



INSTITUT
DE MÉDIATION
ET D'ARBITRAGE
DU QUÉBEC

P l a c e à l ' e n t e n t e

MÉMOIRE DE L'INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU
QUÉBEC SUR L'AVANT-PROJET DE LOI INSTITUANT LE NOUVEAU
CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Version amendée

13 décembre 2011

L'INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC

L'IMAQ est un organisme à but non lucratif dédié au développement et à l'utilisation extensive de méthodes de prévention et de règlement des différends (PRD), notamment afin de favoriser l'accès à une justice de qualité pour tous les citoyens, organisations et entreprises du Québec¹. Notre mission en est une de service et d'éducation.

Créé en 1977, l'IMAQ est le principal organisme québécois à regrouper des tiers impartiaux qualifiés qui agissent comme facilitateurs, médiateurs ou arbitres pour résoudre les différends en matière civile, commerciale et dans le domaine du travail. Les 236 membres de l'IMAQ proviennent d'horizons professionnels multiples et de domaines d'expérience diversifiés. Ils sont pour la plupart membres d'un ordre professionnel², dont environ 30 % auprès du Barreau du Québec et 10 % auprès de la Chambre des notaires du Québec. Nos membres partagent des valeurs communes d'intégrité et de compétence, attestées par nos règles d'accréditation, d'éthique et de procédure, lesquelles visent en définitive à établir un ensemble de normes généralement reconnues dans la pratique des modes de PRD au Québec.

L'IMAQ est affilié à l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada (mieux connu sous l'acronyme « ADRIC »), soit un organisme pancanadien qui regroupe des instituts de médiation et d'arbitrage de chacune des provinces canadiennes et qui est un partenaire clef dans la mise en place et le maintien des plus hauts standards de qualification des professionnels des PRD qui assistent les parties dans la résolution de leurs différends³.

¹ Voir le site web de l'IMAQ, en ligne à <http://www.imaq.org/>.

² En provenance de 17 ordres professionnels, voir annexe A pour le détail des adhésions à l'IMAQ.

³ Voir son site web, en ligne à <http://www.adrcanada.ca/francais/index.cfm>.

L'IMAQ est reconnu dans l'espace francophone mondial comme un leader dans sa sphère d'activité et un précurseur dans le développement des modes de PRD comme moyen de résoudre efficacement les conflits en société. Depuis ses débuts, notre organisation ainsi que nos médiateurs accrédités ont formé des centaines de professionnels à la médiation, tant au Québec, au Canada que dans plusieurs pays européens et africains. À cet égard, l'IMAQ s'associe fréquemment avec l'Université de Sherbrooke et son programme de maîtrise en prévention et règlement des différends⁴ pour des activités de promotion des PRD et de formation tant sur les plans local qu'international. L'IMAQ est également un des initiateurs et un membre fondateur de l'*Institut de la médiation en espace francophone* (IMEF) qui a pour objet de promouvoir le développement de la médiation dans la francophonie, notamment en structurant et intensifiant la représentativité des médiateurs francophones sur le plan national et sur le plan supranational, en stimulant la recherche liée aux standards, méthodes et outils de médiation ainsi qu'en renforçant la formation à la médiation et ses référentiels.

Au fil des ans, l'IMAQ a collaboré avec le ministère de la Justice du Québec dans la poursuite de son objectif d'améliorer l'accessibilité à la justice et la qualité de celle-ci. En 2002, le ministère de la Justice s'est associé à la campagne « *Servez votre cause, exigez la clause* » que nous avons initiée et qui visait à promouvoir la médiation civile et commerciale ainsi que l'utilisation d'une clause de médiation dans les contrats civils et commerciaux. Plus récemment, nous nous sommes investis dans le projet des *Centres de justice de proximité* pour lesquels nous sommes un partenaire, en plus de siéger sur son *Comité national des partenaires provinciaux*.

Nous collaborons aussi avec d'autres ministères québécois, dont le ministère des Affaires municipales, Régions et Occupation du territoire et le ministère des Transports,

⁴ Les détails et le contenu de ce programme sont disponibles en ligne à <http://www.usherbrooke.ca/programmes/fac/droit/2e-cycle/maitrises/reglement-differends/>.

sur des projets reliés à la médiation. Par ailleurs, nous avons des échanges réguliers avec les organismes publics et tribunaux administratifs québécois afin de développer une expertise en médiation institutionnelle et appuyer leurs efforts d'amélioration continue des pratiques de médiation, de facilitation et de conciliation qui y sont mises en œuvre.

L'IMAQ a également une longue tradition de collaboration et d'action conjointe avec plusieurs organismes et ordres professionnels intéressés par la justice participative. Entre autres, au cours des quatre dernières années, nous participons aux tables rondes sur la justice participative qui sont sous l'égide du Barreau de Montréal. Nous avons aussi créé un comité de regroupement qui permet à une dizaine d'organismes québécois qui oeuvrent dans la prévention et le règlement des différends d'échanger de manière régulière sur des sujets d'intérêt dans ce domaine et de coordonner leurs efforts de promotion et de développement professionnel.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	6
I. LA RECONNAISSANCE DES MODES DE PRD PRIVÉS : UNE RÉFORME À LA MESURE DES BESOINS DES CITOYENS	8
A. Une justice conforme aux mouvances mondiales	8
B. Une vision progressiste du droit et de la justice	11
C. Une impulsion législative pour une meilleure pratique judiciaire	14
II. ASPECTS PRATIQUES ET PROCÉDURAUX : UNE JUSTICE CIVILE RENOUVELÉE	16
A. La considération obligatoire des modes de PRD	17
B. Le titre I du livre I : Les principes de la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement	21
C. Le livre VII : Les modes privés de prévention et règlement des différends	23
III. PROFESSIONNELS EN PRD : LA RICHESSE DE LA MULTIDISCIPLINARITÉ	30
A. Une profession essentiellement interdisciplinaire	30
B. La protection du public	33
CONCLUSION	36

RÉSUMÉ

L'IMAQ présente dans le cadre de cette commission parlementaire un mémoire abordant trois sujets touchés par l'avant-projet de loi instituant le nouveau *Code de procédure civile*.

Une première partie se rapporte au principe de justice et l'évolution de ses conceptions en lien avec les besoins des citoyens et leur rapport au droit et aux institutions juridiques. Également, la reconnaissance des modes de PRD extrajudiciaires est analysée en lien avec les tendances mondiales en matière de justice. L'IMAQ conclut que les dispositions proposées dans l'avant-projet de loi constituent une impulsion législative susceptible de créer un changement de culture juridique et un nouveau rapport à la justice participative et, en ce sens, l'avant-projet de loi répond aux besoins des justiciables.

Un second point aborde de façon plus spécifique les dispositions se rapportant aux PRD extrajudiciaires dans l'avant-projet de loi. En outre, l'IMAQ commente le choix législatif de ne rendre obligatoire que la considération d'un mode de PRD et non l'exercice de celui-ci. Également, les dispositions concernant le cadre général de la procédure civile, la médiation et l'arbitrage font l'objet de quelques remarques et précisions.

Une troisième section porte sur la pratique des professionnels qui exercent dans le champ des modes de PRD. L'IMAQ fait valoir l'interdisciplinarité intrinsèque à cette discipline et la situation dans les autres provinces par rapport à la gestion de l'offre et l'attestation des qualifications professionnelles des candidats. Dans une perspective de protection du public, l'IMAQ formule des recommandations concernant la multidisciplinarité des praticiens et la supervision des informations données au public.

INTRODUCTION

Depuis plus d'une décennie, la communauté juridique au Québec et les instances politiques l'encadrant conjuguent leurs efforts en vue d'améliorer l'accès à la justice, de simplifier les règles de procédure et de réduire les délais qui y sont inhérents.

C'est dans cette voie que le ministère de la Justice a amorcé une première réforme en 2002 sous le thème « une nouvelle culture judiciaire », laquelle présentait de nouvelles règles relatives à la proportionnalité des coûts, délais et procédures entreprises, révélant du même coup un défi de taille : celui de modifier en profondeur les mentalités des intervenants judiciaires.

