

L'article 1^{er} du *Nouveau Code de procédure civile* du Québec et l'obligation de considérer les modes de PRD : des recommandations pour réussir un changement de culture.

Jean-François ROBERGE, S. Axel-Luc HOUNTOHOTÉGBÈ,
Elvis GRAHOVIC*

Article 1 of the New Code of Civil Procedure of Quebec. Recommendations enforcing the duty to consider Dispute Prevention and Resolution processes to support a successful cultural shift.

El artículo 1º del *Nuevo Código de Procedimiento Civil de Quebec* y la obligación de considerar los MASC: recomendaciones para lograr un cambio de cultura

O artigo 1.º do Novo Código de Processo Civil do Quebec e a obrigação de considerar os modos de PRC: recomendações para conseguir uma mudança de cultura.

魁北克《新民事诉讼法典》第1条与考虑PRD模式的义务：为成功改革谏言

Résumé

L'obligation de considérer les modes privés de prévention et de règlement des

Abstract

The obligation to consider private dispute prevention and resolution processes

* Jean-François Roberge, professeur agrégé, directeur des programmes en prévention et règlement des différends, Faculté de droit, Université de Sherbrooke; S. Axel-Luc Hountohotegbè, doctorant en droit, chargé de cours en droit et consultant pour le Conseil de la magistrature; Elvis Grahovic, LL.M., stagiaire en droit chez Stikeman Elliott.

différends (PRD) prévue à l'article 1^{er} du *Nouveau Code de procédure civile* (N.C.p.c.) est un élément clé de la réforme de la procédure civile québécoise visant à favoriser l'accès à la justice. Il s'agit d'une invitation à faire évoluer la culture juridique en misant d'abord sur la prévention des différends avant qu'ils soient judiciairisés et par la suite s'ils le sont, sur leur règlement par les mécanismes de justice participative. Nous soumettons que pour que ce changement soit effectif, deux défis devront être relevés, à savoir: (1) l'accessibilité aux modes PRD et (2) leur crédibilité aux yeux des citoyens et du milieu juridique. Nous explorons les limites du cadre législatif et institutionnel actuel par rapport à ces deux défis, puis nous suggérons des pistes de solution inspirées d'expériences de juridictions étrangères ayant vécu des enjeux similaires dans le cadre de la réforme de la procédure civile. Nos recommandations sont une invitation à l'imagination et à l'action que nous proposons aux décideurs publics, aux professionnels du droit et aux citoyens qui détiennent le pouvoir de faire de la réforme un succès... ou pas.

Resumen

La obligación de considerar los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) previsto en el artículo 1^o del *Nuevo Código de Procedimiento Civil* (N.C. de P.C.) es un elemento clave de la reforma del procedimiento civil quebequense que busca favorecer el acceso a la justicia. Se trata de una invitación a la evolución de la cultura jurídica centrándose primero en la prevención de conflictos antes de que sean judicializados y en caso de que lo sean, en la resolución

(DPR) envisioned in Article 1 of the *New Code of Civil Procedure* (N.C.p.c.) is a key element of the reform of Quebec civil procedure aimed at promoting the access to justice. This is an invitation to change the legal culture by first focusing on prevention of disputes before they are judicialized and thereafter on their settlement through participatory justice mechanisms. For the change to be effective, two challenges must be met: (1) accessibility of DPR modes and (2) their credibility in the eyes of the public and the legal community. On the eve of the coming into force of the N.C.p.c., we explore the limits of the current legislative and institutional framework with respect to these two challenges, then we suggest possible solutions inspired by foreign jurisdictions who have had similar challenges in the reform of civil procedure. Our recommendations are an invitation to imagination and action that we propose to policy makers, legal professionals and citizens who have the power to make the reform a success ... or not.

Resumo

A obrigação de considerar os modos privados de prevenção e resolução de controvérsias (PRC) prevista no artigo 1.^o do *Novo Código de Processo Civil* (NCPC) é um elemento-chave da reforma do processo civil quebequense visando a favorecer o acesso à justiça. Trata-se de um convite a fazer evoluir a cultura jurídica colocando ênfase na prevenção de controvérsias antes que elas sejam judicializadas e, na sequência, caso sejam, colocando ênfase em sua resolução por meio de

por los mecanismos de justicia participativa. Consideramos que para que ese cambio sea efectivo, dos desafíos deben ser superados, a saber: (1) la accesibilidad a los MASC y (2) su credibilidad ante los ojos de la opinión pública y el medio jurídico. Nosotros exploramos los límites del marco legislativo e institucional actual en relación con estos dos desafíos, para enseguida sugerir las vías de solución inspiradas en experiencias de jurisdicciones extranjeras que han experimentado retos similares en el contexto de la reforma del procedimiento civil. Nuestras recomendaciones son una invitación a la imaginación y a la acción que nosotros proponemos a los responsables de la toma de decisiones, a los profesionales del derecho y ciudadanos que poseen el poder para hacer que la reforma sea un éxito... o no.

mecanismos de justiça participativa. Sustentamos que, para a mudança ser efetiva, dois desafios deverão ser superados, a saber: (1) a acessibilidade aos modos de PRC e (2) a sua credibilidade aos olhos dos cidadãos e do meio jurídico. Exploramos os limites do quadro legislativo e institucional atual com relação a esses dois desafios; em seguida sugerimos pistas de solução inspiradas em experiências de jurisdições estrangeiras que tenham vivido desafios similares no quadro da reforma do processo civil. Nossas recomendações são um convite à imaginação e à ação que propomos aos tomadores de decisão na esfera pública, aos profissionais do direito e aos cidadãos que detêm o poder de fazer da reforma um sucesso... ou não.

摘要

《新民事诉讼法典》(N. C. p. c.) 第1条规定的考虑私人纠纷预防与解决模式 (PRD) 的义务是魁北克民事程序改革的一个重点, 其宗旨是提升获得司法服务的机会。这是一项推进司法文化变革的努力, 旨在诉诸司法之前先对纠纷进行预防; 当纠纷发生时, 再通过参与性司法机制解决纠纷。我们认为, 想要这一变革卓有成效, 有两大挑战必须解决: 第一, PRD的可达性; 第二: PRD在公众以及法律界人士心目中的可信度。我们将探讨当前立法与制度框架对于这些挑战的局限, 然后我们将根据民事程序改革有过类似挑战的外国经验提出可能性的解决方案。我们的建议乃抛砖引玉, 为决定改革成败的公共决策人、法律专家以及公民提供参考。



Plan de l'article

Introduction	493
I. Renforcer l'accès aux modes de PRD	500
A. Développer un service d'information et d'aiguillage et une politique d'éducation à la justice participative.....	500
B. Prévoir un protocole préjudiciaire modèle qui précise l'obligation de considérer les modes de PRD	505
II. Renforcer la crédibilité des modes de PRD	513
A. Renforcer la responsabilité de l'État comme partie modèle dans le recours aux modes de PRD et élaborer un plan de communication publique qui l'expose	514
B. Favoriser les incitatifs aux modes privés de règlement des différends.....	517
Conclusion	524



Le N.C.p.c propose un « changement de culture »¹ qui s'affirme notamment par une obligation pour les parties de considérer les modes de « prévention et règlement des différends » (PRD)² et une incitation à utiliser ces « procédés empreints d'esprit de justice »³ pour que les citoyens participent à une « justice participative »⁴. Il s'inscrit dans une tendance canadienne⁵ et

¹ Voir le communiqué du 20 février 2014: « Adoption du projet de loi no 28 instituant le nouveau Code de procédure civile – Le ministre de la Justice salue cette avancée en matière d'accès à la justice ». Ces propos font écho à plusieurs mémoires déposés lors des commissions parlementaires sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile (janvier et février 2012) et au projet de loi 28 instituant le nouveau *Code de procédure civile* (septembre 2013). Voir, en ligne: <<http://www.fil-information.gouv.qc.ca/Pages/Article.aspx?motsCles=nouveau%20code%20de%20proc%C3%A9dure%20civile&listeThe=&listeReg=&listeDiff=&type=&dateDebut=2013-01-20&dateFin=2015-11-20&afficherResultats=oui&idArticle=2202206004>> (consulté le 22 novembre 2015).

