

RECOURS AUX MODES PRIVÉS DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS : RÉFLEXION QUANT À L'OBLIGATION DE CONSIDÉRER ET À LA MÉDIATION

Par : M^e Steve McInnes, arbitre et médiateur accrédité

M^e Hélène Rouleau, médiatrice accréditée, formatrice et formatrice
avec la collaboration de Mathieu Santos-Bouffard

CONFÉRENCE 17 SEPTEMBRE 2015 / ABC-DIVISION QUÉBEC

1. L'INTÉGRATION DES MODES PRIVÉS DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DANS LA PROCÉDURE CIVILE QUÉBÉCOISE

Le Nouveau *Code de procédure civile*¹ du Québec marque un changement important dans l'administration de la justice civile. Cette refonte place les modes privés de prévention et de règlement des différends (ci-après les ou un « **Mode(s) privé(s) de PRD** ») en première ligne des outils favorisant l'administration de la justice. À l'aube des premiers jours du Nouveau C.P.C., il convient de faire un survol critique des principaux changements législatifs dans l'attente de la jurisprudence qui viendra en interpréter les termes.

Nous débiterons par un bref coup d'œil à la disposition préliminaire qui fournit un aperçu des intentions du législateur. Nous aborderons ensuite la pierre angulaire de l'intégration des Modes privés de PRD au Nouveau C.P.C., soit l'obligation de considérer le recours à l'un ou l'autre de ces modes avant de s'adresser aux tribunaux. Cette obligation est énoncée parmi d'autres principes de procédures applicables aux Modes privés de PRD que nous examinerons également. Par la suite, nous identifierons d'autres dispositions du Nouveau C.P.C. qui guideront les parties et les tribunaux dans l'application des Modes privés de PRD.

¹ (RLRQ, c. C-25.01), ci-après nommé «Nouveau C.P.C.».

Finalement, nous analyserons les dispositions consacrées à la médiation (autre que familiale), laquelle tient un rôle central au sein du Nouveau C.P.C., étant l'un des trois principaux Modes privés de PRD identifiés par le législateur, auquel un titre spécifique est d'ailleurs consacré.

La disposition préliminaire

Dès les premiers paragraphes, on constate qu'au-delà des questions de procédure, le Nouveau C.P.C. veut promouvoir une nouvelle culture et de nouvelles valeurs.

La disposition préliminaire donne le ton en édictant que :

« Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice »

On reconnaît ici les concepts de « prévention et règlement des différends » et de « justice participative », qui font leur entrée dans le *Code de procédure civile*. Le législateur exprime aussi clairement l'une de ses plus grandes préoccupations, soit l'accessibilité à la justice, dans un délai et à un coût raisonnables.

2. L'OBLIGATION DE CONSIDÉRER LES MODES PRIVÉS DE PRD ET LES AUTRES PRINCIPES DE LA PROCÉDURE APPLICABLE

Est-ce pour bien marquer le désir de changement de culture ou simplement que dans un code de procédure structuré en fonction de la chronologie d'un litige, il est normal d'aborder en premier la « prévention » ? Toujours est-il que le législateur a choisi de placer les dispositions

relatives aux principes de la procédure applicable aux Modes privés de PRD au tout début du Nouveau C.P.C.

2.1 L'obligation de considérer les Modes privés de PRD

Dès le premier article, le législateur prévoit que les parties doivent considérer le recours aux Modes privés de PRD pour traiter leur différend, avant de s'adresser aux tribunaux. On note ici que le Nouveau C.P.C. fait référence au « différend » alors que la disposition préliminaire fait référence à la prévention et au règlement « des différends et des litiges ». On peut en déduire que dans le Nouveau C.P.C., l'emploi du mot « différend » est réservé aux situations où aucune demande en justice n'a été formée.

L'obligation prévue ne semble pas très contraignante à première vue. D'abord, les parties n'ont qu'à « considérer » le recours aux Modes privés de PRD; elles ne sont donc pas obligées de s'engager dans un tel processus. Le Nouveau C.P.C. est muet quant à la définition ou à la portée du terme « considérer ». De façon générale, le verbe considérer signifie « examiner attentivement » ou « étudier les avantages et les inconvénients » (*Multidictionnaire de la langue française*²). « Considérer » les recours aux Modes privés de PRD pourrait donc être une obligation relativement simple à rencontrer.

Le Nouveau C.P.C. indique que les modes privés sont principalement **la négociation** entre les parties, **la médiation** ou **l'arbitrage**. Il ajoute immédiatement que les parties peuvent recourir à **tout autre mode qui leur convient** et qu'elles considèrent comme adéquat, qu'il emprunte ou non à ces modes.

La panoplie ou le fameux « continuum » des Modes privés de PRD est si vaste, selon la définition offerte par le Nouveau C.P.C., que toute initiative ou tout échange entre les parties pourrait être inclus dans cette définition.

En principe, donc, toute forme de négociation peut pratiquement se qualifier en tant que Mode privé de PRD. Il faut en outre se rappeler que le Nouveau C.P.C. réfère à la « prévention » tout

² Marie-Éva de Villers, *Multidictionnaire de la langue française*, 6^e éd., Montréal, Québec/Amérique, 2015.

autant qu'au « règlement » des différends. Les discussions amorcées en vue de résoudre certaines difficultés *susceptibles* de donner lieu à un litige pourraient donc être vraisemblablement couvertes par ces dispositions.

Le Nouveau C.P.C. ne prévoit aucune mesure coercitive ni aucune conséquence spécifique au défaut de « considérer » le recours aux Modes privés de PRD. Il nous paraît d'ailleurs très difficile de juger de l'« intensité » de la « considération » d'une partie, c'est-à-dire de l'effort véritablement consacré par une partie à la considération des Modes privés de PRD.

Commentant cette obligation de considérer, la ministre de la justice³ indique par ailleurs que « l'approche de coopération préconisée par la disposition préliminaire, exige des parties qu'elles examinent attentivement cette voie dans leur prise de décision » et précise que cette disposition devrait « entraîner un changement important dans le rôle des juristes qui devraient désormais présenter à leurs clients un ensemble de possibilités pour la résolution des différends ». Cela implique que les avocats acquièrent une connaissance plus grande des divers modes privés de règlement des différends et développent des compétences leur permettant d'accompagner et de conseiller adéquatement leurs clients dans cette nouvelle optique. Outre les devoirs de conseil et de représentation, qui sont appelés à rester, les habiletés de négociation et de communication, la capacité de laisser une place plus grande au client dans la résolution de son conflit et l'ouverture à considérer des normes autres que juridiques font partie des aptitudes que les juristes pourraient avoir à développer pour favoriser le climat de collaboration préconisé par le Nouveau C.P.C.

Y-a-t-il espoir que l'obligation de « considérer » le recours aux Modes privés de PRD demeure plus qu'une simple case à cocher sur un formulaire et que le changement de culture souhaité s'opère vraiment?

À notre avis, tout dépendra de la façon dont les tribunaux appliqueront les quelques dispositions leur permettant d'intervenir à différentes étapes du litige. Nous examinerons ces dispositions plus loin, après avoir abordé les autres principes prévus aux articles 1 à 7 du Nouveau C.P.C.

³ Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires de la ministre de la Justice: le Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, Montréal, SOQUIJ/Wilson & Lafleur, 2015, 695 p., p. 19-20, <https://soquij.gc.ca/portail/Ncpc/Livre1> .

2.2 Autres principes de la procédure applicable aux Modes privés de PRD

Les principes énoncés aux articles 1 à 7 du Nouveau C.P.C. ne constituent pour la plupart pas du droit nouveau, bien qu'ils soient codifiés pour une première fois. Plusieurs reprennent en effet des concepts déjà reconnus et appliqués en matière de prévention et de règlement des différends.

Processus volontaire et transparence

Le recours aux Modes privés de PRD demeure volontaire (art. 2) et le mode est choisi d'un commun accord (art. 1).

Cependant, le Nouveau C.P.C. exige certains comportements des parties qui font le choix de s'engager dans un processus de PRD et rien n'indique qu'il s'agisse là de « droit supplétif ». En plus de l'obligation générale de participer de bonne foi, les parties sont « alors tenues » : (i) de faire preuve de transparence à l'égard notamment de l'information qu'elles détiennent; (ii) de coopérer activement dans la recherche d'une solution et, le cas échéant, dans l'élaboration et l'application d'un protocole préjudiciaire; et (iii) de partager les coûts.

Notons tout d'abord l'apparition pour la première fois dans le code de procédure du concept de « protocole préjudiciaire » qui, malheureusement, est introduit sans aucune définition ni aucun encadrement. Comme son nom l'indique, il s'agit plus d'une étape précédant les procédures judiciaires que d'un processus de règlement.

On peut ensuite s'interroger sur les conséquences de codifier l'obligation d'être transparent, notamment à l'égard de l'information détenue. Sans s'étendre davantage sur le sujet, peut-on concevoir que, sur la base de cette disposition, une partie puisse forcer une autre par voie judiciaire à divulguer de l'information qu'elle détient autrement que par voie d'interrogatoire au préalable ? Est-il logique d'exiger des comportements alors qu'il s'agit d'un processus volontaire duquel les parties peuvent se retirer en tout temps (sauf dans le cas de l'arbitrage) ?

Il convient ici de se rappeler que la négociation et la médiation sont des cheminements et que les parties aux prises avec un différend non réglé sont le plus souvent réfractaires et fermées

de prime abord. C'est l'évolution même du processus qui les incitera à se sentir assez en confiance (ou non) pour faire preuve de transparence et qui déterminera le degré de coopération avec lequel elles se sentiront à l'aise. Ceci étant dit, l'attitude et les conseils des avocats impliqués, le cas échéant, auront un impact certain à cet égard.

L'article 2 énonce que les parties sont tenues de partager les coûts de cette « procédure ». L'expression « partager » laisse supposer l'obligation d'en payer une partie, la proportion de chacun faisant vraisemblablement partie des questions à régler. Notons que les articles 615 (médiation) et 637 (arbitrage) du Nouveau C.P.C. abordent plus spécifiquement la question des frais et de leur partage.

Proportionnalité et ordre public

Le principe de proportionnalité récemment ajouté à l'article 4.2 du *Code de procédure civile*⁴ et ayant déjà fait l'objet d'une certaine jurisprudence est repris, essentiellement dans les mêmes termes, à l'article 2. Notons qu'on le retrouve également à l'article 18 du Nouveau C.P.C. dans une mouture plus ciblée eu égard aux « instances ».

Le législateur prend ensuite la peine de préciser, au même article 2, que les parties doivent respecter les droits et libertés de la personne et les autres règles d'ordre public à toutes les étapes du processus. *A contrario*, le Nouveau C.P.C. reconnaît que la prévention et le règlement d'un différend ne passe pas nécessairement par une application stricte des règles de droit qui ne sont pas d'ordre public. Il est important de mentionner que cette exigence vise non seulement le résultat du processus, mais également la manière d'y parvenir.

Choix d'un tiers et responsabilité

Les articles 3 à 6 du Nouveau C.P.C. visent des situations où les parties font appel à un tiers pour les assister dans leurs démarches (un mode s'inspirant de la médiation) ou pour trancher leurs différends (un mode s'inspirant de l'arbitrage). L'article 3 prévoit sans surprise que les parties choisissent le tiers de concert.

⁴ RLRQ, c. C-25.

À l'article 605, il est prévu que le médiateur peut être choisi « par l'entremise d'un tiers ». Et on retrouve également la possibilité à l'article 624 du Nouveau C.P.C. que les parties aient « demandé à un tiers » de désigner l'arbitre. Très souvent, un mode de nomination aura été prévu contractuellement. Il existe également certains services de références pouvant aider les parties à choisir le tiers qui leur convient.

Il est acquis depuis longtemps qu'un tel tiers doit être en mesure d'agir avec impartialité et diligence, selon les exigences de la bonne foi. Le Nouveau C.P.C. précise que, s'il agit « bénévolement » ou dans un « but désintéressé », il n'a d'autre responsabilité que celle qui découle d'une faute lourde ou intentionnelle. Cette disposition, qui s'applique à tous les Modes privés de PRD, soulève elle aussi quelques interrogations.

Tout d'abord, on peut se demander si les tribunaux permettront aux tiers de limiter leurs responsabilités contractuellement, tel qu'on l'observe souvent actuellement en pratique ?

Par ailleurs, le législateur a prévu un régime particulier d'immunité pour les arbitres seulement. De fait, l'article 621 du Nouveau C.P.C. prévoit que « [l']arbitre ne peut être poursuivi en justice en raison des actes accomplis dans l'exercice de sa mission, à moins qu'il n'ait agi de mauvaise foi ou n'ait commis une faute lourde ou intentionnelle ». Pourquoi ne pas accorder une telle immunité à tous les tiers assistant les parties dans leurs démarches ?

De plus, l'emploi du terme « désintéressé » n'est peut-être pas très approprié puisqu'il peut laisser place à plusieurs interprétations. On semble vouloir importer ici les concepts que l'on trouve à l'article 1471 du *Code civil du Québec* relativement au « bon samaritain », qui bénéficie également d'une certaine exonération de responsabilité s'il agit « dans un but désintéressé ». Notons que, dans le code civil, la version anglaise utilise le terme « unselfish motive » alors que le Nouveau C.P.C. emploie le terme « disinterested motive ».

Il faut se demander si un tiers agissant avec « impartialité et diligence, selon les exigences de la bonne foi », n'agit pas automatiquement dans un « but désintéressé » ? D'autant plus que les termes « impartial » et « désintéressé » sont souvent désignés comme des synonymes dans le

langage commun. À cet égard, la ministre prend position dans ses commentaires sur l'article 605 du Nouveau C.P.C. lorsqu'elle indique⁵ :

« [...] Le médiateur, contrairement à un décideur, ne bénéficie pas d'une immunité s'il commet une faute dans l'exercice de sa mission. Cependant, s'il agit bénévolement ou dans un but désintéressé, il n'a d'autre responsabilité que celle qui découle d'une faute lourde ou professionnelle, comme l'indique l'article 3 du Code.»

Elle explique davantage ce point de vue en ajoutant relativement à l'article 3 du Nouveau C.P.C.⁶:

Il faut souligner ici que, sauf en matière familiale, le tiers qui intervient n'est pas nécessairement un professionnel, puisque les parties peuvent choisir un tiers en qui elles ont pleine confiance pour les assister dans leur démarche sans égard à son statut professionnel. Il importe d'éviter que ces tiers soient freinés dans leur démarche par la crainte de poursuites en responsabilité civile.

