

PRÉCLUSION, *RES JUDICATA* ET PRÉCLUSION DÉCOULANT D'UNE QUESTION DÉJÀ TRANCHÉE : DES ÉCLAIRCISSEMENTS S'IMPOSENT !

Edith Charbonneau*

Le res judicata et la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (issue estoppel) sont des concepts juridiques peu abordés dans la doctrine et la jurisprudence canadienne de langue française. Pourtant, dans la mesure où leur application a pour effet la fin prématurée d'un recours, il est primordial pour le plaideur et le décideur de les cerner précisément de même que leur source, la préclusion (estoppel). Le présent article se veut donc un outil de référence en langue française pour le plaideur et le décideur issus d'une formation civiliste ou de common law qui souhaitent en connaître l'essentiel. L'auteure en étudie le fondement, la nature et l'objet de même que, pour la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, ses conditions d'application. Tout au long du texte, une attention particulière est donnée aux difficultés terminologiques que peuvent rencontrer les juristes intéressés par ces concepts. Ces difficultés concernent tant leur traduction de l'anglais au français que le sens qui leur est donné par la doctrine et la jurisprudence. À cet égard, l'auteure distingue particulièrement le res judicata et la préclusion découlant d'une question déjà tranchée de l'autorité de la chose jugée de droit civil.

Res judicata and issue estoppel are legal concepts that are infrequently addressed in Canada's French-language doctrine and jurisprudence. However, to the extent their application will put a premature end to an action, it is essential for the lawyer and the judge to identify them precisely, as well as their source, the estoppel. This article is therefore intended as a French-language reference tool for lawyers and judges with a background in either civil law or common law and who wish to know the basics. The author reviews their foundation, nature and object as well as, in respect of the issue estoppel, the conditions for its application.

* Avocate à la Direction des services juridiques de la Commission des lésions professionnelles (CLP). L'auteure tient à remercier son directeur, Me Claude Verge, pour son importante contribution tant à l'étape de la réflexion que de la rédaction de l'article. Elle remercie également Marie-Jo Lapierre et Johanne Bélanger, respectivement avocate et bibliothécaire à la Vice-présidence de la qualité et de la cohérence de la CLP, pour leur excellente collaboration à la recherche. Les opinions présentées n'engagent que l'auteure. La consultation des sites Web cités et consultés dans le présent texte est à jour au 12 mars 2015.

*Throughout the text, special attention is paid to the terminology problems that may be encountered by jurists who are interested in these concepts. These problems relate to their translation from English to French as well as the meaning given to them by the doctrine and the jurisprudence. In this regard, the author draws a special distinction between *res judicata* and *issue estoppel* and *autorité de la chose jugée* in civil law.*

1. Introduction

Jusqu'à récemment¹, les doctrines de la préclusion *per rem judicatam* (*res judicata*) et, plus précisément, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée étaient à toutes fins pratiques étrangères au droit administratif québécois. Même si la Cour suprême les avait examinées dans des jugements importants², ceux-ci ne semblaient pas avoir eu d'impact significatif sur la pratique du droit administratif québécois.

Ce temps est possiblement révolu et les plaideurs et les décideurs québécois semblent maintenant plus enclins à considérer les moyens d'irrecevabilité fondés sur le *res judicata* et la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, l'exemple le plus récent étant la décision de la Cour d'appel dans *Durocher*³. Il devient donc important de définir précisément ces concepts et leur source, la préclusion.

Dans les prochaines lignes, nous nous emploierons à définir la préclusion, tel que ce concept est appliqué par les tribunaux canadiens à ce jour, afin d'y situer tant le *res judicata* que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Nous distinguerons également le *res judicata* et la

¹ Voir par ex *Durocher c Commission des relations du travail*, 2015 QCCA 1384 [*Durocher*]; *Coopérative des paramédics du Grand-Portage et Fédération des employés du préhospitalier du Québec (FPHQ)*, 2015 QCCLP 3633; *Pigeon et Sears Canada Inc*, 2014 QCCLP 1983; *Gonthier et Entreprises Christian Beaulieu*, 2014 QCCLP 5307; *Province de Québec-Union canadienne moniale Ste-Ursule et Magny*, 2014 QCCLP 5386.

² *Angle c Ministre du Revenu National*, [1975] 2 RCS 248, 47 DLR (3^e) 544 [*Angle*]; *Danyluk c Ainsworth Technologies*, 2001 CSC 44, [2001] 2 RCS 460 [*Danyluk*]; *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 RCS 422 [*Figliola*]; *Penner c Niagara (Commission régional des services policiers)*, 2013 CSC 19, [2013] 2 RCS 125 [*Penner*].

³ *Durocher*, *supra* note 1. Dans cette affaire, bien que ça ne soit pas nécessaire aux fins de décider de l'appel, les juges majoritaires abordent la question de l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, qu'ils comparent à la doctrine de l'autorité de la chose jugée implicite. Leurs propos à ce sujet sont toutefois fort succincts et ils n'en abordent pas tous les aspects, suscitant davantage de questions que de réponses.

préclusion découlant d'une question déjà tranchée du concept de l'autorité de la chose jugée de droit civil.

Tout au long du texte, nous identifierons et expliquerons des difficultés terminologiques tant en regard de la traduction de l'anglais au français de ces concepts, qu'en regard du sens qui leur est donné par la doctrine et la jurisprudence.

Notre objectif n'est pas de faire l'apologie de la préclusion, du *res judicata* ou de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, pas plus que d'analyser leur possible application en droit administratif québécois. Le présent texte se veut plutôt un outil de référence en langue française pour le plaideur et le décideur issus d'une formation civiliste ou même de *common law* qui souhaitent connaître l'essentiel de ces concepts on ne peut plus complexes⁴.

2. Aperçu général de la préclusion (*estoppel*)

A) Difficultés terminologiques

S'il ne fait aucun doute que les termes anglais *preclusion* et *estoppel*, aujourd'hui traduits en français par le terme préclusion, identifient la même réalité juridique, tel n'a pas toujours été le cas.

Le terme *estoppel* a été utilisé par les tribunaux canadiens dès leur création. En 1876, la Cour suprême du Canada l'a fait dans l'affaire *Church v Abell*⁵. Il est encore utilisé de nos jours. Le terme préclusion, lui, n'est apparu que récemment dans le vocabulaire juridique canadien. La Cour suprême du Canada l'a introduit dans ses décisions près de cent ans après l'affaire *Church*. Le juge Laskin en fait état en 1970 et 1972 dans les affaires *Silver's Garage Ltd c Town of Bridgewater*⁶ et *Downton c Royal*

⁴ Lord Denning répondait d'ailleurs ainsi à un juriste français se lançant dans une recherche sur la préclusion dans son ensemble : « [V]ous vous attaquez à l'une des questions les plus difficiles et les plus embrouillées du droit anglais, l'une de celle dont bien peu de juristes de *common law* – si tant est qu'il y en ait – parviennent à avoir une vision claire », tel que cité dans Olivier Moréteau, « Les éléments constitutifs de l'estoppel : l'inconséquence » (2007) 9 RCLF 115 à la p 115.

⁵ *Church v Abell*, (1877) 1 SCR 442, (1876) CanLII 2.

⁶ *Silver's Garage Ltd c Town of Bridgewater*, [1971] RCS 577, (1970) 17 DLR (3^e) 1.

*Trust Co*⁷. Encore aujourd'hui, les décideurs canadiens utilisent le terme *preclusion* pour désigner la préclusion⁸.

Les traducteurs des arrêts de la Cour suprême ne semblent pas avoir réalisé immédiatement que *preclusion* était l'équivalent de l'*estoppel*, car ils les ont initialement traduits par des expressions différentes. Dans la version française des arrêts de la Cour suprême du Canada, le terme *estoppel* était traduit par « fin de non-recevoir »⁹, alors que l'expression *preclusion doctrine* l'était par « doctrine de l'irrecevabilité »¹⁰. Outre cette dichotomie, cette traduction portait à confusion en regard des notions de fin de non-recevoir et d'irrecevabilité, d'usage fréquent en droit civil québécois, mais qui se distinguent de la préclusion de *common law*.

Conscient de ces difficultés, le Bureau de la traduction du Canada effectuait, en 1987, une recherche exhaustive visant à déterminer la traduction française adéquate des termes *estoppel* et *preclusion*. Au terme de cette recherche, le terme « préclusion » a été désigné comme le plus approprié¹¹. Celui-ci a, depuis, été normalisé par le Comité de normalisation de la *common law* en français¹² et entériné lors de la publication du *Dictionnaire de la common law en droit civil des biens*¹³, en 1997. Aujourd'hui, le terme préclusion est largement utilisé par les décideurs et les auteurs¹⁴. Par souci de clarté et de cohérence, tous auraient intérêt à le faire.

⁷ *Downton c Royal Trust Co* [1973] RCS 437, (1972) 3 Nfld & PEIR 576 [Downton].

⁸ Voir par ex *Ottawa (City) v The Coliseum Inc*, 2014 ONSC 3838 au para 70; *Tessier v Edmonton (City)*, 2014 ABLCB 9.

⁹ Voir par ex *Canadian Superior Oil Ltd c Hambly*, [1970] RCS 932, 12 DLR (3^e) 247; *Angle*, *supra* note 2.

¹⁰ Voir par ex *Downton*, *supra* note 7.

¹¹ Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux, Bureau de la traduction, *La banque de données terminologiques et linguistiques du gouvernement du Canada*, « Dossier complémentaire, estoppel » (11 mai 1987), en ligne : [TERMIUM Plus <http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2alpha/alpha-fra.html?lang=fra>](http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2alpha/alpha-fra.html?lang=fra) [TERMIUM Plus].

¹² *Ibid sub verbo* « préclusion », source 2, fiche 3, observation 1.

¹³ Programme national de l'administration de la justice dans les deux langues officielles, *Dictionnaire canadien de la Common Law : droit des biens et droit successoral, terminologie française normalisée*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997, *sub verbo* « estoppel » et « préclusion ».

¹⁴ Voir par ex Jacques Vanderlinden, Gérard Snow et Donald Poirier, *La Common Law de A à Z*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010 à la p 393 [Vanderlinden] ; Jean-Pierre Villaggi, *L'Administration publique québécoise et le processus décisionnel*, Cowansville (Qc) Yvon Blais, 2005 aux pp 315–34.

Aux États-Unis¹⁵ comme en Angleterre¹⁶, les termes *estoppel* et *preclusion* ont le même sens qu'en droit canadien.

Nous utiliserons le terme « préclusion » dans le présent texte pour désigner les notions d'*estoppel* et de *preclusion*¹⁷.

B) *Nature et objet*

Bien que le terme *estoppel* soit d'origine francophone, il tirerait ses origines du mot « estoupe », qui voulait dire « stop », arrêter¹⁸. Le concept juridique lui-même vient toutefois du droit anglais où il existe depuis l'époque médiévale¹⁹. Les difficultés terminologiques en lien avec la notion de préclusion s'expliquent d'ailleurs en partie par sa longue histoire.

Initialement développée en droit privé de *common law*, la préclusion est aujourd'hui également appliquée en droit criminel²⁰ et en droit administratif²¹.

Aucun dictionnaire, à notre avis, ne définit adéquatement ou complètement la notion de préclusion. En fait, nous constatons qu'il n'existe aucun consensus sur sa nature exacte.