Près de dix ans plus tard, le bilan qui en est fait par les différents acteurs du monde judiciaire et non judiciaire révèle que la question de l'accessibilité à la justice est un défi toujours omniprésent et auquel des centaines de citoyens québécois doivent faire face quotidiennement. En 2008, l'ancien doyen et auteur Me Hubert Reid concluait, à partir des données de la Direction générale des services de justice du ministère de la Justice, que depuis 1977, le nombre de justiciables qui portent leurs litiges devant les tribunaux civils a chuté de 55 % alors que, durant ces trente mêmes années, la population du Québec a augmenté de 19,6 %⁵. Cette désaffectation des tribunaux par les justiciables n'a pourtant pas contribué à réduire l'engorgement des tribunaux et le délai moyen des procès n'a cessé depuis de s'allonger en raison de la complexité et de l'envergure des dossiers qui cheminent jusqu'à ce stade. En somme, plusieurs observateurs soulignent la

⁵ Me Hubert Reid partage ses observations et ses recherches dans son RAPPORT D'ÉVALUATION DE LA LOI PORTANT SUR LA RÉFORME DU *CODE DE PROCÉDURE CIVILE* présenté en janvier 2008, disponible en ligne à <http://www.wilsonlafleur.com/wilsonlafleur/wl-images/cat/Memoire.pdf>.

nécessité de mettre en place une réforme plus incisive et efficace afin de répondre aux attentes des citoyens et s'ajuster aux conceptions de la justice de ceux-ci.

L'avant-projet de loi proposé en septembre dernier s'inscrit dans ce sillage et constitue une innovation juridique au-delà de son aspect judiciaire. En ce sens, il reflète la plus pure tradition législative québécoise développée à partir des années 1970 par laquelle nous nous démarquons comme une société avant-gardiste, ouverte, à l'écoute des besoins de ses citoyens et socialement proactive.

Dans le présent mémoire, l'IMAQ expose sa position sur les orientations et choix législatifs proposés par le ministère de la Justice et conjugue sa voix à la sienne à plusieurs égards. Cet exercice de réflexion portera sur les impacts et apports autant pratiques que théoriques de l'avant-projet de loi et souligne la distinction et la qualité de notre législation qui font du Québec un acteur reconnu pour son approche en matière de justice.

I. LA RECONNAISSANCE DES MODES DE PRD PRIVÉS : UNE RÉFORME À LA MESURE DES BESOINS DES CITOYENS

L'avant-projet de loi, dans son ensemble, apparaît comme un travail innovateur, réfléchi et soucieux de répondre aux attentes des justiciables. Il propose une intégration réaliste des différents outils juridictionnels et élargit leur champ d'action pour se conformer aux nouvelles réalités du rapport des citoyens au droit et à la justice.

A. Une justice conforme aux mouvances mondiales

Bien que l'avant-projet de loi continue dans la voie de l'innovation et encadre avec pertinence le virage vers cette nouvelle culture judiciaire déjà amorcé en 2002, l'on doit souligner que la situation au Québec reflète celle de nombreuses juridictions ailleurs dans le monde.

L'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile et l'exercice des droits civils dans un esprit de coopération ne sont pas une préoccupation qu'au Québec. La simplification conceptuelle et pratique de la justice civile s'est aussi accompagnée dans plusieurs pays d'un rôle plus accru de la justice participative et plus particulièrement des modes de prévention et règlement des différends extrajudiciaires.

En 2008, le Parlement européen adoptait la directive 2008/52/CE⁶, laquelle énonce que chaque pays de l'Union européenne devra mettre en place une législation en matière de médiation civile et commerciale afin de garantir un meilleur accès à la justice. Selon lui⁷, la médiation apporte des solutions extrajudiciaires plus économiques et rapides en plus

⁶ Directive du 21 mai 2008 portant sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, Journal officiel de l'Union européenne, disponible en ligne à : <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:FR:PDF>.

⁷ Voir plus spécifiquement les articles 5 à 7 de la directive.

de préserver de façon plus durable les relations entre les parties impliquées dans un différend ou un litige. Cette directive souligne que les États pourront établir des législations-cadres qui permettront l'accès aux modes de résolution des conflits tant judiciaires qu'extrajudiciaires et bien qu'elle vise spécifiquement les litiges transfrontaliers, elle souligne que les États pourront l'étendre à la résolution des conflits civils internes. À cet égard, le Parlement européen a récemment émis une résolution où il réitère cet encouragement aux autorités nationales en soulignant que les modes de résolutions des conflits ont jusqu'à ce jour porté fruit et qu'il est du devoir des États membres d'en faire la promotion⁸.

Depuis, plusieurs pays de l'Union européenne ont adopté des législations ou modifié leurs codes de procédure civile pour intégrer les modes de PRD judiciaires et extrajudiciaires au processus de justice civile. Ainsi, pour ne donner que ces exemples, la Suisse a modifié son *Code de procédure civile* afin de permettre le remplacement de la conciliation judiciaire obligatoire des litiges civils par la médiation extrajudiciaire lorsque toutes les parties y consentent⁹. En Belgique, les médiations tant judiciaires que volontaires sont exercées par des médiateurs agréés par la Commission fédérale de médiation. Le *Code judiciaire* prévoit que tous les litiges civils y sont admissibles et que le juge, en tout état de cause, peut suggérer la médiation ou l'ordonner avec l'accord des parties¹⁰. La Bulgarie, l'Italie et la Roumanie ont également modifié leurs législations afin d'intégrer à même les règles de procédures judiciaires le fonctionnement des règlements extrajudiciaires des conflits. Cette tendance marquée vers les modes de PRD privés en matière de justice civile a d'ailleurs dépassé le vieux continent, car l'Australie a adopté en 2011 une législation fort inspirante, le *Civil Dispute Resolution Act*, prévoyant

⁸ Résolution du Parlement européen du 13 septembre 2011 sur la mise en œuvre de la directive relative à la médiation dans les États membres, ses effets sur la médiation et son adoption par les tribunaux, en ligne à : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0361&language=FR>.

⁹ Voir articles 213 C.p.c. et suivants, en ligne à <http://www.admin.ch/ch/f/as/2010/1739.pdf>.

¹⁰ Voir articles 1724 à 1737, en ligne à <http://www.droitbelge.be/codes.asp#jud>.

que les parties, avant de pouvoir instituer leur recours, doivent entreprendre des démarches sincères de règlement extrajudiciaire et consigner le tout dans une déclaration écrite dont la production est obligatoire¹¹.

Ce tour d'horizon de la réalité judiciaire des différentes législations dans les autres pays permet de saisir la nature et l'ampleur du phénomène de justice participative. Ce concept et son interaction avec la culture juridique sont des questions qui ont longuement été étudiées par certains universitaires¹², mais que l'on peut résumer en une vision de la justice qui possède le potentiel de réduire les contraintes (coûts, délais, formalisme) et de rejoindre les attentes contemporaines des justiciables pour répondre au défi de l'accès à la justice.

Certains observateurs ont évoqué la pertinence et l'importance pour le gouvernement québécois d'affirmer son leadership à travers la justice participative. L'ouverture d'esprit qui caractérise la culture juridique québécoise et l'expertise qu'elle acquiert graduellement en cette matière sont des vecteurs de rayonnement pour le Québec sur la scène internationale. La coordination proposée des initiatives avec les outils institutionnels disponibles permet de créer un dynamisme qui saura inspirer l'influence et le partage de l'expertise québécoise auprès des autres traditions juridiques¹³.

Dès 2003, la Commission du droit du Canada s'était penchée sur la question d'accès à la justice dans un rapport intitulé *La transformation des rapports humains par la justice participative*¹⁴ où elle concluait notamment que les initiatives participatives comportent

¹¹ *Civil Dispute Resolution Act*, en ligne à http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/num_act/cdra2011296/.

¹² Voir le récent ouvrage de Jean-François Roberge, *La justice participative - Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.

¹³ Louis Marquis, « Dynamisme, justice participative et droit québécois » (2007) 1 *Revue de prévention et de règlement des différends* 1-11.

¹⁴ Disponible en ligne à <http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection/JL2-22-2003F.pdf>.

de nombreux avantages et que ces processus conviennent à tous les types de conflits. Plus spécifiquement, elle recommandait « que les gouvernements continuent de fournir activement des processus participatifs de résolution des conflits dans leurs institutions, dans leurs litiges avec les citoyens et dans la prestation des services de règlement des conflits, notamment dans l'appareil judiciaire et les tribunaux administratifs »¹⁵.

En somme, non seulement les initiatives du gouvernement québécois s'inscrivent parfaitement dans les recommandations de la Commission du droit du Canada et des observateurs locaux en plus de suivre les grandes tendances mondiales en matière de justice, mais elles témoignent aussi d'une société québécoise faisant preuve d'un grand leadership.