Si le recours aux Modes privés de PRD prend de l'ampleur, tel que le souhaite le législateur, la question de la responsabilité des tiers sera mise de l'avant et cette disposition fera certainement l'objet d'un débat. Il faut aussi mettre cette responsabilité potentielle en contexte avec l'article 606 du Nouveau C.P.C., qui prévoit que, pour invoquer le privilège de non-contraignabilité, le médiateur est tenu notamment de garantir sa responsabilité civile par une assurance-responsabilité ou au moyen d'une autre sûreté.

Ce qui nous amène au principe de la confidentialité.

La confidentialité

⁵ *Op. cit. supra*, note 3, p. 438.

⁶ *Id.*, p. 22.

L'article 4 du Nouveau C.P.C. réitère le principe de la confidentialité de tout ce qui est dit, écrit ou fait dans le cours du processus. L'engagement de préserver la confidentialité vise les parties et le tiers. L'article précise que le tout est sous réserve de leur entente sur le sujet ou des dispositions particulières de la loi. Cette précision prend toute son importance à la lumière de la récente décision de la Cour suprême dans l'affaire *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*⁷. Cette décision traite de la confidentialité protégeant les communications échangées pendant un processus de médiation, de l'exception à ce principe eu égard à la preuve d'un règlement intervenu et de la possibilité d'écarter cette exception contractuellement.

Sans faire une analyse détaillée de cette décision, nous nous contenterons de citer des extraits de son résumé :

« En common law, le privilège relatif aux règlements est une règle de preuve qui protège les communications échangées entre des parties qui tentent de régler un différend. Il s'applique même en l'absence de dispositions législatives ou contractuelles concernant la confidentialité. La règle favorise les discussions franches et ouvertes entre les parties, ce qui peut faciliter le règlement du différend. Toutefois, une communication qui a conduit à un règlement cesse d'être privilégiée si sa divulgation est nécessaire pour prouver l'existence ou la portée du règlement. Ce privilège de la common law et son exception font partie du droit civil du Québec, lequel s'applique en l'espèce.

La confidentialité constitue un aspect intrinsèque de la médiation en ce que les parties à ce processus discutent généralement de possibilités de règlement. Pour cette raison, leurs communications sont protégées par le privilège relatif aux règlements de la common law. Cependant, les parties peuvent par contrat se doter, en matière de confidentialité, d'exigences supérieures à celles que leur offre ce privilège. Le privilège relatif aux règlements et la clause de confidentialité sont différents et peuvent parfois entrer en conflit. L'un est une règle de preuve, l'autre est

⁷ (C.S. Can., 2014-05-08), 2014 CSC 35, SOQUIJ AZ-51071429, 2014EXP-1508, J.E. 2014-849, [2014] 1 R.C.S. 800.

une entente exécutoire; la portée de la protection qu'ils offrent n'est pas la même, et les conséquences en cas de manquement ne sont pas nécessairement les mêmes. Même si le fait de permettre aux parties de contracter librement en vue de renforcer la protection de la confidentialité facilite la réalisation de l'important objectif public qui consiste à favoriser les règlements extrajudiciaires, le fait d'écarter par contrat l'exception au privilège relatif aux règlements qui s'applique lorsqu'une personne cherche à prouver les modalités d'un règlement peut empêcher les parties d'exiger le respect des modalités d'un règlement négocié.

[...] Cependant, le simple fait de signer une entente de médiation assortie d'une clause de confidentialité n'écarter pas automatiquement le privilège et ses exceptions. Lorsqu'une entente pourrait avoir pour effet d'empêcher l'application d'une exception reconnue au privilège relatif aux règlements, elle doit l'exprimer clairement. »

Sans vouloir être trop pointilleux, nous sommes d'avis que les choix de vocabulaire du législateur ouvrent la porte à des difficultés d'interprétation. En effet, on constate qu'à l'article 3 le législateur fait une distinction entre faire appel à un tiers « pour les assister dans leurs démarches » et « pour trancher leurs différends ». La distinction est encore plus évidente en anglais: « the third person called upon by the parties **to assist them in the process they have opted for or to decide their dispute** ». Veut-on faire ici une distinction entre les Modes privés de PRD s'inspirant de la médiation par opposition à ceux s'inspirant de l'arbitrage ? Nous sommes tentés de le croire. Toujours est-il que, eu égard à la préservation de la confidentialité à l'article 4, il n'est fait référence qu'aux parties qui choisissent de « prévenir un différend ou de le régler » ainsi qu'au « tiers qui les assiste ». Vise-t-on uniquement les Modes privés de PRD s'inspirant de la médiation ? La question se pose, d'autant plus que l'article 644 du Nouveau C.P.C. prend la peine de spécifier que l'arbitre est tenu de respecter la confidentialité du processus. Fallait-il prévoir cette obligation de confidentialité de l'arbitre parce que celui-ci n'est pas couvert par l'obligation générale énoncée à l'article 4 ?

Finalement, le Nouveau C.P.C. prévoit une exception à l'obligation de confidentialité pour des fins de recherches, d'enseignement et de statistiques, pourvu qu'aucun renseignement personnel ne soit dévoilé.

Procédures applicables et prescriptions

Les dispositions de l'article 6 du Nouveau C.P.C., prévoyant que les parties déterminent, avec le tiers le cas échéant, la procédure applicable au mode qu'elles ont choisi, reflète également la pratique établie. Le législateur octroie aux parties toute la latitude nécessaire pour établir les règles applicables au mode par lequel elles tenteront de résoudre le différend les opposant. Le Nouveau C.P.C. prévoit cependant que les règles du livre VII (art. 656 à 777), consacré à la médiation et à l'arbitrage, constituent le « droit supplétif » en la matière. Nous aborderons plus loin le titre I de ce livre VII, consacré à la médiation.

L'article 7 énonce dans un premier temps que la participation à un Mode privé de PRD autre que l'arbitrage n'entraîne pas comme conséquence la renonciation au droit d'agir en justice. La phrase suivante précise toutefois que les parties peuvent s'engager à ne pas exercer ce droit pendant le processus. Notons que les tribunaux ont déjà déclaré exécutoires des clauses contractuelles obligeant les parties à participer à une séance de médiation avant de recourir aux tribunaux.

Le principe d'exclusion des tribunaux est repris expressément à l'article 622 du Nouveau C.P.C. eu égard à la convention d'arbitrage. Considérant que cet article 622 fait partie du « droit supplétif » pour les Modes privés de PRD qui s'inspirent de l'arbitrage (art. 6), sera-t-il possible d'exclure le recours aux tribunaux dans le contexte de Modes privés de PRD hybrides ou « empruntant » à l'arbitrage ?