Alors que dans certains ouvrages, la préclusion est associée à une doctrine de *common law*²², on en fait une règle d'équité (*equity*)²³ dans

¹⁵ *Black's Law Dictionary*, 10^e éd, *sub verbo* « estoppel »; William P. Statsky, *Legal Thesaurus / Dictionary*, St Paul (Minnesota), West Publishing Company, 1985, *sub verbo* « estoppel » à la p 288.

¹⁶ *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd, vol 16(2), Londres, LexisNexis Butterworths, 2003 aux para 977–82 [*Halsbury's Laws of England*].

¹⁷ Les extraits des arrêts de la Cour suprême du Canada où les termes *estoppel* ou *preclusion* sont traduits autrement ont été modifiés pour refléter cette utilisation. Le terme préclusion est alors indiqué entre crochets [].

¹⁸ TERMIUM Plus, *supra* note 11 *sub verbo* « estoppel », source 1, fiche 2, observation 1. Voir également Adam Ship, « The Primacy of Expectancy in Estoppel Remedies : An Historical and Empirical Analysis » (2008) 46:1 *Alta L Rev* 77 à la p 78.

¹⁹ *Ibid* au para 12.

²⁰ Hamish Stewart, « Issue Estoppel and Similar Facts » (2008) 53 *Crim LQ* 382. Cet article porte sur l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en matière criminelle.

²¹ *Penner*, *supra* note 2 au para 31; Villaggi, *supra* note 14.

²² Villaggi, *supra* note 14 à la p 315.

²³ Vanderlinden, *supra* note 14 à la p 393.

d'autres. Elle sera aussi considérée tantôt comme une règle de preuve²⁴, tantôt comme une règle de droit substantif²⁵, tantôt comme une règle de preuve substantielle²⁶. De plus, certains auteurs identifient des formes de préclusion qui n'ont plus leur raison d'être (c.-à.-d. *estoppel by record*, *estoppel in pais*)²⁷, alors que d'autres n'en mentionnent pas certaines, pourtant encore utiles.

Tant les définitions françaises qu'anglaises font voir l'absence de consensus quant à la nature exacte de la préclusion.

Par exemple, dans la langue de Molière, le dictionnaire *La common law de A à Z*, publication de la Faculté de droit de l'Université de Moncton, définit la préclusion comme étant un argument en équité/*equity* :

[p]réclusion (*estoppel*, *estoppel in pais*) – (Gén.) Argument introduit en *equity*, en vertu duquel une personne est irrecevable à revenir sur une décision et sur des déclarations antérieures ou à désavouer une attitude antérieure alors que ce changement pourrait porter préjudice à une autre personne qui s'était basée légitimement sur cette décision, ces déclarations ou cette attitude. [...] [note omise] [soulignements dans l'original] [nos italiques]²⁸

Pour sa part, *La banque de données terminologiques et linguistiques du gouvernement du Canada*²⁹ (TERMIUM Plus) considère que la préclusion appliquée en droit interne canadien relève du droit de la preuve et des règles de procédure. On y rattache en effet spécifiquement à ce domaine du droit l'énoncé suivant :

[p]rincipe de droit en vertu duquel une personne est irrecevable à revenir sur des déclarations ou à désavouer une attitude antérieure alors que ce changement pourrait porter préjudice à une autre personne qui s'était basée légitimement sur ces déclarations ou sur cette attitude.³⁰

²⁴ Julie McCann, *Prescriptions extinctives et fins de non-recevoir*, coll Bleue, Série précis, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 à la p 175.

²⁵ Claude Nadeau, « L'estoppel dans le contexte du droit québécois » (1986) 46:4 R du B 599 à la p 612.

²⁶ Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4^e éd, Markham (Ont), LexisNexis Canada, 2015 à la p 12.

²⁷ *Angle*, *supra* note 2; *Smith c Alliance Pipeline Ltd*, 2011 CSC 7 aux para 12–15, [2011] 1 RCS 160 [*Smith*].

²⁸ Vanderlinden, *supra* note 14 à la p 393.

²⁹ TERMIUM Plus, *supra* note 11.

³⁰ *Ibid*, *sub verbo* « préclusion », source 2, fiche 2, définition 1.

Enfin, le *Dictionnaire de droit québécois et canadien*³¹, qui renvoie au terme *estoppel* plutôt qu'au terme préclusion, indique, dans un premier temps, que la préclusion est une :

1. Règle de droit anglais qui vise à empêcher une personne de réclamer un droit dont elle se prétend titulaire lorsque celui-ci vient en contradiction avec des propos qu'elle a tenus ou des actes qu'elle a posés antérieurement, si la personne à qui elle oppose son droit a agi de bonne foi conformément à ces propos ou à ces actes. [...]³²

Ce dictionnaire en comporte une deuxième définition qui semble propre au droit du travail. Elle se lit ainsi :

2. Moyen de défense issu de la *common law* soulevé par une partie à un contrat de travail lorsqu'elle a été induite en erreur par la conduite de son cocontractant lors de pourparlers précontractuels ou en cours d'exécution de la convention et qui lui permet de s'opposer à ce que ce dernier tire profit de la situation et revienne à sa position initiale³³.

Lorsque nous référerons à ce « moyen de défense », nous utiliserons l'expression « *estoppel* en droit du travail », parce que le terme *estoppel* est plus souvent utilisé dans les décisions arbitrales québécoises, bien qu'*estoppel* ait été traduit par le terme préclusion³⁴.

Dans la langue de Shakespeare, le *Dictionary of Canadian Law*³⁵ la définit comme suit :

ESTOPPEL. n. 1. An estoppel alleges a previous inconsistent act, allegation, or denial of a plaintiff which would preclude him from maintaining his action. *Patym Holdings Ltd. v Michalakis*, 2005 BCCA 636, Smith J.A. (Saunders J.A. concurring). [...]³⁶

³¹ Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.

³² *Ibid* à la p 255.

³³ *Ibid*.

³⁴ Pour des exemples récents où le tribunal d'arbitrage a abordé cette doctrine, voir *Teamsters Québec, section locale 931 et Aviscar Inc*, (2013), AZ-51041185 (Azimut), DTE 2014T-136 (TA Qc); *Brasserie Molson Coors et Teamsters Québec, section locale 1999*, 2014 QCTA 463, 2014 CanLII 51987 (SAT Qc); *Sandoz Canada et Teamsters Québec, section locale 1999*, 2014 QCTA 784, EYB 2014-244963.

³⁵ Daphne A Dukelow, *Dictionary of Canadian Law*, 4^e éd, Toronto, Carswell, 2011.

³⁶ *Ibid* à la p 445.

Pour sa part, TERMIUM Plus la désigne comme étant :

[a] disability whereby a party is precluded from alleging or proving in legal proceedings that a fact is otherwise than it has been made to appear by the matter giving rise to that disability. (Halsbury, 3rd ed, Vol 15, p 168)³⁷

Telle incapacité (*disability*) relèverait du droit de la preuve et des règles de procédure³⁸.

TERMIUM Plus indique également qu'en *common law*, dans le domaine du droit des biens et de la propriété, les « [d]octrines of *preclusion* generally will bar parties to a suit from relitigating between themselves matters resolved in the first action »³⁹.

Retenons, pour nos fins, que la préclusion est une doctrine dont l'objectif est d'empêcher une personne de contredire ou de contester soit une décision la concernant, soit ce qu'elle a auparavant affirmé, fait ou laissé croire, qu'elle est tantôt associée au droit procédural et de la preuve, tantôt au droit substantif, tantôt à un domaine de droit hybride qui se nourrit tant de l'un que de l'autre (règle de preuve substantielle), et qu'elle est le plus souvent considérée issue de la *common law*.

C) Formes de préclusion

Plusieurs doctrines se partagent l'appellation *estoppel* ou préclusion⁴⁰. Ceci explique également en partie les difficultés terminologiques dont nous avons traité précédemment. La Cour suprême du Canada en fait une énumération non exhaustive dans l'affaire *Ryan c Moore*⁴¹.

Les doctrines les plus souvent étudiées sont la préclusion par représentation (*estoppel by representation*), la préclusion promissoire (*promissory estoppel*), la préclusion propriétaire (*proprietary estoppel*) et la préclusion *per rem judicatam* (*estoppel per rem judicatam*), le plus souvent appelée doctrine du *res judicata* ou *res judicata* par les auteurs et les décideurs, et que nous aborderons plus loin.

³⁷ TERMIUM Plus, *supra* note 11 *sub verbo* « estoppel », source 1, fiche 2, définition 1.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, *sub verbo* « preclusion », source 1, fiche 3, contexte 1 (TERMIUM Plus réfère ici à Elinor P Schroeder, « Relitigation of Common Issues: the Failure of Nonparty Preclusion and an Alternative Proposal » (1982) 67:5 Iowa L Rev 917 à la p 919).

⁴⁰ *Ship*, *supra* note 18 à la p 78.

⁴¹ *Ryan c Moore*, 2005 CSC 38 aux para 51–52, [2005] 2 RCS 53 [*Ryan*].

En droit public, deux formes de préclusion sont généralement reconnues : la préclusion promissoire et le *res judicata*⁴². L'*estoppel* en droit du travail pourrait être considéré comme une troisième forme⁴³. Aux fins de bien distinguer le *res judicata* de la préclusion promissoire et de l'*estoppel* en droit du travail, nous en faisons ici une brève description.

1) *Préclusion promissoire*

La préclusion promissoire (*promissory estoppel*) permet à une partie d'obtenir le droit au respect d'une promesse. Pour ce faire, il incombe à cette partie « d'établir que l'autre partie a, par ses paroles ou sa conduite, fait une promesse ou donné une assurance destinées à modifier leurs rapports juridiques et à inciter à l'accomplissement de certains actes »⁴⁴. Elle doit également prouver que, « sur la foi de celles-ci, [elle] a pris une mesure quelconque ou a de quelque manière changé sa position »⁴⁵.

Appliquée en droit public, la préclusion promissoire exige la preuve d'une promesse claire et non équivoque faite par l'autorité publique à un justiciable afin de l'inciter à agir et que ce dernier s'est fié à cette promesse et a agi sur la foi de celle-ci⁴⁶.

Bien qu'elle ait des ressemblances avec la doctrine de l'expectative légitime, reconnue en droit québécois, la doctrine de la préclusion promissoire s'en distingue en ce qu'elle permet « d'obtenir une réparation de nature substantive et non uniquement procédurale »⁴⁷.

⁴² Villaggi, *supra* note 14 à la p 315.

⁴³ Il ne s'agit pas d'une troisième forme à part entière puisqu'une procédure d'arbitrage, bien que s'inspirant du droit administratif, relève plutôt de l'application et de l'interprétation d'un contrat, soit d'une convention collective.

⁴⁴ *Maracle c Travellers Indemnity Co of Canada*, [1991] 2 RCS 50 à la p 57, 3 OR (3^e) 510 [*Maracle*].

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Immeubles Jacques Robitaille Inc c Québec (Ville)*, 2014 CSC 34 au para 19, [2014] 1 RCS 784 [*Immeubles Jacques Robitaille Inc*]. Pour un exemple récent de son application en droit public québécois, voir *Stasenko c Québec (Procureur général)*, 2015 QCCS 1769, pourvoi de plein droit à la CA.

