elle était «défendable juridiquement». Il s'explique¹⁴³:

[114] En théorie, trois situations peuvent légitimer le maintien total ou partiel de conclusions de la nature de celles recherchées par l'appelant: premièrement, l'intention malicieuse d'une partie qui, sachant qu'elle a clairement tort, fait valoir des prétentions fausses ou frivoles dans le but de nuire à son adversaire; deuxièmement, la témérité fautive de la partie qui, sans nécessairement le vouloir, atteint le même résultat en persistant dans la poursuite d'une initiative judiciaire manifestement vouée à l'échec¹⁴⁴; troisièmement l'exercice clairement excessif ou abusif par une partie de droits qu'elle possède réellement par ailleurs (art. 7 C.c.Q.). Seules les deux premières situations sont pertinentes au cas qui nous occupe puisque notre arrêt ne reconnaît pas les droits qu'a prétendus l'intimée.¹⁴⁵

Le juge dissident semble mettre la barre plus haut que ses collègues et refuse de voir un abus de procédure de la part du demandeur. Est-ce parce que, pour lui, «la condamnation recherchée par la demande reconventionnelle [revêt] un aspect punitif et dissuasif»?

143. *Ibid.*, 1456.

144. Cf. Y.-M. MORISSETTE, «L'initiative judiciaire vouée à l'échec et la responsabilité de l'avocat ou de son mandant», *loc. cit.*, note 46, 433 et 434.

145. Il ne s'agit pas ici de l'abus d'un droit substantif mais de l'abus d'un droit procédural, celui de s'adresser aux tribunaux. Malheureusement, les jugements qui confondent l'abus de droit (certes répréhensible) et l'abus de procédure ne manquent pas. Ce n'est pas l'abus de droit substantif, base d'une action en responsabilité civile, qui donne ouverture à un octroi de dommages-intérêts sous le chef d'honoraires extrajudiciaires, mais bien l'abus de procédure. Voir *infra*, p. 103.

La question était de savoir 1^o si la demande en arrérages de loyer et en résiliation du bail était justifiée; 2^o en cas de réponse négative, si cette demande pouvait être qualifiée d'*abusives*... de fautive. L'action a-t-elle été intentée *principalement* (sinon essentiellement) dans le but de nuire au locataire? Était-elle téméraire au point d'être sans aucun mérite¹⁴⁶?

L'abus de procédure

Il n'est point dans notre propos, dans le cadre de cette étude, de définir exhaustivement ce qu'est l'abus de procédure. Une série de questions fondamentales se pose: y a-t-il une différence entre l'absence de bonne foi et la mauvaise foi? La mauvaise foi et la faute intentionnelle sont-elles la même chose? La mauvaise foi est-elle autre chose qu'une faute? Quels sont les rapports entre la mauvaise foi et l'abus de droit? Tout au plus pouvons-nous lancer les affirmations suivantes: l'*animus nocendi* comprend certainement la mauvaise foi [subjective], mais l'inverse est erroné. En outre, il peut y avoir un exercice excessif et déraisonnable d'un droit sans mauvaise foi [subjective]...

Que peut recouvrir l'abus de droit dans ce contexte? C'est *soit* dans le *but* poursuivi par l'acte procédural, celui de nuire à l'adversaire (en lui faisant dépenser des frais de justice pour l'épuiser, par exemple), *soit* dans la *manière* d'exercer un droit procédural (multiplier les procédures en les sachant pertinemment mal fondées, pour gagner du temps, par exemple) que l'abus se manifestera.

Une précision s'impose ici. Nous avons écrit que l'abus de procédure – qui est un type d'abus de droit particulier – entre en jeu lorsqu'une procédure est intentée avec l'intention *principale* de nuire à l'adversaire. La jurisprudence utilise souvent les mots «de mauvaise foi», dans le sens d'*intention malveillante*. J'ai du mal à croire que si je poursuis une personne qui m'a causé un tort, c'est avec une intention bienveillante, ou même neutre: je crois que mon attitude à son égard ne peut être que malveillante. Bien sûr, on me rétorquera que si j'intente une poursuite contre quel-

146. Le juge Pelletier dans *Choueke c. Coopérative d'habitation Jeanne-Mance*, précité, note 141, cite le traité de Jean-Louis BAUDOUIN, *La responsabilité civile*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, n^o 176, p. 117: «La mauvaise foi (c'est-à-dire l'intention de nuire) ou la témérité (c'est-à-dire l'absence de cause raisonnable ou probable) restent donc les bases de l'abus de droit dans ce domaine.»

qu'un, je ne lui veux pas nécessairement du mal; je veux *surtout* mon bien, faire reconnaître mon droit, obtenir justice. Ça c'est de l'angélisme. L'abus de droit, par conséquent, ne peut exister que si j'exerce mon droit d'ester en justice uniquement, *principalement, surtout*, avec l'intention de nuire à l'autre partie. L'intention de nuire est alors plus qu'un état d'âme, c'est un objectif et même l'*objectif principal* ou déterminant de mon agissement. Autrement il ne pourrait y avoir d'abus de procédure sous ce chef¹⁴⁷.

En ce qui concerne les actes de procédure intentés avec *témérité* [«c'est-à-dire l'absence de cause raisonnable et probable»], ce qui correspondrait à la deuxième exigence de l'article 7 C.c.Q. [«d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi»], il s'agit d'un type de faute qui s'apparente à la *faute lourde* [«celle qui dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossières», art. 1474 C.c.Q.], laquelle est évaluée selon un critère objectif, *in abstracto*, et n'exige pas l'examen de l'état d'âme de l'agent¹⁴⁸.

S'il n'y avait que l'article 7 dans le *Code civil du Québec*, les choses seraient relativement claires: il couvre l'abus de droit, dont l'abus de procédure est une facette. En outre, si une personne a agi illicitement, sans droit, on ne peut parler d'abus de droit, car il n'y avait pas de *droit* à exercer abusivement¹⁴⁹. L'article 6, dont les versions française et anglaise diffèrent dans le libellé, vient singulièrement compliquer la tâche de l'interprète. Cet article, comme l'article 7, est un héritage du *Projet* original de l'O.R.C.C. [articles 8 et 9 du *Projet*, respectivement]. Or dans ce *Projet*, comme le mentionnent les *Commentaires* publiés en 1978 par l'Éditeur officiel du Québec¹⁵⁰, ce qui correspond à l'article 6 avait pour but d'énoncer la règle, qui se trouve actuellement à l'article 1375 C.c.Q. Les *Commentaires du ministre de la Justice* qui reprennent d'abord les explications de l'O.R.C.C. sous l'actuel article 6, nous

147. *Contra*: Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat: essai d'une théorie*, t. 337, coll. «Bibliothèque de droit privé», Paris, L.G.D.J., 2000, n° 197, p. 181. Le même auteur écrit cependant n° 40, p. 49: «tout créancier a la certitude et même la volonté de «nuire» à son débiteur».

148. Noël DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, t. 57, coll. «Bibliothèque de droit privé», Paris, L.G.D.J., 1965, n° 130 et s., p. 113 et s.; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Les obligations: quasi-contrats, responsabilité délictuelle 2, Le fait juridique*, 9^e éd. par J.-L. Aubert et Éric Savaux, Paris, Armand Colin, 2001, n° 117, p. 110.

149. *Cf.* Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 420 et 421, note 970.

150. Tome 1, vol. 2, p. 26.

semblent trompeurs, car ils n'ont pas beaucoup de rapport avec le libellé dudit texte. D'après les *Commentaires du ministre de la Justice*, il s'agirait d'une reconnaissance législative de la théorie de Josserand¹⁵¹, ce que ni le texte même de l'article 6 ni ce que l'on appelle «la doctrine classique» n'avalisent. La théorie de Josserand, notons-le, est pour son auteur le fondement de l'abus de droit et s'écarte de la faute classique. L'article 6¹⁵² est certes une règle impérative qui est autonome par rapport à l'article 7 et qui a une autre fonction que celle simplement d'introduire l'article 7, à moins d'admettre que le législateur ait «parlé pour ne rien dire». À notre connaissance, les tribunaux n'ont quasiment jamais fait appel à l'article 6, seul, sans mentionner l'article 7 (ou l'article 1375 C.c.Q.)¹⁵³.

La bonne foi, la mauvaise foi, l'abus de droit, la faute

– Une mise au point s'impose ici pour une meilleure compréhension de la matière.

On peut tenir pour acquis que l'expression «bonne foi» a deux sens: 1^o un sens *subjectif* et 2^o un sens *objectif*¹⁵⁴. Dans son sens *subjectif*, la bonne foi affecte soit l'*intelligence* (croyance erronée) soit la *volonté* du sujet (absence d'intention malveillante).

Dans son sens *objectif*, la bonne foi vise un standard de conduite objectif auquel le sujet a le devoir de se conformer. C'est cette bonne foi objective que l'on retrouve dans l'expression «selon les exigences de la bonne foi». Baudouin et Jobin écrivent: «[la bonne foi] suppose un comportement loyal et honnête. On parle alors d'agir selon les exigences de la bonne foi»¹⁵⁵. Est alors de bonne foi celui qui a agi non seulement «en toute légalité, mais conformément au standard social que la collectivité reconnaît»¹⁵⁶.

151. Cf. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 47, n^o 176, p. 124: le droit détourné de sa finalité sociale.

152. Qui nous a rendu perplexe ailleurs: Adrian POPOVICI, «La poule et l'homme: sur l'article 976 C.c.Q.», (1996-97) 99 *R. du N.* 214, 232 et 233, note 51.

153. Voir *Michaud c. Lesné*, précité, note 108: l'article 6 est cité sans l'article 7 (mais avec l'article 987 C.c.Q.): les honoraires extrajudiciaires sont accordés parce qu'il s'agit de dommages résultant directement de procédures abusives, d'après le juge.

154. Cf. Robert VOUIN, *La bonne foi: notion et rôle actuels en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., 1939; Louise ROLLAND, «La bonne foi dans le Code civil du Québec: du général au particulier», (1995-96) 26 *R.D.U.S.* 377.

155. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 34, n^o 89, p. 111.

156. *Vachon c. Lachance*, [1994] R.J.Q. 2576, 2579 (C.S.); cf. *Boless inc. c. Résidence Denis-Marcotte*, J.E. 95-1890 (C.S.).

