

CONFÉRENCE 17 SEPTEMBRE 2015 / ABC-DIVISION QUÉBEC

Le protocole préjudiciaire dans le contexte de la responsabilité médicale : contexte et bilan d'une expérience innovante

M^e Jean-François Leroux, I.I.b., I.I.m. (Ménard Martin Avocats)

M^e Marie-Ève Bélanger, associée (McCarthy Tétraut)¹

« *La nécessité est la mère de l'invention*². »

Suivant l'adoption de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*³ (N.C.P.C.), le 20 février 2014, le législateur souhaite que les avocats effectuent un important virage dans l'approche des dossiers de litige qui leur sont soumis.

Dans ce contexte, le législateur invite les parties à collaborer à l'élaboration et à l'application d'un protocole préjudiciaire.

À l'aube de l'entrée en vigueur du N.C.P.C., il est utile de revoir la genèse de cette notion de protocole préjudiciaire et d'en dresser un bilan afin de réfléchir sur la portée que peut avoir un tel protocole.

Nous aborderons d'abord l'origine anglaise du protocole préjudiciaire. Des leçons et enseignements peuvent être tirés de cette expérience où le protocole préjudiciaire est beaucoup plus défini que celui prévu au N.C.P.C.

Nous aborderons ensuite le contexte dans lequel un protocole préjudiciaire fut élaboré par des avocats pratiquant en responsabilité médicale chez Ménard Martin avocats et McCarthy Tétraut ainsi que le contenu de leur protocole. La brève référence au protocole préjudiciaire à l'article 2 N.C.P.C. origine directement de l'innovation développée par ces avocats. Lors de l'adoption de cet article, M^e Luc Chamberland référait d'ailleurs à leur pratique pour illustrer ce que pouvait constituer le protocole préjudiciaire.

Finalement, nous nous tournerons vers l'avenir en questionnant la nature et le potentiel du protocole préjudiciaire proposé par le N.C.P.C.

¹ Les auteurs tiennent à remercier M^e Robert-Jean Chénier et M^e Jean-Pierre Ménard pour leur précieuse collaboration dans la rédaction de ce texte.

² Jonathan Swift, *Gulliver's Travels*, Londres, Benjamin Motte, 1726.

³ RLRQ, c. C-25.01.

1. Historique du protocole préjudiciaire

1.1. L'expérience anglaise

Les difficultés relatives à l'accessibilité, aux délais ainsi qu'aux coûts du système de justice civile ne sont pas exclusives à notre juridiction. Bien d'autres sociétés ont été et sont toujours confrontées à la même réalité.

En 1996, Lord Woolf⁴ publiait un rapport analysant l'accessibilité ainsi que le rendement du système de justice civile anglaise.

Les Anglais estimaient que leur système de justice civile était associé à des coûts trop élevés, à des délais injustifiables et à un degré de complexité beaucoup trop lourd.

Après analyse, Lord Woolf concluait que le système de justice civile devait être juste et équitable pour toutes les parties. Les coûts devaient être proportionnés à la nature du dossier et les réclamations devaient être traitées promptement. Le processus devait par ailleurs être compréhensible pour tous les justiciables, incluant ceux qui ne souhaitent pas retenir les services d'un avocat.

Lord Woolf suggérait une série de réformes pour atteindre ces objectifs. Il introduisait, entre autres, l'instauration d'un protocole préjudiciaire dont l'objectif était de diminuer l'adversité et présenter un bon rapport coût/efficacité (« cost-effective »). C'est ainsi que le protocole préjudiciaire est né en Angleterre.

Dans le domaine de la responsabilité médicale, ce protocole prévoyait notamment une série de mesures visant à favoriser l'échange d'information pour permettre aux parties d'évaluer le mérite de leur dossier respectif. Ce protocole prévoyait essentiellement des règles relatives à :

- l'accès et la communication des dossiers médicaux,
- la formulation d'une réclamation et d'une défense,
- l'obtention et la communication de rapports d'expertise,
- une rencontre d'explications entre les parties et la possibilité d'envisager un règlement, et
- la préparation de l'éventuel débat judiciaire.

Quelques années après les réformes proposées par Lord Woolf, les Anglais constataient que les délais avaient diminué entre le dépôt de la réclamation et le procès mais que les coûts, quant à eux, avaient augmenté⁵.

⁴ Harry Woolf, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, London, Her Majesty's Stationery Office, 1996.

⁵ John Peysner and Mary Seneviratne, *The Management of Civil Cases: The Court and the Post-Woolf Landscape*, London, Department for Constitutional Affairs, 2005.