² *Code de procédure civile*, RLRQ, c. 25.01 (ci-après « N.C.p.c. »), art. 1: « Les modes privés de prévention et de règlement des différends sont choisis d'un commun accord par les parties intéressées, dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né. Ces modes privés sont principalement la négociation entre les parties au différend de même que la médiation ou l'arbitrage dans lesquels les parties font appel à l'assistance d'un tiers. Les parties peuvent aussi recourir à tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquat, qu'il emprunte ou non à ces modes. Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux. »

³ Voir: N.C.p.c., Disposition préliminaire, art. 1-7 et 605-655.

⁴ L'expression « justice participative » tire son origine des travaux de la Commission du droit du Canada publiés en 2003. Après avoir mené des consultations pendant trois ans, la Commission conclut que le citoyen canadien exprime de nouvelles attentes à l'égard du système de justice. La Commission s'exprime comme suit à ce sujet: « [s]elon les résultats de ces consultations, les Canadiens et les Canadiennes souhaitent pouvoir choisir entre plusieurs modes de résolution des conflits, et nombre d'entre eux veulent avoir la possibilité de participer activement au processus de résolution. La Commission croit que la justice participative, en mettant l'accent sur le rétablissement des rapports interpersonnels par le dialogue et sur l'acceptation par les parties de solutions qu'elles ont elles-mêmes élaborées, répond à ce besoin. » (COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Rapport de la Commission du droit du Canada, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 2003, en ligne: <<http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection/JL2-22-2003F.pdf>> (consulté le 9 août 2015).

⁵ COMITÉ D'ACTION NATIONAL SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE, *L'accès à la justice en matière civile et familiale. Une feuille de route pour le changement*, Ottawa, Forum canadien sur la justice civile, octobre 2013; ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Atteindre l'égalité devant la justice: une invitation à l'imagination et à l'action*, Rapport du Comité de l'accès à la justice, 2013; ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Report of the*

mondiale⁶ visant à favoriser l'accès à la justice par l'inclusion des modes de PRD aux réformes de la procédure civile. Avec l'entrée en vigueur du N.C.p.c.⁷, une question cruciale se pose. Sommes-nous prêts? Plus précisément, avons-nous les mesures législatives et institutionnelles nécessaires pour inciter et supporter une évolution des mentalités de traitement des différends?

Notre article est le premier à structurer une réponse complète à cette question et à proposer des recommandations concrètes pour faire évoluer la culture juridique grâce à l'apport des modes de PRD⁸. Pour comprendre la culture juridique québécoise, il nous faut connaître le droit substantif mais aussi nos idées sur le droit, les sentiments qu'il provoque et les attitudes que nous entretenons à son égard⁹. Le professeur Guy Rocher suggère la coexistence d'une culture juridique professionnelle avec une culture juridique profane¹⁰. La première est présente chez les avocats, notaires,

Canadian Bar Association Task Force on Systems of Civil Justice, 1996; ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN et Bonita THOMPSON, *Task Force on Alternative Dispute Resolution, Alternative Dispute Resolution: A Canadian Perspective*, 1989; Edward N. HUGHES, *Access to Justice, The Report of The Justice Reform Committee*, British Columbia Ministry of the Attorney General, 1988; T.G. ZUBER, *Report of the Ontario Courts Inquiry*, Ontario Ministry of the Attorney General, 1987.

⁶ Voir notamment la législation sur la médiation des pays membres de l'Union européenne, *Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, en ligne: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32008L0052>> (consulté le 9 août 2015).

⁷ L'adoption du N.C.p.c. a eu lieu le 20 février 2014. Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

⁸ L'article 1 et l'obligation de considérer les modes des PRD est une préoccupation sérieuse pour les juristes québécois et elle a fait l'objet de conférences publiques. Voir notamment: CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC, «L'obligation de considérer les modes privés de prévention et règlement des différends», Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, 17 février 2015; ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, «L'obligation des parties de considérer les modes privés de prévention et de règlement des différends en vertu du nouveau C.p.c.: Impact sur les avocats et la pratique», Montréal, 19 mars 2015.

⁹ Voir notamment: Guy ROCHER, «Les cultures juridiques professionnelles et profanes», (2007) 5 *Revue de Prévention et de Règlement des Différends* 1; Adrian POPOVICI, «Libres propos sur la culture juridique québécoise», (2009) 54 *RD McGill* 223; Daniel JUTRAS, «Culture et droit processuel: le cas du Québec», (2009) 54 *R.D. McGill* 273.

¹⁰ Pour plus d'information sur les cultures juridiques professionnelle et profane, voir: G. ROCHER, préc., note 9.

magistrats et juristes ayant fait de la connaissance du droit leur profession. La seconde vise tous les citoyens qui n'œuvrent pas parmi les professionnels du droit. Cette dernière identifie plus fortement le droit avec la justice, s'attendant à ce que le droit permette un idéal de pacification dans l'ensemble de la société. De plus, il existe à leur niveau un déficit de connaissances quant aux différents procédés permettant de régler les différends et d'atteindre leur idéal de justice. Actuellement, l'inégalité de statut entre les cultures juridiques professionnelle et citoyenne est apparente. Les professionnels jouissent d'une autorité de par leur savoir du droit, que les citoyens ordinaires n'ont pas. Cet avantage confère aux professionnels un pouvoir qui leur permet de dominer les rapports avec les citoyens qui font appel à leurs services¹¹. Or, la culture professionnelle québécoise semble réfractaire au changement¹². On peut voir dans cette dominance et ce conservatisme, couplé au déficit de connaissances des citoyens, un des défis de l'accès à la justice.

Le défi de la réforme de la procédure civile québécoise actuelle est d'inspirer un changement à la fois auprès des cultures juridiques professionnelle et citoyenne. En agissant sur les deux, celles-ci peuvent s'inter-influencer dans leurs idées et jugements à l'égard du droit et de la justice. C'est ici qu'entre en jeu une vision renouvelée de l'interaction entre les modes de PRD et la justice¹³. Comment la réforme de la procédure civile utilise-t-elle

¹¹ *Id.*, 11.

¹² Pierre NOREAU et Mario NORMANDIN, « L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance », (2012) 71 *R. du B.*, 207, 214; Yves-Marie MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile. État provisoire des questions. », (2009) 50 *C. de D.* 381, 412 et 413.

¹³ Dans une étude historique sur la justice et les modes amiable de règlement des différends en France, le professeur Boris Bernabé rappelle que depuis le moyen-âge, l'État royal français tout comme les révolutionnaires ont un idéal de justice qui allie à la fois la concorde pacificatrice et la vérité judiciaire. L'étude du serment du sacre des rois l'amène à la conclusion que la justice est une vertu cardinale qui s'actualise par une séquence précise: « D'abord la paix (la concorde), ensuite l'équité en toutes circonstances (c'est-à-dire la justice, en dehors des procès), enfin la justice dans les procès. » En ce qui concerne la période révolutionnaire, le professeur Bernabé cite Joseph Prugnon, député aux États généraux de 1789 et à l'Assemblée constituante: « Rendre justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès, c'est la première. Il faut que la société dise aux parties: Pour arriver au temple de la justice, passez par celui de la concorde. J'espère qu'en passant, vous transigerez. » (Boris BERNABÉ, « Une vision historique de la médiation judiciaire. Deuxième essai de génétique juridique », dans Filali OSMAN (dir.), *La médiation en matière civile et commerciale*, Bruxelles, Bruylant,

les modes de PRD comme levier auprès des citoyens et des professionnels du droit pour faire évoluer les mentalités? Notons d'abord que le N.C.p.c. est cohérent avec la tendance jurisprudentielle valorisant le règlement amiable du différend judiciarisé dans le meilleur intérêt de l'administration de la justice. C'est pour cette raison que la Cour suprême du Canada reconnaît un privilège de confidentialité aux négociations visant un règlement extrajudiciaire¹⁴. Notons ensuite que le N.C.p.c. permet aux juges de suspendre, à leur discrétion, le déroulement de l'instance si les parties décident d'un commun accord de tenter de régler le litige en ayant recours à la médiation ou à une conférence de règlement à l'amiable (« CRA »)¹⁵. Rappelons que depuis 2003, le *Code de procédure civile* invite les juges à jouer un rôle actif de conciliation entre les parties et que les résultats sur l'accès à la justice sont positifs¹⁶. Les avocats et les notaires sont aussi interpellés vers une évolution de la culture juridique professionnelle par l'en-

p. 17, aux pages 18 et 19, citant *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, XVI, 7 juill. 1790, p. 738 et 739.