Qu'en est-il maintenant de la *mauvaise foi*? *A priori* il s'agit de l'*antonyme* de la bonne foi. Le contraire de la bonne foi *subjective* est soit la «connaissance effective de la réalité»¹⁵⁷ si elle affecte l'intelligence du sujet, soit l'*intention malveillante* si elle affecte la volonté du sujet. Lorsque la bonne foi subjective est spécifiquement exigée par un texte, la mauvaise foi subjective conduit aux conséquences (en général négatives pour le sujet de mauvaise foi, il va sans dire) prévues par la loi. Le juge doit examiner l'*état d'esprit* du sujet au moment indiqué, à la lumière des circonstances (appréciation *in concreto*). Toutefois si une faute intentionnelle est certes un geste fait de mauvaise foi, il nous semble qu'un geste fait de mauvaise foi n'est pas toujours et nécessairement une faute intentionnelle. La faute intentionnelle, nous semble-t-il, se trouve à un cran supérieur à la mauvaise foi. Cette remarque mériterait d'être développée en raison de l'abus de l'octroi de dommages punitifs dans les situations où un défendeur est jugé «de mauvaise foi» alors que le système exige l'atteinte *intentionnelle* à un droit fondamental¹⁵⁸... Finalement, il paraît logique d'affirmer que lorsque la loi exige la bonne foi subjective, une mauvaise foi subjective est une *faute*... du moins en ce qui concerne la bonne foi qui affecte la volonté de l'agent.

Qu'en est-il maintenant du contraire de la bonne foi *objective*¹⁵⁹? Qu'en est-il lorsqu'un individu ne s'est pas conformé «aux exigences de la bonne foi», cette «norme de comportement acceptable»¹⁶⁰? Quelle différence peut-on déceler entre cette mauvaise foi objective et la faute? Le professeur Brigitte Lefebvre écrit¹⁶¹: «[L]a faute réside dans le comportement d'un individu, alors que la bonne foi est la norme en vertu de laquelle on juge ce comportement». On peut être de mauvaise foi «objective» tout en étant subjectivement de bonne foi. C'est ce que Baudouin et Jobin expriment dans les termes suivants¹⁶²:

[...] Une personne peut être de bonne foi, c'est-à-dire ne pas agir de façon malicieuse ou agir dans l'ignorance de certains faits, et agir tout de même à l'encontre des exigences de la bonne foi, soit en vio-

-
157. *Masella c. Nettoyeur Eden inc.*, [1993] R.J.Q. 1703, 1706 (C.A.) (J. Baudouin).
 158. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 49. 2^e al.
 159. Ce que Philippe LE TOURNEAU appelle «la bonne foi loyauté», *Rép. civ.*, Dalloz, v^o *Bonne foi*.
 160. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 34, n^o 89, p. 111.
 161. Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 90; cf. Brigitte LEFEBVRE, «La bonne foi: notion protéiforme», (1995-96) 26 *R.D.U.S.* 321, 338.
 162. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 34, n^o 89, p. 111 et 112.

lant des normes de comportement objectives et généralement admises dans la société.¹⁶³

Mais il ne faut pas se leurrer: ne pas se conformer aux exigences de la bonne foi (objective) – agir de façon malhonnête, déloyale, contraire aux normes de comportement acceptées dans notre société – n'est pas autre chose qu'une *faute*. Celui qui agit ainsi ne s'est pas conformé au «devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages, ou la loi, s'imposent à elle» (art. 1457 C.c.Q.). Il faut peut-être insister ici sur les «règles de conduite qui s'imposent suivant... les usages». Il faut comprendre le mot «usages» dans sa signification habituelle, courante. Les usages comprennent plus que les usages commerciaux et se réfèrent à la «pratique que l'ancienneté ou la fréquence rend normale, courante, dans une société donnée» (*Dictionnaire Le Petit Robert*) ou aux «habitudes, [aux] comportements considérés comme les meilleurs ou les seuls normaux dans une société» (*id.*).

Il n'y a pas de doute: celui qui ne se conforme pas «aux exigences de la bonne foi» commet une faute et celui qui exerce ses droits civils contrairement aux exigences de la bonne foi (voir le texte de l'article 6) *exerce un droit* fautivement. Et il s'agit là d'un geste qui comprend les situations visées par l'article 7, mais vise aussi des situations qui ne sont pas aussi caractérisées que celles visées par cet article 7. Bien sûr, l'ambivalence de l'expression «bonne foi» se traduit dans celle de l'expression «mauvaise foi». Il faudrait *idéalement* réserver les mots «mauvaise foi» pour désigner le contraire de la bonne foi subjective, la mauvaise foi qui oblige le juge à vérifier l'état d'esprit du sujet¹⁶⁴.

Pour les fins de notre étude, une conduite simplement fautive, selon l'article 6, ne devrait pas être prise en considération. Ou le devrait-elle? Auquel cas on pourrait dire que le simple exercice *fautif* d'un droit procédural entraîne les mêmes conséquences que l'abus de procédure proprement dit. Ou, si l'on veut, une procédure intentée avec imprudence, négligence ou inhabileté – une faute simple, ordinaire, légère – peut-elle entraîner la responsabilité de la partie de qui émane cette procédure? Il s'agirait d'une nouveauté périlleuse dans notre droit; quand est-ce qu'un acte de procédure (une action ou une défense ou un acte de procédure incident) serait-il simplement *fautif* sans être *abusif*? Cet acte *fautif*

163. Cf. B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 161, p. 258.

164. *Ibid.*, p. 81.

devrait-il être sanctionné de la même manière qu'un abus de procédure? On comprend le danger, tel qu'exposé par Guy Courtieu dans le *Juris-Classeur*¹⁶⁵:

Il y a, en effet, quelque danger à reprendre, à propos de l'action en justice, les solutions acquises en matière d'abus des droits subjectifs substantiels (V. *Hébraud: RTD civ.* 1968, p. 183). Cette transposition risque en effet d'occulter *l'idée selon laquelle l'abus de droit doit être un correctif exceptionnel du droit d'agir en justice* et, partant, de porter atteinte à un principe fondamental à toute société organisée et à une liberté individuelle, celle qui permet à chacun, par une «voie de droit», de saisir le juge qui sera tenu de dire si la prétention est ou non fondée. Il importe donc que le contrôle du juge sur l'utilisation des moyens de droit par les plaideurs ne soit pas dissuasif, cependant qu'il doit être suffisamment attentif pour condamner les comportements inadmissibles.¹⁶⁶ (nos italiques)

L'affaire récente de *Choueke c. Coopérative d'habitation Jeanne-Mance*¹⁶⁷ illustre bien la difficulté à laquelle les tribunaux doivent faire face¹⁶⁸.

En droit français, tel que décrit par Guy Courtieu, on est passé de la sanction d'un «acte de malice ou une erreur grossière équipollente au dol» à la «légèreté blâmable» et même à la «faute simple»! L'auteur examine la typologie des fautes sanctionnées: intention nocive, malveillance, mauvaise foi, erreur grossière équipollente au dol, légèreté blâmable, actions téméraires¹⁶⁹... manœuvres dilatoires, acharnement judiciaire¹⁷⁰.

165. «Droit à réparation – Abus du droit d'agir en justice», *J.-Cl. Resp. civ.*, fasc. 131.3, n° 3. On peut aussi consulter Jacques MESTRE, «Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance», dans Pierre RAYNAUD, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 439; Yvon DESDEVISES, «L'abus du droit d'agir en justice avec succès», D. 79, chr. 21; Loïc CADIE'T, V° *Abus de droit*, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, n° 87 et s.

166. Il faut noter que le *Nouveau code de procédure civile* français contient la disposition suivante: «celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile de 100F à 100 000F, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés» (art. 32-1).

167. Précité, note 141.

168. L'article 13 de l'*Avant-projet du Nouveau code de procédure civile*, présenté à l'Assemblée nationale le 13 juin 2002, précise que les parties «ne doivent pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi» (cf. article 4.1 C.p.c.). On reconnaît le libellé de l'article 7 C.c.Q., ce qui nous conforte dans l'idée que la procédure *simplement fautive* (art. 6 C.c.Q.) est exclue.

169. «Droit à réparation – Abus du droit d'agir en justice», *loc. cit.*, note 165, n° 10 et n° 12 et s.

170. *Ibid.*, n° 32.

En ce qui nous concerne, il nous semble préférable de s'en tenir à l'abus de droit tel que décrit à l'article 7 en qualifiant le geste du responsable d'abus de procédure¹⁷¹, tout au plus, et ce serait faire là une concession à la théorie de Josserand, de qualifier d'abus de procédure l'utilisation d'une voie de droit pour une fin autre que celle pour laquelle elle a été conçue^{171a}. Bien sûr, personne ne peut nier que celui qui a commis un abus de droit a agi contre les exigences de la bonne foi; personne ne niera que la sanction d'un abus de droit peut être considérée comme celle d'un manquement au devoir de se comporter de bonne foi (c'est d'ailleurs par le biais de la bonne foi objective que notre Cour suprême, dans *Houle c. Banque Canadienne Nationale*¹⁷², a consacré la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle). Mais de là confondre mauvaise foi (le contraire de la bonne foi objective) et abus de droit serait une grave erreur¹⁷³.

Dans un procès, on peut facilement concevoir que certains actes de procédure (pas tous) soient foncièrement inutiles ou abusifs¹⁷⁴. En conséquence, seuls les dommages découlant de ces actes

-
171. Qualifier une action de «frivole» suffit-il pour justifier l'octroi des honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts? Voir 2736-9230 *Québec inc. c. British Aviation Insurance Group Canada Ltd.*, [1999] R.R.A. 613 (C.S.).
- 171a. Comparer l'article 4.1 du Projet de loi n° 54 (*Loi portant sur la réforme du Code de procédure civile*) avec ce qu'écrit Philippe LE TOURNEAU (Rép. civ. Dalloz, v° *abus de droit*, mai 2002, n° 118: «[...] l'abus nécessite l'absence d'adéquation entre le moyen (même licite) et la fin (même licite) qu'il se propose d'atteindre».
172. [1990] 3 R.C.S. 122.
173. B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 161, p. 102 et s. Le comparatiste curieux pourrait se tourner vers le Code civil suisse; l'article 2 se lit ainsi: «Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.» Cf. *Abus de droit et bonne foi*, sous la direction de Pierre WIDMER et Bertil COTTIER, Éditions universitaires, Fribourg, Suisse, 1994.
174. Pierre Larouche, dans son excellent article toujours d'actualité (P. LAROUCHE, *loc. cit.*, note 106, 665 (voir, par exemple, *Rocha-Souza c. Novack*, J.E. 2000-61 (C.S.)), définit ainsi la procédure abusive: «[Est] abusive la procédure faite avec intention de nuire, esprit de chicane, témérité et légèreté blâmable, ou celle entachée d'une erreur grossière équipollente au dol.» Comparer avec les notes du juge Fraiberg dans 9078-0669 *Québec inc. c. Gravel*, [2001] R.J.Q. 2908, 2942 (C.S.): «While as a general rule, a winning defendant is entitled to taxable costs only, the jurisprudence recognizes the awarding of extra-judicial costs as damages if the losing plaintiff has acted maliciously or with temerity. Malice exists when the plaintiff, knowing the suit is manifestly unfounded, brings it with the intention of inflicting loss or difficulty upon the defendant. Temerity may be said to exist when the plaintiff brings a claim, wilfully failing to recognize that it is manifestly unfounded when in the circumstances it would have been reasonably possible to do so, and the litigation causes loss or difficulty to the defendant»; voir, du même juge: *Barrou c. Micro-boutique éducative inc.*, [1999] R.J.Q. 2659 (C.S.).

devraient être compensés par des dommages-intérêts, éventuellement. La sanction *normale* de tels actes de procédure est de faire supporter les dépens par la partie qui en est responsable.