C'est dans ce contexte que Lord Jackson fut mandaté pour analyser les coûts liés au système de justice civile anglais. En 2009, Lord Jackson concluait, entre autres, dans un rapport : « In some areas of civil litigation costs are disproportionate and impede access to justice. I therefore propose a coherent package of interlocking reforms, designed to control costs and promote access to justice⁶. »

Quant au protocole préjudiciaire, Lord Jackson concluait qu'il ne rencontrait pas son objectif d'assurer le règlement des dossiers de manière hâtive mais contribuait plutôt à augmenter les coûts⁷. Lord Jackson notait que l'objectif poursuivi par le protocole préjudiciaire était d'établir des règles de base pour encadrer le débat précocement. Le protocole devait favoriser l'instauration d'un climat d'ouverture entre les parties et devait contenir un échancier afin de faire progresser le dossier.

Bien que le constat relatif à l'augmentation des coûts demeure préoccupant, la philosophie derrière la conduite du protocole préjudiciaire rejoint la philosophie du N.C.P.C. à bien des égards en ce qu'il vise à maintenir ou établir un canal de discussions ou de négociations entre les avocats et les parties.

1.2. La réforme de la procédure civile de 2003 et la première expérience du protocole préjudiciaire au Québec

Les problématiques qui prévalaient en Angleterre et qui ont mené au rapport de Lord Woolf étaient également présentes au Québec.

Le ministre de la Justice de l'époque, Serge Ménard, mettait sur pied le Comité de révision de la procédure civile dont le mandat était, entre autres, le suivant⁸ :

« La révision de la procédure civile vise notamment à modifier les règles de procédure afin d'intégrer les procédures, d'en limiter le nombre, de les simplifier et de les alléger et de tenir compte des mesures amiables ou de déjudiciarisation. La révision vise aussi à assurer un meilleur équilibre entre les parties et le tribunal et à tenir compte des attentes et besoins des magistrats, des avocats, des justiciables et des autres intervenants de la justice. La révision vise ainsi à l'implantation d'une justice civile plus rapide, plus efficace et apaisante, moins coûteuse en temps, en énergie et en argent tant pour le justiciable que pour le système de justice lui-même. »

Lors de ses travaux, le Comité a posé certains constats, soit une baisse de 43 % du nombre de dossiers ouverts annuellement entre 1977 et 1999, et ce, dans les diverses juridictions de première instance en matière civile, des coûts qui freinaient l'accessibilité aux tribunaux et des délais trop longs.

⁶ Rupert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, London, The Stationery Office, 2009, p. i [en ligne].

⁷ Margaret Brazier and Emma Cave, *Medicine, Patients and the Law*, 5th ed., London, Penguin Books, 2011, p. 224.

⁸ Québec, Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile : une nouvelle culture judiciaire. Rapport du comité de révision de la procédure civile*, Sainte-Foy, Ministère de la justice, 2001, p. 2 [en ligne].

À la suite de la publication du rapport de ce Comité, le gouvernement proposait le 6 juin 2002 une réforme du *Code de procédure civile*⁹ qui visait comme objectif¹⁰ :

« [...] d'établir une justice civile plus rapide, plus efficace et moins coûteuse, susceptible d'améliorer l'accès à la justice et d'accroître la confiance du citoyen dans le système de justice. Pour ce faire, la réforme proposait principalement des mesures visant le resserrement des délais accordés pour mettre une cause en état, la responsabilisation des parties et l'accroissement du rôle du juge dans la gestion des affaires.

[...]

Enfin, la règle de proportionnalité constitue la pierre angulaire de la réforme pour que tous, juges, avocats et greffiers, prennent en considération que les actes de procédure et les moyens de preuve doivent être, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige. »

Afin d'y arriver, le législateur suggérait une série de mesures, dont celle qui visait à comprimer le déroulement de l'instance sur une période de 180 jours.

Initialement, ce délai ne pouvait être prolongé qu'à compter du 150^e jour suivant la signification de la requête introductive d'instance. Cette mesure n'était pas adaptée à la réalité des litiges complexes, comme ceux nécessitant l'assistance d'experts, et allait générer des coûts. Du coup, des frais s'ajoutaient pour présenter une requête en prolongation de délais. Il était fréquent de présenter deux requêtes et, à chaque fois, un temps de préparation, de discussion avec la partie adverse, de rédaction et de vacation à la Cour était requis.

Plus important encore, la procédure se déroulait à un tel rythme que les parties devaient souvent reporter après l'inscription pour enquête et audition l'évaluation au mérite de leur dossier et les pourparlers de négociations hors Cour lorsque celles-ci étaient possibles.

Finalement, plusieurs experts se sont désistés face à l'impossibilité de produire des rapports d'expertise dans les délais très courts imposés par cette procédure accélérée alors que d'autres ont réduit le nombre de cas qu'ils pouvaient traiter.

C'est donc principalement en raison de cette réforme de la procédure civile en 2003 que des avocats pratiquant en responsabilité médicale chez Ménard Martin avocats et McCarthy Tétrault ont élaboré puis mis en œuvre un protocole préjudiciaire. Ces derniers se sont également inspirés de l'expérience anglaise dans l'élaboration de leur protocole.