¹⁴ À plus d'une reprise, la Cour suprême du Canada a confirmé l'importance des règlements extrajudiciaires et de la confidentialité des négociations en vue de parvenir à un règlement. Voir: *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, 2014 CSC 35, par. 3: « Ma décision tient compte de l'avantage prépondérant pour le public de favoriser le règlement extrajudiciaire des différends, quels que soient les moyens juridiques mis en œuvre pour parvenir à un règlement. Pour les motifs qui suivent, j'estime que les parties sont libres de signer des contrats de médiation qui assurent une protection de la confidentialité différente de celle que procure la common law. Les parties peuvent ainsi obtenir les mesures de protection qu'elles jugent importantes et négocier un règlement en toute liberté et en toute franchise, réalisant de ce fait le même objectif que le privilège relatif aux règlements: favoriser les règlements. »; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, par. 81: « La préservation de la confidentialité des négociations en vue d'un règlement constitue un objectif d'ordre public d'une importance capitale, et rien dans les présents motifs ne devrait être interprété comme dérogeant à ce principe. »

¹⁵ N.C.p.c., art. 153, 156, 158 et 163.

¹⁶ Pour une étude empirique de la CRA à la Cour supérieure du Québec et à la Cour du Québec, voir: Jean-François ROBERGE, *Le sentiment d'accès à la justice et la conférence de règlement à l'amiable. Rapport préliminaire de recherche sur l'expérience des justiciables et avocats à la Cour supérieure du Québec et à la Cour du Québec*, rapport du Barreau du Québec, décembre 2014, en ligne: <http://www.tribunaux.qc.ca/c-superieure/pdf/rech_exp_justiciables_cs_cq.pdf> (consulté le 9 août 2015). Pour une perspective sur l'historique et les principes de la CRA au Québec, voir: Louise OTIS et Eric H. REITER, « A New Phenomenon in the Transformation of Justice », (2006) 6 *Pepp. Disp. Resol. L.J.* 351.

tremise du nouveau *Code de déontologie des avocats*¹⁷ et par le *Code de déontologie des notaires*¹⁸ qui exigent qu'ils informent, conseillent et encouragent les modes de règlements amiables.

En ce qui concerne les citoyens, leur responsabilisation à l'égard de l'objectif public de favoriser le règlement extrajudiciaire se manifeste par une obligation de considérer les modes de prévention des différends avant d'introduire un recours judiciaire. D'ailleurs, nous avançons que cette obligation des parties de considérer les modes amiables de règlement des différends se poursuit tout au long de l'instance. En effet, les parties ont la maîtrise de leur dossier¹⁹, qu'elles doivent mener dans un esprit de coopération, d'équilibre et de transparence²⁰ par le choix « des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes »²¹. L'obligation en continue de considérer les modes de PRD semble ainsi cohérente avec l'esprit du N.C.p.c. qui s'affirme par les principes directeurs énoncés dans la disposition préliminaire.

Au Québec, cet appel à évolution de l'approche de traitement des différends s'est concrétisé par la signature, le 13 novembre 2014, de la *Déclaration de principe sur la justice participative* par la ministre de la Justice du Québec ainsi qu'une soixantaine d'intervenants du milieu juridique (barreaux, tribunaux, universités, organismes publics, parapublics ou communautaires, etc.). Cette déclaration de principe souligne l'obligation d'envisager le recours aux modes de prévention et de règlement des différends avant de les judiciariser et engage ses signataires à promouvoir la justice participative dans ses relations et ses activités professionnelles²². À l'occasion de

¹⁷ Le nouveau Code de déontologie des avocats a été adopté en mars 2015. Voir : *Code de déontologie des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 3.1, art. 42 : « Tout 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. »

¹⁸ *Code de déontologie des notaires*, RLRQ, c. N-3, r. 2, art. 3 : « Le notaire doit favoriser les mesures de formation et d'information du public dans les domaines où il exerce sa profession. Il doit également, en matière de règlements des conflits, favoriser toute mesure susceptible d'encourager les règlements amiables et ainsi informer le public des mécanismes offerts. »

¹⁹ N.C.p.c., art. 19.

²⁰ *Id.*, art. 18 et 20.

²¹ *Id.*, disposition préliminaire al. 2.

²² BARREAU DE MONTRÉAL, *Déclaration de principe sur la justice participative*, en ligne : <<http://www.barreaudemontreal.qc.ca/sites/default/files/declarationjusticeparticipative.pdf>>

la 7^e édition de la Table ronde annuelle sur la justice participative du Barreau de Montréal, l'honorable François Rolland, alors juge en chef de la Cour supérieure du Québec, lançait une invitation à la communauté juridique à prendre dès maintenant le virage de la justice participative²³.

L'hypothèse que nous avançons dans cet article est que pour réussir ce changement de culture juridique dans l'approche de traitement des différends, il faudra relever le double défi de l'accès aux modes de PRD et de leur *crédibilité*²⁴. Améliorer l'accès aux modes de PRD concerne la *connaissance* que les citoyens ont de ces mécanismes pour évaluer s'ils sont adéquats dans le contexte. Il faut d'abord répondre au besoin d'information

(consulté le 9 août 2015): «LES SIGNATAIRES DE CETTE DÉCLARATION S'ENGAGENT À : 1. Promouvoir la justice participative, notamment en favorisant : • la diffusion d'une information complète concernant les choix offerts aux citoyens; • le recours à la justice participative et l'implication des citoyens dans la mise en oeuvre des modes de résolution des conflits; • l'intégration des concepts de la justice participative dans les relations et activités tant civiles que commerciales; • l'éducation et la recherche sur la justice participative; • le développement de toute autre mesure établissant un sentiment de justice chez le citoyen. 2. Appuyer la création d'une journée annuelle célébrant la justice participative, faisant sa promotion et favorisant son intégration dans la société.»

²³ L'honorable juge Rolland s'exprimait ainsi: «[l]e tribunal ne peut tout simplement plus être le premier forum auquel on s'adresse pour régler un litige. Preuve est faite que la judiciarisation répond mal aux besoins de nos concitoyens qui souhaitent une solution pratique et expéditive à leurs problèmes, à des coûts raisonnables. [...] C'est dans cet esprit qu'existe la justice participative. Adhérer à une démarche de justice participative, c'est aller au-delà des solutions uniquement basées sur une logique de droits et d'affrontement, pour privilégier, d'abord et avant tout, des solutions axées sur les besoins des clients et la coopération.» [...] «Il ne s'agit pas de décider pour le client de ce qui est bon pour lui, mais de l'aider à décider lui-même de ses objectifs, de la meilleure voie à emprunter pour les atteindre, et de l'assister pour y arriver. [...] L'accès à la justice demeure un énorme problème. Plusieurs des solutions sont connues. La justice participative en est une de premier choix. Reste à les mettre en oeuvre. Cette déclaration est un autre pas. Mais il faut plus que des mots. Il faut aussi des gestes concrets. Le législateur nous donne les outils pour agir. À nous de faire le reste du chemin.» (François ROLLAND, *La justice participative*, 7^e Table ronde sur la justice participative du Barreau de Montréal, Club Saint James, Montréal, 13 novembre 2014).

²⁴ Ce double défi de la pertinence et de la crédibilité existe partout où une réforme de la procédure civile implique les modes de PRD, peu importe le niveau socioéconomique. Voir notamment: INVESTMENT CLIMATE ADVISORY SERVICES OF THE WORLD BANK GROUP, *Alternative Dispute Resolution Guidelines*, 2011, en ligne: <<http://documents.banque-mondiale.org/curated/ft/2011/06/16632133/alternative-dispute-resolution-guidelines>> (consulté le 9 août 2015).

des citoyens pour ensuite favoriser leur utilisation. Améliorer la crédibilité concerne la *confiance* que les citoyens accordent aux modes de PRD en tant que procédés de justice légitimes et efficaces. Actuellement, aucun règlement d'application n'est prévu pour la mise en œuvre du code. De plus, aucun crédit budgétaire n'a été annoncé spécifiquement pour mettre en œuvre la réforme²⁵.