Distinguer l'abus de procédure et l'abus de droit sur le fond

On aura compris que ce n'est pas la qualification de la faute «principale» comme étant teintée de mauvaise foi ou de malveillance qui justifie le caractère de dommage immédiat et direct des honoraires extrajudiciaires¹⁷⁵ et qui permettrait de réclamer ces derniers par action séparée. En d'autres termes, quel que soit le type de faute principale originale (à moins que celle-ci ne soit du type d'un abus de procédure), ce n'est pas cette faute qui peut justifier du caractère immédiat et direct des honoraires extrajudiciaires comme dommages causés. Il n'y a pas, de plus, faute à se défendre contre une action intentée contre soi. Mais il peut y avoir faute dans les modalités de cette défense en la qualifiant d'abus. La faute consiste alors dans l'*abus*. Elle est *séparée* et la plupart du temps *postérieure*.

Je vous blesse dans votre intégrité physique ou sociale (dommage corporel ou diffamation) par exemple; une telle conduite vous oblige à vous adresser aux tribunaux pour obtenir réparation et à débours des honoraires extrajudiciaires. Il n'y a pas de doute qu'il y a un lien de causalité entre ma faute et tous les débours qui ont été subis pour obtenir réparation [analogie avec les experts]. Or, OU BIEN on considère que *dans tous les cas* (même dans une action pour remboursement d'un prêt, par exemple), les honoraires extrajudiciaires sont des dommages – causés par la faute du défendeur certes – immédiats et directs, quel que soit le type ou le degré de faute; OU BIEN, comme notre *tradition* nous l'enseigne, les honoraires extrajudiciaires ne sont jamais des dommages immédiats et directs, donc non recouvrables, quel que soit le type ou le degré de faute, sauf en cas d'abus procédural.

Le juge Rochon, dans ses notes dans l'affaire ***Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée***, a parfaitement bien saisi le problème et il suffit d'y renvoyer pour être convaincu qu'un abus

175. *Contra: Dufresne c. Jean Fortin & Associés syndics inc.*, J.E. 97-1960 (C.S.); J.E. 2001-999 (C.A.); *Bélanger c. Turcotte*, J.E. 99-1612 (C.S.); appel accueilli en partie, 2000-05-02 (C.A.M. 500-09-008507-998) (vices cachés); *9041-5589 Québec inc. c. Entreprises Marnet inc.*, J.E. 99-98 (C.S.); J.E. 2002-366 (C.A.).

de droit sur le *fond*¹⁷⁶ du litige (ou une conduite de mauvaise foi) ne peut donner ouverture au paiement d'honoraires extrajudiciaires comme dommages: seul l'abus de *procédure* (qui rend le paiement d'honoraires extrajudiciaires inutile) crée un véritable *lien de causalité*.

Ceci établi, voyons comment, en droit quotidien, nos tribunaux ont justifié l'octroi des honoraires extrajudiciaires: 1. sanction réparatrice d'un abus dans la défense à l'action originale ou dans la demande; 2. sanction punitive de la mauvaise foi ou d'un abus dans la faute originale¹⁷⁷; 3. nouvelle tendance: dans les procès en diffamation¹⁷⁸ ou dans le cas d'atteinte à un droit fondamental (ou à un droit protégé par la Charte québécoise)¹⁷⁹; 4. les

-
176. Exemples d'octroi d'honoraires extrajudiciaires alors que l'abus de droit n'était pas un abus de procédure: *Gervais c. Bouffard*, [2001] R.J.Q. 1065 (C.Q.); requête pour permission d'appeler accueillie, 2001-04-12 (C.A.M. 500-09-010807-014); *Industries Dettson inc. c. Courchesne*, [2001] R.J.Q. 124 (C.S.) (en appel); *Poulin c. Promutuel Charlevoix-Montmorency, société mutuelle d'assurances générales*, J.E. 2001-891 (C.S.).
177. En matière de contrat individuel de travail, les actions accueillies pour congédiement injustifié entraînent l'octroi de dommages-intérêts. Par exemple, dans *Baril c. Industries Flexart ltée*, [2001] R.J.Q. 488, 505 (C.S.) (en appel), le juge Lacroix, étant «en présence de l'éléphant et de la souris», condamne l'éléphant, qui a eu une conduite malicieuse et abusive, à payer 110 093,26 \$ d'honoraires extrajudiciaires; elle conclut «avec dépens, incluant les honoraires extrajudiciaires»! Dans ce domaine, il y a eu certainement des abus... de la part de la magistrature. Voir, en général, Georges AUDET, Robert BONHOMME et Clément GASCON, *Le congédiement en droit québécois en matière de contrat individuel de travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, 6.1.101. et 20.4.7: depuis le 20 mars 1997 sous l'empire de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1. (art. 126.1), les honoraires extrajudiciaires ne font pas partie du dédommagement; avant, la jurisprudence était partagée et accordait, en cas de congédiement téméraire, capricieux ou abusif des montants plutôt arbitraires.
178. Dans le numéro 25 de *Le Recherchiste* publié par *Illico inc.*, on peut lire que dans 70 décisions (mai 2002) publiées émanant pour la plupart de la Cour supérieure «[T]rois fois sur quatre, les honoraires extrajudiciaires sont accordés comme dommages à la victime de diffamation»; voir, par exemple, *Espaces logiques, promotion immobilière inc. c. Duff*, B.E. 98BE-393 (C.Q.); *Tom c. Wong*, REJB 1999-12552 (C.S.); *Lebeuf c. Association des propriétaires du lac Doré*, J.E. 97-1616 (C.S.); *Guitouni c. Société Radio-Canada*, [2000] R.J.Q. 2889 (C.S.), J.E. 2001-305 (C.A.) (qui insiste sur le lien causal, en matière de diffamation), infirmé sur la question des honoraires extrajudiciaires par la Cour d'appel le 16 octobre 2002; *Campbell c. Hrtschan*, [2001] R.R.A. 427 (C.S.) (en appel); *Bélisle-Heurtel c. Tardif*, [2000] R.J.Q. 2391 (C.S.); *Lacroix c. Gazette inc. (La)*, précité, note 10.
179. Voir, par exemple, *J.L. c. S.B.*, [2000] R.R.A. 665 (C.S.) (vie privée); *Latreille c. Choptain*, J.E. 97-1475 (C.S.); le rapport final sur la révision de la procédure civile, intitulé *Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, 2001, s'exprime ainsi: «Les dépens ne comprennent pas les honoraires extrajudiciaires de l'avocat, c'est-à-dire la rémunération de ce dernier, ni les débours extrajudiciaires, à savoir ceux engagés dans l'exécution du mandat de l'avocat et non prévus au

honoraires extrajudiciaires accordés (ou refusés) *sans motivation* ou avec une motivation sommaire¹⁸⁰. Reprenons brièvement ces quatre points:

1. La première situation a une base juridique saine. Restent à régler les trois questions suivantes: a) la *preuve* des honoraires extrajudiciaires déboursés¹⁸¹; b) la *base* du pouvoir judiciaire de diminuer les honoraires extrajudiciaires¹⁸²; c) le sort des *dépens* en ce cas, dont les honoraires judiciaires¹⁸³.

2. La seconde situation est injustifiable en droit. Le grand principe de la réparation intégrale, quel que soit le degré de la faute, ne justifie pas d'autre punition que celles prévues par la *loi*, dont les dommages punitifs ou exemplaires, dans les cas où la loi les prévoit.

3. On comprend, humainement parlant, cette nouvelle tendance, mais si justifiable qu'elle soit en équité ou *de lege ferenda*, elle est injustifiable en droit, dans notre tradition juridique civiliste et québécoise¹⁸⁴. Et la Cour d'appel, dans l'affaire *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, a sainement réagi.

tarif. Cependant, la jurisprudence reconnaît le pouvoir du tribunal de les attribuer à titre de dommages compensatoires ou exemplaires, notamment dans les cas d'abus manifeste de procédure ou d'atteintes illicites et intentionnelles à des droits fondamentaux» (5.2 *in fine*). Aucune recommandation n'en ressort.

180. *Droit professionnel – I*, [1992] R.R.A. 11, 16 (C.S.) («il est raisonnable [...]»); *Corrigan c. Montreal Urban Community*, précité, note 70. On peut aussi consulter *Conseil de la magistrature du Québec c. Commission d'accès à l'information*, [2000] R.J.Q. 638, 658 (C.A.); *Allard c. Biron*, précité, note 96.

181. Voir 2632-8419 *Québec inc. c. Max Aviation inc.*, J.E. 2000-1250 (C.S.).

182. Voir *infra*, p. 122.

183. Les dépens comprennent les honoraires judiciaires. Condamner une partie aux honoraires extrajudiciaires et aux honoraires judiciaires n'est-il pas faire double emploi? Voir *Distribution Toiture mauricienne inc. c. 94226 Canada ltée*, J.E. 2000-1397 (C.Q.); *J.L. c. S.B.*, précité, note 179. Voir aussi *M. (M.) c. S. (V.)*, J.E. 99-375 (C.S.), où (en plus d'accorder des dommages punitifs pour atteinte intentionnelle à un droit fondamental) le juge «condamne le défendeur à payer la somme de 4 000,00 \$ les honoraires d'avocat, mais ceci étant, l'intimé ne sera pas condamné aux dépens. Il ne lui sera pas ordonné de payer deux fois pour la même chose» (dernier paragraphe du jugement). Les honoraires judiciaires sont distraints en faveur de l'avocat (article 479 C.p.c.). Ce dernier ne devrait-il pas faire bénéficier son client de cette distraction en les déduisant de sa facture? Voir *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., c. B-1, r. 1, art. 3.08.02(h) et 3.08.08. Bien sûr, il n'existe aucune statistique sur cette question. On peut consulter *O'Brien c. Allied Van Lines Ltd.*, [1998] R.J.Q. 1608 (C.S.); *Gestion S.A.G.G. c. Hudon*, [1999] R.D.I. 99, *in fine* (C.S.).