⁴⁷ *Centre hospitalier Mont-Sinaï c Québec*, 2001 CSC 41 aux para 22–38, [2001] 2 RCS 281, juge Binnie [*Centre hospitalier Mont-Sinaï*]; Villaggi, *supra* note 14 à la p 327. Les principaux arrêts portant sur cette doctrine sont, en ordre chronologique inversé : *Immeubles Jacques Robitaille Inc*, *supra* note 46; *Centre hospitalier Mont-Sinaï*, *supra* note 47; *Maracle*, *supra* note 44.

2) Estoppel en droit du travail

L'estoppel en droit du travail, quant à lui, vise à empêcher une partie d'exiger l'application d'une disposition claire d'une convention collective en raison du fait que le comportement de cette partie a fait croire à l'autre qu'elle renonçait à l'application de la disposition⁴⁸. Il s'apparente à la préclusion promissoire, avec laquelle il a été comparé par les tribunaux⁴⁹.

La Cour suprême du Canada a récemment réaffirmé l'application de cette doctrine au domaine de l'arbitrage de grief⁵⁰.

3. *Res judicata* (ou préclusion per rem judicatam)

A) Difficultés terminologiques

En plus des difficultés terminologiques en lien avec la notion même de préclusion, nous avons constaté qu'à l'intérieur de chacune des formes de préclusion existe une pluralité de termes utilisés tant en langue anglaise qu'en langue française. Il en est ainsi pour le *res judicata*.

1) De droit interne

Comme nous le verrons, le *res judicata* se divise en deux catégories : celle de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (*issue estoppel*) et celle de la préclusion fondée sur la cause d'action (*cause of action estoppel*).

Or, parfois, bien que la situation juridique en cause commanderait qu'elle s'explique par l'une ou par l'autre des catégories du *res judicata*, les auteurs ou les décideurs se contentent de référer au concept même de *res judicata*, comme si l'une ou l'autre de ses catégories équivalait à ce concept dont elles sont issues⁵¹.

⁴⁸ *Alliance des professeures et professeurs de Montréal c Morin*, [1995] RDJ 202, JE 95-321 (CA); *Syndicat canadien des travailleurs du papier, local 2995 c CIP Inc, division forestière Maniwaki*, [1995] RDJ 165, JE 95-229 (CA); *Syndicat international des travailleurs et travailleuses de la boulangerie, confiserie, tabac et meunerie (FTQ, section locale 382) c Aliments Dare inc (Usine de Saint-Lambert)*, 2012 CanLII 7812 au para 32 (SAT Qc), citant *Centre d'hébergement et de soins de longue durée de la Municipalité régionale de comté d'Arthabaska et Syndicat des salariés du Centre hospitalier des Bois-Francs (CSN)*, (2001) AZ-01145215 (Azimut) (TA Qc).

⁴⁹ *Nor-Man Regional Health Authority Inc c Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59 au para 28, [2011] 3 RCS 616.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Voir par ex *Wong v The Globe & Mail*, 2013 ONSC 2993; *Indcondo Building Corporation v Sloan*, 2014 ONCA 201.

Le lecteur est encore plus confus lorsque dans le texte qu'il examine, l'auteur s'en tient au terme *res judicata* lorsqu'il parle de l'une de ses catégories, par exemple celle de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, alors que pour expliquer une autre situation juridique, il réfère à l'autre catégorie du *res judicata* sans l'associer à ce dernier⁵². Ceci peut laisser croire, à tort, que le *res judicata* ne compte qu'une seule catégorie.

Par ailleurs, dans certains cas, l'une des conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, celle de l'identité de question, est confondue avec l'une des conditions d'application de la préclusion fondée sur la cause d'action, celle de l'identité de cause d'action⁵³.

Une dernière difficulté doit être soulignée. Cette fois, elle est en lien avec la traduction française du terme *res judicata* lorsqu'il est utilisé comme équivalent de préclusion *per rem judicatam*.

Deux expressions sont fréquemment utilisées à cette fin, et ce, de façon aléatoire, soit celle de « force de chose jugée »⁵⁴ et celle d'« autorité de la chose jugée »⁵⁵. Cette dernière expression, utilisée couramment en droit civil québécois, est souvent identifiée par les auteurs et les décideurs comme le *res judicata*⁵⁶. Si cela peut être approprié lorsque le terme *res*

⁵² Voir par ex *Timm c Canada*, 2014 CAF 8 au para 20 [*Timm*]; *Bande indienne Musqueam c Canada (Ministre des affaires indiennes et du Nord Canadien)*, [1990] 2 CF 351; Fatemeh Nouri, « Application of the Res Judicata Doctrine in Canadian Refugee Cases » (2000) 8 Imm LR (3d) 178 (« Res judicata has two branches. The first branch of the doctrine stops parties from pursuing the same cause of action. This is termed « cause of action estoppel ». The second branch known as « issue estoppel » prevents parties from relitigating an issue that was an essential element in a past decision. »); Joyce DeWitt-Van Oosten et John M Gordon, *Working Manual of Criminal Law*, Toronto, Carswell, (feuilles mobiles mise à jour 2012 – Rel 7) aux pp 1-95 à 1-102; Villaggi, *supra* note 14 à la p 315 et s.

⁵³ Pour des exemples de décisions où les deux conditions sont confondues, voir Lange, *supra* note 26 à la p 35, n 36. Pour des exemples dans la doctrine, voir McCann, *supra* note 24 à la p 184; Villaggi, *supra* note 14 aux pp 319–20.

⁵⁴ Voir par ex *Kuwait Airways Corp c Irak*, 2010 CSC 40 au para 22, [2010] 2 RCS 571; *Assiniboine c Meeches*, 2013 CAF 114 au para 12, 444 NR 285.

⁵⁵ Voir par ex *Toronto (Ville) c Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 RCS 77 [*Toronto (Ville)*]; *Boucher c Stelco Inc*, 2005 CSC 64, [2005] 3 RCS 279 [*Boucher*]; *Régie des rentes du Québec c Canada Bread Company Ltd*, 2013 CSC 46 au para 30, [2013] 3 RCS 125 [*Régie des rentes du Québec*]; Villaggi, *supra* note 14 à la p 315 et s.

⁵⁶ Voir par ex *Syndicat de l'enseignement de la région de Laval c Commission scolaire de Laval*, 2012 QCCA 827 aux para 15, 62–73; McCann, *supra* note 24 à la p 178

judicata est utilisé dans un contexte de droit civil⁵⁷, il en va autrement lorsqu'il l'est dans un contexte de *common law*. De même, si le concept de *res judicata* de *common law* peut convenir pour exprimer qu'une question a force de chose jugée, son utilisation en lien avec l'autorité de la chose jugée en droit civil québécois est inappropriée, tel que nous le verrons plus loin.

2) De droit comparé

Parallèlement à ces difficultés terminologiques de droit interne existent des difficultés terminologiques de droit comparé.

En Angleterre, bien que les tribunaux tendent aujourd'hui à utiliser uniquement le terme *res judicata*, ils utilisaient jusqu'à récemment, sans distinction, les termes *res judicata*, *issue estoppel*, *cause of action estoppel*, *estoppel by record et collateral estoppel*⁵⁸.

Aux États-Unis, le *res judicata* est le plus souvent appelé *collateral estoppel*, lui-même parfois assimilé à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (*issue estoppel*) à laquelle les tribunaux américains réfèrent sous l'expression *issue preclusion*⁵⁹. Quant à la préclusion fondée sur la cause d'action (*cause of action estoppel*), c'est sous le vocable *claim preclusion* qu'elle est le plus souvent désignée.

Les autorités anglaises et américaines étant citées par les décideurs⁶⁰ et les auteurs⁶¹ canadiens, cette confusion hors Canada participe à celle présente à l'intérieur du pays. La prudence est donc de mise lorsqu'on veut importer de telles autorités dans notre droit canadien.

Res judicata étant l'expression la plus fréquemment utilisée par les auteurs et les décideurs de *common law* pour désigner la notion de

et s. D'ailleurs, dans la version anglaise de l'article 2848 CcQ, le législateur utilise l'expression *res judicata* pour désigner l'autorité de la chose jugée.

⁵⁷ Cela s'explique par le fait que dans la version anglaise de l'article 2848 CcQ, le législateur utilise l'expression *res judicata* pour désigner l'autorité de la chose jugée.

⁵⁸ *Halsbury's Laws of England*, supra note 16 au para 977, n 1.

⁵⁹ *Angle*, supra note 2 aux pp 267–68; Yuval Sinai, « The Downside of Preclusion: Some Behavioural and Economic Effects of Cause of Action Estoppel in Civil Actions » (2011) 56:3 RD McGill 673 à la p 679.

⁶⁰ Voir par ex *Toronto (Ville)*, supra note 55 aux para 23–27; *Ryan*, supra note 41 aux para 49–59; *R c Mahalingan*, 2008 CSC 63 au para 58, [2008] 3 RCS 316 [Mahalingan].

⁶¹ Voir par ex Sinai, supra note 59 à la p 677.

préclusion *pre rem judicatam*⁶², nous privilégierons son utilisation dans le présent texte.

B) *Fondement*

Appelé initialement *estoppel by record*, le *res judicata* constitue la plus ancienne forme de préclusion connue⁶³. Il était déjà présent en Angleterre à l'époque médiévale. Il tirerait son origine du droit romain⁶⁴.

Initialement utilisé dans le contexte de procédures judiciaires, le champ d'application du *res judicata* a, depuis, été étendu, avec les adaptations nécessaires, aux décisions de nature judiciaire rendues par les juridictions administratives (fonctionnaires et tribunaux). DJ Lange, auteur de l'ouvrage canadien clé en la matière, *The Doctrine of Res judicata in Canada*⁶⁵, attribue à certaines décisions datant du milieu du XIX^e siècle l'application de cette doctrine aux organismes administratifs canadiens⁶⁶.

Le *res judicata* se fonde sur plusieurs principes. Le juge Laskin, dissident dans *Angle*⁶⁷, arrêt de principe sur ce sujet, reprend quelques-uns de ces principes. Il écrit qu'il est « fondé sur des considérations de justice et de bon sens », « [...] sur les principes jumeaux si fréquemment exprimés en latin selon lesquels tout litige doit avoir une fin et la justice exige que la même partie ne soit pas harassée deux fois pour la même cause », sur « l'intérêt général de la collectivité à ce que les différends prennent fin, et à ce que les décisions judiciaires aient un caractère final et concluant, et ... sur le droit de l'individu à être protégé d'une multiplicité vexatoire de demandes et de poursuites ... »⁶⁸.

Expliquée plus simplement dans *Danyluk*⁶⁹, lequel traite particulièrement de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, cette doctrine vise à éviter « [l]es instances faisant double emploi, les

⁶² Les extraits des arrêts de la Cour suprême du Canada où les expressions *res judicata* ou *estoppel per rem judicatam* sont traduites autrement ont été modifiés pour refléter cette utilisation. L'expression *res judicata* est alors indiquée entre crochets []. Dans les cas où l'expression préclusion *per rem judicatam* est plus appropriée, vu son genre féminin, nous avons privilégié celle-ci.

⁶³ *Angle*, *supra* note 2 aux pp 253–54; *Ship*, *supra* note 18 à la p 83.

⁶⁴ *Danyluk*, *supra* note 2 au para 20; *Ship*, *supra* note 18 à la p 83, n 35.

⁶⁵ Lange, *supra* note 26.

⁶⁶ *Ibid* à la p 116 et s. Voir également *Danyluk*, *supra* note 2 au para 22.

⁶⁷ *Angle*, *supra* note 2.