Nous explorons dans cet article les limites du cadre législatif et institutionnel actuel, puis nous contribuons au développement des connaissances et des pratiques en proposant des recommandations. Plusieurs seront inspirées d'expériences de juridictions étrangères ayant vécu les mêmes défis dans le cadre de la réforme de la procédure civile. Notre choix de juridictions s'appuie sur une diversité de pays et de systèmes juridiques. Nous référerons principalement aux autres provinces canadiennes, à l'Angleterre, à l'Australie, aux Pays-Bas et à la Norvège, mais aussi à la France, à la Nouvelle-Zélande, à l'Italie, à Singapour et à l'Afrique du Sud. La procédure civile québécoise s'inspire elle-même de plusieurs traditions juridiques²⁶. Nos recommandations sont les suivantes : (1) Développer un service d'information et d'aiguillage en PRD et une politique d'éducation sur la justice participative ; (2) Prévoir un protocole pré-judiciaire modèle qui précise l'obligation de considérer les modes de PRD ; (3) Renforcer la responsabilité de l'État comme partie modèle dans le recours aux modes de PRD et élaborer un plan de communication publique qui l'expose ; (4) Prévoir des incitatifs au recours aux modes privés de règlement des différends. Elles sont une invitation à l'imagination et à l'action²⁷ que nous proposons aux décideurs publics et aux professionnels du droit qui détiennent le pouvoir de faire de la réforme un succès... ou pas.

²⁵ Notons que le Fonds Accès Justice ne prévoit pas d'appel de projets en 2014-2015, ce qui aurait pu être une occasion pour impliquer les citoyens et la communauté juridique dans la préparation de la mise en œuvre de la réforme (en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/programmes/fonds_acces_justice/accueil.htm> (consulté le 9 août 2015)). Voir : *Loi instituant le Fonds Accès Justice*, L.Q. 2013, c. 3, en ligne : <<http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2012C3F.PDF>> (consulté le 9 août 2015).

²⁶ Voir notamment : Axel-Luc HOUNTOHOTEGBE, « De l'ombre à la lumière : l'hypothèse de la renaissance de la filiation romano-germanique de la procédure civile québécoise », (2015) 60 *R.D. McGill* 215 ; D. JUTRAS, préc., note 9 ; Y.-M. MORISSETTE, préc., note 12.

²⁷ ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*, préc., note 5.

I. Renforcer l'accès aux modes de PRD

Le défi de l'accès aux modes de PRD demeure le premier écueil qui pourrait inhiber le changement de culture dans le traitement des différends. Il faut améliorer l'accès à l'information relative aux modes de règlement des conflits car plusieurs questions demeurent pour le citoyen. Que sont les modes de PRD? Quels sont leurs avantages? Quand sont-ils appropriés? Comment peut-on persuader l'autre partie d'y participer? Comment peut-on s'y préparer? Que pouvons-nous attendre lors du processus? Qui sont les fournisseurs de services en PRD? Comment peut-on rejoindre un praticien pour mettre en œuvre un des modes de PRD? Nous soumettons pour réflexion deux recommandations pour relever le défi de l'accès aux modes de PRD.

A. Développer un service d'information et d'aiguillage et une politique d'éducation à la justice participative

Selon plusieurs rapports canadiens, la prévention des différends avant le recours au système de justice civile est un défi important²⁸. Le défi de la complexité du système de justice civile s'ajoute ensuite pour le citoyen qui choisit la voie judiciaire²⁹. Le N.C.p.c. prévoit une obligation de considérer les modes de PRD à l'article 1^{er} avant de s'adresser aux tribunaux, mais un manque d'information sur les modes de PRD peut y faire obstacle. Le même besoin d'information peut se poser lorsque le différend est judiciairisé. Combien de temps faudra-t-il avant que le réflexe de recourir aux modes de PRD ne s'installe? Pour accélérer ce changement de culture qui

²⁸ COMITÉ D'ACTION NATIONAL SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE, préc., note 5, p. 9 et 12; ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Atteindre l'égalité devant la justice: une invitation à l'imagination et à l'action*, préc., note 5, p. 69 à 71.

²⁹ COMITÉ D'ACTION NATIONAL SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE, préc., note 5, p. 9; ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Atteindre l'égalité devant la justice: une invitation à l'imagination et à l'action*, préc., note 5, p. 51 et 79 à 81; ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Vers le futur. Réforme de la justice civile du Canada. 1996 à 2006 et au-delà*, décembre 2006, en ligne: <<http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2006/shone-final-fr.pdf>> (consulté le 9 août 2015); ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Rapport du Groupe de travail sur les systèmes de justice civile*, août 1996, p. 12, en ligne: <http://www.cba.org/ABC/Pubs_f/pdf/systemscivil_fr.pdf> (consulté le 9 août 2015).

valorise la prévention et le règlement amiable, nous pouvons nous inspirer des initiatives suggérées au Canada et ailleurs dans le monde.

Au Canada, l'une des pistes de solution prometteuse qui a été la plus explorée est le développement d'un service d'information et d'aiguillage qui peut prendre plusieurs formes. Le Comité national d'action suggère un « Secteur des Services de Règlement Rapide » (SSRR) comme service de première ligne³⁰. Le SSRR agirait notamment en prévention par de l'information et de l'éducation portant sur les modes de PRD³¹. En 2006, un comité de réforme de la procédure civile en Colombie-Britannique suggérerait de créer un « centre unique d'information et d'assistance pour la résolution des problèmes » (« Information/Assistance Hub ») accessible par téléphone et Internet. Il a été suggéré que le gouvernement provincial le mette en œuvre, secondé par un comité consultatif représentatif des bénéficiaires du service³². Le but principal de ce centre serait de favoriser une

³⁰ Le SSRR est composé de services tels que : • l'éducation juridique du public et des communautés ; • le triage (c.-à-d., l'aiguillage des gens vers les services appropriés) ; • les services bénévoles ; • les autres services en personne, par téléphone et d'aiguillage par moyen électronique ; • l'aide intermédiaire à l'orientation (une aide visant à déterminer les problèmes juridiques et à les relier avec d'autres services, notamment juridiques) ; • les services d'information juridique par moyen électronique et par téléphone. • les programmes de publications juridiques et les services fournis en personne et au moyen de bibliothèques de droit virtuelles ; • les programmes de règlement des différends (par exemple, la médiation et les services de réconciliation pour la famille, la médiation relative aux petites créances, la médiation relative aux affaires civiles de moindres coûts, etc.) ; • divers services d'aide juridique, dont les cliniques juridiques, les programmes de certificat, les avocats de service, etc. ; • les centres de justice communautaires ; • le regroupement des services ; • les services de soutien aux étudiants, dont les services cliniques, les initiatives de médiation étudiantes, les programmes d'intérêt public, etc. ; et • autres ; » (COMITÉ D'ACTION NATIONAL SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE, préc., note 5, p. 12 et 13).

³¹ Dans l'ensemble, le SSRR est conçu pour fournir des ressources qui : • aident les gens à clarifier la nature du droit et des problèmes qui ont une composante juridique ; • aident les gens à renforcer leur capacité juridique, à gérer les conflits, à régler plus tôt les problèmes par eux-mêmes et/ou à obtenir rapidement une aide appropriée ; • favorisent la compréhension rapide et le règlement extrajudiciaire des problèmes au moyen de mécanismes de règlement des différends et/ou par les parties elles-mêmes [...] » (*Id.*, p. 13).

³² « The first recommendation involves the introduction of a “hub,” a single place where people can go to get the information and services they require to solve legal problems on their own. The hub will: coordinate and promote existing legal-related services; provide legal information; establish a multidisciplinary assessment/triage service to diagnose the legal problem and provide referrals to appropriate services, and provide

résolution du conflit efficace, notamment par l'usage des modes de PRD s'ils sont appropriés³³. Depuis, un service unique a été mis sur pied en 2011 visant à favoriser l'accès à l'information et au recours à la médiation en Colombie-Britannique³⁴. De plus, une loi visant le règlement hâtif en ligne des différends, le « Civil Resolution Tribunal Act », a été adoptée en 2012 et le tribunal est opérationnel depuis 2015³⁵.