Le second alinéa de l'article 7 reprend dans un premier temps un droit déjà prévu à l'article 2883 du *Code civil du Québec*, soit celui de renoncer à la prescription acquise et au bénéfice du temps écoulé pour celle commencée. Le législateur va cependant un peu plus loin en permettant aux parties de convenir, par écrit signé, de suspendre la prescription pour la durée de la procédure. Nous comprenons le souhait du législateur que cette exception au principe

qu'on ne peut renoncer d'avance à la prescription soit bien encadrée et même limitée. À cet effet, il prévoit également que cette suspension ne pourra excéder six mois. Encore une fois, l'utilisation du terme « procédure » plutôt que « processus », au second comme au premier paragraphe de cet article, laisse à désirer à notre avis. La version anglaise utilise quant à elle le terme « process » aux deux endroits.

3. AUTRES DISPOSITIONS DU NOUVEAU C.P.C. GUIDANT LES PARTIES ET LES TRIBUNAUX DANS L'APPLICATION DES MODES PRIVÉS DE PRD

La façon dont les tribunaux interpréteront et appliqueront l'obligation de considérer le recours aux Modes privés de PRD avant de s'adresser aux tribunaux sera influencée par un certain nombre de dispositions du Nouveau C.P.C. et d'autres lois visant à en préciser l'esprit et à l'encadrer. C'est exactement ce que prévoit la disposition préliminaire :

« Enfin, le Code s'interprète et s'applique comme un ensemble, dans le respect de la tradition civiliste. Les règles qu'il énonce s'interprètent à la lumière de ses dispositions particulières ou de celles de la loi [...]. »

Mission des tribunaux (art. 9 du Nouveau C.P.C.)

L'article 9 du Nouveau C.P.C. indique qu'il entre dans la mission des tribunaux de favoriser la conciliation des parties. Contrairement à l'article 4.3 C.P.C. actuel, cette mission est élargie aux tribunaux et non pas seulement aux juges et elle n'est pas limitée aux matières familiales et de recouvrement des petites créances. Les circonstances permettant l'intervention du tribunal sont également moins restreintes puisque l'actuel article 4.3 du C.P.C. précisait uniquement le cas où les parties y consentent (cela étant dit sous réserve du caractère fondamentalement volontaire de la médiation).

Les principes directeurs de la procédure (art. 19 et 20 du Nouveau C.P.C.)

L'article 19 accorde aux parties la flexibilité de tenter, à tout moment de l'instance, de régler leur litige en ayant recours à un Mode privé de PRD ou à l'aide de la conciliation judiciaire, laquelle

ne se limite pas en principe à une conférence de règlement à l'amiable. Le législateur précise que cela peut se faire sans pour autant qu'il y ait lieu d'arrêter le cours de l'instance (« without necessarily stopping its progress »). Il n'est pas clair que la possibilité pour les parties d'arrêter le cours de l'instance leur donne le droit de modifier le protocole de l'instance ou de prolonger le délai de mise en état du dossier. D'autant plus que l'article 156 du Nouveau C.P.C. prévoit expressément le pouvoir du tribunal de « suspendre l'instance » (« stay the proceeding ») dans certaines circonstances si l'affaire est susceptible d'être réglée à l'amiable. Le Nouveau C.P.C. prévoit aussi à l'article 163 que la conférence de règlement à l'amiable ne suspend pas le déroulement de l'instance, mais que le juge qui la préside peut, s'il l'estime nécessaire, modifier le protocole de l'instance pour en tenir compte. Une telle disposition milite en faveur d'une interprétation restrictive du droit des parties de suspendre l'instance de leur propre chef, sans l'intervention du tribunal.

L'utilité d'une disposition prévoyant que les parties peuvent tenter de régler leur litige de façon parallèle aux procédures judiciaires et de mettre fin à l'instance en cas de règlement n'ajoute pas grand-chose à la pratique actuelle, à notre avis, à moins que les parties n'aient effectivement la possibilité de suspendre l'instance. À tout le moins s'agit-il d'un rappel aux parties de l'intention du législateur de favoriser le règlement des différends et des litiges.

Dans le même esprit que l'article 2 du Nouveau C.P.C., lequel exige que les parties fassent preuve de transparence dans le cadre d'un processus de PRD, l'article 20 du Nouveau C.P.C. commande aux parties de coopérer en s'informant mutuellement des faits et éléments susceptibles de favoriser un débat loyal et en s'assurant de préserver les éléments de preuve pertinents. Malheureusement, le Nouveau C.P.C. ne prévoit pas expressément de moyens de faire respecter cette obligation, ni de conséquences en cas de défaut, sauf peut-être le paiement des frais de justice, comme nous le verrons plus loin.

Les règles d'interprétation (art. 25 du Nouveau C.P.C.)

L'article 25 du Nouveau C.P.C. réitère l'énoncé contenu à la disposition préliminaire selon lequel les règles du code sont destinées à favoriser le règlement des différends et des litiges.

L'État et les Modes privés de PRD (art. 75 du Nouveau C.P.C.)

Les dispositions de l'article 75 du Nouveau C.P.C. constituent du droit nouveau, mais elles viennent en fait prévoir une exception à l'obligation générale qu'ont les parties de considérer le recours aux Modes privés de PRD avant de s'adresser aux tribunaux. En effet, cet article indique que l'État et ses organismes « **peuvent** », « **s'ils l'estiment opportun** », utiliser, avant de s'adresser aux tribunaux, un Mode privé de PRD.

Le législateur encadre cette possibilité en prenant soin de prévoir qu'ils demeurent tenus de prendre en considération les règlements du gouvernement sur le sujet, de même que l'intérêt public et l'espace normatif.

La réponse du défendeur (art. 147 du Nouveau C.P.C.)

Sans mentionner les conséquences d'une telle proposition, l'article 147 du Nouveau C.P.C. ouvre la porte encore une fois aux Modes privés de PRD en offrant la possibilité au défendeur de proposer dans sa réponse une médiation.

La gestion et le protocole de l'instance (art. 148, 150, 156 et 158 du Nouveau C.P.C.)

Le législateur réitère une autre fois à l'article 148 du Nouveau C.P.C. que les parties sont tenues de coopérer pour régler l'affaire. Si un règlement n'intervient pas, les parties doivent alors établir le protocole de l'instance. C'est à cette étape des procédures qu'elles doivent indiquer la considération qu'elles ont portée à recourir aux Modes privés de PRD. Le Nouveau C.P.C. ne donne aucune indication quant aux détails que doivent fournir les parties.

Cet article prévoit également que le protocole porte notamment sur l'opportunité de recourir à une conférence de règlement à l'amiable (al. 2).

Le tribunal aura assez tôt une première opportunité d'intervenir eu égard à l'obligation des parties de considérer le recours aux Modes privés de PRD. En effet, en vertu de l'article 150, dans les 20 jours suivant le dépôt du protocole, le tribunal **l'examine selon les directives que le juge en chef établit** pour assurer le respect des principes directeurs de la procédure. La

portée de l'intervention du tribunal dépendra donc des directives du juge en chef et de l'importance qui sera accordée aux Modes privés de PRD. Il est en effet possible que les parties soient convoquées à une conférence de gestion dans l'éventualité où le tribunal ne serait pas satisfait de la considération qu'elles auraient portée (ou non) à l'utilisation d'un Mode privé de PRD.