B. Une vision progressiste du droit et de la justice

Les différents mécanismes proposés dans l'avant-projet de loi en matière de PRD suivent également l'évolution qui marque les conceptions du droit et de la justice. L'approche du ministère de la Justice, le vocabulaire utilisé pour circonscrire l'existence, l'essence et l'utilité des modes de PRD ainsi que l'emplacement des dispositions revêtent à cet égard une importance fondamentale. Les choix législatifs exercés en ce sens contribuent à créer un contexte propice à la saine expansion des modes de PRD.

Le fait d'avoir consacré le premier titre du *Code de procédure civile* aux modes de PRD extrajudiciaires est judicieux. Nommer à ce stade le rôle essentiel des modes de PRD comme un moyen légitime d'assurer que les citoyens québécois obtiennent justice et la pertinence de ces approches dans le continuum de la justice civile constitue à notre sens un geste empreint d'une réelle volonté de permettre ce changement de culture juridique nécessaire à un Québec qui veut se donner un environnement propice à des

¹⁵ *Ibid.*, p. 235.

relations plus harmonieuses pour ses citoyens et qui insuffle une efficacité dans la gestion des conflits.

Également, ce positionnement des modes de PRD dans les premiers articles du *Code de procédure civile* témoigne d'une véritable intention d'intégrer la justice participative dans le giron de la procédure judiciaire. En effet, dans la tradition civiliste, les premiers articles d'une importante codification participent à l'interprétation de l'ensemble du texte législatif. Ce rôle est également endossé par la disposition préliminaire et y nommer la participation des citoyens dans la prévention et le règlement de leurs différends souligne l'importance de la justice participative¹⁶. Ces ajouts dans l'avant-projet de loi permettront de doter le *Code de procédure civile* de l'architecture conceptuelle nécessaire pour incarner la charge symbolique que doit porter un tel code en suggérant une plus grande place aux principes fondamentaux de la justice et en leur donnant une véritable portée normative¹⁷.

Le titre premier évacue aussi l'idée reçue qu'un code de procédure civile ne doit référer qu'au déroulement d'un litige devant les tribunaux. En ce sens, l'avant-projet de loi propose une justice civile considérée avec une vue d'ensemble et non seulement le mode d'emploi du droit en matière de justice. La procédure civile, avant de constituer le guide du cheminement judiciaire des litiges, est aussi le reflet de toute la justice civile et à ce chapitre, inclut l'ensemble des démarches et du cadre dans lequel doit évoluer le justiciable pour faire valoir ses droits. Ce concept de justice et le paradigme juridique ont incontestablement évolué au fil des décennies. L'universitaire Roderick A. Macdonald, dans un rapport portant sur l'accessibilité de la justice datant de 1991,

¹⁶ Véhiculer la promotion des modes de PRD en exergue d'une loi est par ailleurs une des initiatives proposées par l'universitaire Louis Marquis pour consolider le dynamisme québécois en matière de justice participative. *Supra*, note 13.

¹⁷ Le doyen Daniel Jutras soutient que le *Code de procédure civile* dans sa forme actuelle manque de cohérence pour avoir une force symbolique dans l'ordre juridique québécois. Daniel Jutras, « Culture et droit processuel : le cas du Québec » (2009) 54 *R.D. McGill* 273, 289 et 290.

concluait déjà que le droit est en quelque sorte pluriel et que ses sources dépassent la norme juridique¹⁸. Les recherches en philosophie juridique se sont d'ailleurs grandement intéressées à la conception de la justice comme émanant du consensus et de la délibération¹⁹. Considérant que plus de 90 % des causes inscrites se règlent avant qu'elles ne procèdent devant les tribunaux²⁰, on pourrait difficilement affirmer que les praticiens du droit ne sont pas sensibles à cette question et qu'ils ne participent pas à définir, élargir et élaborer ce qu'est la justice. Ils savent faire valoir à leurs clients les autres considérations permettant de conclure à la raisonnable d'une entente : pensons à la relation future, les possibilités de collaboration, les avantages autres que pécuniaires ou tout simplement le bien-être que peut apporter un règlement. Sans le savoir, les avocats pratiquent quotidiennement cette justice renouvelée, celle qui considère le droit comme un tout, autant économique qu'humain, qui appartient à d'autres sens ou objectifs que la normativité qu'il porte.

En définitive, la conception de justice civile véhiculée dans la disposition préliminaire et le titre I du premier livre de l'avant-projet de loi permettra l'atteinte de plusieurs objectifs variés : offrir aux citoyens un portrait réaliste de ce que représente la justice, l'intégration plus formelle des modes de PRD privés à l'appareil judiciaire et la mobilisation des citoyens qui sont invités à réfléchir à leurs conflits, à considérer, à appliquer et à participer à un mode extrajudiciaire de règlement des différends.

¹⁸ Roderick A. Macdonald, *Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice*, Rapport-synthèse du groupe de travail sur l'accessibilité à la justice, Québec, ministère de la Justice, 1991, 112 p.

¹⁹ Pensons à John Rawls *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987, 666 p. ou Jürgen Habermas, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, 494 p.

²⁰ Données fournies par le ministère de la Justice du Canada dans son *Analyse de l'expérience fédérale relative à l'utilisation de la médiation et d'autres processus de règlement des différends*, 2009.

C. Une impulsion législative pour une meilleure pratique judiciaire

L'initiative du ministère de la Justice constitue un puissant levier de changement de culture et contribuera à transformer les conceptions et les pratiques de celles et de ceux qui en sont les acteurs. La seule utilisation du vocable « différend » plutôt que litige ou l'acronyme « MARC » (modes alternatifs ou appropriés de résolution de conflit) révèle une nouvelle amplitude pour la justice civile. Désormais, les modes de PRD ne sont plus considérés comme alternatifs ou conceptuellement une solution de rechange à l'appareil judiciaire. L'avant-projet de loi dessine un tout cohérent et sous-entend que toute forme de différend pouvant mener à un conflit entre dans la portée de la justice civile.

Non seulement ce changement embrasse une vision plus large que ce qui se rapporte au droit, mais l'introduction de cette conception de prévention marque aussi le désir du ministère de la Justice de donner une place prédominante aux modes de PRD extrajudiciaires en amont du processus judiciaire. Cette démarche se distingue de celles entreprises dans d'autres législations qui se contentent de remplacer des modes judiciaires de règlement par des modes extrajudiciaires ou par des étapes et un cadre très précis revêtant un caractère obligatoire²¹. Le choix législatif du Québec inscrit les modes de PRD privés de façon préalable, parallèle ou complémentaire à tout le processus judiciaire, sans pour autant les cantonner à une démarche stricte. Il s'agit là d'un véritable processus participatif, adaptable aux situations et aux personnes qui doivent l'utiliser.

Le ministère de la Justice a choisi de formuler une intention législative sous forme d'incitation générale qui se traduit par l'énonciation de diverses obligations dont le véhicule n'est pas prédéterminé. Cette impulsion législative constitue le meilleur moyen

²¹ Pensons à la situation en Ontario, en Saskatchewan ou en Colombie-Britannique où la médiation extrajudiciaire est structurée de façon très précise dans la loi et par ailleurs obligatoire.

d'atteindre une satisfaction des personnes qui feront appel aux modes de PRD ainsi que des ententes qui seront viables et qui correspondront davantage à leurs besoins.

Il appartiendra au ministère de la Justice, aux citoyens et aux professionnels qui les accompagnent, aux spécialistes des PRD et aux organisations spécialisées dans la résolution des différends et dans la justice d'utiliser les méthodes et approches actuelles selon les circonstances, et d'améliorer constamment les méthodes, outils et pratiques qui permettent d'atteindre les objectifs souhaités. De même, ce choix législatif empreint de flexibilité évite une cristallisation des différents modes de PRD en permettant une évolution et une adaptation des processus dans le temps et selon les contextes.

Aussi, les fonctions et les rôles des avocats jusqu'ici en gestation ou dans leurs premiers balbutiements en matière de PRD seront uniformisés en ce que leurs devoirs dans un conflit sont clarifiés et une démarche précise d'information et de considération des modes de PRD devra faire partie du cheminement normal des mandats qui leur sont confiés. Cette pratique judiciaire bonifiée permettra la consolidation des habiletés professionnelles dans la plupart des cas déjà acquises ou du moins développées au fil de la pratique quotidienne afin de favoriser l'émergence d'une nouvelle pratique du droit et de la profession²².

En résumé, l'avant-projet de loi répond aux besoins actuels de justice et sera un vecteur de changement pour une meilleure accessibilité à la justice, une plus grande mobilisation des justiciables pour la prise en charge de leurs différends et une transformation de la pratique professionnelle et judiciaire de tous les intervenants en matière de justice.