En complément au service d'information et d'aiguillage, nous pourrions favoriser davantage le recours aux modes de PRD par la création d'une liste de références regroupant des professionnels en PRD. Cette liste accessible au public pourrait être consultée par les parties intéressées à recourir aux modes de PRD. Ce service de références existe au sein de plusieurs juridictions au Canada et dans le monde³⁶. Les spécialistes inscrits sur la liste des services d'information et d'aiguillage devraient adhérer à un encadrement qui pourrait comprendre certaines conditions telles que

access to legal advice and representation if needed through a clinic model.» (BRITISH COLUMBIA JUSTICE REVIEW TASK FORCE, *Effective and Affordable Civil Justice*, November 2006, p. v, 5 et 83 à 86, en ligne: <http://www.ag.gov.bc.ca/public/bcjusticereview/cjrwg_report_11_06.pdf> (consulté le 9 août 2015).

³³ «The present civil justice system requires people to embark on a complex journey in order to resolve their problem. Unless a person has enough resources to hire a lawyer at the outset, there is no single place that the person can go to get the information and assistance he or she needs to resolve the legal problem. Our aim is to ease that journey, by: • promoting dispute prevention • encouraging early and direct problem-solving • making information, processes and services available in one place • providing a guide to help people select the best processes for their problem, and • assisting people in manoeuvring through the processes they have selected to reach a resolution.» (*Id.*, p. 3).

³⁴ Voir: *Mediate BC*, en ligne: <<http://www.mediatebc.com/>> (consulté le 9 août 2015).

³⁵ Pour un résumé des informations importantes concernant le Civil Resolution Tribunal Act, voir, en ligne: <<http://www.civilresolutionbc.ca/>> (consulté le 22 novembre 2015). Pour le texte de la loi, voir: *Civil Resolution Tribunal Act*, Bill 44, 2012, en ligne: <http://www.leg.bc.ca/39th4th/3rd_read/gov44-3.htm> (consulté le 9 août 2015).

³⁶ Plusieurs modèles existent. Nous en relevons trois. Le premier est un service centralisé public (par exemple, le Dispute Resolution Office en Saskatchewan, voir, en ligne: <<http://www.justice.gov.sk.ca/disputeresolutionoffice>> (consulté le 9 août 2015). Le deuxième est un service centralisé indépendant subventionné comme c'est le cas en Colombie-Britannique avec Mediate BC. Voir, en ligne: <<http://www.mediatebc.com/>> (consulté le 9 août 2015). Le troisième est délocalisé et coordonné, par exemple, les « Local Mediation Committee » de Ottawa, Toronto et Windsor associés au programme de médiation obligatoire en Ontario. Voir, en ligne: <<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/courts/manmed/>> (consulté le 9 août 2015).

l'éducation, la formation continue, une rémunération prévue par tarifs règlementaires, etc. L'inscription sur la liste de références devrait être soumise à des critères qui représentent un juste équilibre entre, d'une part, la nécessité de qualification et de formation pour assurer un service de qualité indispensable à la sécurité du public et, d'autre part, la diversité des processus d'intervention, des formes des modes de PRD et le cursus multidisciplinaire des intervenants qui en constitue une richesse.

Le besoin d'information et d'aiguillage des justiciables pourrait aussi être rempli par des partenaires pour qui offrir ces services est compatible avec leur mandat. L'Association du Barreau canadien souligne la contribution que peuvent jouer les centres juridiques communautaires déjà existants, notamment les Centres de justice de proximité au Québec³⁷. Les universités québécoises pourraient également jouer un rôle par l'établissement de cliniques juridiques étudiantes offrant de l'information générale sur le continuum des modes de prévention et règlement des différends. Une « ligne téléphonique PRD » pourrait également être mise en service³⁸.

Il semble juste d'affirmer que seul un effort coordonné de tous les acteurs de la société permettra un véritable changement de culture dans la prévention et le règlement des différends. Dans cette optique, l'éducation sur les modes de PRD et l'accès à la justice est une mesure incontournable pour favoriser un changement de culture. Le Comité d'action national le souligne d'ailleurs³⁹. Le gouvernement devrait coordonner son effort de changement de culture initié par le N.C.p.c. en impliquant le système d'éducation, et ce, à tous les niveaux, allant de l'école primaire aux universités et aux écoles de formation professionnelle et continue. L'effort d'éducation devrait non seulement viser les professionnels œuvrant dans le domaine de la prévention et le règlement des différends, mais aussi le citoyen. Plus particulièrement, le Comité national exhorte les facultés de droit à mettre au point des programmes de recherche et d'enseignement afin de développer « [d]es habiletés accrues fondées sur l'apprentissage qui

³⁷ ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Atteindre l'égalité devant la justice: une invitation à l'imagination et à l'action*, préc., note 5, p. 51 et 79 à 83.

³⁸ Une ligne de service 111 (Article 1 du Titre 1 du Livre 1 du Nouveau Code de procédure civile), inspiré des initiatives 911 ou 411, pourrait être développée dans le plan de communication pour supporter les citoyens à respecter leur obligation de considérer les modes de PRD.

³⁹ COMITÉ D'ACTION NATIONAL SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE, préc., note 5, p. 25.

sont axées sur le règlement consensuel des différends, le règlement extrajudiciaire de différends et les autres habiletés de règlement non contradictoires»⁴⁰. Bien que la majorité des facultés de droit québécoises offrent présentement des cours optionnels de premier cycle traitant de la justice participative, nous proposons l'institution d'un cours obligatoire dont l'objet central devrait être l'accès à la justice et le rôle du juriste en justice participative, et ce, dès la première année du baccalauréat en droit⁴¹. Cette mesure permettra aux juristes québécois de mieux répondre à leur obligation déontologique de renseigner leurs clients sur les modes amiables de résolution de conflits⁴².

Le Comité national suggère qu'une responsabilité conjointe existe en ce qui concerne l'information destinée aux citoyens, car « [l]es ministères de la Justice, les associations de barreau, les écoles de droit, les médiateurs, les praticiens qui collaborent, les fournisseurs de VIJ et — dans la mesure appropriée — la magistrature devraient contribuer à l'éducation du public et à sa compréhension de la nature des valeurs de collaboration et de la disponibilité des procédures de règlement consensuel de différends (RCD) dans le système de justice familiale. »⁴³ Nous soulignons l'initiative novatrice d'Éducaloi au Québec qui a créé un document éducatif sur la justice participative destiné à appuyer des juristes bénévoles intéressés à sensibiliser les élèves des écoles secondaires⁴⁴.

⁴⁰ ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Atteindre l'égalité devant la justice: une invitation à l'imagination et à l'action*, préc., note 5, p. 25.

⁴¹ Pour une liste détaillée des cours et programmes offerts par les universités québécoises en matière de justice participative, voir, en ligne: <<http://www.barreaudemontreal.qc.ca/avocats/justice-participative>> (consulté le 9 août 2015).

⁴² *Code de déontologie des avocats*, préc., note 17, art. 42: « Tout 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. ». Pour les notaires, voir l'article 3 de leur code de déontologie: « 3. Le notaire doit favoriser les mesures de formation et d'information du public dans les domaines où il exerce sa profession. Il doit également, en matière de règlements des conflits, favoriser toute mesure susceptible d'encourager les règlements amiables et ainsi informer le public des mécanismes offerts. » (*Code de déontologie des notaires*, préc., note 18, art. 3).

⁴³ COMITÉ D'ACTION NATIONAL SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE, préc., note 5, p. 19.

⁴⁴ Voir, en ligne: <https://www.educaloi.qc.ca/sites/all/files/ATL_Guide_justice_participative.pdf> (consulté le 22 novembre 2015).

D'ailleurs, une culture de PRD bien implantée dans un pays où les modes amiables sont connus, accessibles et abordables semble avoir un impact sur la qualité de sa justice civile. En effet, trois des quatre pays s'étant les mieux classés dans le Rule of Law Index 2014 du World Justice Project⁴⁵, soit la Norvège, les Pays-Bas et le Danemark, possèdent une forte culture juridique bien établie depuis des siècles qui prône le recours aux modes alternatifs de prévention et de règlement des différends avant le recours aux tribunaux⁴⁶.