⁶⁸ *Ibid* aux pp 267–68.

⁶⁹ *Danyluk*, *supra* note 2.

risques de résultats contradictoires, les frais excessifs et les procédures non décisives »⁷⁰.

Dans *Penner*, le plus haut tribunal canadien indique qu'elle vise à « établi[r] un équilibre entre le caractère définitif des décisions et l'économie, d'une part, et d'autres considérations intéressant l'équité envers les parties, d'autre part »⁷¹.

Le *res judicata* prend en considération que « la contestation de la validité ou du bien-fondé d'une décision judiciaire ou administrative se fait au moyen de la procédure d'appel ou de contrôle judiciaire prévue par le législateur »⁷² et que les parties à une instance « ne doivent pas éluder le mécanisme de révision prévu en s'adressant à un autre forum pour contester une décision judiciaire ou administrative »⁷³.

Ultimement, le *res judicata* « repose sur le principe que « la préclusion est une doctrine d'intérêt public qui tend à favoriser les intérêts de la justice » »⁷⁴.

C) Nature et objet

Reflétant les difficultés terminologiques associées au *res judicata*, les dictionnaires tendent soit à le définir sous l'une ou l'autre de ses catégories, soit à l'assimiler à la chose jugée⁷⁵.

En fait, parmi les dictionnaires consultés, le seul qui en contient une définition plus « complète » à notre sens est le *Dictionary of Canadian Law* :

RES JUDICATA. [L.] 1. A final judicial decision. 2. A plea in defence to an action. 3. "Three requirements for a finding of *res judicata* are confirmed by the Manitoba

⁷⁰ *Ibid* au para 18.

⁷¹ *Penner*, *supra* note 2 au para 29.

⁷² *Figliola*, *supra* note 2 au para 34.

⁷³ *Ibid*.

⁷⁴ *Ibid* au para 27, citant *Danyluk*, *supra* note 2 au para 19.

⁷⁵ Par exemple, alors que TERMIUM Plus (TERMIUM Plus, *supra* note 11 *sub verbo* « *res judicata* »), en français comme en anglais, lui donne la définition correspondant à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, *Le grand dictionnaire terminologique* l'associe à « l'autorité de la chose jugée » (Office Québécois de la langue française, *Le grand dictionnaire terminologique*, *sub verbo* « *res judicata* » [OQLF, *Le grand dictionnaire terminologique*]). Pour leur part, le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (Reid, *supra* note 31 à la p 530) indique simplement qu'il s'agit d'une expression latine signifiant « chose jugée » et *La common law de A à Z* (Vanderlinden, *supra* note 14) ne le mentionne tout simplement pas.

Court of Appeal in *Solomon v Smith*, [1988] 1 W.W.R. 410 [...] They are: 1. That the same question has previously been decided. 2. That the judicial decision which is said to create the *estoppel* was final; and 3. *It is necessary at this point to distinguish between issue estoppel and res judicata as the terms have been used more or less interchangeably in this appeal. Res judicata, the doctrine which holds that a matter can only be litigated once, includes cause of action estoppel and issue estoppel. Cause of action estoppel prevents the relitigation of the same cause of action between the same parties. Issue estoppel precludes the relitigation of the same issue between the same parties, even though the issue arises in the context of a different cause of action. Erdos v Canada (Minister of Citizenship & Immigration), 2005 FCA 419.* 4. That the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the *estoppel* is raised or their privies.“ *Newman v Newman* (1990), 26 R.F.L. (3d) 313 at 318, 65 Man. R. (2d) 294 (Q.B.), Davidson J. See COLLATERAL ESTOPPEL; ESTOPPEL PER REM JUDICATAM; ISSUE ESTOPPEL [nos italiques]⁷⁶.

De cette définition, retenons que le *res judicata* est une forme de préclusion voulant qu'une affaire ne soit jugée qu'une seule fois.

Par ailleurs, bien qu'une certaine jurisprudence assimile le *res judicata* à une doctrine d'équité (*equity*), il est généralement considéré comme relevant de la *common law*⁷⁷, ce qu'indique également la doctrine⁷⁸.

De même, bien que le *res judicata* soit généralement assimilé à une règle de preuve, certains estiment qu'un aspect « substantiel » s'y ajoute⁷⁹. Notons qu'en Angleterre, il n'est pas clairement établi s'il constitue une règle de preuve ou une règle de droit substantif⁸⁰.

Le *res judicata* doit être plaidé⁸¹. Un tribunal ne l'applique pas d'office. Le fardeau de prouver les conditions y donnant ouverture revient à la partie qui le soulève⁸². Le seul dépôt du jugement rendu dans la première affaire ne suffit pas⁸³. C'est la substance de l'affaire réellement décidée qui importe⁸⁴ et non seulement le dispositif du jugement. À cet égard, les motifs d'un jugement sont fréquemment pris en compte.

⁷⁶ Dukelow, *supra* note 35 à la p 1121–2.

⁷⁷ *Danyluk, supra* note 2 au para 63.

⁷⁸ Lange, *supra* note 26 à la p 35, n 37.

⁷⁹ *Ibid* à la p 12.

⁸⁰ Hodge M Malek, dir, *Phipson on Evidence*, 18^e éd, coll. The Common Law Library n^o 10, Londres, Sweet & Maxwell, 2013 à la p 1509, au para 43.

⁸¹ La décision clé de la Cour suprême à cet égard est *Cooper v Molsons Bank*, (1896) 26 SCR 611. Voir également Lange, *supra* note 26 à la p 12.

⁸² *Ibid* à la p 16.

⁸³ *Ibid* aux pp 17–18.

⁸⁴ *Ibid*.

Mais la situation se complique encore. Alors qu'un premier courant jurisprudentiel veut qu'on ne puisse pas examiner la preuve soumise dans la première affaire aux fins d'identifier la « substance », un second le permet⁸⁵. C'est probablement ce second courant qui amène certains⁸⁶ à dire que le *res judicata* a un aspect substantiel qu'une simple règle de preuve n'a pas.

D) Catégories

Le *res judicata* se divise en deux catégories⁸⁷ : l'*issue estoppel*, maintenant traduit par l'expression préclusion découlant d'une question déjà tranchée, et le *cause of action estoppel*, maintenant traduit par l'expression préclusion fondée sur la cause d'action.

Ce n'est qu'en 2001, dans l'arrêt *Danyluk*⁸⁸, que les expressions *issue estoppel* et *cause of action estoppel* ont été traduites par les expressions françaises que nous connaissons aujourd'hui. Avant cet arrêt, elles étaient rarement traduites.

4. Préclusion découlant d'une question déjà tranchée (*issue estoppel*)

A) Fondement

L'histoire de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée remonte à plus de deux cents ans dans le droit jurisprudentiel anglais⁸⁹. La Cour suprême du Canada indique⁹⁰ qu'elle est reconnue en droit canadien depuis l'arrêt *McIntosh v Parent*⁹¹ rendu en 1925.

B) Nature et objet

Dans *McIntosh v Parent*, le juge Middleton de la Cour d'appel de l'Ontario explique ainsi la préclusion découlant d'une question déjà tranchée:

[TRADUCTION] Lorsqu'une question est soumise à un tribunal, le jugement de la cour devient une décision définitive entre les parties et leurs ayants droit. *Les droits, questions ou faits distinctement mis en cause et directement réglés* par un tribunal

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid* à la p 12.

⁸⁷ *Angle, supra* note 2 à la p 254.

⁸⁸ *Danyluk, supra* note 2.

⁸⁹ *Angle, supra* note 2 aux pp 267–68; Malek, *supra* note 80 à la p 1018, au para 38-39.

⁹⁰ *Angle, supra* note 2 aux pp 267–68.

⁹¹ *McIntosh v Parent* (1924), 55 OLR 552, 4 DLR 420 [*McIntosh*].

compétent comme motifs de recouvrement ou comme réponses à une prétention qu'on met de l'avant, *ne peuvent être jugés de nouveau dans une poursuite subséquente entre les mêmes parties ou leurs ayants droit, même si la cause d'action est différente. Le droit, la question ou le fait, une fois qu'on a statué à son égard, doit être considéré entre les parties comme établi de façon concluante aussi longtemps que le jugement demeure [soulignements dans la traduction] [nos italiques]⁹².*

Depuis, s'est ajouté aux éléments mentionnés par le juge Middleton celui du pouvoir des tribunaux d'exercer leur discrétion lorsqu'une injustice découlerait de l'application de cette forme de préclusion. Il en résulte ainsi que l'analyse de l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée se fait en deux étapes : À la première étape, le décideur détermine si les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont rencontrées puis, à la deuxième, lorsqu'il détermine qu'elles le sont, il doit se demander, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si elle *devrait* être appliquée⁹³.

La préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique tant en droit criminel⁹⁴, en droit civil de *common law*⁹⁵, qu'en droit administratif⁹⁶.

C) *Conditions d'application*

Les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ont été énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*⁹⁷. La Cour suprême du Canada les reprend ainsi dans l'arrêt *Toronto (Ville de)*⁹⁸:

1. la question doit être la même que celle qui a été tranchée dans la décision antérieure;

⁹² *Ibid* à la p 422, tel que traduit dans *Danyluk, supra* note 2 au para 24.

⁹³ *Danyluk, supra* note 2 au para 33. Voir également *Penner, supra* note 2 au para 29.

⁹⁴ L'arrêt le plus récent en la matière est *Mahalingan, supra* note 60. Pour plus d'information sur la façon dont s'applique la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en droit criminel, voir : *Lange, supra* note 26 à la p 369 et s ; *Stewart, supra* note 20.

⁹⁵ Voir par ex *Angle, supra* note 2.

⁹⁶ Voir par ex *Smith, supra* note 27; *Figliola, supra* note 2; *Lange, supra* note 26 à la p 116 et s; *Nouri, supra* note 52.

⁹⁷ *Angle, supra* note 2 à la p 254. Le juge Dickson reprend dans *Angle* les propos tenus par Lord Guest dans l'arrêt *Carl Zeiss Stiftung v Rayner & Keeler Ltd (No 2)*, [1967] 1 AC 853 à la p 935.

⁹⁸ *Toronto (Ville), supra* note 55 au para 23.

2. la décision judiciaire antérieure doit avoir été une décision finale; et
3. les parties dans les deux instances doivent être les mêmes ou leurs ayants droit.

Examinons de plus près ces conditions.

1) *Identité de question*

Cette première condition est la pierre angulaire de la doctrine. Lange explique qu'il y a deux théories en lien avec la façon d'aborder cette condition : la théorie classique et la théorie dite élargie⁹⁹.

- Théorie classique

Selon la théorie classique, la question doit être fondamentale à la décision rendue dans l'affaire antérieure. Elle doit être « « si fondamentale » sur le fond même du litige à la décision rendue que celle-ci *ne peut valoir* sans celle-là » [italiques dans l'original]¹⁰⁰. Ne satisfait donc pas à la condition de l'identité de question, la question qui n'a été examinée que de façon connexe ou incidente. Aussi, un *obiter dictum* ne peut donc jamais empêcher une partie de présenter à nouveau un point dans une nouvelle affaire¹⁰¹.

La question n'a toutefois pas à être abordée de façon explicite. Il peut s'agir d'une question comprise implicitement dans celles formulées expressément¹⁰². Par exemple, une décision relative à l'interprétation d'un contrat se trouverait implicitement à régler la question de la validité du contrat dans la mesure où celle-ci n'est pas contestée.