⁹ RLRQ, c. C-25.

¹⁰ Québec, Ministère de la Justice, *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile*, Québec, Gouvernement du Québec, 2006, p. 9 [en ligne].

À la suite d'une expérience de plus de 10 ans, ce laboratoire constitué d'un échantillonnage significatif a fait ses preuves. Plusieurs dossiers menés par un protocole préjudiciaire n'ont pas fait l'objet d'une judiciarisation conventionnelle.

Au cœur de ce succès, on retrouve la volonté des parties de mener une enquête complète pour ultimement évaluer les forces et faiblesses de leur dossier. Cette approche avantageuse correspond au changement de paradigme souhaité par le législateur par l'adoption du N.C.P.C.

2. Le protocole préjudiciaire dans le contexte de la responsabilité médicale

Nous aborderons dans la section qui suit l'essentiel du contenu du protocole préjudiciaire élaboré de concert par ces avocats et nous en tirerons un bilan.

2.1. Contenu du protocole

Le protocole préjudiciaire mis en place dans le contexte de la responsabilité médicale est d'abord et avant tout fondé sur la bonne foi des parties.

Le processus débute par la signification d'une mise en demeure à laquelle un projet de requête introductive d'instance est joint. Il s'agit là d'une invitation à participer à un protocole préjudiciaire.

Si le défendeur fait défaut de répondre à la mise en demeure ou s'il refuse de participer au protocole préjudiciaire, le projet de requête introductive d'instance qui a été signifié avec la mise en demeure sera simplement timbré et signifié à nouveau afin qu'une action en bonne et due forme soit intentée.

Afin de déterminer s'il désire participer au protocole préjudiciaire, le défendeur doit notamment vérifier la date de prescription et la responsabilité éventuelle d'un tiers.

Si les parties acceptent de participer au protocole préjudiciaire, elles conviennent alors d'un échéancier. Dans les cas où la prescription est imminente, l'échéancier convenu sera assorti d'une renonciation à la prescription pour une période déterminée.

L'échéancier prévoit des étapes similaires à celles que l'on retrouve dans les ententes sur le déroulement de l'instance, soit, par exemple, les requêtes préliminaires, la transmission des pièces, les interrogatoires au préalable, la communication des défenses et des rapports d'expertise.

Toutes ces étapes seront complétées hors Cour, et ce, sans avoir à gérer les délais imposés par le *Code de procédure civile* ou la Cour.

Au terme de cette enquête, les parties sont en possession de toute l'information nécessaire pour évaluer les forces et les faiblesses de leur position respective et ainsi déterminer la meilleure conduite à tenir.

Afin d'éviter un dédoublement des procédures, le protocole préjudiciaire prévoit que, à défaut d'un règlement hors Cour entre les parties, le dossier sera judiciarisé. Les

documents échangés sous la gouverne du protocole seront alors produits dans un dossier de Cour. Le dossier ainsi judiciarisé comprendra donc la même requête introductive d'instance, la même défense, les mêmes rapports d'expertise ainsi que les mêmes déclarations de dossiers complets. Les interrogatoires hors Cour réalisés dans le cadre du protocole préjudiciaire correspondent alors aux interrogatoires prévus aux articles 397 et 398 du *Code de procédure civile*.

2.2. Bilan du protocole

Le bilan que l'on peut dresser de l'expérience acquise au cours des dernières années est positif.

Le protocole préjudiciaire permet d'abord de diminuer le climat antagoniste inhérent aux poursuites judiciaires. Alors que les parties sont souvent braquées sur leur position suite à la signification d'une procédure judiciaire, le protocole permet à ces dernières d'explorer les forces et les faiblesses de leur dossier respectif dans un cadre plus informel.

Le temps et les énergies sont investis pour réaliser les bonnes tâches au bon moment sans avoir à présenter des requêtes en prolongation de délais ni à débattre de requêtes préliminaires en Cour qui peuvent s'avérer longues et coûteuses.

Le protocole préjudiciaire étant confidentiel, il procure aux parties un avantage considérable.

Grâce au principe fondamental de la bonne foi qui sous-tend le protocole, la judiciarisation des dossiers pour cause de mécontentement sur des questions procédurales ou de recevabilité de la preuve n'est pas survenue.

Les protocoles ont permis à de nombreux dossiers d'être réglés hors Cour sans même que l'action soit judiciarisée, ce qui a permis une solution rapide, moins coûteuse et confidentielle de plusieurs litiges.

3. Le protocole préjudiciaire et le N.C.P.C.

Dans la foulée de l'adoption de la loi instituant le N.C.P.C., plusieurs acteurs ont formulé des demandes lors de la consultation menée par la Commission des institutions en lien avec l'analyse de l'avant-projet de loi, et ce, afin de maximiser le potentiel du protocole préjudiciaire.