B. Prévoir un protocole préjudiciaire modèle qui précise l'obligation de considérer les modes de PRD

L'article 1^{er} al. 3 du N.C.p.c est un levier significatif de la réforme visant à faire évoluer la culture juridique⁴⁷. L'obligation faite aux parties de

⁴⁵ THE WORLD JUSTICE PROJECT, *WPJ Rule of Law Index 2014*, en ligne : <<http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index>> (consulté le 9 août 2015). L'index dresse le portrait du degré d'adhésion à l'État de droit dans une nation au moyen de 47 résultats (ou sous-facteurs) organisés autour de neuf dimensions, dont la justice civile. Le facteur sept concernant la justice civile évalue dans quelle mesure les gens ordinaires peuvent résoudre leurs conflits pacifiquement et efficacement dans le système de justice civile. Parmi les sept sous-facteurs liés à la justice civile, on retrouve notamment, d'une part, le niveau d'accessibilité du système judiciaire et, d'autre part, le niveau d'accessibilité, d'impartialité et d'efficacité des systèmes de médiation et d'arbitrage.

⁴⁶ Anniken Kari SPERR, « Regulation of Dispute Resolution in Norway: Vertical and Horizontal Regulatory Strategies », dans Felix STEFFEK et Hannes UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 329, à la page 335; Anna NYLUND, « The Many Ways of Civil Mediation in Norway », dans Laura EVRO et Anna NYLUND (dir.), *The Future of Civil Litigation*, New York, Springer, 2014, p. 97; Lin ADRIAN, « Regulation of Dispute Resolution in Denmark. Mediation, Arbitration, Boards and Tribunals », dans Felix STEFFEK et Hannes UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 115; Machteld PEL, « Regulation of Dispute Resolution in the Netherlands. Does Regulation Support or Hinder the Use of ADR? », dans Felix STEFFEK et Hannes UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 297.

⁴⁷ Voir M. Bertrand SAINT-ARNAUD, ministre de la Justice, lors des débats parlementaires : « [...] Bien qu'elle 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 la fonction des juristes, qui devraient désormais présenter à leurs clients un ensemble de possibilités pour la résolution des conflits. » (QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 1^{ère} sess., 40^e législature, 8 octobre 2013, « Étude

considérer les modes de PRD avant de s'adresser à un juge et pendant la procédure judiciaire met l'accent sur les modes privés de PRD qui sont désormais intégrés à la justice civile⁴⁸. Pour respecter cette obligation, les parties sont contraintes de faire un examen attentif et critique des modes de PRD. Le dictionnaire Petit Robert définit ainsi le verbe « considérer » : « [e]nvisager par un examen attentif, critique ». Les verbes « apprécier », « étudier », « examiner », « observer » et « peser » sont présentés comme ayant un rapport de sens avec le verbe « considérer ». Nous soumettons qu'il s'agit d'une obligation préjudicielle qui incombe au demandeur de respecter avant d'intenter son action en justice. Le défaut par le demandeur d'exécuter l'obligation préjudicielle de considération accorderait au défendeur le droit de demander au tribunal la suspension de l'instance le temps que cette obligation soit exécutée. Sans faire perdre aucun droit, un tel défaut avant l'introduction de l'action pourrait être remédié en cours d'instance afin de tenter de « résoudre un différend déjà né », comme l'énonce l'alinéa 1^{er} de l'article 1 du N.C.p.c.

Cette obligation de considérer les modes de PRD devrait se manifester par des comportements mesurables. Par exemple, une partie peut offrir à son vis-à-vis de participer à un mode amiable privé lors de la mise en demeure ou en réponse à celle-ci, lors de l'avis d'assignation du demandeur (article 145 N.C.p.c.) ou de la réponse du défendeur à celle-ci (article 147 N.C.p.c.) et lors de l'établissement du protocole d'instance (article 148, al. 1 N.C.p.c.). Pour le moment, aucune mesure législative ou institutionnelle n'est prévue pour rendre concrète et mesurable cette obligation de considérer les modes de PRD et nous craignons qu'elle demeure donc un vœu pieux, ce qui ne permettrait pas une évolution de la mentalité de traitement des différends. Les tribunaux disposent donc de peu de balises dans l'usage de leur pouvoir général de sanction pour frais de justice prévu à l'article 341 al. 2 N.C.p.c.

Par rapport à plusieurs autres juridictions canadiennes, le législateur québécois a choisi une approche peu contraignante, soit celle de « considé-

détaillée du projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile », 16h00 (M. Saint-Arnaud), en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-28-40-1.html>> (consulté le 9 août 2015)).

⁴⁸ Voir M. Bertrand SAINT-ARNAUD, ministre de la Justice, lors des débats parlementaires : « [c]et article dont je viens de faire la lecture [l'article 1 du N.C.p.c.] établit dès le départ que les modes privés de prévention et de règlement des différends sont inclus dans la notion de justice civile » (*Id.*).

rer» les modes de PRD. Nous ne remettons pas ce choix en question. Il permet de respecter le caractère intrinsèquement volontaire des modes de PRD mentionné à l'article 2 du N.C.p.c.⁴⁹. Pour alimenter la réflexion, nous soulignons tout de même que le législateur aurait pu choisir une obligation plus contraignante, soit celle d'assister à une « séance d'information obligatoire »⁵⁰ ou encore d'en rendre l'usage obligatoire, soit parce qu'une partie le demande⁵¹, soit comme une étape préalable par défaut avant le procès⁵².

À l'instar du Québec, d'autres juridictions à l'échelle internationale ont fait face au même défi de faire évoluer la culture de règlement des différends par l'usage des modes de PRD. Nous explorerons les choix législatifs faits en Angleterre en ce qui concerne les « protocoles préjudiciaires » (**pre-action protocol**), en Australie par rapport aux « déclarations de mesures véritables » (genuine steps statement) et en Norvège avec, notamment, l'obligation de faire une « tentative sérieuse de règlement » (strong attempt at settlement). Au sein de ces juridictions, l'obligation de considérer les modes de PRD est rendue concrète par l'adoption de protocoles préjudiciaires qui précisent des comportements à poser, comme le prévoit le modèle anglais, ou encore par la rédaction d'un règlement complémentaire d'application, tel que l'illustre le modèle australien qui propose une liste non exhaustive de comportements permettant de se conformer à l'obligation de considération. L'approche norvégienne propose quant à elle un modèle à paliers d'obligations qui complète les deux approches précédentes.

⁴⁹ N.C.p.c., art. 2: « Les parties qui s'engagent dans une procédure de prévention et de règlement des différends le font volontairement. [...] ».

⁵⁰ Le législateur québécois a fait ce choix en matière familiale au Québec. Voir les articles 417-424 et 616- 619 N.C.p.c.

⁵¹ BRITISH COLUMBIA MINISTRY OF JUSTICE, « Notice to Mediate », en ligne: <<http://www.ag.gov.bc.ca/justice-access-centre/victoria/mediation/info/notice.htm>> (consulté le 9 août 2015).

⁵² Ontario (voir, en ligne: <<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/courts/manmed/>> (consulté le 9 août 2015)), Saskatchewan (voir, en ligne: <<http://www.cfcj-fcjc.org/inventory-of-reforms/saskatchewan-queens-bench-mandatory-mediation>> (consulté le 9 août 2015)) et Alberta (voir, en ligne: <<http://www.cfcj-fcjc.org/inventory-of-reforms/alberta-provincial-court-civil-claims-mediation>> (consulté le 9 août 2015)).