On voit bien que le législateur veut donner priorité aux Modes privés de PRD lorsqu'il prévoit, à l'article 156 du Nouveau C.P.C., la possibilité pour le tribunal de suspendre l'instance pour le temps qu'il détermine s'il lui est démontré que la demande est de nature conservatoire, que l'affaire est susceptible d'être réglée à l'amiable et que les efforts nécessaires pour préparer le dossier en vue de l'instruction seraient dès lors inutiles ou disproportionnés dans les circonstances et qu'il est convaincu du sérieux des démarches.

Il semble à première vue qu'une telle suspension doit faire l'objet d'une demande conjointe des parties puisque le tribunal peut lever cette suspension sur demande d'une partie lorsqu'il estime que les raisons qui l'ont justifiée n'existent plus. Cette disposition pourrait vraisemblablement s'appliquer dans le cas où une partie a été dans l'obligation de former une demande en justice pour préserver ses droits, les parties reconnaissant par ailleurs que l'affaire est susceptible d'être réglée à l'amiable.

Il en est autrement du pouvoir accordé au tribunal en vertu de l'article 158 du Nouveau C.P.C., qui permet à celui-ci, **d'office** ou sur demande, d'inviter les parties à participer à une conférence de règlement à l'amiable ou à recourir elles-mêmes à la médiation. L'utilisation du terme « inviter » ne semble pas très contraignante. On peut noter que la version anglaise fait une distinction entre la conférence de règlement à l'amiable et la médiation en utilisant des termes dégageant une « intensité » d'obligation différente. En effet, on prévoit que le tribunal peut prendre des mesures propres à simplifier ou à accélérer la procédure « **by convening** the parties to [...] a settlement conference, or **encouraging** them to use mediation. ». Il semble donc que le tribunal peut convoquer les parties à une conférence de règlement à l'amiable mais qu'il ne peut que les encourager à recourir à la médiation.

La conférence de règlement à l'amiable (art. 161 à 165 du Nouveau C.P.C.)

Nous venons tout juste de voir que le tribunal peut à tout moment de l'instance « inviter » les parties à participer à une conférence de règlement à l'amiable. L'article 161 du Nouveau C.P.C. ajoute que le juge en chef peut, à tout moment de l'instance, mais avant la date fixée pour l'instruction, désigner un juge pour présider une conférence de règlement à l'amiable **si les parties le lui demandent** ou **si lui-même recommande la tenue d'une telle conférence et que les parties agrément à sa recommandation**. Contrairement à ce que peut laisser sous-entendre à l'article 158 le premier alinéa, le texte de l'article 161 exige clairement le consentement des parties.

Ce même article précise que la charge de présider une conférence de règlement à l'amiable entre dans la mission de conciliation du juge. Le Nouveau C.P.C. est muet quant aux autres formes que pourraient prendre la conciliation judiciaire et quant à l'impact qu'une telle conciliation pourrait avoir sur le rôle du juge. Dans le cas particulier du juge ayant présidé une conférence de règlement à l'amiable, l'article 165 du Nouveau C.P.C. prévoit qu'il ne peut par la suite instruire l'affaire ou décider d'une demande incidente à celle-ci.

Les frais de justice (art. 341 et 342 du Nouveau C.P.C.)

La question se pose à savoir si le tribunal pourra, en utilisant sa discrétion relative à l'attribution des frais de justice, sanctionner le défaut d'une partie d'avoir considéré le recours aux Modes privés de PRD avant de s'adresser aux tribunaux ou même pendant l'instance ?

Les articles 341 et 342 du Nouveau C.P.C. ne prévoient pas expressément une telle éventualité. Cependant, la portée générale des principes qui sont énoncés pourraient accorder une telle latitude au tribunal.

Le principe général établi à l'article 340 du Nouveau C.P.C. est que les frais de justice sont dus à la partie qui a eu gain de cause, à moins que le tribunal n'en décide autrement. L'article 341 du Nouveau C.P.C. énonce certains critères pouvant guider le tribunal dans l'éventualité où celui-ci désire effectivement en décider autrement.

Cet article prévoit que le tribunal peut ordonner à la partie qui a eu gain de cause de payer les frais de justice engagés par une autre partie :

- a) s'il estime qu'elle n'a pas respecté adéquatement le principe de proportionnalité; ou
- b) a abusé de la procédure; ou encore
- c) s'il l'estime nécessaire pour éviter un préjudice grave à une partie; ou
- d) pour permettre une répartition équitable des frais.

À première vue, l'expression « pour permettre une répartition équitable des frais » semble accorder au tribunal une discrétion très large. Les commentaires de la ministre semblent élargir encore plus la discrétion en prévoyant que cet article « est pour partie de droit nouveau en liant expressément le pouvoir du tribunal au non-respect des principes de la procédure [...] » et que l'appréciation du tribunal « se fera au regard des principes directeurs de la procédure ».

Considérant que toutes les dispositions examinées ci-haut font partie des principes de la procédure, un non-respect de la lettre et de l'esprit de celles-ci pourrait permettre au tribunal d'exercer sa discrétion en matière de frais de justice. Il aurait été pourtant très simple pour le législateur de prévoir la possibilité pour le tribunal d'ordonner le paiement des frais à une partie ayant refusé (peut-être « sans motif valable ») de considérer le recours aux Modes privés de PRD.

L'article 342 semble avoir une portée plus restreinte puisqu'il donne au tribunal la possibilité de sanctionner les manquements importants constatés dans le « déroulement de l'instance ». Cela signifie que seuls sont visés les manquements constatés après introduction d'une demande en justice, ce qui exclut par définition l'obligation de considérer le recours aux Modes privés de PRD avant de s'adresser aux tribunaux. Cependant, le manquement aux autres dispositions mentionnées ci-haut pourrait ouvrir la porte et permettre au tribunal d'ordonner à l'une des parties, à titre de frais de justice, de verser à l'autre, selon ce qu'il estime juste et raisonnable, une compensation pour le paiement des honoraires professionnels de son avocat, ou une compensation pour le travail consacré à l'affaire si cette partie n'est pas représentée.

Le nouveau *Code de déontologie des avocats*⁸

⁸ RLRQ, c. B-1, r. 3.1.

Nous avons mentionné plus haut que le *Code de procédure civile* s'interprète et s'applique notamment à la lumière des dispositions de la loi. L'une de ces lois est le nouveau *Code de déontologie des avocats*, entré en vigueur le 26 mars 2015.

L'article 42 de ce code de déontologie est particulièrement pertinent en ce qui concerne l'obligation de considérer les Modes privés de PRD puisqu'il prévoit que : « [t]out au cours du mandat, l'avocat informe et conseille le client sur l'ensemble des moyens disponibles pour régler son différend, dont l'opportunité de recourir aux modes de prévention et de règlement des différends. ». Puisque l'obligation de considérer les Modes privés de PRD, prévue à l'article 2 du Nouveau C.P.C., est celle des « parties », cette obligation déontologique s'adresse aux avocats et vient s'assurer qu'ils fournissent les informations pertinentes à leurs clients relativement aux Modes privés de PRD.

4. LA MÉDIATION DANS LE NOUVEAU C.P.C. (art. 605 à 615 du Nouveau C.P.C.)

Le livre VII, intitulé « Les modes privés de prévention et règlement des différends », comprend deux titres : le titre I, consacré à la médiation (art. 605 à 619), et le titre II, portant sur l'arbitrage (art. 620 à 655).