184. Heureusement, il y a encore des juges qui refusent d'octroyer les honoraires extrajudiciaires qui sont demandés. Il est très symptomatique que les avocats, depuis quelque temps, tentent presque systématiquement de les obtenir en les

4. La motivation est l'essence d'un bon jugement.

Bref, la condamnation aux honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts n'est justifiable que s'il s'agit de réparer le préjudice causé par un abus de procédure. Le principe de l'économie des moyens procéduraux permet au juge de la prononcer dans le cadre d'une action autre que la demande de dommages-intérêts pour abus de procédure. Mais l'abus de procédure est la condition d'une telle condamnation et le critère reste celui-ci: la victime aurait-elle pu obtenir ces dommages-intérêts dans une action distincte pour abus de procédure?

Malgré les efforts de la Cour d'appel pour encadrer, baliser les condamnations aux honoraires extrajudiciaires, les juridictions de première instance avaient pris un autre tournant.

12) Malgré les limites exprimées par la Cour d'appel avant l'affaire *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, une jurisprudence de plus en plus nombreuse¹⁸⁵ a libéralement octroyé des honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts au demandeur victorieux dans des affaires de diffamation ou de violation d'un droit fondamental, notamment.

Il s'est opéré une sorte de glissement, de dérapage.

Dans ces situations, la condamnation au paiement des honoraires extrajudiciaires est là pour réparer un préjudice. Différemment des dépens, elle ne peut avoir lieu pour PUNIR une conduite répréhensible.

Cette constatation nous ramène au début de notre étude: les honoraires extrajudiciaires ne peuvent être accordés que sous la rubrique de dommages (matériels). En ce cas, ils ne sont pas destinés à punir, mais à réparer. En ce cas, la conduite malicieuse de mauvaise foi, si répréhensible soit-elle, ne peut justifier une

incluant comme chefs de dommages. Quelques exemples de jurisprudence récente niant ce chef de réclamation: *2959-0775 Québec inc. c. Rodrigue Métal ltée*, [2000] R.L. 75 (C.Q.); *Beaupré c. Simoneau*, REJB 1998-05436 (C.Q.); *Côté c. Université du Québec à Hull*, précité, note 115; *Demers c. Boily*, REJB 1999-15355 (C.S.); *Drouin c. Laurin*, B.E. 99BE-1031 (C.S.); *Laurentienne générale, compagnie d'assurance inc. c. Nortrem ltée*, REJB 1998-08054 (C.S.); *Ostiguy c. P.G. du Québec*, précité, note 131.

185. Il faut dire que malgré leur base juridique chancelante les affaires *Nantel et Alvetta-Comeau* continuent d'inspirer: voir, par exemple, *Gagné c. Angers*, REJB 2001-23501 (C.Q.) ou *Des Rosiers c. Nelson*, précité, note 131.

condamnation aux honoraires extrajudiciaires. Le lien direct et immédiat n'est pas plus présent parce que la conduite du responsable est consciemment délibérée que s'il s'agissait d'un quasi-délit de négligence ou d'imprudence. La seule exception est celle de la réparation d'un abus de procédure au sens large. Le test pour savoir si un juge peut condamner à des honoraires extrajudiciaires, répétons-le, devrait être le suivant: le bénéficiaire de la condamnation les aurait-il obtenus dans une action en responsabilité civile séparée, distincte?

Il faut bien différencier les dépens des frais extrajudiciaires. Les premiers sont surtout la conséquence de la succombance et excluent par définition les honoraires extrajudiciaires. Ces derniers, s'ils ne peuvent être juridiquement un moyen de punir, peuvent, dans le cas de l'exercice illicite d'une voie procédurale, être octroyés comme dommages matériels, immédiats et directs.

Peut-on justifier la nouvelle tendance de la jurisprudence québécoise (à laquelle l'affaire *Viel* devrait mettre fin), manquant de base juridique autrement que par *l'équité*? C'est toute une conception de l'administration de la justice qui sous-tend les choix possibles quant au sort des honoraires extrajudiciaires. Un examen des diverses solutions dans des pays étrangers proches du nôtre va nous éclairer.

III – LES CHOIX POSSIBLES (LE DROIT COMPARÉ)

Le système du *Nouveau code de procédure civile* français a trouvé une sorte de *via media* avec l'article 700 qui permet au tribunal de condamner, en sus des dépens, à une somme d'argent – de type indemnitaire – la partie perdante: c'est la condamnation aux frais irrépétibles (ou le paradoxe français) – une *via media* entre le système anglais, d'une part, où la distinction entre frais judiciaires et frais extrajudiciaires n'existe pas (le perdant devant rembourser la presque totalité des honoraires d'avocat) et le système américain pour lequel les honoraires d'avocat sont à la charge entière de chaque partie au procès. Pourquoi une telle disparité du traitement? Il y a des raisons historiques et – sous-jacente – une certaine philosophie de l'administration de la justice, qui varie d'un pays à l'autre.

Nous savons que notre droit judiciaire privé est un droit mixte. Le pouvoir inhérent d'une cour est un concept ignoré du droit français, par exemple. Ce n'est donc pas seulement à titre de

curiosité qu'il convient d'examiner le sort des honoraires d'avocat dans la tradition anglaise, perpétuée au Canada anglais. C'est donc par la tradition anglaise que nous entreprendrons notre étude de droit comparé.

1) *La tradition anglaise*

Les dépens – *costs* – représentent un élément d'une extrême importance¹⁸⁶ dans le système d'administration de la justice; il faut toujours en tenir compte avant et après un procès. Comme l'écrivait Goodhart¹⁸⁷, il s'agit d'un casse-tête (*jigsaw puzzle*) dont nous essayerons de démêler les grandes lignes, sans entrer dans les détails¹⁸⁸. Le principe fondamental – tel que retenu en particulier par les juristes américains – est le suivant: la partie qui perd doit payer tous les débours engagés par son adversaire victorieux, *y compris les honoraires et déboursés de l'avocat, les fees du solicitor*¹⁸⁹.

Historiquement, ce n'étaient que des *Chancery Courts*, jugeant en *equity*, qui avaient le pouvoir inhérent de condamner aux *costs*. Les cours de common law proprement dite ne pouvaient le faire que si un *statute* les y autorisait: le long des siècles de nombreux textes législatifs y ont remédié¹⁹⁰. Aujourd'hui les Règles de pratique traitent de la question de façon quasi exhaustive¹⁹¹; le pouvoir discrétionnaire des tribunaux demeure, mais encadré, balisé.

-
186. S.H. BAILEY et M.J. GUNN, SMITH & BAILEY on *The Modern English Legal System*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, p. 472: «The costs involved in civil litigation are of the utmost importance to the parties they may prevent an action ever being brought, they may render a victory in court Pyrrhic when damages are swallowed up in costs, they may prevent a meritorious appeal and they will always be a factor in the risk of litigation.»
187. A.L. GOODHART, «Costs», (1929) 38 *Yale L.J.* 849, 860. Il s'agit là d'un article souvent cité.
188. Voir, par exemple, *The Royal Commission on Legal Services: Final Report*, vol. 1, Londres, H.M. Stationery Off., 1979, p. 543 et s. (chapitre 37 «Lawyers' Charges»).
189. Il existe deux types d'avocats en Angleterre: les *solicitors* qui sont des *officers of the Court* et les *barristers* qui ont le quasi-monopole de s'adresser aux tribunaux supérieurs. Le client engage un *solicitor* qui contacte le *barrister*. Les honoraires du *barrister* sont négociés par le *clerk* du bureau de ce dernier et le *solicitor*. Seuls les *solicitors* peuvent réclamer des honoraires au client (qui paie les honoraires du *barrister* en versant l'argent au *solicitor*).
190. Cf. *Foulis et al. v. Robinson*, (1978) 21 O.R. (2d) 769 (Ont. C.A.).
191. En Angleterre, l'*Order* 62 a été modifié en 1986 (1986 N° 632 L. 2): *Rule 7 des Rules of the Supreme Court (Rule 2)* [cf. Lewis F. STURGE, *Basic Rules of the Supreme Court*, 3^e éd., Londres, Butterworths, 1966, p. 167 et suiv.]. En Ontario, *Rule 57.01*: Garry D. WATSON et Michael McGOWAN, *Ontario Civil Practice*, 1997, 8^e éd. par G.D. Watson, M. McGowan, John T. Porter et Justin W. de Vries, Scarborough, Carswell, 1996, p. 852.

Nous allons essentiellement tenter [c'est effectivement un vrai puzzle] de répondre aux trois questions suivantes: a) que comprennent les *costs*? b) qui paie les *costs*? c) quelle est la nature juridique des *costs*?

a) *Que comprennent les costs?*

Nous nous bornerons à des généralités. Il est impossible de rendre compte des avatars et des subtilités qui affectent la condamnation aux *costs* dans le contexte de l'évolution du droit anglais et anglo-canadien. En gros, il y aurait trois types de *costs* suivant une gradation basée sur le caractère partiellement ou presque totalement indemnitaire de la condamnation.

Une définition des *costs* peut être empruntée à une Règle de pratique albertaine: «“costs” includes all the reasonable and proper expenses which any party has paid or becomes liable to pay for the purpose of carrying on or appearing as party to any proceeding, including without restricting the generality of the foregoing, (i) the charges of barristers and solicitors [...]»¹⁹². D'une façon simplifiée, un juge d'Alberta (aussi) nous décrit ainsi la catégorie de «costs» auxquels peut être condamnée une partie¹⁹³:

As a general rule, costs may be said to fall into three categories:

1. Party and party costs to provide partial indemnity for costs the successful party must pay his own solicitor.
2. Solicitor and client this basis is intended, so far as is consistent with fairness, to provide complete indemnity to the party to whom they are awarded as to costs essential to and arising within the four corners of the litigation.
3. Solicitor and his [own] client the costs a solicitor can tax against a resisting client [...] the taxation between a solicitor and his client resolves itself into an assessment on the *quantum meruit* basis, into which all factors essential to fair play and justice enter.¹⁹⁴

192. *Rule 600(1)* [Alta. Reg. 313/81]. Cf. W.A. STEVENSON et J.E. CÔTÉ, *Civil Procedure Guide, 1989*, Edmonton, Juriliber, 1989, p. 1178.

193. *McCarthy v. Board of Trustees of Calgary Roman Catholic Separate School District No. 1*, [1980] 5 W.W.R. 524, 525 (Alta Q.B.); cf. *Re Solicitors*, [1967] 2 O.R. 137, 139 (Ont. H.C.); cf. Mark M. ORKIN, *The Law of Costs*, Toronto, Canada Law Book, 1968, p. 1 et s.