Nous analyserons sommairement certaines recommandations formulées, puis nous analyserons le cadre retenu et le potentiel que ce cadre représente pour l'avenir.

3.1. La route vers le N.C.P.C.

Dans le cadre des auditions de la Commission des institutions portant sur l'étude de l'Avant-projet de loi instituant le N.C.P.C., plusieurs acteurs ont communiqué leurs points de vue sur le protocole préjudiciaire.

Le Barreau du Québec proposait d'arrimer les modes privés de règlement (dont le protocole préjudiciaire) avec le processus judiciaire en renonçant au bénéfice du temps écoulé en matière de prescription pour permettre d'éventuelles négociations. Le document prendrait la forme d'un *Avis de négociation* et serait assorti d'un protocole préjudiciaire. Il s'agissait, selon le Barreau, d'une alternative efficace à la négociation d'une entente sur le déroulement de l'instance détaillée dans l'objectif d'amener les parties à négocier un règlement hors Cour. Le Barreau soulignait que l'échange d'information au stade préalable d'un recours judiciaire serait d'une grande utilité aux parties afin d'identifier leurs différends et négocier efficacement. Le Barreau écrivait à cet effet¹¹ :

« L'échange préjudiciaire d'information est manifestement plus utile et pertinent aux parties que le fait d'indiquer les motifs de la nécessité d'une défense écrite ou du refus de recourir à une expertise commune dans un protocole sur le déroulement de l'instance. »

Fort de son expérience en lien avec le protocole préjudiciaire mis en place depuis 2003, le cabinet Ménard Martin avocats a également été convié en commission parlementaire, tout comme l'Association canadienne de protection médicale.

Le cabinet Ménard Martin avocats suggérait, entre autres, de :

- définir le protocole préjudiciaire et codifier au Livre VII, portant sur les modes privés de prévention et de règlement des différends, un titre consacré au protocole préjudiciaire;
- prévoir que le contrat préjudiciaire lie les parties et leur impose une obligation de moyens raisonnables;
- codifier que les parties peuvent renoncer à la prescription acquise et au bénéfice du temps écoulé;
- prévoir que la renonciation au bénéfice du temps écoulé pour une période déterminée entre les parties est faite sous toutes réserves, sans aucune admission de responsabilité ni reconnaissance, expresse ou tacite, de la part du défendeur de quelque faute, dommage ou lien de causalité que ce soit et sans préjudice à ses droits et recours;
- prévoir la possibilité pour les parties de s'adresser aux tribunaux judiciaires en cours d'instance afin de faire trancher certains incidents qui pourraient survenir;
- prévoir que, si les parties règlent leur dossier pendant le protocole préjudiciaire, leur entente devrait être signée dans une déclaration conjointe de règlement hors Cour et prévoir que cette déclaration lie les parties dès leur signature et constitue une transaction

¹¹ Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur le projet de loi n° 28 intitulé Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, 13 septembre 2013, p. 65 [en ligne].

au sens des articles 2631 et ss. du *Code civil du Québec* et qu'elle ait les effets de la chose jugée;

- permettre que la déclaration conjointe de règlement hors Cour soit homologuée par le tribunal afin d'être susceptible d'exécution forcée;
- prévoir que toutes les procédures faites dans le cadre d'un protocole préjudiciaire soient déposées à la Cour;
- dispenser les parties d'établir un protocole de l'instance si le dossier est en état;
- prévoir une sanction en cas de non-respect du protocole préjudiciaire;
- advenant que les procédures ou documents, y incluant les pièces, rapports d'expertise, etc., produits au dossier de la Cour ne soient pas identiques aux procédures et documents déjà transmis au cours du protocole préjudiciaire, prévoir que le tribunal pourra sanctionner ce défaut, notamment quant à l'admissibilité de la nouvelle preuve et lors de l'attribution des dépens;
- prévoir, si une partie a déjà retenu les services d'un expert sur une question en litige ou si les parties ont déjà convenu d'une démarche d'expertise dans un protocole préjudiciaire, de respecter la décision des parties, et ce, sans pouvoir leur imposer un expert unique;
- en cas d'échec du protocole préjudiciaire, les parties devraient avoir accès à un rôle préférentiel pour obtenir plus rapidement des dates de procès;
- faire l'arrimage entre la justice privée et publique en évitant de dédoubler et d'augmenter les frais associés à la procédure judiciaire.