Le législateur reconnaît à l'article 1 du Nouveau C.P.C. qu'il existe une multitude de Modes privés de PRD. Il identifie cependant la médiation comme le principal mode impliquant l'assistance d'un tiers n'ayant pas comme rôle de trancher le différend et codifie certains principes généraux applicables à la médiation au titre I du livre VII, aux articles 605 et ss.

Tout comme les principes énoncés aux articles 1 à 7 du Nouveau C.P.C., les dispositions du titre I reprennent essentiellement des concepts déjà reconnus et appliqués en médiation. Une mise en contexte s'impose ici : la pratique de la médiation a vu le jour il y a de nombreuses années et s'est développée à l'aide notamment de codes d'éthiques et de déontologie, sur la base de principes fondateurs qui lui sont propres. À la base du processus de médiation se trouvent notamment deux principes essentiels, soit : l'absence de formalisme et l'auto-détermination des parties.

La médiation visait à l'origine à offrir aux parties un mode de règlement plus souple et moins formel que la voie judiciaire. Il paraît quelque peu paradoxal que ce mode soit désormais codifié dans un *Code de procédure civile*. Quoi qu'il en soit, nous sommes d'avis que ce principe de flexibilité et d'absence de formalisme devra être considéré dans l'interprétation qui sera donnée aux dispositions du Nouveau C.P.C. relatives à la médiation.

Le principe de l'autodétermination des parties, quant à lui, veut que ce soit aux parties elles-mêmes qu'incombe la responsabilité de trouver des solutions pour prévenir ou régler leur différend, aidées en cela par un tiers neutre sans pouvoir décisionnel, le médiateur. Voici comment les auteurs Boulle et Kelly⁹ présentent la centralité du principe de l'autodétermination des parties dans la définition de la médiation :

« L'absence de formalisme et la flexibilité de la médiation permettent la participation entière et directe des parties au processus. La médiation est un mode de résolution de disputes hautement accessible. Grâce à son accessibilité et à son potentiel de participation, les parties en conflit, soumises à quelques règles élémentaires de décorum, peuvent converser, négocier et échanger des options à tout moment du processus. La participation directe des parties à la médiation se justifie au regard de la promotion de la prise de responsabilité pour les choix qui seront effectués et de la dignité de l'individu. Elle sous-tend que les parties sont capables de prendre elles-mêmes de meilleures décisions au sujet de leurs intérêts que ne le feraient des tiers, tels que juges ou arbitres, et que si elles se sentent maîtres du processus, elles seront plus enclines à appuyer les résultats qui en émaneront. Aucune autre méthode contemporaine de résolution de disputes ne fait autant de place que la médiation à la participation directe des parties, et même lorsqu'aucun règlement

⁹ Laurence Boulle and Kathleen J. Kelly, *Mediation: Principles, Process, Practice*, Toronto, Butterworths, 1998, 356 p.

n'est intervenu, les parties ont évalué très positivement cet aspect
« **d'autodétermination** » du processus. »

Tel qu'il est mentionné ci-haut, l'article 6 du Nouveau C.P.C. donne toute latitude aux parties de déterminer avec le tiers la « procédure » applicable au mode qu'elles ont choisi, les règles du livre VII étant de droit supplétif et s'appliquant seulement dans l'éventualité où il est nécessaire de compléter leur « procédure ».

Cela étant dit, certaines dispositions du livre VII semblent impératives et il n'est pas dit que le médiateur ou les parties pourraient s'en écarter. Dans ses commentaires, la ministre souligne à titre d'exemple l'impartialité du médiateur (art. 605 al. 3) et la non-contraignabilité du médiateur et des participants prévue à l'article 606.

Le rôle et les devoirs des parties et du médiateur (chapitre I, art. 605 à 607 du Nouveau C.P.C.)

On remarque que le législateur n'offre pas de définition de la médiation et cherche plutôt à en établir les paramètres en expliquant le rôle du médiateur.

L'article 605 du Nouveau C.P.C. précise de nouveau que le médiateur est choisi par les parties d'un commun accord et fait référence au fait que le médiateur puisse être choisi par l'entremise d'une autre personne ou entité que les parties elles-mêmes.

Le législateur énumère ensuite les multiples rôles du médiateur dans une seule phrase. Il y est prévu que le médiateur aide les parties à :

- a) dialoguer;
- b) clarifier leur point de vue;
- c) cerner leur différend;
- d) identifier leurs besoins et leurs intérêts;
- e) explorer des solutions; et

f) parvenir, s'il y a lieu, à une entente mutuellement satisfaisante.

Notons ici qu'il existe plusieurs approches de médiation et que la médiation peut avoir diverses finalités, ce que reconnaît la ministre de son commentaire. Parmi les approches de médiation les plus courantes se trouvent¹⁰ :

- la médiation axée sur le règlement : où les parties règlent sur la stricte base de leurs positions juridiques ou d'autres normes formelles;
- la médiation évaluative : où les parties demandent expressément au médiateur de donner son opinion quant à l'issue probable du différend et tentent de régler sur cette base;
- la médiation facilitante (ou intégrative) : axée sur la résolution de problèmes et basée sur les principes de la négociation raisonnée, où le médiateur guide les parties dans leur échange et les amène à considérer la situation sur une base plus large que le strict aspect juridique; et
- la médiation transformative : axée sur l'interaction entre les parties, où les interventions du médiateur favorisent le renforcement de la capacité des participants d'exprimer leurs points de vue et de s'ouvrir progressivement l'un à l'autre, leur permettant de trouver ensemble l'issue qui leur convient et favorisant l'émergence de résultats durables quant à leur situation.

¹⁰ Sur les divers modèles de médiation, voir, entre autres : Nadja Alexander, « The Mediation Metamodel: Understanding Practice », (2008) 26 No. 1 *Conflict Resolution Quarterly* 97-123; Christopher W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 2nd ed., San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1996, 430 p., pour une description de la médiation facilitante. Voir également : Jean-François Roberge, *La justice participative: changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, 406 p.; Roger Fisher and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In*, Boston: Houghton Mifflin, 1981, 163 p.; Robert A. Baruch Bush et Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation : the Transformative Approach to Conflict*, Rev. Ed., San Francisco, Jossey-Bass, 2005, 287 p.; John Peter Weldon, « La médiation transformative au soutien de l'autodétermination des parties », (2012) 21 n° 1 *Journal canadien d'arbitrage et de médiation* 37; Joseph P. Folger, Robert A. Baruch Bush et Dorothy J. Della Noce, *Transformative Mediation: A Sourcebook; Resources for Conflict Intervention Practitioners and Programs*, New York, Association for Conflict Resolution (ACR) et Institute for the Study of Conflict Transformation (ISCT), 2010; Robert A. Baruch Bush and Joseph P. Folger, « Mediation and Social Justice: Risks and Opportunities », (2012) 27 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 1-51.

Étant donné ce qui précède, les dispositions relatives au déroulement du processus devraient être interprétées de façon large et libérale pour tenir compte de la flexibilité propre à la médiation et du choix qui revient aux parties à cet égard, selon l'entente entre elles et le médiateur.