²² La professeure Julie Macfarlane a écrit un livre à ce sujet nommé *The New Lawyer*, Vancouver, UBC Press, 2008, 308 p.

II. ASPECTS PRATIQUES ET PROCÉDURAUX : UNE JUSTICE CIVILE RENOUVELÉE

Dans la section précédente, nous avons formulé un appui de principe sur l'essence même de l'avant-projet de loi instituant le nouveau *Code de procédure civile* ainsi que ses orientations fondamentales. L'IMAQ souhaite aussi commenter certains aspects spécifiques le concernant.

Selon le rapport de la Commission du droit du Canada *La transformation des rapports humains par la justice participative*²³, tout processus de justice participative devrait comprendre les principes directeurs suivants :

- une intervention précoce
- l'accessibilité
- le caractère volontaire
- une préparation soignée
- des occasions de dialogue direct
- la défense et le soutien
- la confidentialité
- l'équité
- la pertinence et le réalisme des résultats
- la souplesse et l'adaptabilité
- l'efficacité
- l'effet systémique

Comme nous l'avons exprimé précédemment, nous sommes convaincus que l'avant-projet de loi dans son état actuel permettra une plus grande accessibilité aux modes de PRD, une intervention précoce dans la gestion des différends, et que nous assisterons à un effet systémique. L'avant-projet de loi se veut toutefois plus spécifique à l'égard de plusieurs éléments jalonnant l'intégration des modes de PRD privés à la procédure civile et trois éléments interpellent plus directement l'expertise de l'IMAQ : la considération obligatoire des modes de PRD ainsi que les caractéristiques des modes de PRD édictées au titre I du livre I et celles énoncées au livre VII de l'avant-projet de loi.

²³ Voir la section « recommandations », en ligne à <http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection/JL2-22-2003F.pdf>.

A. La considération obligatoire des modes de PRD

Orientation incontournable de l'avant-projet de loi, le choix législatif d'assujettir la demande en justice à la considération d'un mode de PRD est une stratégie permettant l'atteinte du plus grand nombre de principes directeurs applicables aux processus de justice participative et se distingue notamment des mesures législatives mises en place en Ontario, en Saskatchewan et en Colombie-Britannique. De fait, ces trois provinces ont instauré depuis plusieurs années des processus de médiation obligatoire à même leurs codes de procédure civile, ce qui constitue d'une part une obligation beaucoup plus contraignante que la simple considération d'un mode de PRD, mais d'autre part, un choix plus restreint puisque ces processus ne visent que la médiation.

Ces programmes ont réussi à atteindre certains objectifs. En Ontario, les délais de règlement des dossiers ont substantiellement été réduits suite à la mise en place de cette procédure. De même, le taux de satisfaction des parties qui en ont fait l'essai indique dans une très forte proportion un accueil favorable à la médiation obligatoire²⁴. En Saskatchewan, les travaux des professeures Julie Macfarlane et Michaela Keet dessinent un programme bien implanté et évoluant de façon somme toute satisfaisante²⁵.

Nous observons cependant que le caractère volontaire du processus – un principe directeur nommé par la Commission du droit du Canada – n'est pas respecté selon cette approche. Or, le caractère volontaire de tout mode de PRD est un principe fondamental, une condition *sine qua non*. Tous les auteurs de doctrine à ce sujet sont sans

²⁴ Voir le rapport intitulé *Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program (Rule 24.1) Final Report – The first 23 Months*, Robert Hann & Associates Limited, 2001.

²⁵ « Civil Justice Reform and Mandatory Civil Mediation in Saskatchewan : Lessons From a Maturing Program », (2004-2005) 42 *Alberta Law Review* 677.

équivoque²⁶ et imposer la tenue d'une médiation est un procédé à première vue antinomique. Bien que les modes de PRD soient pratiqués de façon informelle en abondance et qu'ils répondent adéquatement aux besoins de justice des citoyens, il ne s'agit pas non plus d'une panacée et ce ne sont pas toutes les situations qui s'y prêtent; il faut être disposé et engagé pour que des résultats tangibles et durables émergent.

La notion de médiation obligatoire ne fait d'ailleurs pas partie de la tradition législative au Québec. Du moins, il s'agissait de la position adoptée par le législateur en 1997 après l'étude et le rejet partiel du projet de loi instituant la médiation préalable obligatoire en matière familiale²⁷. Le ministère de la Justice avait en effet jugé que la séance d'information obligatoire était un canal suffisant pour diffuser et populariser la médiation en ce domaine.

L'IMAQ soutient que ces principes s'appliquent de la même façon aux conflits civils et commerciaux : énoncer l'obligation de considérer les modes de PRD, comme il est prévu à l'article 1 de l'avant-projet de loi, est une impulsion législative suffisante pour atteindre les objectifs d'amélioration de l'accès à la justice. Le processus proposé dans l'avant-projet de loi permet ainsi de respecter les caractéristiques « précoce », « volontaire » et « systémique », mais réussit aussi à préserver celles de « souplesse et adaptabilité » en ne proposant pas un programme qui se limiterait uniquement à la médiation. Les parties à un conflit pourront ainsi pousser leur autodétermination jusqu'à choisir le mode de PRD le mieux adapté à leur situation et ce, sans manquer au respect de leurs obligations procédurales.

²⁶ Selon les auteurs québécois comme Hélène de Kovachich et al., *Guide pratique de la médiation*, Scarborough, Carswell, 1997 ou Nabil Antaki *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, et américains comme Christopher W. Moore, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2^e éd., 2003.

²⁷ Le ministère de la Justice s'en était remis aux arguments du Barreau du Québec et ses suggestions, dont le mémoire est disponible en ligne à www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/1997/199701-pl-65.pdf.

Notre position en faveur de la considération obligatoire des modes de PRD plutôt que leur application obligatoire se base également sur divers faits. L'étude menée par le ministère de la Justice du Canada dans son *Analyse de l'expérience fédérale relative à l'utilisation de la médiation et d'autres processus de règlement des différends* démontre qu'avant la médiation, c'est un autre mode de PRD qui est le plus utilisé, soit la négociation assistée²⁸. De même, les taux de règlement des dossiers en médiation obligatoire ne sont pas nécessairement améliorés par ces processus dans les provinces où ils s'appliquent. Le seul impact positif mesuré dans ces systèmes se traduit par un délai de règlement des dossiers dont la médiane est réduite de plusieurs mois en comparaison avec le délai médian de l'obtention d'un jugement²⁹.

Or, cet effet pourrait tout autant se mesurer par une action législative moins contraignante. Ainsi, l'application au Québec d'un cadre moins restrictif, mais davantage axé sur les meilleurs moyens d'accéder à un règlement, permettra d'instituer un véritable système de justice participative dont le cadre rejoindra le principe directeur d'« efficacité ».

Néanmoins, l'instauration d'un certain degré d'obligations relativement aux modes de PRD privés est nécessaire pour la manifestation de changements concrets. Des interviews menés par le ministère de la Justice du Canada auprès des avocats de la Nouvelle-Écosse démontrent que ceux-ci sont beaucoup moins portés à suggérer à leurs clients des modes de PRD comme la médiation tout simplement parce qu'ils y sont moins exposés³⁰. L'aspect obligatoire de la considération d'un mode de PRD privé avant

²⁸ *Analyse de l'expérience fédérale relative à l'utilisation de la médiation et d'autres processus de règlement des différends*, 2009, p. 26. Le rapport dévoile que sur tous les dossiers admissibles à la médiation obligatoire dans l'échantillon, à peine 30 % de ceux-ci ont atteint ce stade, le reste ayant été réglé au préalable par voie de négociation.

²⁹ *Ibid.*, p. 24-25.

³⁰ *Ibid.*, p. 67.

de s'adresser aux tribunaux permettra de pallier cette observation par l'instauration d'un réflexe, un changement de culture qui se manifestera ensuite par une autonomisation accrue de la collectivité juridique. Ce mouvement gagnera également les justiciables et tous les autres intervenants dans un conflit qui devront se renseigner au sujet de leurs obligations procédurales.