L'Association canadienne de protection médicale formulait également une série de recommandations dans le cadre de l'étude de l'Avant-projet de loi instituant le N.C.P.C. et écrivait, entre autres¹² :

« Les parties qui ont tenté de résoudre leurs différends dans un processus extrajudiciaire ne devraient toutefois pas être pénalisées dans les cas où un règlement n'est pas intervenu et que ceux-ci doivent réintégrer le système judiciaire pour régler leur dispute. Pour cette raison, l'ACPM croit que l'Avant-projet devrait préciser que la gestion de l'instance et la détermination d'une date de procès doivent prendre en compte les efforts des parties de régler leur dispute à l'extérieur du processus judiciaire. »

¹² Association canadienne de protection médicale, *Mémoire de l'Association canadienne de protection médicale : avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, Ottawa, l'Association, 2011, p. 8 [en ligne]

Malgré l'ensemble des interventions et suggestions faites devant la Commission des institutions, le législateur n'a pas jugé opportun de préciser la notion de protocole préjudiciaire dans le N.C.P.C. La seule mention se retrouve au premier alinéa de l'article 2 N.C.P.C. :

« 2. Les parties qui s'engagent dans une procédure de prévention et de règlement des différends le font volontairement. Elles sont alors tenues d'y participer de bonne foi, de faire preuve de transparence l'une envers l'autre, à l'égard notamment de l'information qu'elles détiennent, et de coopérer activement dans la recherche d'une solution et, le cas échéant, dans l'élaboration et l'application d'un protocole préjudiciaire; elles sont aussi tenues de partager les coûts de cette procédure. »

Le Barreau du Québec¹³ a récemment publié un guide des meilleures pratiques et précise ce qui suit sur les protocoles préjudiciaires :

« Le but d'un protocole préjudiciaire est de permettre aux parties de régler le litige entre elles sans qu'il soit nécessaire d'instituer des procédures judiciaires ou, si cela ne peut être évité, de préparer une bonne gestion de l'instance.

Le protocole préjudiciaire vise à encourager les parties à échanger de l'information concernant leur différend de façon suffisamment détaillée pour leur permettre de bien comprendre la position respective de chacun et de prendre une décision éclairée afin de régler le litige ou d'envisager d'autres méthodes évitant ainsi l'institution de procédures judiciaires. [...]

[...] Ces protocoles établissent les principes qui doivent guider les parties ainsi qu'un processus pour faciliter et accélérer l'échange d'information pertinente.

Conformément au principe de proportionnalité (art. 2 al. 2 N.c.p.c.), le protocole préjudiciaire vise à promouvoir une culture moins conflictuelle et plus orientée vers une collaboration des parties pour atteindre une résolution rapide du litige à un coût proportionnel aux enjeux. »

3.2 L'arrivée du protocole préjudiciaire dans le *Code de procédure civile*

Dès la disposition préliminaire, le Code stipule que la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends est régie par le *Code de procédure civile*, le *Code civil du Québec* et qu'elle doit être en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁴ et les principes généraux du droit, lorsque celle-ci n'est pas autrement fixée par les parties.

Le législateur a prévu dans le Livre VII sur les modes privés de prévention et de règlement des différends des dispositions toutes particulières pour la médiation (art. 605 à 619 N.C.P.C.) et pour l'arbitrage (art. 620 à 655 N.C.P.C.), deux modes privés de règlement des différends qui sont bien établis.

¹³ Barreau du Québec, *Guide des meilleures pratiques*, 5^e éd., Montréal, le Barreau, 2015, p. 11 [en ligne].

¹⁴ RLRQ, c. C-12.

Mais tout comme les auditions de la Commission des institutions l'ont bien démontré, il y a une foison de modes privés de règlement des différends et le législateur a opté de permettre aux parties de choisir d'un commun accord le mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquat, qu'il emprunte ou non aux différents modes mentionnés à l'article 1 N.C.P.C.

Il reviendra donc aux avocats de déterminer avec leurs clients l'approche la plus souhaitable pour la conduite de leurs dossiers et à profiter de cette ouverture pour faire preuve de leadership et de créativité.

Parmi les modes privés de prévention et de règlement des différends, le protocole préjudiciaire est la méthode la moins contraignante et celle où les avocats des parties joueront un rôle déterminant.

À l'évidence, le législateur souhaite que le protocole préjudiciaire présente une telle souplesse qu'il pourra correspondre à ce que les parties souhaiteront, et ce, sans contrainte.

Contrairement à certains modes privés de règlement qui font appel à un tiers et pour lesquels les parties doivent convenir de partager les coûts de la procédure qu'elles adoptent (par exemple, l'arbitrage ou la médiation), le protocole préjudiciaire peut être établi sur la base où chaque partie paie ses frais.

3.3 L'obligation de considérer les modes privés de règlement

L'obligation de considérer les modes privés de règlement de conflits devrait inciter les parties à recourir aux protocoles préjudiciaires.