Le code aborde ensuite la question de l'implication du médiateur dans l'élaboration d'une proposition visant à prévenir ou à régler le différend. Le législateur reconnaît à l'article 605 du Nouveau C.P.C. que l'élaboration de propositions est la prérogative des parties et que celles-ci « peuvent » demander au médiateur d'y participer avec elles. Le médiateur doit bien entendu signaler aux parties tout conflit d'intérêts, réel ou apparent, et toute situation pouvant mettre en doute son impartialité.

L'article 606 du Nouveau C.P.C. vient compléter l'obligation de confidentialité prévue à l'article 4 du Nouveau C.P.C. en prévoyant la non-contraignabilité du médiateur et des participants à la médiation. Ceux-ci ne peuvent être contraints de témoigner sur ce qui s'est dit ou sur ce dont ils ont eu connaissance lors du processus de médiation, y compris un document produit, sauf si la loi en exige la divulgation, si la vie, la sécurité ou l'intégrité d'une personne est en jeu ou encore pour permettre au médiateur de se défendre contre une accusation de faute professionnelle. L'usage du terme « faute professionnelle » n'est vraisemblablement pas fortuit. En effet, les commentaires de la ministre relativement à cet article mentionnent que « le privilège de non-contraignabilité » lié au bénéfice de la confidentialité n'est pas absolu. Le deuxième paragraphe de l'article 606 précise que, pour invoquer le privilège de non-contraignabilité, le médiateur :

- a) doit être accrédité par un organisme reconnu par la ministre de la Justice;
- b) être assujéti à des règles déontologiques; et
- c) tenu de garantir sa responsabilité civile par une assurance de responsabilité ou au moins d'une autre sûreté.

Le caractère impératif de l'article 606 du Nouveau C.P.C. laisse croire que les tribunaux le considéreront probablement comme une disposition d'ordre public, à laquelle les parties ne pourront déroger, malgré ce que laisse entendre l'article 6 du Nouveau C.P.C., étudié précédemment (les commentaires de la ministre vont d'ailleurs en ce sens).

L'article 607 du Nouveau C.P.C. vise à limiter la portée de l'article 9 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*¹¹, qui accorde un droit d'accès aux documents d'un organisme public, afin de protéger la confidentialité des informations échangées ou obtenues dans le cadre d'une médiation. Il indique également qu'on ne peut s'opposer à la production d'un document lors d'une médiation au motif qu'il contiendrait une information personnelle, l'idée étant que cette information se verra protégée par la confidentialité du processus. Cette disposition s'applique à des cas particuliers et pourrait être interprétée, à notre avis, comme une disposition d'ordre public.

Le déroulement de la médiation (chapitre II, art. 608 à 612 du Nouveau C.P.C.)

Le texte de l'article 608 du Nouveau C.P.C. précise que la médiation débute sans formalité, le jour où les parties conviennent d'engager le processus d'un commun accord ou sur l'initiative de l'une d'elles. Il n'est pas surprenant que le processus de médiation ne soit assujéti à aucune forme solennelle, considérant la nature de ce Mode privé de PRD. Il est un peu plus surprenant de constater que le processus puisse débiter avant la nomination d'un médiateur et sans l'accord de l'une des parties, l'article 608 prévoyant que le défaut de l'une des parties de répondre à l'initiative d'une autre constitue un refus de participer au processus de médiation. Il sera intéressant de voir si un tel refus sera interprété comme un défaut de « considérer » le recours aux Modes privés de PRD, prévu à l'article 1 du Nouveau C.P.C.

Cela étant dit, l'interprétation la plus probable de l'article 608 est l'intention du législateur que les règles applicables à la médiation (par exemple, celles relatives à la confidentialité ou au devoir d'information du médiateur prévu à l'article 609) le soient dès les premiers contacts que pourraient avoir le médiateur avec l'une ou l'autre des parties. Il est en effet de pratique courante que le médiateur s'entretienne avec chacune des parties individuellement avant la tenue de la séance de médiation, notamment pour connaître leur vision de la situation, leur position et leurs attentes respectives, leur expliquer le processus et s'assurer de leur volonté de participer.

¹¹ RLRQ, c. A-2.1.

Notons au passage que la terminologie utilisée aux articles 608 et 609 semble porteuse d'une certaine incohérence. Alors que le terme « médiation » est utilisé à l'article 608 en faisant référence au processus lui-même, il semble être utilisé à l'article 609 en relation avec une « séance de médiation » ou, si ce n'est pas le cas, inférer que le médiateur doit informer les parties avant même qu'elles n'aient entrepris le processus. Il est donc préférable de s'en tenir ici au sens général recherché par le législateur.

L'article 609 indique que, avant d'entreprendre la médiation, le médiateur informe les parties sur son rôle et ses devoirs et précise avec elles les règles applicables à la médiation et la durée du processus. En pratique, ce devoir est le plus souvent rempli au cours des entretiens préliminaires décrits plus haut, l'usage voulant que le médiateur et les participants à la médiation s'entendent sur le déroulement et les règles applicables au processus par la signature d'un document (généralement appelé « Consentement à la médiation », « Protocole de médiation », « Convention de médiation », « Mandat de médiation » ou autre titre similaire). Cela étant dit, la ministre précise dans ses commentaires que l'écrit n'est pas requis, soulignant du même souffle l'enjeu de la preuve. En ce que concerne la durée du processus, nous sommes d'avis que le médiateur ne pourrait, et ne devrait pas, la fixer de façon précise et absolue. La médiation étant un processus flexible, sujet à la volonté des parties et pouvant être interrompu ou terminé au gré des parties et du médiateur, il sera nettement plus réaliste de fournir une estimation ou un aperçu du temps pouvant être requis pour le compléter.

Le deuxième paragraphe de l'article 609 du Nouveau C.P.C. reprend des concepts de base en matière de médiation, soit que les parties peuvent se faire accompagner des personnes dont la contribution peut-être utile au bon déroulement du processus. Il prévoit également que les personnes autorisées à conclure une entente doivent être présentes ou disponibles pour donner leur accord, au besoin.

L'article 610 du Nouveau C.P.C. prévoit l'obligation du médiateur d'agir équitablement et de veiller à ce que chacune des parties puisse faire valoir son point de vue. Il s'agit là d'une facette du devoir d'agir avec impartialité et diligence déjà prévu à l'article 3 du Nouveau C.P.C. Bien entendu, le médiateur peut en tout temps, dans l'intérêt des parties ou de l'une d'elles,

suspendre la médiation. Le législateur ne vise pas ici le cas où le médiateur décide de mettre fin au processus, éventualité prévue à l'article 614 du Nouveau C.P.C.

Le Nouveau C.P.C. prévoit à l'article 611 la possibilité pour le médiateur de communiquer avec les parties séparément, pour autant qu'il les en informe. Certains pourraient prétendre qu'il serait même préférable d'obtenir le consentement des parties avant de le faire, dans le but d'éviter toute apparence d'impartialité. Encore ici, cette possibilité est normalement prévue dans le document signé par les parties et le médiateur quant au déroulement du processus. L'article 611 du Nouveau C.P.C. confirme par ailleurs que la règle de la confidentialité s'applique à l'information que le médiateur reçoit d'une partie et qu'il ne peut la communiquer à l'autre partie, à moins que celle qui la lui a communiquée n'y consente. Ce consentement peut bien entendu être verbal.