La doctrine ne s'applique pas qu'aux seules questions de droit. Les questions de fait et les questions mixtes peuvent aussi donner ouverture à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée¹⁰³.

Quant aux questions de fait, la jurisprudence apporte une précision importante concernant l'évaluation de la crédibilité des témoins. Alors

⁹⁹ Lange, *supra* note 26 à la p 42 et s.

¹⁰⁰ *Spens v Inland Revenue Commissioners*, [1970] 3 All ER 295 à la p 301, juge Megarry, tel que cité dans *Angle*, *supra* note 2 à la p 255. Voir également Malek, *supra* note 80 aux pp 1011–12, au para 38-31.

¹⁰¹ Lange, *supra* note 26 à la p 55.

¹⁰² *Danyluk*, *supra* note 2 aux para 24, 54; Lange, *supra* note 26 à la p 47 et s.

¹⁰³ *Danyluk*, *supra* note 2 au para 54.

qu'une telle évaluation est utile aux fins de déterminer les faits, elle ne constitue pas un fait en elle-même et un décideur doit juger au cas par cas la crédibilité d'un témoin. Ainsi, ce n'est pas parce que dans une première affaire un témoin est jugé peu crédible que dans une seconde affaire il le sera tout autant¹⁰⁴.

Enfin, un des critères utilisés aux fins d'établir s'il s'agit de la même question est l'utilisation des mêmes éléments de preuve dans les deux instances¹⁰⁵.

- Théorie dite élargie

La théorie dite élargie vient de la règle *Henderson*, laquelle a initialement été appliquée à la préclusion fondée sur la cause d'action¹⁰⁶.

Cette règle tire ses origines du jugement rendu en 1843 dans l'affaire *Henderson v Henderson*. Le juge Wigram V-C y écrit ce qui suit¹⁰⁸ :

[TRADUCTION] [s]i un point donné devient litigieux et qu'un tribunal compétent le juge, on exige des parties qu'elles soumettent toute leur cause [v.f. de « case »] et, sauf dans des circonstances spéciales, on n'autorisera pas ces parties à rouvrir le débat sur un point qui *aurait pu* être soulevé lors du litige, mais qui ne l'a pas été pour l'unique raison qu'elles ont omis de soumettre une partie de leur cause [v.f. de case], par négligence, inadvertance ou même par accident. Le plaider [du *res judicata*] porte, sauf dans des cas spéciaux, non seulement sur les points sur lesquels les parties ont en fait demandé au tribunal d'exprimer une opinion et de prononcer jugement, mais sur tout point qui faisait objectivement partie du litige et que les parties *auraient pu* soulever à l'époque, si elles avaient fait preuve de diligence [nos italiques]¹⁰⁷.

Selon Lange, la règle comporte deux aspects. Le premier est que la théorie dite élargie s'applique à la question elle-même. Dans ce cas, une question non soumise dans une première instance, que ce soit par négligence, inadvertance ou même par accident, ne peut être soumise dans une seconde instance¹⁰⁹. Le deuxième aspect est que la théorie dite élargie va au-delà de la question proprement dite. « Tout élément en lien avec la question et qui aurait pu être soulevé dans une première instance ne peut l'être dans

¹⁰⁴ Lange, *supra* note 26 à la p 57.

¹⁰⁵ Malek, *supra* note 80 à la p 1014, au para 38-33.

¹⁰⁶ Lange, *supra* note 26 à la p 59.

¹⁰⁷ *Henderson v Henderson*, (1843), 3 Hare 100, 67 ER 313 [*Henderson*].

¹⁰⁸ *Ibid* à la p 115, tel que traduit dans *Grandview c Doering*, [1976] 2 RCS 621 à la p 634, 61 DLR (3^e) 455 [*Grandview*].

¹⁰⁹ Lange, *supra* note 26 à la p 59.

une seconde » [notre traduction]¹¹⁰. Dit autrement, une partie ne peut soulever une deuxième fois la même question sous prétexte qu'un élément ayant une incidence significative sur celle-ci n'a pas été abordé dans la première instance, alors qu'il aurait pu l'être.

- Théorie retenue

Bien que certains tribunaux canadiens semblent appliquer la théorie dite élargie à l'examen de la condition de l'identité de question¹¹¹, la Cour suprême du Canada semble plutôt retenir la théorie classique¹¹².

Pour cette raison, la théorie classique sera celle retenue aux fins des présentes.

2) *Décision judiciaire et finale*

Pour que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique, la décision rendue dans la première instance doit être finale. Ceci implique qu'elle doit émaner d'un tribunal qui a compétence sur la question lui ayant été soumise, être de nature judiciaire et posséder un caractère définitif.

- Compétence du tribunal ayant décidé de la question

Dans *McIntosh v Parent*, la Cour suprême indique que la question doit être réglée « par un tribunal compétent »¹¹³. Ce principe ne date pas d'hier puisque, dès 1893, Lord Hobhouse en faisait mention dans *Attorney General for Trinidad and Tobago v Eriché*¹¹⁴.

Ainsi, le fait qu'un tribunal exerce sa compétence de façon concurrente avec un autre tribunal ou de manière exclusive n'est pas pertinent à l'évaluation des conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Nous verrons toutefois que ce fait le sera aux fins de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ C'est par exemple le cas des cours d'appel de l'Ontario, de Terre-Neuve, de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Cour d'appel fédérale. Voir à cet égard Lange, *supra* note 26 à la p 60 et s.

¹¹² *Angle*, *supra* note 2 à la p 255; *Danyluk*, *supra* note 2 au para 24.

¹¹³ *McIntosh*, *supra* note 91 à la p 422, tel que traduit dans *Danyluk*, *supra* note 2 au para 24.

¹¹⁴ *Attorney General for Trinidad and Tobago v Eriché*, [1893] AC 518. Les propos du juge Lord Hobhouse sont repris par la Cour suprême dans *Angle*, *supra* note 2 à la p 257.

- Nature judiciaire de la décision

S'il ne fait aucun doute qu'une décision rendue par une cour de justice est une décision de nature judiciaire, qu'en est-il des décisions administratives? Certaines de ces décisions sont tout de même de nature judiciaire. Le juge Binnie, dans *Danyluk*, écrit que trois éléments, qu'il présente sous forme d'une série de questions, peuvent être pris en considération aux fins d'évaluer la nature judiciaire d'une décision administrative¹¹⁵. Ces questions se résument ainsi :

1. Le tribunal administratif était-il investi d'un pouvoir juridictionnel et était-il capable d'exercer ce pouvoir?
2. La décision rendue dans la première instance est-elle de nature judiciaire?
3. Cette décision a-t-elle été rendue dans l'exercice du pouvoir juridictionnel du tribunal administratif?

Par ailleurs, dans *Danyluk*, la Cour suprême conclut que même si un tribunal administratif enfreint les règles de justice naturelle, cette condition est remplie s'il est compétent relativement à l'objet du litige¹¹⁶.

- Caractère définitif de la décision

De prime abord, on peut être porté à croire que ce critère ne suscite pas de difficulté d'application. Un débat de nature judiciaire ne se termine-t-il pas lorsque la décision qui y met fin est rendue? Encore ici, la jurisprudence est divisée.

Selon un premier courant, le caractère définitif d'une décision s'acquiert dès qu'elle est rendue, peu importe les recours possibles contre elle¹¹⁷. Selon un second courant, il est tributaire de l'existence ou non de

¹¹⁵ *Danyluk*, *supra* note 2 au para 35. Notons que cette question ne se pose pas réellement au Québec puisque, conformément à l'article 178 de la *Loi sur la justice administrative* (RLRQ, c J-3), le Conseil de la justice administrative publie annuellement la liste des organismes de l'ordre administratif qui prennent des décisions relevant de l'exercice d'une fonction juridictionnelle. Bien que cette liste n'ait pas force de loi, elle a toutefois une forte autorité. La Cour d'appel du Québec y a eu recours dans l'affaire *McKenna c Commission des lésions professionnelles*, [2001] CLP 491 au para 44, 2001 CanLII 14911 (CA Qc).

¹¹⁶ *Danyluk*, *supra* note 2 au para 47.

¹¹⁷ *Lange*, *supra* note 26 à la p 95 et s.

recours permettant sa révision ou sa révocation, ou encore, qu'elle soit infirmée¹¹⁸.

Le second courant semble devoir être priorisé, et ce, à la lumière de deux *obiter dicta* contenus, l'un dans l'arrêt *Danyluk*¹¹⁹, et l'autre, dans l'arrêt *Toronto (Ville)*¹²⁰, et de l'avis exprimé sur la question par la Cour fédérale du Canada dans l'affaire *Sanofi-Aventis inc c Canada (Santé)*¹²¹. La Cour fédérale exprime ainsi son avis :

[75] *Comme l'a reconnu la Cour suprême du Canada, aux paragraphes 56 à 58 de l'arrêt Danyluk et au paragraphe 46 de l'arrêt Toronto (City), pour que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique, il faut que la décision soit finale, n'ait pas été portée en appel ou ne fasse pas l'objet, le cas échéant, d'une révision interne.*

[76] Dans le cadre de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, il ressort de la jurisprudence de notre Cour *qu'une décision n'est pas finale si elle est visée par un appel en instance, ou si les délais d'appel ne sont pas expirés ou, encore, si l'autorisation d'appel n'a pas été refusée [...].*

[77] Le fondement théorique du principe selon lequel la décision antérieure doit être finale pour que la préclusion s'applique à la deuxième décision est le suivant : (1) les conclusions de la première décision ne lient pas encore la deuxième, et (2) la procédure d'appel de la première décision peut avoir une incidence sur les conclusions de la deuxième (p.ex., si Mayne réussit à faire infirmer l'ordonnance d'interdiction, la question de l'admissibilité du brevet '682 à l'inscription au registre deviendra théorique) (voir Lange, précité, p. 94 et 95) [notes omises] [nos italiques]¹²².

Le second courant sera donc retenu aux fins du présent texte.

Il importe de souligner en terminant l'examen de cette condition d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée que la notion de décision définitive ne doit pas être confondue avec celle de décision finale.

Un texte législatif peut prévoir qu'une décision est finale et liante pour les parties tout en prévoyant la possibilité qu'elle soit révisée, révoquée ou infirmée. Tant qu'elle n'est pas révisée, révoquée ou infirmée, la décision rendue initialement faisant l'objet d'un recours lie les parties. Toutefois, si

¹¹⁸ *Ibid* à la p 98 et s.

¹¹⁹ *Danyluk*, *supra* note 2 aux para 56–58.

¹²⁰ *Toronto (Ville)*, *supra* note 55 au para 46.

¹²¹ *Sanofi-Aventis inc c Canada (Santé)*, 2007 CF 545.

¹²² *Ibid* aux para 75–77.

elle devait être révisée, révoquée ou infirmée, ses effets seraient annulés et la seconde décision serait la décision définitive dans la mesure où elle ne serait pas elle-même sujette à un autre recours.

Enfin, pour que cette condition soit rencontrée, la décision rendue dans la première affaire doit porter sur une question fondamentale du litige entre les parties¹²³, que la décision statue ou non sur l'ensemble du litige¹²⁴.

3) *Identité de parties*

Cette troisième condition garantit la réciprocité (*mutuality*)¹²⁵. Les parties doivent être les mêmes dans les deux instances ou, à tout le moins, elles doivent être des ayants droit des parties ayant agi dans la première instance.