Ce changement de culture a d'ailleurs été observé ailleurs au Canada ; il s'agit d'un constat important de l'évaluation du programme de médiation obligatoire de la Saskatchewan et les professeures Julie Macfarlane et Michaela Keet, dans leurs observations, indiquent que le point de vue de la communauté juridique a considérablement changé³¹. Les avocats sont en effet aujourd'hui beaucoup plus soucieux d'améliorer le programme de médiation obligatoire que de l'abolir. Même son de cloche du côté du ministère de la Justice du Canada dont les avocats ont remarqué depuis cinq ans des changements d'attitude envers les modes de PRD autant personnels qu'institutionnels³². Bien que ces analyses soient surtout liées aux programmes de médiation obligatoire, il demeure que c'est l'intention législative derrière ceux-ci qui permet les changements observés. Ainsi, ces exemples sont transposables à la situation envisagée au Québec et assortir la considération des modes de PRD d'une obligation procédurale constituera un levier permettant le changement de point de vue de toute la société et la transformation de la culture judiciaire et juridique.

En définitive, nous sommes d'avis que la considération obligatoire des modes de PRD apparaît comme un élément essentiel pour la mise en œuvre adéquate des principes et objectifs édictés dans l'avant-projet de loi. Cependant, l'IMAQ souligne qu'aucun mécanisme n'est édicté pour en assurer le respect. Nous suggérons de compléter l'obligation procédurale énoncée à l'article premier par un encadrement plus précis

³¹ *Supra*, note 25.

³² *Supra*, note 28, p. 70.

permettant une meilleure systématisation et vérification de cet exercice de considération. De façon plus précise, il serait envisageable de mieux qualifier l'obligation de considération en l'assujettissant, par exemple, aux dispositions relatives à la forme et aux éléments des actes de procédure³³. Cette mesure serait similaire aux règles applicables en Australie qui prévoient que les parties doivent accompagner leur demande en justice d'un « Genuine Steps Statement » relatant les étapes entreprises pour la considération ou l'application d'un mode de règlement des différends³⁴.

B. Le titre I du livre I : Les principes de la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends

Dans la première section de ce mémoire, nous avons souligné la pertinence et l'utilité des dispositions énoncées dans les premiers articles de l'avant-projet de loi. Sans pour autant mitiger notre appui général aux dispositions liées aux modes de PRD à l'intérieur de l'avant-projet de loi, nos commentaires précédents peuvent néanmoins s'assortir de suggestions constructives plus précises et techniques sur la formulation de certaines dispositions de ce titre. Ces remarques permettraient à l'avant-projet de loi d'encore mieux refléter les réalités des professionnels en PRD et de s'accorder aux pratiques du milieu.

D'abord, l'article 2 A.P.L. édicte, à son dernier alinéa, le principe de proportionnalité applicable par ailleurs à l'ensemble de la procédure civile. Il reprend des principes déjà codifiés à l'actuel article 4.2 *C.p.c.* sans totalement tenir compte de la spécificité inhérente aux différents modes de PRD. La notion de proportionnalité doit être entrevue différemment pour tenir compte de la motivation et de certains avantages qui pousseraient les parties à entreprendre un processus qui dépasse le cadre de leur différend, ne respectant pas nécessairement la proportionnalité de leur litige en soi. Les

³³ Ces articles se trouvent au chapitre V du livre V de l'avant-projet de loi.

³⁴ *Supra*, note 11, article 4.

circonstances particulières et les différents enjeux devraient conséquemment être ajoutés au dernier alinéa de l'article 2 A.P.L., qui se lirait comme suit :

Elles doivent, de même que les tiers auxquels elles font appel, veiller à ce que les démarches qu'elles entreprennent demeurent proportionnelles quant à leur coût et au temps exigé, à la nature et à la complexité de leurs différends ainsi qu'aux enjeux et aux circonstances particulières reliés à ces différends.

Ensuite, l'article 4 A.P.L. emploie un vocabulaire se distinguant du reste de la loi lorsqu'il énonce un engagement de la part des parties et du tiers qui les assiste de préserver la confidentialité de ce qui est dit, écrit ou fait dans le cours du processus. L'utilisation du verbe « engager » affaiblit à notre sens la notion de confidentialité sur laquelle se fonde cette disposition. Il serait plus constant et conforme d'énoncer ce principe de la même façon et dans les mêmes termes qu'ailleurs dans la loi. De cette façon, les décisions judiciaires et les enseignements doctrinaux se rapportant à ce sujet pourront s'appliquer sans qu'une ambiguïté soit soulevée. De plus, la dernière partie de l'article proposé énonce que la confidentialité ne s'appliquerait pas « à leur propre recours aux tribunaux ». Il y a un risque que ce dernier énoncé soit assimilé à une autorisation de pouvoir utiliser les informations échangées lors des séances de médiation aux fins de procédures que les parties pourraient tenter subséquemment à la fin du processus de PRD. À notre avis, cela est contraire à la reconnaissance universelle, ainsi qu'à la jurisprudence actuelle des tribunaux québécois, que le contenu des échanges dans le cadre d'une médiation ne peut et ne doit être communiqué à l'extérieur de celle-ci, ou même utilisé dans le cadre de procédures judiciaires.

Étant donné nos commentaires ci-haut énoncés et à l'instar des articles 159 et 379 de l'avant-projet de loi, son article 4 pourrait donc se lire ainsi :

4. Tout ce qui est dit, écrit ou fait dans le cadre d'un mode privé de prévention ou de règlement des différends est confidentiel, sous réserve des ententes sur le sujet ou des dispositions particulières de la loi.

Ceci clôt les changements techniques que nous souhaitons proposer pour ce titre de la loi. Ces nuances peuvent paraître subtiles, mais elles auront un impact déterminant dans la compréhension et l'application de cette section de l'avant-projet de loi.

C. Le livre VII : Les modes privés de prévention et de règlement des différends

Le regroupement dans un seul livre des règles de fonctionnement des modes de PRD, tel que le suggère l'avant-projet de loi, permet une meilleure conceptualisation ou compréhension de ceux-ci et de leur rôle avant ou parallèlement à toute procédure judiciaire. L'IMAQ chapeaute l'exercice de la médiation et de l'arbitrage par ses membres. En conséquence, ces deux sujets seront abordés.

En ce qui concerne les articles se rapportant au processus de médiation, la définition du rôle du médiateur et du déroulement de la médiation dans une consignation exhaustive des principes fondamentaux de la médiation a pour effet d'encadrer la pratique de la médiation afin de la rendre plus uniforme et mieux connue par tous les intervenants judiciaires comme non judiciaires. Selon les principes directeurs énoncés précédemment, toutes les caractéristiques d'un processus participatif adapté sont rassemblées dans l'avant-projet de loi: dialogue direct, soutien, défense, préparation, confidentialité, équité, réalisme, etc. Cette section de l'avant-projet de loi est également conforme aux pratiques en vigueur consignées dans les différents codes de pratique et d'éthique habituellement reconnus³⁵ en plus de respecter les différents codes de

³⁵ Par exemple, le Guide pratique de la médiation civile et commerciale publié par le Barreau, en ligne à www.barreau.qc.ca/pdf/mediation/civile.../guide-de-pratique.pdf, le Code de déontologie de l'IMAQ, en ligne à <http://www.imaq.org/nos-membres/code-d%E2%80%99ethique-des-mediateurs-et-des-arbitres/> et le Code d'éthique des médiateurs, en ligne à [http://www.iamq.org/Code%20ethique%20des%20mediateurs\(19%20avril%202007\).pdf](http://www.iamq.org/Code%20ethique%20des%20mediateurs(19%20avril%202007).pdf) ou celui de l'ADRIC, en ligne à http://www.adrcanada.ca/resources/documents/Codedethiquedemediateurs2011avril15_000.pdf.

déontologie des ordres professionnels auxquels appartient un grand nombre de médiateurs.

Bref, le contenu et l'organisation des articles portant sur le médiateur et son rôle dans la médiation le font apparaître comme un professionnel, complètement démarqué de son horizon professionnel d'origine. Il faut d'ailleurs préciser que le mot « professionnel » dans ce mémoire désigne le sens général et usuel de ce mot³⁶ et ne fait pas référence aux professions régies par un ordre professionnel. Ainsi, le médiateur est à juste titre considéré comme un expert du processus par opposition à un expert du contenu³⁷, lequel se trouve à être davantage incarné par les parties.

De même, l'orientation donnée à l'avant-projet de loi vers une pratique axée sur les besoins et les intérêts des parties répond au besoin des justiciables de s'approprier la conception de justice et correspond au potentiel d'intervention des modes de PRD³⁸. En effet, permettre une recherche de solutions dans le respect des règles fondamentales du droit, mais qui se transpose plus concrètement dans la réalité des parties est avant tout ce qui permet le règlement rapide, complet et durable des différends entre les parties. Les conflits se trouvent traduits, par le dialogue et le partage d'information, en enjeux communs qu'elles devront résoudre ensemble.