194. Alors qu'en common law anglaise et anglo-canadienne un avocat fait taxer ses honoraires contre son propre client (cf. N. GOLD, *loc. cit.*, note 63), en droit québécois ce n'est qu'exceptionnellement et dans le cadre de l'article 252 C.p.c. (révocation de mandat; substitution de procureur) que l'avocat peut faire taxer ses honoraires judiciaires: *Kraut c. Karasik*, [1983] R.D.J. 310 (C.A.); voir *Terreault c. Monette*, [2000] R.J.Q. 1486 (C.S.); appel rejeté, J.E. 2000-1528 (C.A.).

Il y a une gradation entre ces trois catégories de *costs*. La règle habituelle est d'accorder la première catégorie qui ne fait que compenser partiellement les débours de la partie gagnante. La deuxième catégorie le fait plus généreusement. Et la troisième catégorie permet à la partie victorieuse de récupérer quasiment tout ce qu'elle a payé ou doit payer à son avocat; en ce cas les tarifs prévus par des règlements sont bien moins pertinents¹⁹⁵.

Cette distinction tripartite est devenue en pratique aujourd'hui une distinction bipartite autant en Angleterre¹⁹⁶ que dans les provinces canadiennes¹⁹⁷. La question des *costs* a fait presque partout l'objet d'une réglementation plutôt détaillée qui laisse cependant une grande latitude au juge du procès.

Il faut être conscient que la partie victorieuse ne récupérera jamais tous ses frais (même en common law il y a des frais irrépétibles – *irrecoverable costs*¹⁹⁸); elle pourra obtenir normalement, selon la règle *costs follow the event*, les *party and party costs*. Exceptionnellement, elle pourra obtenir les *costs on a solicitor and client basis*¹⁹⁹. Quels sont ces cas exceptionnels? On peut les

195. Cf. HALSBURY'S *Laws of England*, 4^e éd. par Lord HAILSHAM of St. MARYLEBONE, vol. 37, Londres, Butterworths, 1982, n° 712, p. 547, v° *Practice and Procedure*.
196. R.S.C. Order 62 r. 3(4). ODGERS, on *High Court Pleading and Practice*, 23^e éd. par David Bernard Casson, Londres, Sweet & Maxwell, 1991, p. 442: 12(1) «On a taxation of costs on the standard basis there shall be allowed a reasonable amount in respect of all costs reasonably incurred and any doubts which the taxing officer may have as to whether the costs were reasonably incurred or were reasonable in amount shall be resolved *in favour of the paying party*; and in these rules the term «the standard basis» in relation to the taxation of costs shall be construed accordingly. 12(2) «On a taxation on the indemnity basis, all costs shall be allowed except insofar as they are of an unreasonable amount or have been unreasonably incurred and any doubts which the taxing officer may have as to whether the costs were reasonably incurred or were reasonable in amount shall be resolved *in favour of the receiving party*; and in these rules the term «the indemnity basis» in relation to the taxation of costs shall be construed accordingly. 12(3) «Where the court makes an order for costs but either does not specify a basis of taxation or specifies a basis other than the standard or indemnity bases then the costs shall be taxed on the standard basis.»
197. *Canadian Encyclopedic Digest (Ontario), a complete statement of the law of Ontario as derived from the cases and statutes*, 3^e éd., vol. 6, Toronto, Carswell, 1973-97, titre 37, p. 57, v° *Costs*. Voir par exemple *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191, qui, en application de la règle de procédure ontarienne R.R. 49(10), approuve le juge qui a condamné la défenderesse à des «costs on a solicitor and client basis» pour avoir refusé une offre de règlement valable.
198. WALKER & WALKER, *The English Legal System*, 6^e éd. par R.J. Walker, Londres, Butterworths, 1985, p. 385.
199. En français, on parle de «dépens comme entre avocat et client»: *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, 448 ou de «dépens entre procureur et client»: *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, précité, note 1, 623 ou de dépens «comme entre procu-

regrouper sous deux rubriques: d'abord le tribunal peut condamner une partie à payer des dépens sur la base procureur-client pour sanctionner une conduite répréhensible de cette partie, pour PUNIR²⁰⁰; c'est le cas le plus courant. Mais aussi parfois pour des considérations d'équité ou même d'intérêt public²⁰¹. Ce sont, au fond, les mêmes motivations qui justifieront une entorse à l'octroi des dépens à la partie victorieuse, soit en les refusant ou en les accordant à l'autre partie²⁰². L'idée de *sanction punitive* est souvent présente.

b) *Qui paie les costs?*

On aura compris que cette question est très souvent réglementée par des textes dans les juridictions de common law. Mais le principe est *costs follow the event*, sans pour autant enlever au tribunal son traditionnel *pouvoir discrétionnaire* (parfois encadré de directives plus précises, comme, par exemple, les cas où le procureur peut être personnellement condamné)²⁰³. Il est intéressant de faire ressortir les raisons données du caractère exceptionnel de

reur et client»: *Friends of the Oldman River c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 3, 80. La Règle 400(6)(b) des Règles de la Cour fédérale, précité, note 32, parle d'«adjuger tout ou partie des dépens sur une base avocat-client». Voir aussi *Technologie Labtronix inc. c. Technologie Micro contrôle inc.*, J.E. 96-1824 (C.S.), J.E. 97-170 (C.A.); J.E. 97-228 (C.S.), J.E. 98-1919 (C.A.); J.E. 97-366 (C.S.), J.E. 98-1918 (C.A.).

200. Voir, par exemple, *Barrett et al. v. Northern Lights School Division, No. 133*, (1986) 47 Sask. R. 251, 264 (Sask. Q.B.); *Isaacs c. MHG International Ltd.*, (1984) 7 D.L.R. (4th) 570, 572 (Ont. C.A.). En général, les dépens comme entre procureur et client ne sont accordés que s'il y a conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante: *Young c. Young*, précité, note 46, 135 et 136.
201. Voir par exemple, *Friends of the Oldman River c. Canada*, précité, note 199, 80; *Roberge c. Bolduc*, précité, note 199, 448. Cf., récemment, *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, J.E. 2002-351 (C. sup. can.), paragraphes 86 et 87.
202. Voir en général les ouvrages suivants qui donnent de nombreuses références: HALSBURY'S *Laws of England, op. cit.*, note 195, n° 712 et s., p. 547 et s., v° *Practice and Procedure* et le *Supplement* correspondant; W.A. STEVENSON et J.E. CÔTÉ, *op. cit.*, note 192, p. 1178 et s.; G.D. WATSON et M. McGOWAN, *op. cit.*, note 191, p. 822 et s. pour la Colombie-Britannique: *Szpradowski (Guardian ad litem of) v. Szpradowski Estate*, (1992) 4 C.P.C. (3d) 21 (B.C.S.C.) commenté par Frederick M. IRVINE, «The British Columbia Supreme Court's Inherent Jurisdiction to Award Costs on a Solicitor and own Client Basis», (1992) 6 C.P.C. (3d) 395. La *Supreme Court Rule 57* distingue les «ordinary costs» qui correspondent aux «party-and-party costs» des «special costs» qui correspondent aux «solicitor-and-client costs»
203. Les *costs* doivent être taxés. La «taxation» (G.D. WATSON et M. McGOWAN, *Ontario Civil Practice*, précité, note 191, maintenant *assessment*, p. 822) «is no more than a quantification machinery by means of which the recoverable amount of costs, disbursements, expenses, etc. is ascertained»: *Gomba Holdings (UK) Ltd. v. Minorities Finance Ltd. (N° 2)*, [1992] 4 All E.R. 588, 602 et 603, [1993] Ch. 171, 189, cité dans *BRDC v. Hextall Erskine*, [1996] 3 All E.R. 667, 687 (Ch. D.).

la dérogation à la règle générale de condamnation aux dépens. L'extrait suivant de l'opinion du juge Freedman, dans *Evaskow c. Int'l Boilermakers*, mérite d'être reproduit²⁰⁴:

The learned trial Judge based his very unusual order on the theory that the award of damages to the plaintiff should reach him intact. No doubt every plaintiff would like to receive his damages intact, without at all assuming any portion of the costs of the litigation which he instituted. Perhaps in an ideal system (for plaintiffs), such a hope might be realized. But in the process it would result in the imposition of intolerable burdens upon defendants. Our system accordingly seeks for a just compromise or balance by requiring, or at least expecting, that the costs of litigation will be shared or distributed between the parties. Since costs normally follow the event, the heavier burden will be upon the loser. But the victor will not usually emerge without some contribution to the solicitor-and-client bill.

Si la règle générale n'était généralement pas suivie, cela conduirait à une conséquence désastreuse:

If this principle were departed from other than in exceptional cases, it is not difficult to visualize the indirect harm that could well be done by inhibiting prospective litigants from bringing to the attention of the Courts matters which they had every right to put into litigation.²⁰⁵

c) *Quelle est la nature juridique des costs?*

On voit que la condamnation aux *costs* peut être utilisée comme sanction punitive, voire disciplinaire. Cependant, historiquement, il s'agit plutôt d'une *indemnisation* basée sur l'idée de «faute» de la partie qui succombe²⁰⁶. Les *costs* «are by their nature compensatory rather than punitive»²⁰⁷. Cependant, les *costs* ne sont pas des *damages*. On peut lire dans Halsbury's²⁰⁸:

204. (1969) 9 D.L.R. (3d) 715, 720 (Man. C.A.).

205. *Vanderclay Development Co. Ltd. v. Inducon Engineering Ltd.*, (1969) 1 D.L.R. (3d) 337, 344 (Ont. H.C.). Voir aussi *McCarthy v. Board of Trustees of Calgary, Roman Catholic Separate School District No. 1*, précité, note 193; *Mobil Oil Canada, Ltd. v. Canadian Superior Oil Ltd. et al.*, (1979) 105 D.L.R. (3d) 355 (Alta Q.B.).

206. Garry D. WATSON, W.A. BOGART, Allen C. HUTCHINSON, Janet E. MOSHER, Kent ROACH, *Civil Litigation, Cases and Materials*, 4^e éd., Toronto, Edmond Montgomery Publications, 1991, p. 419.

207. *Cf. Ryan v. McGregor*, (1926) 1 D.L.R. 476 (Ont. Divn Ct); *A.-G. Q. c. Bérubé and A.-G. Canada*, [1945] B.R. 77, conf. [1945] R.C.S. 600.

208. Vol. 13, n° 807, p. 266, v° *Damages in fine*. Voir aussi les causes citées dans *Canadian Encyclopedic Digest, Western: a complete statement of the law of the provinces of Western Canada as derived from the cases and statutes*, 3^e éd., vol. 9, Toronto, Carswell, 1979-97, titre 38, n° 105, v° *Costs*.