- Mêmes parties

Cette condition a été largement abandonnée aux États-Unis où l'on applique depuis quelques années la doctrine du *non-mutual issue estoppel*¹²⁶. Au Canada, malgré certaines critiques, elle demeure, ce qu'indique la juge Arbour dans *Toronto (Ville)*¹²⁷. La juge Arbour conclut toutefois dans cette affaire que l'exigence de réciprocité n'est pas rencontrée. Elle applique plutôt la doctrine de l'abus de procédure pour remise en cause¹²⁸.

Par ailleurs, cette condition sera considérée remplie même si les parties dans une seconde instance étaient codéfenderesses dans une première instance¹²⁹. Cela n'est toutefois pas nécessairement le cas lorsque l'une des parties ne fait qu'intervenir dans la première instance.

¹²³ Lange, *supra* note 26 à la p 93.

¹²⁴ Voir notamment *Régie des rentes du Québec*, *supra* note 55 au para 30 (le juge Wagner distingue le « jugement définitif » du « jugement définitif qui statue ultimement sur les droits et obligations des parties »).

¹²⁵ *Danyluk*, *supra* note 2 au para 59.

¹²⁶ Paul M Perell, « Res Judicata and Abuse of Process » (2001) 24 *Advocates' Q* 189 aux pp 193–94.

¹²⁷ *Toronto (Ville)*, *supra* note 55 au para 25. Voir au même effet le paragraphe 32 de cet arrêt.

¹²⁸ Bien qu'elle ne constitue pas une véritable forme de préclusion, la doctrine de l'abus de procédure pour remise en cause poursuit essentiellement les mêmes fins que celle du *res judicata* et est souvent abordée de pair avec celle-ci. Les tribunaux canadiens l'appliquent généralement lorsque les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne sont pas rencontrées. *Toronto (Ville)*, *supra* note 55 est l'arrêt clé en la matière.

¹²⁹ Lange, *supra* note 26 à la p 70.

Généralement, dans ce cas, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'appliquera à l'intervenant, et ce, proportionnellement à l'occasion qui lui aura été donnée d'être entendu dans la première instance¹³⁰.

Enfin, pour satisfaire à cette condition, une partie doit agir dans les mêmes qualités dans la première comme dans la seconde instance. Par exemple, dans l'arrêt jumeau de *Toronto (Ville), Ontario c SEEFPO*¹³¹, la juge Arbour a clairement établi qu'un décideur ne pourra conclure qu'il y a identité de parties dès que l'une d'elles est la Couronne.

- Ayants droit

Cette condition a été appliquée de diverses manières par les tribunaux canadiens. Le lien requis découlera tantôt de la parenté, tantôt d'un titre ou tantôt d'un intérêt¹³².

La Cour suprême semble aborder cette condition avec souplesse.

Ainsi, dans *Danyluk*, le juge Binnie écrit au paragraphe 60 de la décision, dans un *obiter*, que cette notion est « élastique » et qu'elle doit être étudiée au « cas par cas »¹³³.

Commentant ce paragraphe dans *Ontario c SEEFPO*, la juge Arbour semble proposer le test de la « relation significative »¹³⁴. Malheureusement, elle ne s'attarde pas davantage à la question.

B) Discretion du tribunal

1) Généralités

Bien que les trois conditions donnant ouverture à l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée soient réunies, un décideur ne doit pas l'appliquer avant qu'il se soit interrogé sur l'effet de

¹³⁰ *Ibid* à la p 71 et s.

¹³¹ *Ontario c Syndicat des employés et employées de la fonction publique de l'Ontario*, 2003 CSC 64, [2003] 3 RCS 149 [*Ontario c SEEFPO*] (le pourvoi dans *Ontario c SEEFPO* a été entendu en même temps que le pourvoi dans *Toronto (Ville)*, *supra* note 55. Dans *Ontario c SEEFPO*, la juge Arbour, qui écrit les motifs du plus haut tribunal dans les deux affaires, indique au premier paragraphe être d'avis de rejeter le pourvoi « pour les motifs exposés dans [*Toronto (Ville)*]).».

¹³² Lange, *supra* note 26 à la p 69 et s.

¹³³ *Danyluk*, *supra* note 2 au para 60.

¹³⁴ *Ontario c SEEFPO*, *supra* note 131 au para 11.

son éventuelle application. Il exercera alors ce que le juge Binnie a appelé dans *Danyluk* son « pouvoir discrétionnaire »¹³⁵.

Le principe sur lequel repose la reconnaissance d'une telle discrétion est qu'une « doctrine élaborée par les tribunaux dans l'intérêt de la justice ne devrait pas être appliquée mécaniquement et donner lieu à une injustice »¹³⁶ ou à une iniquité, diront certains¹³⁷. Le décideur doit se demander si une telle application risque de créer une « injustice concrète »¹³⁸.

Lange indique que l'exercice de la discrétion confiée aux tribunaux varie selon la nature des instances :

When the first proceeding is a court proceeding and the second proceeding is a court proceeding involving issue estoppel, *the court has very limited discretion to refuse its application.*

When the first proceeding is a tribunal proceeding and the second proceeding is a court proceeding involving issue estoppel, *the court's discretion is governed by a flexible approach* [nos italiques]¹³⁹.

L'approche du tribunal devra être plus souple lorsque la question de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est soulevée dans le cadre d'une instance judiciaire postérieure à une instance relevant du droit administratif. La nécessité d'une telle souplesse s'explique par « la diversité considérable des structures, missions et procédures des décideurs administratifs »¹⁴⁰. En effet, l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit empêcher de donner ouverture à une contestation indirecte d'une décision qui doit être rendue dans le cadre d'un régime administratif, ou encore, de miner l'intégrité de ce régime administratif.

¹³⁵ *Danyluk*, *supra* note 2 au para 33 et s. Avant *Danyluk*, les tribunaux canadiens utilisaient fréquemment le terme « circonstances spéciales », exerçant ainsi cette discrétion de manière informelle. Ces circonstances spéciales se limitaient principalement à la fraude ou à la découverte de faits nouveaux. Voir à ce sujet Lange, *supra* note 26 à la p 226 et s.

¹³⁶ *Danyluk*, *supra* note 2 au para 1. Voir également *Toronto (Ville)*, *supra* note 55 aux para 52–53; *Penner*, *supra* note 2 au para 30.

¹³⁷ *Toronto (Ville)*, *supra* note 55 au para 53; *Penner*, *supra* note 2 au para 36 et s.

¹³⁸ *Penner*, *supra* note 2 au para 31, citant *Danyluk*, *supra* note 2 au para 67.

¹³⁹ Lange, *supra* note 26 à la p 225.

¹⁴⁰ *Danyluk*, *supra* note 2 au para 62. Voir également *Penner*, *supra* note 2 au para 31.

Dans l'arrêt *Domtar*¹⁴¹, la Cour suprême du Canada a souligné l'importance du respect de l'autonomie des tribunaux administratifs ayant des compétences exclusives et spécialisées. Elle est revenue à la charge dans l'arrêt *Dunsmuir*¹⁴².

Quant à la situation où une instance relevant du droit administratif est saisie d'une affaire où la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'appliquerait en lien avec une autre instance relevant du droit administratif, nous n'avons pas trouvé d'énoncé précis à cet égard. La doctrine¹⁴³ et la jurisprudence de la Cour suprême¹⁴⁴ laissent voir qu'elle peut également être invoquée et rien ne permet de penser, le cas échéant, qu'elle ne doit pas être appliquée de la même façon, pouvoir discrétionnaire inclus. À cet égard, toutefois, l'approche à adopter dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire nous semble devoir être la plus souple possible compte tenu des caractéristiques particulières des régimes administratifs.

2) *Facteurs à considérer*

La doctrine et la jurisprudence comportent divers énoncés non exhaustifs et non limitatifs de facteurs à prendre en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

Lange propose une première liste propre aux situations où la préclusion est invoquée dans un contexte qu'il qualifie, en anglais, de

¹⁴¹ *Domtar inc c Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 RCS 756, 105 DLR (4^e) 385.

¹⁴² *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 RCS 190.

¹⁴³ Voir par ex Lange, *supra* note 26 à la p 125 et s; Nouri, *supra* note 52.

¹⁴⁴ *Figliola*, *supra* note 2.

*court-to-court*¹⁴⁵, et une seconde propre à celles où elle est invoquée dans un contexte qu'il qualifie de *tribunal-to-court*¹⁴⁶.

Il ne propose toutefois aucune liste de facteurs à prendre en compte dans les situations que nous qualifierions de *tribunal-to-tribunal*. Les décisions de la Cour suprême ne comportent pas non plus d'énoncés de facteurs propres à ce dernier contexte. Il est toutefois difficile d'imaginer d'autres facteurs que ceux déjà énoncés par Lange. Ces derniers nous semblent pertinents au contexte de *tribunal-to-tribunal*, quitte à les adapter, au besoin.

¹⁴⁵ Lange, *supra* note 26 aux pp 239–40

(« Factors which have been considered relevant to discretion in a court-to-court context are :

- the orderly administration of justice
- the lack of merit of the proceeding
- the adversarial contest of the issue
- the extent of the disposition of the issues
- the difficulty of the legal issue
- an intervening change in the law
- the nature of the litigation, namely, a private law issue or a public law issue
- the opposition to party participation in the first proceeding
- the failure to plead the issue determined
- the failure to make a legal argument
- the failure to appeal the decision
- the failure to disclose the status of a company
- the length of time between the two proceedings
- delay in bringing an issue estoppel motion
- access to the judicial system and impecuniosity
- self-representation
- the swearing of a false affidavit
- the need to determine the issue for medical reasons » [notes omises]).

¹⁴⁶ *Ibid* aux pp 238–39

(« Factors which have been considered relevant to discretion in a tribunal-to-court context are:

- the automatic right of appeal from a tribunal decision
- the appeal of the tribunal decision
- the abandonment of the tribunal appeal process
- judicial review but no right to appeal
- the exhaustiveness of the tribunal dispute resolution procedure
- procedural disadvantages in the tribunal proceeding
- the denial of natural justice in the tribunal proceeding
- the attempt to withdraw a complaint in the tribunal forum before disposition
- the importance of the issues to the plaintiff, the informal procedure used, and the lack of reasons given »
- different standards of proof [notes omises]).

Dans *Penner*, une décision rendue alors que la première instance relève du droit administratif, la Cour suprême indique que, de manière générale, « les facteurs relevés dans la jurisprudence montrent que l'iniquité peut se manifester de deux façons principales qui se chevauchent et ne s'excluent pas »¹⁴⁷.

Tout d'abord, l'iniquité peut se manifester lorsque « l'instance antérieure a été inéquitable envers une partie »¹⁴⁸. L'examen portera alors sur des facteurs telles les garanties procédurales ou l'existence d'un droit d'appel¹⁴⁹.

Ensuite, elle peut se manifester dans le « fait d'opposer la décision issue de cette instance à une autre action »¹⁵⁰. « [C]e peut être le cas lorsque les objets, la procédure ou les enjeux des deux instances diffèrent grandement »¹⁵¹. Toutefois, pour démontrer qu'il y a iniquité dans ce deuxième contexte, « il faut un écart considérable, évalué à la lumière de l'importance que revêt également en droit administratif, selon la Cour, le caractère définitif des litiges »¹⁵². Il s'agit alors d'examiner des facteurs tels l'objet de la loi ou encore la teneur de l'enjeu financier¹⁵³. Dans cette perspective, le décideur tient particulièrement compte « de l'intention du législateur lorsqu'il a créé le régime administratif » et « des attentes raisonnables des parties concernant la portée et l'effet de l'instance ainsi que son incidence sur les droits en général des parties »¹⁵⁴.