En Angleterre⁵³, les points de départ importants pour le développement des modes alternatifs de prévention et de règlement des différends sont les rapports sur l'accès à la justice de Lord Woolf de 1995⁵⁴ et 1996⁵⁵ qui recommandent notamment l'utilisation des modes de PRD pour favoriser l'accès à la justice. En 2010, le rapport Jackson abonde dans le même sens⁵⁶. Ces rapports ont mené à des modifications substantielles aux règlements de procédure civile (Civil Procedure Rules). Les tribunaux ont la responsabilité d'encourager l'utilisation des modes de PRD puisqu'ils ont notamment le pouvoir de suspendre les procédures et de diriger les parties vers un mode de PRD et de punir, par l'attribution des coûts judiciaires, les parties qui ont refusé une offre de médiation sans raison valable⁵⁷. On peut parler d'un véritable renversement de perspective dans la régulation sociale à partir de l'introduction de codes de conduite qui régissent le comportement des parties avant l'introduction d'instance⁵⁸. Aujourd'hui, 13 protocoles préjudiciaires spécifiques (pre-action protocols) sont en vigueur, chacun visant un domaine du droit spécifique, notamment la construction et la négligence professionnelle⁵⁹. Ils sont régis par des directives de pratique qui précisent la conduite préjudiciaire attendue des parties. Ces directives de pratique s'appliquent également aux domaines du droit non visés par un protocole spécifique. Ces directives permettent aux parties de régler à l'amiable le litige et, lorsque le recours aux tribunaux ne peut être évité, de soutenir la gestion de l'instance par les tribunaux et les

⁵³ 14^e au classement du World Justice Project 2014 pour la qualité de la justice civile.

⁵⁴ Lord WOOLF, *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, London, Her Majesty's Stationary Office, 1995.

⁵⁵ Lord WOOLF, *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, London, Her Majesty's Stationary Office, 1996.

⁵⁶ Lord Rupert JACKSON, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, Courts and Tribunals Judiciary, 2010, en ligne : <<http://www.judiciary.gov.uk/publications/review-of-civil-litigation-costs/>> (consulté le 9 août 2015).

⁵⁷ Voir : *Civil Procedure Rules* (ci-après « CPR »), r. 1.4(2) et 26.4 et Partie 44 concernant la discrétion quant aux coûts.

⁵⁸ Section 8.1 des directives de pratique, conduite préjudiciaire (Practice direction, pre-action conduct) : « Starting proceedings should usually be a step of last resort, and proceedings should not normally be started when a settlement is still actively being explored. Although ADR is not compulsory, the parties should consider whether some form of ADR procedure might enable them to settle the matter without starting proceedings. The court may require evidence that the parties considered some form of ADR (see paragraph 4.4(3)). » (*Id.*, *Practice direction, pre-action conduct*, art. 8.1).

⁵⁹ Voir : *CPR – Pre-Action Protocols*, en ligne : <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol>> (consulté le 9 août 2015).

parties⁶⁰. L'obligation faite aux parties de considérer la possibilité de régler se poursuit pendant l'instance⁶¹. Ces protocoles précisent, pour chacun des domaines pour lesquels ils ont été conçus, les actions que les parties doivent entreprendre avant d'intenter une poursuite judiciaire. Chacun d'eux encourage les parties à considérer le recours aux modes alternatifs de règlement des différends et à échanger des informations pour comprendre les positions respectives afin de prendre des décisions informées afin de régler ou de s'entendre sur la manière de procéder. Certains exigent que les parties se rencontrent afin de s'accorder sur les aspects et l'origine du différend afin de considérer comment régler à l'amiable sans avoir recours aux tribunaux. Grâce aux directives de pratique, protocoles spécifiques et règlements du CPR, le tribunal peut vérifier si les parties ont satisfait à la conduite attendue et en tenir compte dans l'attribution des coûts judiciaires⁶².

L'Australie a fait un choix similaire à celui du Québec en maintenant le recours volontaire aux modes de PRD tout en obligeant les parties à les considérer. Toutefois, elle va un pas plus loin pour insuffler un changement de culture. En 2011, une loi fédérale a été adoptée, la « Civil Dispute Resolution Act »⁶³, qui vient baliser et guider de manière importante le comportement des parties et les encourager à prendre des mesures véritables (« genuine steps ») pour régler le différend à l'amiable avant d'intenter des procédures judiciaires devant les tribunaux. L'article 4(1) de cette loi fournit des exemples qui peuvent satisfaire à cette exigence, notamment: (1) communiquer à l'autre partie la teneur du différend et offrir de discuter et rechercher une solution à ce différend avec elle; (2) fournir une réponse appropriée à la notification précédente; (3) fournir à l'autre partie les documents et informations pertinentes à la compréhension et à la

⁶⁰ Pour plus d'information, voir, en ligne: <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct> (consulté le 9 août 2015).

⁶¹ Section 8.4 des directives de pratique, conduite préjudiciaire (Practice direction, pre-action conduct): « The parties should continue to consider the possibility of reaching a settlement at all times. This still applies after proceedings have been started, up to and during any trial or final hearing. » (CPR, préc., note 57, *Practice direction, pre-action conduct*, art. 8.4).

⁶² Hazel GENN, Shiva RIAHI et Katherine PLEMING, « Regulation of Dispute Resolution in England and Wales: A Sceptical Analysis of Government and Judicial Promotion of Private Mediation », dans F. STEFFEK et H. UNBERATH (dir.), préc., note 46, p. 135, à la page 142.

⁶³ *Civil Dispute Resolution Act*, NO. 17, 2011.

résolution du différend; (4) s'entendre sur l'identité du tiers neutre et participer au processus. Les parties doivent déposer une « déclaration de mesures véritables » (genuine steps statement) spécifiant quelles ont été les démarches concrètes qui ont été entreprises en vue de régler le conflit à l'amiable et, le cas échéant, les raisons pour lesquelles aucune mesure n'a été prise⁶⁴. La partie qui manque à ses obligations peut se voir imposer le paiement des coûts judiciaires par le tribunal. La jurisprudence australienne rendue en application du Civil Dispute Resolution Act soutient clairement l'importance de considérer les modes de PRD⁶⁵.

Il est à noter que l'omission de prendre des mesures véritables pour régler le conflit n'invalide pas automatiquement les procédures. En effet, l'article 6(2)(b) mentionne notamment l'exception de l'urgence et celle où la sécurité d'une personne ou d'un bien aurait été compromise par la prise de telles mesures. Par contre, le tribunal peut notamment suspendre les procédures et renvoyer les parties à un mode de PRD; il peut également désigner un tiers neutre lorsque les parties ne s'entendent pas ou même rejeter les procédures en tout ou en partie. De plus, le tribunal se réserve la discrétion quant à l'attribution des coûts des procédures. L'avocat qui omet de conseiller adéquatement son client peut se voir attribuer la charge des coûts judiciaires et la loi l'empêche de les réclamer à son client.

En Norvège⁶⁶, la préférence pour l'utilisation des modes de PRD est l'héritage d'une longue tradition remontant au Moyen âge, le recours aux tribunaux ne s'y faisant qu'en dernier ressort⁶⁷. Cette culture s'est concrétisée lorsque la Norvège a adopté le Dispute Act⁶⁸ en 2005, acte législatif régissant la procédure civile norvégienne entré en vigueur en 2008. Le

⁶⁴ *Id.*, art. 6.

⁶⁵ Voir : *Superior IP International Pty Ltd. v. Ahearn Fox Patent and Trade Mark Attorneys*, [2012] FCA 282. Cette décision de la Cour fédérale australienne rendue en 2012 envoie un message clair à la communauté juridique sur l'importance de considérer les modes de PRD. Le juge a ajourné l'instance pour que des discussions aient lieu et interroge les avocats à l'instance sur la question des coûts. La responsabilité des avocats de respecter l'obligation de proportionnalité a été soulevée.

⁶⁶ 1^{er} au classement du World Justice Project 2014 pour la qualité de la justice civile.

⁶⁷ Anneken Kari SPERR, « Mediation in Norway: 'Faster, Cheaper and more Friendly' », dans Klaus J. HOPT et Felix STEFFEK (dir.), *Mediation. Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1137, spécialement à la page 1138.