³⁶ Le petit Robert définit une profession comme « une occupation déterminée dont on peut tirer ses moyens d'existence » ou « un métier qui a un certain prestige social ou intellectuel ».

³⁷ Ce qui correspond dans les modèles de médiation à l'exercice d'une médiation facilitante. Voir à ce sujet John Peter Weldon, « Le médiateur et sa médiation : y a-t-il un lien entre le style de communication du médiateur et le modèle de médiation qu'il privilégie ? » dans *Développement récents en médiation*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 1-21.

³⁸ La médiation peut être entrevue comme un outil de transformation ou qui permet de combler des besoins auxquels le mode formel ne répond plus. À ce sujet, voir Louise Lalonde, « Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation ? Le continuum dans la pratique civile et commerciale de la médiation » dans *Développement récents en médiation*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p.75-89.

De façon plus spécifique, la nécessité pour les médiateurs de souscrire à une assurance responsabilité et l'assujettissement à des règles déontologiques pour invoquer le privilège de non contraignabilité est une mesure qui sera bénéfique pour le public. Elle garantira en effet un plus grand bassin de spécialistes qualifiés en médiation qui seront dès lors incités à se tourner vers des organismes accrédités par le ministre de la Justice pour leur formation et protection professionnelles. À ce chapitre, la question de la qualification des professionnels en PRD et de leur formation est un sujet incontournable pour l'IMAQ et nous consacrerons la prochaine section à ce sujet.

À l'instar de l'exercice de la section précédente, des commentaires plus techniques peuvent être suggérés relativement à certaines dispositions du livre VII de l'avant-projet de loi, sans réduire la portée des éléments dont nous avons souligné la pertinence. Dans un premier temps, le législateur devrait clarifier sa pensée sur l'utilisation du terme « négociation » à l'article 607 A.P.L. puisqu'en raison de son emplacement, une certaine confusion se crée quant à son application aux autres modes de PRD. Le terme « négociation » fait-il référence au seul mode privé de PRD nommé « négociation », tel que mentionné à l'article 1 A.P.L., ou également aux autres modes privés de PRD tels la médiation ou l'arbitrage ? Ou s'applique-t-il aussi à la médiation et à l'arbitrage ?

Par ailleurs, l'article 607 A.P.L. présente une attente qui pourrait s'avérer irréaliste envers les parties puisqu'il est délicat d'édicter un engagement de proposition de solutions à leur endroit. En pratique, il est préférable que les spécialistes des modes de PRD laissent les parties en arriver par leur propre réflexion aux solutions qui leur apparaissent les plus favorables pour elles et qui correspondent davantage à leurs besoins et intérêts. Les experts résument cet état de fait par l'expression

« autodétermination des parties »³⁹. En médiation, le principe de l'autodétermination est un des cinq éléments fondamentaux qui caractérisent ce processus de PRD.

Enfin, faire obligation aux parties de « s'entendre » sur l'information qu'elles doivent échanger fait à notre sens double emploi avec l'obligation de bonne foi dont est déjà empreint notre droit civil. En conséquence, nous suggérons que l'article 607 A.P.L. se lise de la façon suivante :

607. Les parties qui conviennent d'un mode de PRD qui a recours à la négociation doivent veiller à circonscrire adéquatement leur différend, à identifier leurs besoins et leurs intérêts respectifs et l'information qu'elles doivent échanger pour leur permettre de prévenir ou de résoudre leur différend.

Dans un deuxième temps, la formulation des articles 608 et 609 A.P.L. semble introduire une distinction entre les tiers qui assistent ou aident les parties d'une part et les médiateurs et les arbitres d'autre part. De plus, le texte de l'article 609 A.P.L. semble aussi inclure les personnes qui accompagnent ou conseillent les parties lors d'un processus de PRD. Des ambiguïtés quant aux professionnels des PRD ou autres personnes qui sont visées par ces deux articles pourraient être soulevées, et il y aurait lieu de préciser leur portée.

Finalement, l'énonciation du rôle traditionnel et des responsabilités du médiateur dans l'avant-projet de loi devrait être soigneusement étudiée pour ne pas l'élargir indûment. Plus particulièrement à l'article 618 A.P.L., nous croyons que le médiateur ne saurait garantir la compréhension par les parties des conséquences d'une entente issue d'un processus de médiation. À notre sens, ce rôle découle davantage d'explications ou

³⁹ Dans le monde anglo-saxon, on utilise le terme « empowerment ». L'article 3.1.1 du Code d'éthique des médiateurs de l'IMAQ prévoit spécifiquement que le « [...] médiateur doit conduire une médiation sur la base de l'autodétermination des parties. Les parties sont dans un processus de décision volontaire, chacune d'elles faisant des choix libres et éclairés notamment quant (...) [à] l'élaboration des solutions. »

d'opinions d'experts ou de conseillers. Le Code d'éthique des médiateurs de l'IMAQ prévoit nommément que le médiateur ne doit en aucun cas donner des « avis d'expert professionnel »⁴⁰ et que « lorsque cela est approprié, il informe les parties de l'importance de consulter un autre professionnel pour les aider à faire des choix informés »⁴¹. Cette conception est également compatible avec différents codes d'éthique applicables aux médiateurs⁴². L'esprit du dernier alinéa de cette disposition pourrait néanmoins être conservé dans cette nouvelle formulation :

618. Le médiateur veille à ce que les termes de l'entente soient compris par les parties et au besoin, les avise de la nécessité de consulter un autre professionnel relativement à leurs droits et obligations.

En ce qui a trait aux dispositions encadrant l'arbitrage, leur contenu reproduit une partie de l'actuel *Code de procédure civile* dans un regroupement conceptuel plus adéquat. Néanmoins, un changement notable est cette volonté de rendre l'arbitrage plus accessible par une simplification et un assouplissement de ses règles. Un avantage déterminant de l'arbitrage – et ce qui le distingue du processus judiciaire – est justement cette efficacité et la souplesse avec laquelle est conduit son processus. Différentes instances sur les plans national et international ont manifesté ce désir que l'arbitrage puisse redevenir un mode de règlement des litiges juste, efficace, rapide et économique. L'International Bar Association a adopté des règles pour l'arbitrage international permettant « une procédure efficace, économique et équitable »⁴³. Plus localement, l'Association du Barreau Canadien présentait récemment dans le cadre de

⁴⁰ Article 2.1 du Code d'éthique des médiateurs de l'IMAQ.

⁴¹ Article 3.1.3 du Code d'éthique des médiateurs de l'IMAQ. Les articles de la section 3.10 de ce Code d'éthique précisent et détaillent la nature de cette obligation pour toutes circonstances applicables au travail d'un médiateur.

⁴² À titre d'exemple, l'article 3.4 du Code d'éthique des médiateurs de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada prévoit que « Le médiateur doit aussi aviser les parties de la nécessité de consulter un autre professionnel lorsque le besoin s'en fait sentir, afin de les aider à prendre une décision en toute connaissance de cause ».

⁴³ Voir les règles sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, en ligne à http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

ses conférences un modèle de « convention pour le règlement des différends par la voie d'un arbitrage juste, efficace, rapide et économique »⁴⁴. L'IMAQ recommande même à ses membres d'intégrer par référence dans les contrats les règles simplifiées d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada⁴⁵ permettant aux parties d'atteindre ces objectifs louables.

Les dispositions de l'avant-projet de loi auront pour effet de faciliter cet assouplissement et l'atteinte du potentiel de l'arbitrage. Ces changements permettront également d'éviter que la procédure d'arbitrage connaisse une complexification et mène à une trop grande judiciarisation.

Un autre changement important dans l'avant-projet de loi au sujet de l'arbitrage interpelle plus particulièrement l'IMAQ et il s'agit de l'élargissement du mandat de l'arbitre pour y inclure la conciliation, lorsque requis ou approprié. Nous avons évoqué l'importance de conserver les caractéristiques faisant de l'arbitrage un mode de PRD efficace et économique, mais il faut veiller à ne pas créer de confusion des genres ou d'incompatibilité pratique. Le libellé de l'article 626 A.P.L. présente certaines ambiguïtés en ce que le mandat de conciliation de l'arbitre semble davantage lié à la volonté de l'arbitre qu'à celle des parties. Or, cet article de l'avant-projet de loi doit avant tout se lire en harmonie avec les principes fondamentaux des modes de PRD qui proscrivent l'ingérence du tiers intervenant; conséquemment, le mandat de l'arbitre devrait au préalable être soumis à la volonté des parties. Autrement dit, l'arbitre doit donc envisager l'élargissement de son mandat à celui de conciliateur que si les parties en ont choisi ainsi en fonction de leurs besoins.