Enfin, il existe une considération qualifiée de « politique générale » dans *Penner*¹⁵⁵ en lien avec l'évaluation de l'objet du régime législatif qui régit l'instance antérieure. Selon cette considération, appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée à un litige où une partie s'attend raisonnablement à des enjeux peu importants risquerait d'inciter « d'éventuelles parties à escamoter complètement ce recours ou à y participer plus activement et vigoureusement que ne le commande le bon sens », avec pour conséquence de nuire « au caractère expéditif et à l'efficacité du régime administratif » et de compromettre « l'objet sous-jacent à la création du tribunal [administratif concerné] »¹⁵⁶.

¹⁴⁷ *Penner*, *supra* note 2 au para 39.

¹⁴⁸ *Ibid* au para 40.

¹⁴⁹ *Ibid* au para 41.

¹⁵⁰ *Ibid* au para 42.

¹⁵¹ *Ibid*.

¹⁵² *Ibid*.

¹⁵³ *Ibid* au para 43.

¹⁵⁴ *Ibid*.

¹⁵⁵ *Ibid* au para 46.

¹⁵⁶ *Ibid*. La Cour suprême cite à cet égard *Minott v O'Shanter Development Co* (1999), 42 OR (3^e) 321 à la p 341 (CA), 168 DLR (4^e) 270; *Danyluk*, *supra* note 2 au

Pour conclure sur la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, disons qu'il s'agit d'une forme de préclusion qui, pour s'appliquer, nécessite, dans un premier temps, la coexistence de trois conditions : l'identité de question, l'existence d'une décision antérieure judiciaire et finale et l'identité de parties, et, dans un deuxième temps, la conclusion, par un décideur, que son application ne risque pas de créer une injustice concrète pour le justiciable.

5. Préclusion fondée sur la cause d'action (cause of action estoppel)

A) Généralités

La préclusion fondée sur la cause d'action n'étant pas le sujet principal du présent texte, nous ne l'abordons ici qu'aux fins de la distinguer de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

B) Nature et objet

La préclusion fondée sur la cause d'action « empêche une personne d'intenter une action contre une autre lorsque la même cause d'action a déjà été décidée dans des procédures antérieures par un tribunal compétent »¹⁵⁷. La décision clé de la Cour suprême du Canada en la matière a été rendue dans l'affaire *Grandview*¹⁵⁸.

C) Conditions d'application

Comme la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, la préclusion fondée sur la cause d'action nécessite la coexistence de trois conditions. Seule la première condition diffère. L'identité de question cède ici le pas à l'identité de la cause d'action.

Dans *Danyluk*¹⁵⁹, la Cour suprême définit la cause d'action ainsi :

54 Traditionnellement, on définit la cause d'action comme étant tous les faits que le demandeur doit prouver, s'ils sont contestés, pour étayer son droit d'obtenir jugement

para 73; *Burchill v Yukon Territory (Commissioner)*, 2002 YKCA 4 au para 28, [2002] YJ N° 19 (QL).

¹⁵⁷ *Angle*, supra note 2 à la p 254.

¹⁵⁸ *Grandview*, supra note 108. Bien que, dans *Grandview*, la Cour suprême du Canada ne spécifie pas qu'elle applique la préclusion fondée sur la cause d'action ou *cause of action estoppel*, dans *Kew c Burlington*, [1980] 2 RCS 598 aux pp 617-18, 1980 CanLII 45, elle y réfère comme l'arrêt clé en la matière.

¹⁵⁹ *Danyluk*, supra note 2 au para 54.

de la cour en sa faveur : *Poucher c Wilkins* (1915), 33 O.L.R. 125 (C.A.). Pour que le demandeur ait gain de cause, chacun de ces faits (souvent qualifiés de faits substantiels) doit donc être établi. Il est évident que des causes d'action différentes peuvent avoir en commun un ou plusieurs faits substantiels.

De même, contrairement à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, la préclusion fondée sur la cause d'action a pour effet d'empêcher une partie de présenter dans une seconde instance tout argument, question, fait ou autre élément non soumis dans une première instance¹⁶⁰. Cette application découle de la règle *Henderson*¹⁶¹ abordée précédemment.

D) Discretion du tribunal

Bien que la Cour suprême se soit principalement penchée sur la question de la discrétion du tribunal dans des affaires abordant la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, les principes qu'elle y a élaborés s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la préclusion fondée sur une cause d'action¹⁶². Nous nous limiterons ici à ces adaptations nécessaires.

Lange les résume succinctement de la façon suivante :

When the criteria for cause of action estoppel have been met in a court proceeding, the court *may* consider whether or not cause of action estoppel should apply to the second court proceeding, but the court has very limited discretion to refuse its application [italique dans l'original]¹⁶³.

Ainsi, dans les cas où les trois conditions d'application de la préclusion fondée sur une cause d'action sont remplies, un tribunal peut (et non pas doit comme c'est le cas pour la préclusion découlant d'une question déjà tranchée) exercer sa discrétion s'il en résulte une injustice¹⁶⁴. Que la première instance soit judiciaire ou relève du droit administratif importe peu, l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal qui étudie

¹⁶⁰ Lange, *supra* note 26 à la p 108 et s.

¹⁶¹ *Henderson*, *supra* note 107. Voir également *ibid* à la p 121 et s.

¹⁶² D'ailleurs, la Cour d'appel de l'Alberta et la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick ont toutes deux référé à *Danyluk* en lien avec l'application du pouvoir discrétionnaire dans un contexte de préclusion fondée sur la cause d'action. Voir à cet effet 574095 *Alberta Ltd v Hamilton Brothers Exploration Co*, 2003 ABCA 34 au para 37, [2003] 4 WWR 417; *McNichol v Co-operators General Insurance Co*, 2006 NBCA 54 au para 23, 298 NBR (2^e) 44.

¹⁶³ Lange, *supra* note 26 à la p 225.

¹⁶⁴ *Ibid*.

l'application de la préclusion fondée sur la cause d'action est limitée¹⁶⁵, ce qui distingue également les deux catégories du *res judicata*.

6. *Res judicata et chose jugée*

A) *Problématique*

Comme nous l'avons vu précédemment, la doctrine de *common law* du *res judicata* est régulièrement assimilée aux concepts d'« autorité de la chose jugée » ou de la « force de chose jugée ». Or, l'autorité de la force jugée et la force de chose jugée ne sont pas le même concept juridique. Par ailleurs, l'autorité de la chose jugée, en droit civil québécois, est souvent désignée par l'expression *res judicata*.

B) *Res judicata et autorité de la chose jugée*

Le grand dictionnaire terminologique définit l'autorité de la chose jugée comme étant la « [q]ualité attribuée par la loi à toute décision juridictionnelle relativement à la contestation qu'elle tranche et qui empêche, sous réserve des voies de recours, que la même chose soit rejugée entre les mêmes parties dans un autre procès »¹⁶⁶.

La partie qui plaide l'autorité de la chose jugée doit produire une copie certifiée du jugement rendu dans une première affaire qui, à sa face même, remplit les conditions d'application de ce concept¹⁶⁷.

Les conditions qui donnent ouverture à l'application de l'autorité de la chose jugée sont : l'existence d'une première décision judiciaire et finale et une nouvelle instance où il y a une identité de cause, de parties et d'objet¹⁶⁸. L'article 2848 du *Code civil du Québec* consacre l'autorité de la chose jugée et en fait un moyen de preuve, soit une présomption. Une fois ses conditions d'application établies, son effet est absolu en ce qu'elle ne peut être repoussée par une preuve contraire.

¹⁶⁵ *Avalon Bookkeeping Services Ltd v Furlong*, 2004 NLCA 46 aux para 40–44, 239 Nfld & PEIR 197.

¹⁶⁶ OQLF, *Le grand dictionnaire terminologique*, supra note 75 sub verbo « autorité de la chose jugée ».

¹⁶⁷ Isabelle Gagnon, « Harcèlement psychologique et lésion professionnelle psychologique : de la « chose jugée » à « l'abus de procédure » en passant par la préclusion... que de confusion ! », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol 394, *Développement récents en droit de la santé et sécurité du travail* (2015), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 215 à la p 230.

¹⁶⁸ Relativement à la notion d'autorité de la chose jugée, nous référons le lecteur à Jean-Claude Royer et Sophie Lavallée, *La preuve civile*, 4^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 aux pp 635–738.

2848. L'autorité de la chose jugée est une *présomption absolue*; elle n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du *jugement*, lorsque la demande est fondée sur la *même cause* et mue entre les *mêmes parties*, agissant dans les mêmes qualités, et que la *chose demandée est la même*.

Cependant, le jugement qui dispose d'un recours collectif a l'autorité de la chose jugée à l'égard des parties et des membres du groupe qui ne s'en sont pas exclus [nos italiques].

Dans les provinces de *common law*, il existe une jurisprudence abondante où la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, ou encore, le *res judicata* dans son ensemble, est considéré l'équivalent de la doctrine de l'autorité de la chose jugée de droit civil québécois¹⁶⁹.

Au Québec, la majorité dans *Durocher* arrive à la conclusion que l'autorité de la chose jugée et la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne s'équivalent pas puisque seule la seconde comporte un élément de discrétion¹⁷⁰. Nous sommes également de cet avis. Toutefois, nous croyons que cette distinction mérite d'être approfondie et que d'autres doivent y être ajoutées. Nous sommes également d'avis que le *res judicata* et la préclusion fondée sur la cause d'action, que n'aborde pas la majorité dans *Durocher*, se distinguent de l'autorité de la chose jugée.

Ainsi, bien que l'autorité de la chose jugée et le *res judicata* partagent le même principe de base, celui de la stabilité des décisions, tant leur source (l'une législative, l'autre jurisprudentielle), leurs conditions d'application (l'une nécessitant toujours une triple identité objet, parties et cause, et l'autre se divisant en deux catégories distinctes dont l'une ne nécessite nullement une identité de cause), que leurs effets (l'une une présomption absolue et l'autre sujette au pouvoir discrétionnaire des tribunaux) les distinguent. La Cour canadienne de l'impôt résume très bien les distinctions à faire à cet égard dans *Commission scolaire de Victoriaville c La Reine* :

[62] Le fait que la chose jugée et le *res judicata* semblent avoir le même fondement peut expliquer la similitude entre les deux. Pour des considérations d'ordre public, les décisions des tribunaux doivent avoir un caractère définitif : on ne permet pas que la même question fasse l'objet de procès à répétition. Il serait injuste qu'une partie soit continuellement obligée de se défendre devant les tribunaux sur une même question.

¹⁶⁹ À cet égard, nous référons le lecteur aux décisions citées dans Lange, *supra* note 26 à la p 35 et s.

¹⁷⁰ *Durocher*, *supra* note 1 aux para 115–16. À cet égard, la Cour d'appel reprend ses motifs dans *Nasifoglu c Complexe St-Ambroise inc*, 2005 QCCA 559 au para 69, JE 2005-1208 [*Nasifoglu*].