Costs are distinct from damages. The award of costs beyond the costs of the suit, by way of penalty or additional damages, or the award of costs on a more liberal scale by way of damages is not permissible.

De cette brève et oh! combien incomplète étude des *costs*²⁰⁹ en common law anglaise et anglo-canadienne, on peut tirer les constatations suivantes:

– Les montants des *fees* (honoraires d’avocat) faisant partie des *costs* sont plus proches de la réalité²¹⁰ que chez nous; cela peut coûter très cher au perdant. Même lorsqu’il est prévu des tarifs fixes, le pouvoir d’appréciation du tribunal est très ample²¹¹ et permet une certaine discrétion qui rend moins onéreuse la victoire de la partie gagnante, mais risque parfois de faire hésiter une partie à recourir aux tribunaux et favoriserait les règlements hors cour.

– Les *costs* ont un caractère indemnitaire, ce qui n’empêche pas les tribunaux de se servir de la condamnation comme punition d’un acte répréhensible. Malgré leur caractère en principe indemnitaire, les *costs* doivent être distingués des *damages*, des dommages-intérêts.

Le système anglais est à l’opposé du système américain où les honoraires d’avocat sont entièrement supportés par chacune des parties, gagnante ou perdante.

2) La tradition américaine

On parle, en général, de l’*American Rule*, en vertu de laquelle les honoraires d’avocat ne font pas partie des dépens²¹² ni des

209. Au fond le mot *costs* utilisé dans un *statute* fédéral ou de common law n’a pas le même contenu que le mot *dépens*. Les frais de justice au Québec ne sont pas les mêmes que ceux des autres provinces. Cette remarque a son importance dans la mesure où, en particulier, la condamnation aux *costs* peut revêtir un aspect *punitif*: la punition n’est alors pas identique selon que l’on est condamné aux *costs* ou aux *dépens*. Deux systèmes juridiques: les mots ont un sens semblable, mais pas nécessairement le même contenu. À noter par ailleurs le pouvoir discrétionnaire du registraire en *faillite* de fixer une somme à payer à titre d’honoraires extrajudiciaires: 3087-6346 *Québec inc. (Faillite de)*, REJB 2001-23975 (C.S.) (*Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. (1985), c. B-3, art. 197(2) et Règles 86 et 87).

210. C’est clair en Angleterre: *Lonrho plc v. Fayed (No. 5)*, [1994] 1 All E.R. 188, 212 (C.A.).

211. À titre d’illustrations, on peut consulter le texte de la Règle 400 de la Cour fédérale, précité, note 32 et les exemples donnés dans David SGAYIAS, *Federal Court Practice*, 2000, Scarborough, Carswell, 1999, p. 735 et s.

212. 20 C.J.S. *Costs* § 125, p. 105 (1997): «[I]n the absence of a valid and applicable statute or agreement authorizing the allowance of attorney fees as costs, they are generally not allowable as costs.»

dommages-intérêts²¹³ pouvant être recouverts, sauf disposition statutaire ou stipulation contractuelle à l'effet contraire. Nous reproduisons ici le paragraphe 914 du *Restatement of the Law*²¹⁴ et le Commentaire qui suit:

§914. Expense of Litigation

- (1) The damages in a tort action do not ordinarily include compensation for attorney fees or other expenses of the litigation.

[...]

Comment on Subsection (1):

- a) The rule in this country, in contrast to that in England, is that neither party to a tort action can recover in that action his counsel fees or other legal expenses of maintaining the action itself, except to the limited extent to which he may be authorized to do so by statutes providing that he may recover his «costs» and disbursements. Historically the rule goes back to a time when the small amounts awarded for «costs» were in fact adequate, or nearly so, to reimburse him for the expenses for litigation. This rule does not apply, of course, when a statute or a contract provides expressly or impliedly for the recovery of counsel fees or other expenses. Exception to the rule is also occasionally made in other cases involving the assertion of a claim or defense known to be spurious, or amounting to harassment or oppressive action, especially in suits in equity where the court traditionally has more discretion. The cases are not sufficient to establish individual exceptions or adequately related to permit the crystallization of a composite rule.

In awarding punitive damages when they are otherwise allowable, the trier of fact may consider the actual or probable expense incurred by the plaintiff in bringing the action. (See §908, Comment (e). This has been especially true when gross fraud is involved.)

Chaque partie supporte et finance le coût de ses prétentions juridiques en cour – en demande ou en défense. En d'autres termes, chaque partie paie son propre avocat²¹⁵. Néanmoins, les exceptions statutaires deviennent de plus en plus courantes, tant

213. 25 C.J.S. *Damages* § 50, p. 777 (1997): «[G]enerally, there can be no recovery as damages of the expenses of litigation and attorney fees unless authorized by statutes or contract.»

214. *Restatement (Second) of Torts: Expense of Litigation* §914 (1979).

215. Il ne faut pas oublier la pratique très répandue des *contingent fees* en vertu de laquelle c'est l'avocat qui supporte personnellement le risque qu'une action soit rejetée.

en matière fédérale que dans les droits étatiques. Elles prévoient, en particulier, un montant raisonnable de «attorney's fees» pour le demandeur dans une action d'*intérêt public* ou pour faire reconnaître un droit fondamental (*civil rights*).

Les origines historiques de l'*American Rule* ne sont pas faciles à déceler²¹⁶. Pendant la période coloniale les avocats étaient plutôt mal vus dans la société américaine. On ne considérait pas les services d'un avocat comme nécessaires. Il faut se rappeler qu'en vertu de la common law traditionnelle il fallait un *statute* pour justifier une condamnation aux *costs* (dont les honoraires d'avocat éventuellement, *fees*). Ces *statutes*, quand ils existaient dans les États américains au XIX^e siècle, étaient considérés comme punitifs. Si, au début, les *fees* qui y étaient prévus correspondaient à une certaine réalité, les honoraires ont augmenté pour atteindre des sommes sans commune mesure. La concurrence du libre marché ne pouvait que favoriser cette tendance. Les législatures des États (où les membres du Barreau se trouvaient en grand nombre) n'ont pas réagi. Au fond, il s'agit d'une victoire des avocats: se libérant de toute réglementation au sujet de leurs honoraires, ils pouvaient négocier librement avec leurs clients, tant en demande (à pourcentage = *contingent fees*) qu'en défense. Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, c'est le triomphe de la liberté contractuelle. On invoquait l'idée d'égalité dans l'accès à la justice; l'*American Rule* serait plus démocratique: pas besoin d'être riche pour ester en justice²¹⁷!

Ce sont moins les bases historiques du système américain qui nous intéressent que les bases juridiques ou rationnelles pour le maintenir. Il s'agit là d'une question qui a fait couler beaucoup d'encre dans la littérature juridique chez nos voisins du sud [*fee-shifting*]²¹⁸ sans qu'aucun consensus ne ressorte. La situation telle qu'elle prévaut actuellement fait l'affaire des avocats alors

216. Voir en particulier, à part l'article de A.L. GOODHART, *loc. cit.*, note 187; J. LEUBSDORF, «Toward a History of the American Rule on Attorney Fee Recovery», (1984) *Law & Cont. Probl.* 9.

217. D'une façon générale, en droit américain, on peut consulter les autorités suivantes: C.T. McCORMICK, «Counsel Fees and Other Expenses of Litigation as an Element of Damages», (1931) 15 *Minn. L. Rev.* 619; C.A. KUENZEL, «The Attorney's Fee: Why not a Cost of Litigation?», (1963) 49 *Iowa L. Rev.* 75; W.B. STOEBUCK, «Counsel Fees Included in Costs: A Logical Development», (1966) 38 *U. Colo. L. Rev.* 202; J. LEUBSDORF, «Recovering Attorney Fees as Damages», (1986) 38 *Rutgers L. Rev.* 439; R.E. LOVELL, *Court-Awarded Attorneys' Fees: Examining issues of delay, payment, and risk*, 1999.

218. Un numéro spécial, soit le volume 47 de *Law and Contemporary Problems* (1984), est consacré à l'*Attorney Fee Shifting*.

que la doctrine semblerait pencher pour l'inclusion de certains honoraires dans les *costs*²¹⁹. Les avocats n'aiment pas que l'on scrute à la loupe ou même discute leur facture d'honoraires.

La littérature juridique tourne surtout autour des mérites respectifs du système anglais comparé au système américain. Pour certains, il serait injuste (*unfair*) de pénaliser le perdant. Pour d'autres, si le système anglais décourage les litiges, favorise les règlements, filtre les procédures frivoles, il ne donne pas un accès à la justice en toute égalité. Il ne faut pas décourager les litiges, il conviendrait même de les encourager pour faire évoluer le droit... Ne s'agit-il pas, au fond, d'une différence *culturelle* autant que *juridique*?

En réalité, si l'on compare les versions extrêmes des deux systèmes, dans les juridictions d'Angleterre, le perdant est redevable de presque tous les honoraires dus par le gagnant à son avocat alors qu'aux États-Unis il ne doit les payer qu'à son propre avocat, avec la donnée que le gagnant devra remettre un pourcentage (parfois très élevé – 30 %, 40 %) de la somme obtenue comme honoraires à son avocat.

Il est peu probable qu'au Québec nous adoptions l'*American Rule*. Mais ne faut-il pas tirer une leçon des divers *statutes*, fédéraux ou étatiques, qui permettent à la partie victorieuse d'un litige d'intérêt public ou pour faire reconnaître un droit fondamental de récupérer les honoraires extrajudiciaires en tout ou en partie? Presque tous les *statutes* qui prévoient la condamnation à payer des honoraires d'avocats en font une partie des *costs* et exigent que le montant en soit *raisonnable*.

Un bon exemple américain est la loi fédérale de 1976, *The Civil Rights Attorney's Fees Award Act*, 42 U.S.C. §1988, en vertu de laquelle le juge a le pouvoir discrétionnaire d'attribuer à la partie victorieuse d'un litige mettant en jeu les *civil rights* fédéraux des «attorney's fees as part of the costs». La base de calcul des honoraires est établie par la loi du marché²²⁰. La motivation juridique de ces *Fee Shifting Statutes* est la suivante, d'après le professeur Peter Margulies²²¹:

219. Les conclusions que l'on peut tirer des statistiques sont trop ambiguës pour être valables.

220. R. COOPER DREYFUS, «Promoting the Vindication of Civil Rights Through the Attorney's Fees Awards Act», (1980) 80 *Columbia L. Rev.* 346.

221. P. MARGULIES, «After *Marek*, the Deluge: Harmonizing the Interaction Under Rule 68 of Statutes that Do and Do Not Classify Attorney's Fees as «Costs», (1988) 73 *Iowa L. Rev.* 413, 421.