⁴⁴ Préparé par Me Olivier F. Kott, associé principal, Norton Rose OR s.e.n.c.r.l., s.r.l., avec la collaboration de plusieurs membres de la Section Construction et la Section Prévention et règlement des différends de l'Association du Barreau Canadien, Division du Québec, octobre 2011.

⁴⁵ <http://www.adrcanada.ca/francais/documents/arb-rules-FR.pdf>.

Également, l'IMAQ a eu le bénéfice de prendre connaissance du mémoire présenté auprès de cette commission par le professeur Frédéric Bachand de l'Université McGill et d'autres spécialistes et praticiens de l'arbitrage. Nous appuyons certains commentaires qui y sont faits :

- D'abord, l'ajout d'un motif d'annulation et de refus d'homologation fondé sur la déconsidération de l'administration de la justice⁴⁶ serait effectivement susceptible de créer une incompatibilité avec les règles d'arbitrage international et le soutien du Québec en cette matière dans la mesure où elle ajouterait une condition aux motifs énumérés dans la Convention de New-York⁴⁷. De même, le contrôle judiciaire que cette disposition induit est en contradiction avec l'atteinte du potentiel de l'arbitrage ainsi qu'avec le contrôle de la conformité du résultat avec le seul ordre public substantiel.
- Il serait aussi souhaitable que l'actuel article 940.3 *C.p.c.* soit repris dans sa forme actuelle. L'article 631 A.P.L. semble ne pas donner autant de portée que l'article 940.3 *C.p.c.* malgré sa rédaction similaire en ce sens que la limitation de l'intervention judiciaire est assujettie à la convention d'arbitrage plutôt qu'aux exceptions prévues dans la loi.
- Nous approuvons l'idée que le délai pour rendre sentence prévu à l'article 638 A.P.L. soit assorti d'un mécanisme de prorogation lorsque ce délai s'avère impossible à respecter.
- La nécessité d'un consentement des parties pour la reddition d'une sentence complémentaire ou d'interprétation nous paraît difficile à mettre en œuvre et sans grande portée sur le plan du développement et de la simplification des mécanismes d'arbitrage⁴⁸.

⁴⁶ Article 652 de l'avant-projet de loi.

⁴⁷ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 330 R.T.N.U. 3.

⁴⁸ Article 641, al. 2 de l'avant-projet de loi.

En somme, sous réserve des quelques suggestions proposées, les orientations du livre VII de l'avant-projet de loi auront pour effet un encadrement souple, mais adapté des modes de PRD privés dans l'appareil judiciaire. Sans restreindre les justiciables à recourir à un type d'intervenant déterminé, l'avant-projet de loi édicte des règles de fonctionnement et des privilèges qui permettront à la fois aux parties et aux candidats qualifiés d'en bénéficier.

III. PROFESSIONNELS EN PRD : LA RICHESSE DE LA MULTIDISCIPLINARITÉ

L'avant-projet de loi propose la mise en œuvre de processus qui exigeront nécessairement un plus grand nombre de spécialistes des modes de PRD. À ce chapitre, l'avant-projet de loi ne traite pas, sauf sous certains aspects particuliers, des qualifications professionnelles des tiers qui pourront être appelés à intervenir dans les conflits tout comme de la façon dont la qualité des interventions sera assurée.

A. Une profession essentiellement interdisciplinaire

Les professions de médiateur, d'arbitre ou de tout intervenant en PRD ne font pas l'objet d'une réglementation régie par l'Office des professions. Autrement dit, il ne s'agit pas d'un titre réservé ou protégé, de sorte que toute personne peut y accéder sans égard à sa formation professionnelle d'origine. De fait, l'IMAQ compte parmi ses rangs des membres appartenant à 17 ordres professionnels différents⁴⁹ en plus de plusieurs membres dont les professions sont non réglementées⁵⁰.

⁴⁹ Par exemple, des ingénieurs, évaluateurs agréés, architectes ou psychologues.

⁵⁰ Par exemple, des professionnels de la gestion ou de la communication. Comme il a déjà été indiqué précédemment, ces personnes seront aussi désignées sous l'appellation générale de « professionnels ».

Cette situation présente de nombreux avantages ne serait-ce que par le nombre et la variété de spécialistes disponibles pour les parties ainsi que le coût relié à leurs services. Sur le plan pratique, les parties peuvent vouloir s'adresser à un tiers qui aura les qualifications pour comprendre les aspects techniques et pratiques de leur conflit. Le champ d'action des modes de PRD, comme le suggère l'avant-projet de loi à juste titre, est beaucoup plus large que le domaine juridique puisqu'il s'adresse à des situations qui bien souvent débordent à plusieurs égards du cadre de la loi. Entre d'autres termes, le domaine de la prévention et du règlement des différends existe en soi, que ce soit à l'extérieur ou à l'intérieur du forum judiciaire et relève par essence de plusieurs disciplines.

À ce sujet, le Barreau de Montréal, dans son Rapport final de la table ronde sur la compétence en matière de justice participative⁵¹, concluait qu'un des défis en matière de justice participative demeurerait l'interdisciplinarité et proposait à titre de solutions possibles à court terme d'« acquérir des connaissances provenant d'autres disciplines » et de « s'ouvrir au pluralisme des normes issues d'autres disciplines »⁵².

C'est aussi l'orientation choisie par les trois provinces ayant mis en place des programmes de médiation obligatoire. En Ontario, les comités locaux de médiation sont chargés de la reconnaissance et de la surveillance des médiateurs selon des critères établis par le ministère de la Justice ontarien⁵³. Selon le barème d'évaluation, la grande partie de l'examen des candidatures se fait sur la base de la formation et de l'expérience en médiation. À titre indicatif, les formations initiales ou connexes ne peuvent compter que pour un maximum de 5 % et les points alloués pour les connaissances juridiques ne

⁵¹ Disponible en ligne à http://www.barreaudemontreal.qc.ca/loads/Publications/Rapport%20TR_CompentenceEnMatiereDeJusticeParticipative.pdf.

⁵² *Ibid.*, p. 12.

⁵³ <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/courts/manmed/guidelines.asp>.

dépassent pas 30 %. Cela dit, tous les candidats doivent avoir une connaissance des règles de procédures civiles, des procès et du système judiciaire. En Colombie-Britannique, le Dispute Resolution Office travaille de pair avec une organisation non gouvernementale, le Mediate BC Society, pour établir et maintenir un bassin de médiateurs qualifiés. Ceux-ci sont aussi sélectionnés sur la base de leurs aptitudes en médiation et par ailleurs, le Mediate BC Society précise dans ses lignes directrices que son point de vue sur la médiation en est un pluraliste⁵⁴. Dans plusieurs autres provinces où la médiation ne demeure que volontaire, le ministère de la Justice a aussi mis en place des systèmes de qualification multidisciplinaire⁵⁵. C'est notamment le cas de l'Alberta qui a instauré un système où les parties, de façon volontaire, peuvent recourir aux services d'un médiateur privé ou sélectionner parmi la liste établie par le Service de médiation judiciaire géré par le ministère de la Justice albertain⁵⁶. Cette liste, modifiable à des dates précises, s'adresse à toutes les formations professionnelles pour autant que les compétences des candidats rencontrent les standards établis en matière de médiation et que ces derniers soient familiers avec le système judiciaire et le travail avec des parties représentées par avocat.

De ce rapide survol, il semble indéniable que les qualifications des intervenants en PRD ont une ascendance sur l'appartenance professionnelle des candidats et ce, dans toutes les législations ayant choisi d'intégrer les modes de PRD extrajudiciaires à la procédure civile. Au Québec, en matière familiale, le ministère de la Justice a plutôt limité la pratique de la médiation aux membres de cinq ordres professionnels⁵⁷. En matière civile, l'interdisciplinarité est une modalité déjà bien ancrée dans la pratique existante et

⁵⁴ <http://www.mediatebc.com/PDFs/1-25-Civil-Roster-Admission/Assessment-of-Courses-in-Mediation-and-Conflict-Re.aspx>.

⁵⁵ C'est notamment le cas de l'Alberta, du Manitoba et de Terre-Neuve.