[63] Toutefois, lorsqu'on y regarde de plus près, on ne peut s'empêcher de constater des différences importantes entre ces deux règles de preuve. *Tout d'abord, il est important de noter que la règle de la chose jugée est une règle codifiée, d'abord à l'article 1241 CcBC et, depuis 1994, à l'article 2848 CcQ. Il ne s'agit pas d'une doctrine jurisprudentielle élaborée par les tribunaux. Il existe aussi une différence importante entre ces deux règles quant à leur effet. Selon le Code civil, l'autorité de la chose jugée constitue une présomption absolue; un fait ayant l'autorité de la chose jugée est réputé être un fait établi de façon irréfragable.* Dans la *common law*, il semble exister deux courants de pensée : l'un selon lequel, s'il y a *res judicata*, les juges n'ont d'autre choix que de l'appliquer, l'autre, selon lequel les juges ont la discrétion de l'appliquer ou non.

[64] *De plus, et c'est là la raison la plus importante, il semble exister des différences notables dans les conditions d'application de ces deux règles.* Par exemple, pour qu'il y ait chose jugée, il est essentiel qu'il existe entre les deux litiges une triple identité : d'objet, de cause et de parties. Par contre, en *common law*, la *res judicata* se subdivise en deux règles distinctes : « l'*issue estoppel* » et le « *cause of action estoppel* ». Or, comme on l'a vu plus haut, l'*issue estoppel* s'applique lorsqu'il s'agit de causes distinctes. Voici ce que dit D. Lange, op. cit., à la page 29 : « *The Supreme Court of Canada has clearly established the principle that issue estoppel applies to separate and distinct causes of action.* » Pour qu'il y ait « *issue estoppel* », donc *res judicata*, il ne doit exister qu'une double identité : de question (*issue*) et de parties. *Il y a une autre distinction importante : tel que je comprends cette règle de common law, « issue » n'est pas synonyme d'objet.* En droit civil, objet signifie un droit – ce à quoi je reviendrai plus loin –, alors qu'en *common law* « *issue* » ne serait pas limité à un droit. Il s'étend à toute conclusion de fait, à toute conclusion de droit et à toute conclusion mixte de droit et de fait. Dès lors, il n'est pas nécessairement question de la même chose que l'« objet ». La notion d'« *issue* » est beaucoup plus large que celle d'objet. L'« *issue estoppel* » et la chose jugée représentent donc deux règles qui ne s'appliquent pas dans les mêmes conditions. Elles ne sont pas des règles « *interchangeables* ».

[65] Il ressort de cette brève analyse qu'il existe des différences importantes non seulement dans les conditions requises pour l'application de la chose jugée et de la *res judicata* mais aussi dans les effets de ces deux règles. *À mon avis, ces différences sont telles que les deux règles sont incompatibles.* En effet, en *common law*, les juges ont la discrétion d'appliquer ou non la *res judicata* alors qu'en droit civil, l'autorité de la chose jugée crée une présomption absolue et les juges sont tenus de lui donner effet. À mon avis, seule une disposition législative peut relever un juge de son obligation de donner effet à cette présomption. On trouve un exemple d'une telle disposition au paragraphe 18.15(4) LCCI, comme on l'a vu plus haut [notes omises] [nos italiques]¹⁷¹.

¹⁷¹ *Commission scolaire de Victoriaville c La Reine*, [2002] ACI n° 208 aux para 62–65, 2002 CanLII 61082 (CCI). Voir également *Timm*, *supra* note 52 aux para

Nous sommes également d'accord avec l'avis de la Cour que l'identité d'objet nécessaire à l'application de l'autorité de la chose jugée en droit civil québécois diffère de l'identité de question de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Cette condition d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée couvre plus large que celle de l'identité d'objet. Elle n'est pas réservée qu'aux questions de droit. Des questions de fait ou mixtes peuvent y donner ouverture. L'autorité de la chose jugée en droit civil québécois, quant à elle, voit son application limitée aux seules questions de droit. D'ailleurs, les tribunaux québécois semblent en être conscients puisque, comme l'écrit l'auteur André Émond, ils ont « partiellement gommé cette différence en adoptant la notion de chose jugée implicite »¹⁷². La décision de la Cour d'appel dans *Durocher* consacre en quelque sorte cette hypothèse¹⁷³.

À la limite, s'il fallait comparer la *res judicata* de *common law* et l'autorité de la chose jugée de droit civil, ce n'est pas la préclusion découlant d'une question déjà tranchée qui devrait être retenue, mais la préclusion fondée sur la cause d'action, car celle-ci s'en rapproche davantage. En effet, alors que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne partage que deux conditions d'application avec l'autorité de la chose jugée québécoise (décision finale et identité de parties), la préclusion fondée sur la cause d'action en partage trois (décision finale, identité de parties et identité de cause).

Toutefois, la comparaison s'arrête ici et le *res judicata*, sujet au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, demeure une notion juridique à distinguer de l'autorité de la chose jugée en droit civil québécois.

Pour mieux illustrer les distinctions à faire, nous avons joint, en annexe, un tableau à cette fin.

25–28. Cette décision renvoie notamment aux jugements dans *Boucher*, *supra* note 55 au para 1, 30–32 et dans *Nasifoglu*, *supra* note 170.

¹⁷² André Émond, *Introduction au droit canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2012 à la p 237; *Srougi c Lufthansa German Airlines*, [2003] RJQ 1757, 2003 CanLII 47967 (CA Qc) (selon cette notion, « [l]es principes qui sous-tendent l'autorité de la chose jugée imposent l'examen non seulement du dispositif, mais également celui des motifs «lorsqu'ils font corps avec le dispositif et qu'ils sont nécessaires à son soutien » » [note omise]); *Timm*, *supra* note 52 au para 28.

¹⁷³ Voir *Durocher*, *supra* note 1 au para 116 où la majorité semble assimiler la chose jugée implicite au pendant en droit civil de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, propos avec lesquels nous avons quelques réserves eu égard aux autres distinctions qui existent entre l'autorité de la chose jugée, le *res judicata* et, particulièrement, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

C) *Res judicata* et force de chose jugée

Le grand dictionnaire terminologique du Québec note dans sa définition d'« autorité de la chose jugée » que cette notion ne doit pas être confondue avec celle de la « force de chose jugée », laquelle est « l'état d'un jugement qui n'est pas ou n'est plus susceptible de recours »¹⁷⁴. L'on dira donc d'une décision rendue dans une première affaire à laquelle s'applique le *res judicata* qu'elle a force de chose jugée dans une autre instance.

Toutefois, nous ne croyons pas pour autant que traduire le concept du *res judicata* de *common law* par « force de chose jugée » soit approprié au Canada. À notre avis, l'utilisation de toute expression incluant les termes « chose jugée », comme équivalent du *res judicata* de *common law*, porte trop à confusion avec la doctrine de l'autorité de la chose jugée de droit civil québécois. *Res judicata* étant une locution latine et non anglaise, nous suggérons, pour plus de clarté, de conserver cette terminologie en français ou, du moins, d'y référer par son appellation « longue » de préclusion *per rem judicatam*.

7. Conclusion

Dans la mesure où il vise normalement à mettre fin prématurément à un recours entrepris devant une instance judiciaire ou administrative, l'argument fondé sur le *res judicata* et, plus précisément, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est très lourd de conséquences. Tant les plaideurs que les décideurs doivent être en mesure de cerner précisément ces concepts, et ce, tant en le situant par rapport aux concepts de la préclusion dont ils sont issus, qu'en en connaissant les conditions d'application. C'est un défi de taille car, pour y arriver, il faut être prêt à naviguer en eaux troubles.

Nos recherches nous ont permis d'y voir plus clair.

Tout d'abord, nous savons maintenant que préclusion et *estoppel* sont un seul et même concept auquel il est préférable de référer en identifiant la forme qu'il prend. L'une de ces formes est le *res judicata*, aussi appelé préclusion *per rem judicatam*.

Le *res judicata* se divise en deux catégories : la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et la préclusion fondée sur la cause d'action. La catégorie qui nous intéresse particulièrement ici est celle de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

¹⁷⁴ OQLF, *Le grand dictionnaire terminologique*, supra note 75 sub verbo « autorité de la chose jugée ».

La préclusion découlant d'une question déjà tranchée exige la coexistence de trois conditions : l'existence d'une décision antérieure finale de nature judiciaire, l'identité de question et l'identité de parties. Toutefois, même si ces conditions sont rencontrées, un décideur peut décider de ne pas l'appliquer s'il est d'avis que cela aurait pour effet de créer une injustice.

La préclusion découlant d'une question déjà tranchée se distingue de la préclusion fondée sur la cause d'action en ce que cette dernière exige une identité de cause plutôt qu'une identité de question.



En lien avec ce qui précède, non seulement faut-il distinguer l'une et l'autre des catégories du *res judicata*, mais il faut également distinguer l'une et l'autre de leurs équivalents utilisés ailleurs dans le Commonwealth, où les termes utilisés peuvent être les mêmes, mais où leur définition peut différer.

Enfin, il ne faut pas non plus, malgré une jurisprudence abondante à l'effet contraire, associer le *res judicata* ou l'une ou l'autre de ses catégories avec l'autorité de la chose jugée, codifiée à l'article 2848 du *Code civil du Québec*.

Le droit administratif québécois pourrait fort bien contribuer à l'évolution des concepts de *res judicata* et de préclusion découlant d'une question déjà tranchée dans le contexte où les plaideurs semblent plus enclins à en débattre devant les tribunaux exerçant une fonction juridictionnelle. Les tribunaux supérieurs pourraient aussi être invités à en discuter dans le cadre de débats en révision judiciaire, la décision de la Cour d'appel dans *Durocher* constituant le dernier exemple à cet égard.

Dans ce contexte, il importe plus que jamais de cerner ce qu'est le *res judicata* (préclusion *per rem judicatam*) et la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, notamment afin de déterminer éventuellement si ces concepts s'appliquent en droit administratif québécois et, le cas échéant, s'ils s'y appliquent de la même façon qu'ailleurs au Canada.

ANNEXE

Tableau comparatif : préclusion découlant d'une question déjà tranchée et autorité de la chose jugée¹⁷⁵	
Res judicata – Préclusion découlant d'une question déjà tranchée	Autorité de la chose jugée
Concept de <i>common law</i>	Concept de droit civil
Source jurisprudentielle	Source législative (article 2848 CcQ)
Règle de preuve que certains qualifient de substantielle	Moyen de preuve
Doit être plaidé (n'est pas soulevé d'office)	Doit être plaidée (n'est pas soulevée d'office)
Nécessité de démontrer la substance de l'affaire réellement décidée (dépôt du jugement rendu dans la première affaire ne suffit pas)	Dépôt d'une copie certifiée du jugement antérieur peut suffire
Conditions d'ouverture (Étape 1): 1. Identité de question 2. Existence d'une décision antérieure judiciaire et finale 3. Identité de parties	Conditions d'ouverture : 1. Existence d'une décision antérieure judiciaire et finale 2. Identité d'objet 3. Identité de cause 4. Identité de parties
Effet de la coexistence des conditions d'ouverture  Étape 2 Pouvoir discrétionnaire du décideur de ne pas appliquer le concept s'il en résulte une injustice	Effet de la coexistence des conditions d'ouverture  Présomption absolue

¹⁷⁵ Ce tableau est inspiré de celui qui se trouve dans le texte de Gagnon, *supra* note 167 aux pp 272–73.