D'aucuns diront qu'il est facile d'affirmer que l'on a « considéré » un mode privé de règlement de conflits pour vite se décharger de cette obligation. Mais puisque le Code s'interprète dans la tradition civiliste, il faut tenir compte des principes directeurs de la procédure, notamment le principe de proportionnalité (art. 18 N.C.P.C.) et le devoir des parties de coopérer en s'informant mutuellement, en tout temps, des faits et des éléments susceptibles de favoriser un débat loyal et en assurant de préserver les éléments de preuve pertinents (art. 20 N.C.P.C.).

Puisque les modes privés de prévention et de règlement des différends sont maintenant inclus dans la notion de justice civile, le justiciable est responsabilisé et il devra examiner attentivement les modes privés de règlement dans sa prise de décision.

Bien que l'obligation de considérer ne soit pas contraignante au point de rendre irrecevable l'action en justice qui n'aurait pas été précédée d'une tentative de règlement, la disposition devrait, en raison de son caractère impératif, entraîner un changement important dans le rôle des juristes, qui devraient désormais présenter à leurs clients un ensemble de possibilités pour la résolution des conflits.

Ce changement s'imposera d'autant plus puisque, si le différend est porté devant les tribunaux, les parties devront rendre compte de la considération apportée à un mode privé de règlement. Dès après le dépôt de la demande introductive de l'instance, les

parties seront tenues de collaborer à la préparation du protocole de l'instance, lequel devra indiquer la considération qu'elles ont portée à recourir au mode privé de prévention et de règlement des différends (art. 148 N.C.P.C.).

3.4 Un protocole élaboré pour favoriser la communication

Le protocole préjudiciaire est un mode privé élaboré par les parties elles-mêmes pour favoriser la plus grande communication possible tout en favorisant l'échange d'information et de documents.

Le caractère volontaire de la démarche de prévention et de règlement des différends entraîne que les parties doivent s'engager à agir de bonne foi, avec transparence et dans un esprit de coopération.

Ces devoirs font en sorte que l'adhésion à un mode privé ne doit pas être un moyen pour retarder le règlement du dossier ou pour obtenir de l'information dont on se servira ultérieurement contre l'autre partie.

En fait, le protocole préjudiciaire devrait permettre de faire de façon plus informelle et surtout plus ciblée les démarches qui seront ultimement requises par l'élaboration du protocole de l'instance si l'affaire doit se judiciariser.

Le devoir de bonne foi s'impose, car seule la bonne foi permet aux parties d'être transparentes dans l'échange d'information et d'avoir suffisamment confiance l'une dans l'autre pour accepter de donner de l'information tout en sachant qu'elle ne sera pas utilisée contre elles ou que l'autre ne détruira pas des éléments qui pourraient éventuellement servir en preuve. Elle s'impose également lorsque sont proposées des voies de solutions qui pourraient les engager, mais les desservir si une des parties n'était pas de bonne foi. L'absence de bonne foi pourrait pervertir la qualité de la démarche et rendre illusoire le règlement du différend.

Convenir d'un protocole préjudiciaire, c'est instaurer une coopération avant même qu'une instance soit introduite et l'exercice permettant de circonscrire le débat pour tenter un règlement sera très semblable au contenu du protocole de l'instance.

3.5 Le principe de la proportionnalité

Si le principe de la proportionnalité doit maintenant s'appliquer aux instances judiciaires, il est tout à fait logique qu'il s'applique tout autant aux démarches préalables à l'action en justice, et le législateur l'a d'ailleurs stipulé.

Les modes de justice participative sont divers et, dans le choix qu'ils en font comme dans l'ensemble de leurs démarches, les parties et les tiers qui les assistent doivent adapter leurs actions aux enjeux à débattre. Il faut faire confiance à la créativité des avocats pour suggérer aux parties une approche qui soit la mieux adaptée possible au différend.

Comment peut-on adopter une approche qui permette de rapprocher les parties sans calquer tout le processus de la procédure civile?

Le protocole pourrait adopter une approche circonscrite et ciblée en trois étapes :

1. Échange réciproque par les parties de l'information qu'elles détiennent
2. Définition conjointe par les parties des questions en litige à résoudre
3. Rencontre entre les parties pour explorer des solutions

En tout premier lieu, les parties doivent échanger toute information pertinente et énoncer sommairement leurs prétentions.

Par la suite, les parties pourraient convenir de faire l'exercice de préparer un sommaire des questions en litige à résoudre afin qu'elles comprennent bien les enjeux respectifs. Cette étape est essentielle car, si on cerne la pierre d'achoppement, le point crucial qui divise les parties, les efforts de communication seront mieux investis que dans les aspects secondaires pour lesquels on pourrait par la suite s'entendre plus facilement.

Et, pour la troisième étape, des rencontres entre les parties permettront de mieux comprendre et évaluer leurs besoins, intérêts et positions et explorer les solutions pouvant conduire à une entente mutuellement satisfaisante pour régler le litige. Les parties pourraient convenir d'inviter à toute rencontre tous ceux dont la contribution pourrait être utile au bon déroulement du processus et au règlement du différend.