Attorney's fee awards are designed, at least in the United States, to encourage and facilitate the vindication of statutory and constitutional rights. Congress' rationale in enacting fee-shifting statutes was that many meritorious claims were not taken up by the legal profession because market arrangements did not offer adequate incentives. Under the so-called American rule, parties must bear their own legal costs. Poor people, however, do not have sufficient resources to put lawyers on retainer and pay them by the hour. If a claim does not have the potential for a substantial damages award or settlement that a lawyer could share on a contingency basis, an attorney can take the case only as a virtual *pro bono* matter. Yet, many civil rights plaintiffs, environmental plaintiffs, and other plaintiffs may seek only minor damages or injunctive relief. To a private lawyer trying to pay the rent, or to a government lawyer trying to stay within a budget, such cases may seem like unproductive uses of time. Fee awards against losing defendants help fund this time, albeit after the fact.

La question du coût des litiges d'intérêt public n'a pas laissé la littérature juridique canadienne indifférente²²². Dans les provinces de common law, l'intérêt public est parfois pris en considération pour établir qui sera tenu aux *costs* et quelle catégorie de *costs* sera octroyée. Certaines provinces sont à l'origine d'un règlementation permettant au tribunal de tenir compte de l'importance du litige dans la société, lors de l'octroi des *costs*²²³.

En ce qui concerne le recours pour la reconnaissance d'un droit fondamental, on a vu aussi que c'est souvent dans ces cas que, de façon non juridiquement justifiée, les tribunaux québécois ont accordé des honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts. Mais ce qui gêne (comme l'a vu la littérature américaine), c'est que *seul le demandeur* peut les obtenir comme dommages-intérêts, et *non le défendeur victorieux*.

3) *Le droit français*

Un examen du droit français fait ressortir trois caractéristiques qui méritent d'être soulignées: 1^o la tentative de mettre en

222. Cf. Lara FRIEDLANDER, «Costs and the Public Interest Litigant», (1995) 40 *R.D. McGill* 55.

223. On a vu qu'au Québec, l'article 477 C.p.c. permet au tribunal de changer la règle générale prévoyant le paiement des dépens par la partie qui succombe. Une des motivations est l'intérêt général du litige. Mais on a vu aussi qu'en vertu du droit québécois, les honoraires extrajudiciaires ne peuvent être accordés en tant que dépens, avec le cas exceptionnel des honoraires spéciaux de l'art. 15 du *Tarif*. Sur les actions collectives, voir Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 641; *Comartin c. Bordet*, [1984] C.S. 584, 600.

œuvre le principe, prôné déjà pendant la Révolution, de la gratuité de la justice; 2° la non-inclusion dans les dépens d'honoraires d'avocat: pas d'honoraires judiciaires tarifés comme chez nous; et 3° le pouvoir récent pour les tribunaux de condamner à des «frais irrépétibles» qui tiennent compte – plutôt arbitrairement – des honoraires extrajudiciaires de l'avocat.

L'article 130 du *Code de procédure civile* se lisait ainsi: «[T]oute partie qui succombera sera condamnée aux dépens.» C'est la règle prévue par l'*Ordonnance de 1667*. En vertu de l'article 131, ce *Code de procédure civile* accordait au juge le pouvoir discrétionnaire de compenser les dépens en tout ou en partie. En 1958, il a été créé un pouvoir discrétionnaire encadré à la règle avec la phrase suivante ajoutée à l'article 130: «sauf au tribunal à laisser la totalité ou une fraction des dépens à la charge d'une autre partie par décision spéciale et motivée». Enfin, en vertu du *Nouveau code de procédure civile* entré en vigueur le 1^{er} janvier 1976, la matière des dépens est traitée plus en détail. Il précise ce que comprennent les dépens (art. 695):

Art. 695. Les dépens afférents aux instances, actes et procédures d'exécution comprennent:

1. Les droits, taxes, redevances ou émoluments perçus par les secrétariats des juridictions ou l'administration des impôts à l'exception des droits, taxes et pénalités éventuellement dus sur les actes et titres produits à l'appui des prétentions des parties;
2. Abrogé par Décr. N° 78-62 du 20 janv. 1978;
3. Les indemnités des témoins;
4. La rémunération des techniciens;
5. Les débours tarifés;
6. Les émoluments des officiers publics ou ministériels;
7. La rémunération des avocats dans la mesure où elle est réglementée (Décr. N° 78-62 du 20 janv. 1978) «y compris les droits de plaidoirie».

Cette liste est exhaustive²²⁴. Certains débours faits par les avocats (les débours tarifés) font partie des dépens. Il existe des émoluments tarifés (pour la procédure de postulation); quant aux

224. Loïc CADIET, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 1992, n° 118, p. 71.

«droits de plaidoirie», ils étaient perçus pour être versés dans la Caisse nationale des barreaux français pour alimenter le régime d'assurance vieillesse des avocats, et minimes²²⁵. Les honoraires des avocats proprement dits sont «librement déterminés», négociés avec le client et les tribunaux n'ont pas leur mot à dire sur le montant²²⁶.

L'article 696 N.C.P.C. répète en substance la règle qui se trouve à l'article 130 de l'ancien Code tel que modifié. L'innovation du nouveau Code qui nous intéresse au plus haut point est celle qui se trouve à l'article 700 visant les frais dits *irrépétibles*²²⁷, cette «paradoxe désignation de l'institution par la pratique»²²⁸. Les textes pertinents sont les suivants:

Art. 700. [Décr. N° 91-1266 du 19 déc. 1991]. Comme il est dit au 1 de l'article 75 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante à payer à l'autre partie, la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. – Art. modifié entré en vigueur le 1^{er} janvier 1992.

Ancien art. 700 [Décr. N° 76-714 du 29 juill. 1976] Lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine.

Avant d'expliquer l'article 700 N.C.P.C., il convient de souligner que la condamnation aux *dépens*, qui a déjà été considérée comme une peine, est vue par la grande majorité de la doctrine française comme une réparation, une indemnité²²⁹ qui ne serait cependant pas basée sur l'idée de faute²³⁰. De plus, comme l'écrivent Solus et Perrot, «les dépens ne constituent pas des dommages-intérêts»²³¹.

225. Cf. Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 1987, n° 1314-bis, p. 1043.

226. Frédéric-Jérôme PANSIER, *Rép. pr. civ.* Dalloz, v° *Frais et dépens*, n° 79.

227. Il y a eu deux versions de l'article 700 que nous reproduisons dans notre texte. Dans l'affaire *Montreal Gazette Ltd. (The) c. Snyder*, précitée, note 4, 613, le juge Monet se réfère à la première version et suggère que notre législateur serait bien avisé de s'en inspirer.

228. Michel DEFOSSEZ, *J.-Cl. Pr. civ.*, fasc. 524, n° 4.

229. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 58, n° 2434-2, p. 836.

230. Henry SOLUS et Roger PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 1, Paris, Sirey, 1961, n° 114, p. 112.

231. *Ibid.*

Les dépens ne comprennent donc pas les honoraires des avocats. Selon le professeur Michel Defossez²³²: «Il y a là une sorte de fiction, aux termes de laquelle le recours à l'avocat est facultatif et donc le coût de son intervention ne peut être répercuté sur la partie perdante, car d'une certaine façon elle n'existe pas»; et il ajoute²³³:

Il y a une autre raison pour ne pas inclure dans les dépens les honoraires d'avocat, c'est que ceux-ci sont libres. Or l'inclusion dans les dépens aurait signifié une taxation, dont les avocats ne voulaient pas, ayant en mémoire sans nul doute le sort des émoluments des avoués de première instance revalorisés seulement une fois depuis 1960, mais aussi étant attachés aux principes libéraux de leur profession.

Le législateur français s'est ému en 1975 et a adopté une série de textes aboutissant à l'actuel article 700 N.C.P.C. Pour des raisons d'équité, sans remettre en cause la liberté des honoraires et sans procéder à une taxation des honoraires de l'avocat, on a pensé que la partie victorieuse pourrait récupérer une partie de ces honoraires. C'est le paradoxe de l'article 700 qui permet de récupérer (en partie) les frais dits «irrépétibles».

La condamnation aux frais irrépétibles est une institution *sui generis*, de nature indemnitaire: c'est une indemnité forfaitaire dont le fondement n'est pas la faute; elle suit le régime juridique des dépens, même si le fondement juridique et l'objet en sont différents. Elle doit être demandée (et il faut demander une somme précise) au tribunal qui les accordera ou ne les accordera pas, se basant sur l'équité²³⁴. Le juge doit être convaincu l'existence de ces frais, même s'il n'a pas à en connaître le détail²³⁵. Les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation. Souvent ils vont les refuser à des banques ou à des sociétés d'assurance²³⁶. Ils peuvent aussi être sensibles à des procédures, qui, *sans être un abus de procédure caractérisé*, lui semblent répréhensibles.

Les honoraires d'avocat étant confidentiels, on comprend que les sommes allouées à ce titre sont plutôt arbitraires et ne correspondent que rarement aux honoraires payés ou dus à l'avocat. On

232. M. DEFOSSEZ, *loc. cit.*, note 228, n° 1.

233. *Ibid.*

234. Cf. Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983, n° 245, p. 304; Jacques HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, n° 457, p. 328. Cf. Philippe BRUN et Laurence CLERC-RENAUD, *Rép. pr. civ.* Dalloz, v° Frais et dépens, *passim*.

235. *Ibid.*, n° 31 *in fine*.

236. M. DEFOSSEZ, *loc. cit.*, note 228, n° 44.

dénonce souvent la modicité des sommes allouées²³⁷, même si les juges se réfèrent en fait souvent au barème indicatif du barreau²³⁸.

Grâce à l'article 700, le système français aboutit à une répartition plus équitable du fardeau des frais de justice. Dans la mesure où le pouvoir discrétionnaire des juges du fond est exercé avec modération – euphémisme pour dire que les sommes accordées au titre des frais irrépétibles sont relativement modestes – on peut se demander si il n'y a pas une analogie avec le système québécois qui prévoit des honoraires judiciaires taxés et *modestes*.

Il y a certes une analogie à faire avec le système américain en vertu duquel il fait un *texte* spécifique pour indemniser une partie du coût de ses honoraires. En France, il s'agit d'un texte qui est paradoxal non seulement parce qu'il permet de répéter des frais irrépétibles, mais aussi parce que ce texte, nécessaire pour donner un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux, leur donne précisément un pouvoir discrétionnaire.

On peut aussi constater que ce qu'a fait en définitive la tendance jurisprudentielle québécoise jusqu'à l'affaire *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, c'est, SANS TEXTE²³⁹ et à l'encontre des principes bien établis et fondamentaux du droit, aboutir à un *résultat* assez semblable.