À l'article 612 du Nouveau C.P.C., on prévoit que, si la médiation a lieu alors qu'une demande en justice est déjà introduite, les parties « doivent », lorsque la loi ou le tribunal saisi le « permet », « accepter » de suspendre l'instance jusqu'à la fin de la médiation. Nous avons vu précédemment (art. 156 du Nouveau C.P.C.) que le tribunal ne peut véritablement suspendre l'instance sans le consentement des parties. À l'égard de l'article 612, la ministre¹² mentionne par ailleurs dans ses commentaires que « les parties ont cependant le devoir d'accepter la suspension si elle peut avoir lieu ».

La fin de la médiation (chapitre III, art. 613 à 615 du Nouveau C.P.C.)

Selon l'article 613 du Nouveau C.P.C., l'entente contient des engagements des parties et met un terme au différend. Cet énoncé semble ne pas tenir compte du fait qu'il est possible que les parties en viennent à une entente qui ne met pas nécessairement un terme au différend, même si elle met fin au processus. Il peut y avoir entente partielle ou encore plusieurs ententes au cours du processus de médiation. Bien entendu, et tel que le prévoit cet article, l'entente ne constitue pas nécessairement une transaction. Il faut pour cela que la matière et les circonstances s'y prêtent et que la volonté des parties soit manifeste à cet égard. Parallèlement, l'article 220 du Nouveau C.P.C., d'application générale, mentionne que les parties peuvent

¹² *Op. cit., supra*, note 3, p. 444.

mettre fin à l'instance par une transaction, que leur accord intervienne devant le tribunal ou qu'il soit conclu hors de sa présence. Notons qu'un écrit n'est pas exigé et que les règles applicables à la transaction au sens du code civil (art. 2631 et ss.) s'appliqueront, le cas échéant. Rappelons également les diverses finalités possibles de la médiation et le fait que, même sans entente formelle, les parties puissent sortir de la médiation avec une meilleure compréhension de leurs positions respectives, une amélioration de leur interaction ou une idée plus claire des options qui s'offrent à elles pour la suite.

Un élément important de l'article 613 est selon nous le devoir du médiateur de veiller à ce que l'entente soit comprise par les parties. Selon les commentaires de la ministre¹³ : « [l]e caractère raisonnable de cette obligation n'exige pas du médiateur des explications détaillées de tous les termes de l'entente ». Les tribunaux devront éventuellement interpréter les conséquences potentielles d'un défaut du médiateur à cet égard. Mis à part la question de responsabilité du médiateur, la validité de l'entente pourrait-elle être compromise si le médiateur n'a pas veillé à ce que l'entente soit comprise ? Le devoir du médiateur est-il différent si les parties sont représentées par un juriste ? Malgré la souplesse du processus, les parties ont-elles l'obligation de soumettre leur entente au médiateur ?

En pratique, le médiateur convient dès le départ avec les parties qu'il ne prendra parti pour aucune d'entre elles et ne leur fournira pas d'opinion juridique. Tout au plus se permettra-t-il parfois de leur fournir certaines informations à caractère juridique, leur recommandant pour le reste d'aller chercher conseil auprès d'un juriste lorsque cela paraît nécessaire ou opportun.

Le corollaire au principe selon lequel la médiation est un processus volontaire est qu'une partie peut, en tout temps, selon sa seule appréciation et sans être tenue de dévoiler ses motifs, se retirer du processus ou y mettre fin, tel que le prévoit l'article 614 du Nouveau C.P.C. Cela implique à notre avis qu'une partie puisse également refuser de participer au processus de médiation sans être tenue de dévoiler ses motifs.

Le droit de mettre fin à la médiation est également accordé au médiateur « si, à son avis, les circonstances le justifient », et donc laissé à sa discrétion. Utilisant le mot « notamment », le

¹³ *Ibid.*

législateur mentionne deux situations dans lesquelles le médiateur pourrait vouloir mettre fin à la médiation, soit : s'il est convaincu que le processus est voué à l'échec ou susceptible de causer un préjudice sérieux à une partie s'il se poursuit.

En pratique, les motifs pour mettre un terme à la médiation peuvent varier. Il revient au médiateur de savoir et de décider comment réagir, selon les circonstances. Les médiateurs d'expérience s'entendent pour dire qu'une situation qui paraît vouée à l'échec à un certain moment peut, à un autre, faire l'objet d'un revirement inattendu et se diriger vers un règlement ou un autre résultat acceptable pour les parties. Ainsi, il est rare qu'un médiateur puisse déclarer de façon certaine que le processus est « voué à l'échec », entre autres dans les situations où l'objectif des parties n'est pas nécessairement l'atteinte d'une entente formelle. De plus, on observe que le processus a bien souvent des retombées inattendues après la rencontre de médiation, à court, moyen ou plus long terme.

Bien que l'article n'en fasse pas un devoir ou une obligation du médiateur, la responsabilité de ce dernier pourrait-elle être engagée s'il poursuit un processus susceptible de causer un préjudice sérieux à une partie, représentée ou non par un juriste ? La mention « susceptible de causer un préjudice sérieux » est un concept subjectif et aléatoire, difficile à cerner et sujet à diverses interprétations. En effet, sur quels critères objectifs un médiateur pourrait-il se fonder pour juger d'un tel préjudice éventuel tout en préservant son impartialité ?

Tel qu'il est indiqué ci-haut, l'article 2 du Nouveau C.P.C. prévoit que les parties qui s'engagent dans une procédure de prévention de règlement des différends sont tenues de partager les coûts de cette procédure. L'article 615 du Nouveau C.P.C. vient préciser que les frais du médiateur seront supportés en parts égales entre les parties, à moins qu'une répartition différente n'ait été convenue entre elles ou n'ait été ordonnée par le tribunal (si la médiation est intervenue en cours d'instance). Considérant l'aspect volontaire de la médiation et l'absence de dispositions permettant au tribunal d'ordonner la tenue d'une médiation dans le Nouveau C.P.C., nous ne voyons pas dans quel contexte le tribunal pourrait ordonner la répartition des frais.

Cet article 615 du Nouveau C.P.C. prévoit par ailleurs une reddition de compte de la part du médiateur et définit les frais visés, soit : les honoraires, frais de déplacement et autres débours du médiateur, ainsi que les frais liés à des expertises ou à des interventions convenues par les parties, précisant que toutes les autres dépenses engagées par une partie sont à sa charge. En pratique, il est courant que ces modalités soient prévues dans une convention de médiation signée par les parties et le médiateur.

5. CONCLUSIONS

L'obligation des parties de considérer les Modes privés de PRD reflète la volonté du législateur de mettre en place une nouvelle culture, basée sur une justice civile, accessible, de qualité, rapide et économique.

Le défi était grand de codifier l'utilisation de ces processus volontaires et flexibles que sont les Modes privés de PRD en les encadrant par des mesures législatives. Un peu plus de rigueur dans la rédaction de certaines dispositions aurait évité d'ouvrir la porte à des interprétations potentiellement contre-productives dans l'optique de cette tentative de déjudiciarisation.

Il s'agit là d'un changement de culture majeur qui pose le défi pour les avocats, comme pour les juges, de développer et d'adopter des réflexes différents, susceptibles d'inciter les parties à recourir aux Modes privés de PRD et de favoriser autant que possible la prévention et le règlement des différends et des litiges, lorsque les circonstances le permettent.