Accomplir ces trois étapes permettraient de se satisfaire que des efforts raisonnables ont été faits pour adopter une approche constructive et responsable pour tenter de régler le différend.

3.6 La gestion des délais du protocole préjudiciaire

Si le protocole préjudiciaire doit être efficace, les parties doivent convenir de délais raisonnables pour chacune des étapes du processus.

Dans certains cas, l'échange des faits pertinents (documents, interrogatoires, expertises) pourra se faire rapidement et, dans d'autres cas, cette première étape pourra prendre plusieurs mois (obtention de dossiers médicaux, expertises, etc.). Mais si la recherche des faits pertinents est fondamentale pour le règlement du litige, tout en respectant la règle de la proportionnalité, des délais raisonnables doivent lui être octroyés. Le même commentaire s'applique aux deux autres étapes : la détermination des questions en litige et les rencontres entre les parties.

Le protocole préjudiciaire n'aura de vie utile que si toutes les parties y apportent collaboration et diligence, et si les délais ne sont pas respectés, si le processus perd son dynamisme, alors il va rapidement échouer, car il faut rappeler que tout le processus est volontaire et qu'une partie peut, en tout temps, selon sa seule appréciation et sans être tenue de dévoiler ses motifs, se retirer du processus préjudiciaire ou y mettre fin.

3.7 La confidentialité du processus préjudiciaire

Tout comme pour la médiation, tout le processus préjudiciaire devrait être confidentiel pour les parties qui impliquent des négociations de règlement ou lors de la participation à une conférence de règlement à l'amiable devant un juge. Dans ce contexte, la confidentialité est essentielle pour que les parties puissent s'avancer à faire des propositions exploratoires sans compromettre leurs droits. Les parties peuvent par ailleurs convenir d'un régime de confidentialité plus étendue selon la nature du cas et les préoccupations des parties.

Les parties et les participants au processus préjudiciaire ne devraient pas pouvoir être contraints de dévoiler dans une procédure arbitrale, administrative ou judiciaire, liée ou non au différend, ce qui leur a été dit ou ce dont ils ont eu connaissance lors du processus préjudiciaire, ou de produire un document préparé ou obtenu au cours de ce processus, sauf si la loi en exige la divulgation ou si les parties y consentent. Aucune information communiquée ou déclaration faite dans le cours du processus préjudiciaire ne devrait pouvoir être utilisée en preuve. Les parties pourraient aussi requérir que les participants signent une entente de confidentialité.

Par contre, afin de prévenir une augmentation des coûts en lien avec le dédoublement de certaines démarches, les parties pourraient aussi convenir que certaines étapes pourront être utilisées dans une instance judiciaire ultérieure (par exemple, un rapport d'expertise suite à un examen médical ou les notes sténographiques d'un interrogatoire).

Les parties devraient pouvoir informer le tribunal qu'elles ont participé au processus du protocole préjudiciaire, puisque cela est requis par le protocole de l'instance (art. 148 N.C.P.C.) mais ne pourraient divulguer quelque autre information à moins que d'un commun accord les parties veuillent faire valoir tous les efforts consacrés au processus préjudiciaire.

3.8 La renonciation à la prescription

Le législateur a voulu favoriser le recours aux modes privés de règlement en permettant que les parties conviennent de renoncer à la prescription acquise et au bénéfice du temps écoulé pour celle commencée ou convenir de suspendre la prescription pour la durée de la procédure, sans toutefois que cette suspension excède six mois. Autrement, l'arrivée imminente du délai de prescription forcerait les parties à judiciariser le différend.

Dans l'éventualité où l'identité des parties est déterminée mais leur responsabilité ne l'est pas, les avocats pourraient avoir recours au protocole préjudiciaire avec une entente écrite de suspension de la prescription leur permettant d'évaluer le dossier. Ceci pourrait éviter que les parties s'investissent dans une démarche judiciaire vouée à l'échec.

3.9 Les parties conservent la maîtrise de leur dossier

Le principe demeure selon lequel les parties ont la maîtrise de leur dossier, une des composantes essentielles du principe de la contradiction, mais cette liberté accordée aux parties de mener leur dossier à leur guise demeure soumise au respect des principes, des objectifs et des règles de la procédure et des délais établis (art. 19 N.C.P.C.).

Le processus préjudiciaire doit se dérouler dans le respect de l'obligation des parties de coopérer pour limiter l'affaire à ce qui est nécessaire pour résoudre leur litige et cette maîtrise du dossier par les parties se manifeste par la volonté du législateur de souligner leur responsabilité sociale à cet égard au niveau du processus préjudiciaire.

Alors qu'une fois l'instance intentée, le tribunal verra à la saine gestion de l'instance, dans le mode privé de règlement, seules les parties s'assurent de l'efficacité et de l'équité du processus.