*
* *

Si l'on conçoit que la répartition des *dépens*, dans notre tradition (et aussi en droit français), puisse servir à *punir* une conduite répréhensible, il semble hérétique de condamner une partie à payer des honoraires extrajudiciaires pour la *punir* quand le système prévoit des dommages punitifs. *Comment peut-on «punir» sans texte?*

Reste à savoir si la condamnation aux honoraires extrajudiciaires (en tout ou en partie) est juridiquement justifiable comme chef de dommages-intérêts, à titre d'*indemnité*. Si la partie condamnée a commis une *faute* caractérisée ou un abus de droit

237. L. CADIET, *op. cit.*, note 224, n° 123, p. 73.

238. P. BRUN et L. CLERC-RENAUD, *loc. cit.*, note 234, n° 38.

239. Il n'est pas inutile de rappeler ce qu'écrivait le juge LeBel, au nom de la Cour suprême dans *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, précité, note 50, 764 et 765: «[U]n tribunal québécois ne peut décréter une règle positive de procédure civile uniquement parce qu'il l'estime opportune. [...] Suivant la tradition civiliste, les tribunaux québécois doivent donc trouver leur marge d'interprétation et de développement du droit à l'intérieur du cadre juridique que constituent le Code et les principes généraux de procédure qui le sous-tendent.»

dans l'exercice de *recours judiciaires* – et notre critère est celui de savoir si une action distincte en responsabilité civile basée sur cette faute caractérisée ou abus de droit serait accueillie – on comprend qu'il s'agit d'un préjudice immédiat et direct.

Là se pose la question suivante: à quel titre, s'il s'agit d'un préjudice subi et réparable, le tribunal peut-il *diminuer* le montant des honoraires extrajudiciaires réclamés? Prenons l'exemple suivant. En raison d'une action parfaitement frivole et abusive, j'ai dû payer à mon avocat – un des ténors du barreau – la somme de 10 000 \$. Le juge, estimant que ce montant est élevé, la réduira, par hypothèse, à 5 000 \$. Au nom de quel texte ou principe juridique? Le grand principe de la responsabilité civile est la réparation intégrale du préjudice subi. Ici le préjudice est matériel et facilement prouvable, calculable et réellement subi: cela m'a réellement coûté 10 000 \$. Le principe de la *restitutio in integrum* voudrait que je reçoive 10 000 \$ en dommages-intérêts. On ne peut certes rattacher le pouvoir d'appréciation du montant des dommages à un *pouvoir inhérent* des tribunaux sur les honoraires d'un avocat. Ce n'est pas du droit civil ni la tradition québécoise. Il ne s'agit pas non plus d'une action sur compte d'honoraires non plus²⁴⁰.

On ne peut pas non plus invoquer la règle, maintenant codifiée à l'article 1479 C.c.Q., de la minimisation des dommages²⁴¹. En engageant un avocat dont les services sont chers, je n'ai pas agi comme une personne imprudente, je n'ai pas commis de faute, je n'ai pas «aggravé un préjudice que je pouvais éviter». Je n'avais pas le devoir d'engager les services d'un avocat au rabais²⁴².

240. Le juge a le pouvoir de réduire les honoraires dans un certain nombre de contrats (de services): A. POPOVICI, *op. cit.*, note 149, p. 354, note 554.

241. Cf. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 47, n° 1256, p. 730-732.

242. Voir, dans ce contexte: *Lévesque c. Richmond*, [1992] R.R.A. 789 (C.S.); appel accueilli, [1997] R.R.A. 11 (C.A.). Dans l'affaire *9078-0669 Québec inc. c. Gravel*, précitée, note 174, 2947, le juge Fraiberg n'est pas impressionné par le fait que les honoraires extrajudiciaires qu'il accorde dépassent le montant des autres dommages accordés. Il écrit:

[A]ll in all therefore, the Court sees no compelling reason to intercede on a principle of mitigation.

Faced with the fight of his life, it was not unreasonable of Gravel to expect his professionals to spare no effort in the struggle to vindicate his honour and protect his patrimony. That it cost so much reflects his courage and tenacity, not his profligacy.

It is also perhaps a sad reflection on our society's method of dispute resolution. Gravel did not have a practical choice. Either he had to submit to the wrongs he had suffered, or risk significant resources in seeking redress. To now make his victory Pyrrhic by depriving him totally of its fruits as a result of the high cost of litigation he did not seek to start with, and which had no rational foundation, would be unjust.

On pourrait invoquer le critère de «raisonnabilité». Mais ce critère peut-il mettre en échec la règle de la réparation intégrale? Il faut dire que les jugements qui réduisent les honoraires extrajudiciaires sont en général très peu motivés²⁴³.

On comprend néanmoins qu'il s'agit aussi d'éviter les abus ou les abus possibles²⁴⁴... Il est facile et tentant, lorsque la récupération des honoraires extrajudiciaires est possible ou probable, de les gonfler, d'exagérer la valeur des services rendus. Quelle que soit la base juridique du pouvoir du juge de les diminuer lorsqu'ils font partie des dommages-intérêts, on comprend cette pratique. On peut aussi justifier ce pouvoir des juges en soutenant qu'ils ne font qu'appliquer les dispositions de la *Loi sur le Barreau* et de ses règlements (Code de déontologie) sur le calcul des honoraires. Mais ce qu'il faut éviter c'est l'arbitraire: le juge devrait exiger de la preuve sur la question avant de rendre sa décision²⁴⁵.

Conclusion: légiférer

En ce qui concerne maintenant la nouvelle jurisprudence des tribunaux inférieurs surtout – même si bien intentionnée (basée sur *Nantel et Alvetta-Comeau*) (que nous pouvons qualifier d'hérétique) qui accorde parfois, en dehors des cas de faute ou d'abus de procédure, les honoraires extrajudiciaires en tant que dommages-intérêts – elle n'a pas de base juridique. Il faudrait un *texte* dans notre système juridique qui la justifie. Soit un texte semblable à l'article 700 N.C.P.C. ou un texte qui permette au tribunal de condamner aux honoraires extrajudiciaires dans les causes où est mis en jeu, par exemple, un droit «fondamental». Mais là, il faut le mentionner, ne favoriserait-on pas les demandeurs victorieux par rapport aux défendeurs victorieux?

243. Il suffit que le juge déclare que les honoraires extrajudiciaires demandés sont «disproportionnés» ou «déraisonnables» pour les réduire, somme toute assez arbitrairement: voir, par exemple, *Bélisle-Heurtel c. Tardif*, précité, note 179.

244. Il ne faudrait pas «mettre la partie perdante à la merci du procureur adverse» en accordant les honoraires extrajudiciaires: *Laval (Ville de) c. O'Connor*, [1983] T.E. 129, 130 (T.E.). À noter, de plus, que si les honoraires extrajudiciaires ont été fixés à pourcentage, on voit mal pourquoi le juge devrait s'y conformer: *Baena c. Syndicat des soutiens de Dawson*, J.E. 99-1955 (C.S.); appel accueilli, J.E. 2002-631 (C.A.).

245. Lorsque les honoraires extrajudiciaires sont accordés, une certaine jurisprudence suit les critères déterminés par le juge Gilles Hébert dans *Trust Général du Canada c. 3087-2881 Québec inc.*, J.E. 96-1900 (C.S.), pour les évaluer: 1° la nature et la complexité de la procédure engagée; 2° le montant en litige; 3° le lien de cause à effet entre la procédure et les dommages causés; 4° le temps consacré par les avocats pour obtenir justice»: *Bernier c. Toussaint*, B.E. 99BE-224 (C.Q.); *141517 Canada inc. c. L. Bucci Estimation inc.*, J.E. 2001-133 (C.Q.).

En fait, il faudra choisir entre les solutions suivantes, qui demandent toutes une modification *législative*: 1^o augmenter les tarifs des honoraires judiciaires²⁴⁶; 2^o accorder des honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts dans les affaires où un droit fondamental a été violé (dans ce contexte, on ne peut qu'approuver les décisions qui tiennent compte du montant des honoraires extrajudiciaires payés par le demandeur victorieux dans le calcul des montants de dommages-intérêts punitifs)²⁴⁷; 3^o octroyer au juge un pouvoir discrétionnaire du genre de celui de l'article 700 du *Nouveau code de procédure civile* français, en qualifiant le montant octroyé d'*indemnité* (cf. art. 1619 C.c.Q.); le défendeur victorieux devrait, dans certains cas, y avoir lui aussi accès.

En équité, il est difficile de justifier que le défendeur victorieux dans son procès où on lui réclame 60 000 \$ ait à payer 40 000 \$ d'honoraires extrajudiciaires. Il est aussi choquant que la victime de la violation, même non intentionnelle, d'un droit fondamental doive déboursier à son avocat des montants éventuellement supérieurs à ceux que lui octroient les tribunaux.

Une réforme s'impose²⁴⁸.

246. Dans le document intitulé *Une nouvelle culture judiciaire*, *op. cit.*, note 179, p. 13, on signale que si les montants d'honoraires judiciaires n'ont pas été augmentés depuis 1976, un projet en ce sens aurait été publié à la *Gazette officielle* du Québec, mais ne serait pas encore en vigueur.

247. Voir, par exemple, *Dufour c. Syndicat des employées et employés du centre d'accueil Pierre-Joseph Triest (C.S.N.)*, [1999] R.J.Q. 2674 (C.S.).

248. Le juge Jeannine Rousseau avait bien vu le problème: «Si simple que soit le principe «le perdant paie», son application a donné lieu à de multiples distinctions et tendances, qui ne sont peut-être, somme toute, que l'expression de la mésadaptation des instruments disponibles aux réalités actuelles du droit judiciaire québécois.

En d'autres termes, l'institution des dépens de l'article 477 C.P. et des divers tarifs, dont le *Tarif des honoraires judiciaires des avocats*, ne suffirait plus à la tâche, entre autres parce que, l'honoraire spécial de l'article 15 du tarif ayant une portée limitée, il a peine à combler l'écart grandissant entre ce que coûte le recours aux tribunaux et ce que le perdant paie au gagnant.

Deux conséquences sont évidentes: d'une part, de nombreux justiciables renoncent à exercer leurs droits devant les tribunaux faute de moyens financiers; d'autre part, les plaideurs tentent de trouver d'autres instruments pour pallier aux lacunes des règles québécoises d'attribution des dépens.» *Coalition des citoyens et citoyennes du val St-François c. Québec (Procureur général)*, précité, note 80, 569 où un honoraire spécial est accordé. Comparer avec *176100 Canada inc. c. Réseau des Appalaches F.M. ltée*, [2001] R.J.Q. 1011 (C.S.).