⁵⁶ En ligne à <http://www.albertacourts.ab.ca/CourtofQueensBench/CivilMediation/tabid/74/Default.aspx>.

⁵⁷ Le Barreau, la Chambre des notaires, l'Ordre des psychologues, Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux du Québec et l'Ordre des conseillers et conseillères en orientation.

revoir ce principe ou limiter l'accès à la médiation à des ordres professionnels serait un obstacle sur le plan pragmatique. En somme, les médiateurs issus de plusieurs disciplines, organisées en ordre professionnel ou non, permettent un apport différent, mais très pertinent en toutes circonstances, que le contexte soit de nature judiciaire ou autre.

B. La protection du public

Il va sans dire que tous les intervenants en matière de justice doivent assurer des services de qualité et il incombe aux diverses autorités législatives d'envisager les meilleurs moyens pour permettre la protection du public. Principalement, c'est le ministère de la Justice qui joue ce rôle et les différents ordres professionnels. Sur le plan privé, des organismes comme l'IMAQ et d'autres organisations ailleurs au pays veillent à la protection du public par le biais d'un système d'accréditation permettant d'établir des standards de qualification et des critères d'évaluation pour ses professionnels en PRD.

L'approche du ministère de la Justice proposée dans l'avant-projet de loi permet la pratique des modes de PRD par tout spécialiste sans égard à sa profession, ce qui ne réfère pas nécessairement à un ordre professionnel. En effet, l'avant-projet de loi se veut beaucoup plus souple, à l'image des initiatives qu'il propose. Ainsi, les parties qui, en considérant un mode de PRD, choisissent la médiation ne sont pas obligées de recourir à un médiateur accrédité en matière civile. L'accréditation est un élément pertinent au regard de la contraignabilité du médiateur seulement et doit faire l'objet d'une reconnaissance par le ministère de la Justice⁵⁸.

Cette supervision par le ministère de la Justice des organismes dispensant des formations et des accréditations permet une plus grande multidisciplinarité parmi les

⁵⁸ Article 611 de l'avant-projet de loi.

professionnels des PRD et répond à l'étendue et la variété des besoins des justiciables. Ne pas limiter cette reconnaissance aux ordres professionnels s'avère un choix judicieux, car nombre de professionnels chevronnés en PRD n'exercent pas une profession réglementée par l'Office des professions du Québec. Ceux-ci sont accrédités par des organismes à buts non lucratifs et multidisciplinaires comme l'IMAQ et présentent les mêmes qualifications professionnelles que leurs homologues. En effet, l'IMAQ a établi des règles d'accréditation de haut niveau comparables à celles des ordres professionnels actuellement reconnus. L'organisation met régulièrement à jour ses listes de médiateurs et offre au public un service de référence par région, catégorie de membres, secteur d'activité, profession et langue. Plusieurs comités de travail œuvrent à des activités de promotion des PRD, mais deux sont plus spécifiquement chargés de l'examen des demandes d'accréditation et de la gestion des plaintes. De la formation et des activités de perfectionnement sont aussi régulièrement offertes aux membres et non-membres.

Au Canada, toutes les provinces qui font la promotion des modes de PRD extrajudiciaires dans l'appareil judiciaire, comme nous l'avons vu, établissent des listes de médiateurs centralisées et sans appartenance professionnelle particulière hormis celle liée à la médiation elle-même. Ces dernières sont gérées soit par une organisation relevant du ministère de la Justice⁵⁹, d'une entité créée par le ministère de la Justice, mais dont les membres, nommés par celui-ci, ne sont pas des employés de l'État⁶⁰, ou d'une organisation privée reconnue par le ministère de la Justice⁶¹.

Peu importe le véhicule choisi, l'on devra s'assurer de pouvoir fournir de façon efficace au public un bassin d'intervenants en PRD hautement qualifiés. L'IMAQ propose que

⁵⁹ Comme c'est le cas en Alberta et au Manitoba (projet pilote).

⁶⁰ Comme c'est le cas en Ontario, voir l'article 24.1.07 et suivants du *Code de procédure civile* ontarien, en ligne à http://www.e-laws.gov.on.ca/html/regs/english/elaws_regs_900194_e.htm#s24p1p01.

⁶¹ Comme c'est actuellement le cas en Colombie-Britannique.

cela passe par l'établissement de critères d'accréditation édictés par le ministère de la Justice ou une organisation désignée à cette fin. Également, reconnaître les accréditations émises par des organismes privés dédiés aux modes de PRD tels que l'IMAQ permettra de fournir au public une offre de service multidisciplinaire et étendue qui sera assortie des protections dont celui-ci a besoin. Advenant le cas où ces propositions seraient mises en œuvre, il serait également pertinent d'assortir l'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile* d'un moratoire pour permettre l'organisation adéquate de ce nouveau service à la population.

La protection du public passe aussi à notre sens par un volet éducatif permettant aux justiciables de comprendre l'importance, le sens et la valeur d'une accréditation en matière de PRD. Il s'agit en effet d'une protection puisque les médiateurs accrédités détiennent pour la plupart une assurance responsabilité pour leurs activités professionnelles⁶². De même, l'uniformité et la qualité des services rendus par les médiateurs sont notamment tributaires de l'obtention d'une attestation professionnelle spécifique à la médiation⁶³.

En résumé, la position de l'IMAQ sur les orientations à adopter à l'égard des professionnels en PRD est conforme à la réalité actuelle des professionnels en PRD et vise des objectifs d'excellence et d'uniformité. La richesse de la multidisciplinarité en PRD saura caractériser la culture juridique québécoise comme un ensemble complet et un instrument de justice inclusive et participative.

⁶² L'IMAQ suggère à ses membres de souscrire à l'assurance responsabilité professionnelle offerte par l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada., inc. Cette modalité pourrait éventuellement devenir obligatoire si la mise en œuvre du présent projet de loi le requiert.

⁶³ L'étude menée par le ministère de la Justice de l'Ontario à propos de son programme de médiation obligatoire démontre d'ailleurs que les médiations menées par des médiateurs sur la liste établie se distinguaient dans le taux de règlement des dossiers s'étant réglés en partie. Cela révèle les habiletés supérieures nécessaires aux dossiers plus délicats ou complexes. *Supra*, note 24, p. 80 et suivantes.

CONCLUSION

Le ministère de la Justice a déployé dans son avant-projet de loi des stratégies simples, mais efficaces en vue d'améliorer l'accès à la justice et de mieux conceptualiser la procédure civile au Québec. Cet effort démontre l'ouverture d'esprit qui caractérise la culture juridique québécoise et sa curiosité envers les autres milieux juridiques avoisinants.

L'IMAQ tenait à participer à ce mouvement par son analyse et ses commentaires de l'avant-projet de loi et à cet égard, exprime un appui global envers les principes innovateurs proposés. Cela dit, nous avons formulé et soumettons quelques recommandations qui peuvent se résumer ainsi :

- 1- *Encadrer concrètement l'obligation de considération des modes de PRD par les parties à un conflit avant de s'adresser aux tribunaux afin de réussir à ancrer et maintenir les changements proposés;*
- 2- *Clarifier les règles concernant l'arbitrage afin d'éviter qu'un arbitre élargisse son mandat à celui de conciliateur sans s'informer de la volonté des parties;*
- 3- *Établir des critères uniformes pour l'accréditation des différents intervenants en PRD;*
- 4- *Reconnaître formellement la multidisciplinarité en PRD et reconnaître les accréditations accordées par des organismes privés dédiés aux modes de PRD, tel que l'IMAQ;*

Le Québec, déjà un acteur reconnu en matière de justice participative, deviendra avec cette coordination entre les modes de PRD extrajudiciaires et le cheminement judiciaire des conflits un leader de premier ordre dans l'adhésion pleine et entière de toute la société pour une justice civile renouvelée.

ANNEXE A

Liste des appartenances professionnelles des membres de l'IMAQ exerçant une profession réglementée par l'Office des professions du Québec

Ordre des administrateurs agréés du Québec

Ordre des agronomes du Québec

Ordre des architectes du Québec

Barreau du Québec

Ordre des comptables agréés du Québec

Ordre des comptables généraux accrédités du Québec

Ordre des chimistes du Québec

Ordre des conseillers en ressources humaines agréés du Québec

Ordre des évaluateurs agréés du Québec

Ordre des infirmières et infirmiers du Québec

Ordre des ingénieurs du Québec

Collège des médecins du Québec

Chambre des notaires du Québec

Ordre des psychologues du Québec

Ordre des technologues professionnels du Québec

Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux du Québec