Le législateur a même prévu que le tribunal puisse 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 en outre convaincu du sérieux des démarches (art. 156 N.C.P.C.). C'est une incitation de considérer les modes privés de règlement même après avoir porté le différend devant les tribunaux.

3.10 L'arrimage entre la phase préjudiciaire et judiciaire

Le protocole préjudiciaire ne devrait pas avoir pour effet de dédoubler la procédure judiciaire, et ce, afin d'éviter des coûts additionnels et respecter le principe de la proportionnalité.

Nous sommes convaincus que, s'il est bien utilisé, le protocole préjudiciaire peut être efficacement arrimé à la procédure judiciaire conventionnelle et nous référons aux propos du juge de la Cour d'appel, l'honorable Guy Gagnon¹⁵ (alors qu'il était juge en chef de la Cour du Québec) :

« Dans le cas où la voie judiciaire devient inévitable, l'accomplissement des exigences du protocole permettrait aux parties de bénéficier d'un dossier fin prêt pour le procès, plutôt qu'un dossier qui se complèterait au fur et à mesure des exigences procédurales inhérentes à la judiciarisation du litige.

Il n'est donc pas nécessaire de disserter longuement pour entrevoir les grands avantages d'un dossier qui serait pratiquement complet dès la demande en justice introduite. »

¹⁵ Guy Gagnon, *Le «Pre-Action Protocol» fait-il partie de la solution? Réflexion sur la procédure civile*, mars 2009, p. 5 [en ligne].

3.11 Les justiciables qui se représentent seuls

Les justiciables qui se représentent seuls présentent un défi de taille, mais c'est une nouvelle réalité à laquelle le système judiciaire doit s'adapter.

S'ils agissent pour eux-mêmes sans être représentés, les justiciables doivent le faire dans le respect de la procédure établie par le *Code de procédure civile*, incluant les principes directeurs de la procédure, dont le principe de la proportionnalité, et l'obligation des parties de coopérer en s'informant mutuellement, en tout temps, des faits et des éléments susceptibles de favoriser un débat loyal. Tout comme les parties représentées par avocat, les justiciables se représentant seuls doivent informer l'autre partie des faits sur lesquels ils fondent leurs prétentions et des éléments de preuve qu'ils entendent produire.

C'est au niveau de l'entente de confidentialité que le processus préjudiciaire conclu par un justiciable qui se représente seul comporte moins d'assurance que lorsque les parties sont représentées par avocat, lesquels sont soumis à leur code de déontologie.

Par ailleurs, dans la mesure où il est toujours loisible à toute partie de se retirer du processus préjudiciaire sans justification, les risques ne devraient pas éclipser les avantages qu'on peut en retirer, même s'il s'agit d'un justiciable qui se représente seul et qui a tout autant que la partie représentée par avocat l'obligation de considérer un mode privé de règlement avant de s'adresser aux tribunaux.

3.12 La mise au rôle par préférence

Le *Code de procédure civile* aurait-il dû prévoir une mise au rôle plus rapide pour les parties ayant participé à un mode privé de règlement? Ceux qui font appel au mode privé de règlement sont-ils désavantagés puisqu'ils encourent des dépenses et subissent des délais avant que l'instance ne soit débütée?

Manifestement, le législateur a choisi d'énoncer une obligation de considérer le mode privé de règlement comme un incitatif en misant sur un changement de la culture judiciaire.

Dans la mesure où les étapes franchies dans le processus préjudiciaire sont utiles pour bien comprendre les enjeux et recueillir l'information pertinente, les parties devraient constater que ces dépenses et ces délais auraient été de toute façon encourus dans le processus judiciaire et peut-être apprécieront-elles aussi un environnement plus informel pour décider elles-mêmes de la conduite de leur dossier sans devoir être sous la supervision du tribunal quant à la saine gestion de l'instance.

Conclusion

Utilisé à bon escient, le protocole préjudiciaire devrait contribuer à diminuer non seulement les coûts, mais le nombre de recours intentés devant les tribunaux civils, et ce, tout en favorisant une culture d'échange d'information et de recherche de solutions alternatives à la judiciarisation des différends.

C'est un premier pas vers une nouvelle culture judiciaire et les avocats auront un rôle significatif à jouer dans la promotion et l'application de cette nouvelle culture juridique fondée davantage sur la collaboration.

Dans la mesure où le législateur a refusé de préciser les contours du protocole préjudiciaire, il sollicite l'implication des parties ainsi que celle de leurs avocats pour qu'elles trouvent l'approche la plus adaptée aux enjeux du différend qui les concerne.

Et, si le protocole préjudiciaire ne conduit pas au règlement du différend, les parties pourraient considérer que ce n'est pas la fin du processus et envisager un autre mode privé de règlement (médiation, arbitrage).