⁶⁸ *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven) av, 17 Juin 2005 Nr. 90* (ci-après « TvL »).

législateur norvégien y offre un cadre précisant les exigences légales pour les modes de PRD, y compris en matière de médiation extrajudiciaire. L'ensemble cohérent de moyens extrajudiciaires prévu à la loi rend apparent la volonté du législateur norvégien en faveur de la pertinence et de la crédibilité des modes de PRD et du renforcement de leur légitimité afin de fournir un niveau d'assurance de la qualité. Plus particulièrement, le chapitre 5 de cette loi prévoit une obligation générale d'étudier la possibilité de trouver un règlement amiable et d'éviter les recours judiciaires. L'article 5-3 prévoit une obligation d'échanger des informations et l'article 5-4 prévoit des obligations préalables au recours judiciaire. Plus particulièrement, l'article 5-4 précise que les parties doivent, préalablement à toute action en justice, étudier la possibilité d'arriver à un règlement à l'amiable et qu'elles doivent aussi faire une « tentative sérieuse de règlement » (strong attempt at settlement). Cet article renvoie à divers mécanismes de règlement des différends tels une conciliation devant une commission de conciliation, une médiation extrajudiciaire, ou la saisine d'une commission extrajudiciaire de règlement des différends. Les modalités concernant la procédure devant une commission de conciliation sont prévues en détail au Chapitre 6 de la loi et celles relatives aux médiations extrajudiciaires au Chapitre 7. L'article 20-2(3)(b) de cette loi permet au juge, à sa discrétion, d'exempter une partie de l'obligation de payer les frais judiciaires qui a délibérément ou malicieusement rejeté une offre de règlement acceptable⁶⁹. L'obligation de tenter de trouver un règlement amiable est renforcée par l'obligation faite aux avocats, prévue au Code de conduite et de principes éthiques en son article 3.1.3, de rechercher une solution mutuellement acceptable qui serve les intérêts de leurs clients⁷⁰. En raison des économies de coûts et de

⁶⁹ *Tvl*, Section 20-2(3)(b): « (3) The court can exempt the opposite party from liability for legal costs in whole or in part if the court finds that weighty grounds justify exemption. The court shall, in particular, have regard to: “ (...) b) whether the successful party can be reproached for bringing the action or whether he has rejected a reasonable offer of settlement [...] ” ».

⁷⁰ Une démarche similaire est privilégiée en Allemagne. Dans le Code de procédure allemand, les parties ont l'obligation de déclarer dans le protocole d'instance s'il y a eu une tentative de médiation ou modes de PRD avant la poursuite devant les tribunaux et quelles sont les raisons pour ne pas en avoir tenue une (*Code of Civil Procedure*, section 253(3)(1)). Voir, en ligne: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html> (consulté le 9 août 2015). De plus, le code de déontologie des avocats impose une obligation générale d'accompagner les clients avec l'objectif d'éviter les conflits et de favoriser les règlements amiables (*Rules of Professional Practice*,

temps, l'obligation législative préalable de faire de tentatives sérieuses de règlement est considérée positivement et sans critiques⁷¹.

En nous inspirant des expériences étrangères, il nous paraît souhaitable de préciser et de renforcer l'obligation de considérer les modes de PRD tout en préservant le caractère volontaire de leur usage. Concrètement, nous suggérons qu'un protocole préjudiciaire⁷², ou plusieurs selon les cas, soit formalisé dans un document-type téléchargeable sur le site Internet du ministère de la Justice. Ce document pourra être joint par les parties dans la demande et la réponse soumise dans une procédure judiciaire en cas d'échec des tentatives de règlements amiables. Ce protocole permettrait aux parties et à leurs conseils d'autoévaluer la satisfaction de l'obligation de considération et les efforts investis dans la recherche d'une résolution amiable du différend. Il pourra aussi être utilisé par le juge pour mesurer objectivement l'engagement des parties envers une résolution extrajudiciaire de leur différend et pour évaluer l'opportunité de suspendre la procédure sur la base de l'article 156 du N.C.p.c. afin que les parties se conforment à l'obligation préjudicielle de l'article 1^{er}. En fin de procédure, ce protocole pourrait donner une base concrète au juge pour sanctionner la ou les parties récalcitrantes à la proposition d'utiliser un mode de PRD avant ou en cours d'instance. Il est possible pour le juge d'imposer des frais de justice et une compensation pour les honoraires professionnels sur la base des articles 341 et 342 du N.C.p.c.

Le protocole préjudiciaire pourrait prévoir un système à paliers de résolution extrajudiciaire inspiré du modèle norvégien. Il aurait l'avantage d'informer les parties sur les différents modes de PRD afin qu'elles fassent un choix éclairé et s'engagent dans le mode de PRD le plus approprié et efficace pour régler leur différend.

En résumé, nous appelons la communauté juridique à voir et à utiliser un protocole préjudiciaire comme un outil de prévention du recours judiciaire plutôt qu'un outil de préparation de l'instance, en s'inspirant des modèles anglais, australien et norvégien qui, comme nous, visent une

art. 1(3), en ligne: <http://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/berufsrecht/bora_engl_stand_1_11_2011.pdf> (consulté le 9 août 2015).

⁷¹ A.K. SPERR, préc., note 46, à la page 358.

⁷² N.C.p.c., art. 2: le législateur évoque la possibilité d'élaborer et d'appliquer un protocole préjudiciaire d'instance. Les modalités de rédaction et d'application de celui-ci, ainsi que son contenu, restent toutefois à déterminer.

meilleure administration de la justice par l'entremise d'une mentalité de traitement des différends tournée vers les modes de PRD.

II. Renforcer la crédibilité des modes de PRD

Le défi de la crédibilité des modes de PRD est un obstacle potentiel au changement de culture dans le traitement des différends véhiculé par le N.C.p.c. Il faut améliorer la confiance des citoyens à l'égard des modes de PRD. Certaines méthodes telle que la médiation ont fait leur preuve notamment en ce qui concerne les taux élevés d'accord et l'impact positif ressenti par les parties et pour l'administration de la justice⁷³. Malgré cette réputation enviable, il ne faut pas prendre pour acquis que les parties à un différend les considèrent comme un procédé de justice crédible. Certains considèrent que la seule « Justice » digne de ce nom est celle du droit étatique que l'on sanctionne par la voie de la procédure judiciaire⁷⁴. Cette conception positiviste et moniste du droit voulant qu'une solution négociée entre citoyens « à l'ombre de la loi » ne peut valoir justice est remise en cause par d'éminents philosophes, psychologues et sociologues du droit⁷⁵.

⁷³ Voir notamment: MEDIATE BC, *A Case for Mediation: The Cost-Effectiveness of Civil, Family, Workplace Mediation*, 2014, en ligne: <<http://www.mediatebc.com/PDFs/1-52-Reports-and-Publications/The-Case-for-Mediation.aspx>> (consulté le 9 août 2015); Inessa LOVE, « Settling Out of Court. How Effective is Alternative Dispute Resolution? », (2011) 329 *ViewPoint. Public Policy for the Private Sector* 1, en ligne: <[http://site/resources.worldbank.org/FINANCIALSECTOR/Resources/282044-1307652042357/VP329-Setting-out-of-court.pdf](http://site.resources.worldbank.org/FINANCIALSECTOR/Resources/282044-1307652042357/VP329-Setting-out-of-court.pdf)> (consulté le 9 août 2015).

⁷⁴ Sylvette GUILLEMARD, « Médiation, justice et droit: un mélange hétéroclite », (2012) 53 *C. de D.* 189.

⁷⁵ Voir notamment: Rebecca HOLLANDER-BLUMOFF et Tom R. TYLER, « Procedural Justice and Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution », (2011) *J. Disp. Resol.* 1; Guy ROCHER, « Le droit et la justice: un certain regard sociologique », 42 (2001) *C. de D.* 873, 877 et 878; Roderick A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », (2003) 33 *R.D.U.S.* 135; Jean-Guy BELLEY, « Une justice de la seconde modernité: proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile », (2001) 46 *R.D. McGill* 317; Marc GALANTER, « La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux », dans Mauro CAPPELLETI (dir.), *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Économica, 1984, p. 151, à la page 151; P. NOREAU et M. NORMANDIN, préc., note 12; Jean KELLERHALS, « Relativisme et sociologie: le cas du sentiment de justice », (2003) 126 *Revue européenne des sciences sociales* 137; Roderick A. MACDONALD, « Access to Justice and Law Reform », (2001) 2 *Windsor Y.B. Access Just.* 317.

Bien qu'isolée, elle n'en demeure pas moins présente⁷⁶ et constitue un frein à un changement de culture dans le traitement des différends.

Le législateur a choisi de surmonter ces résistances pour proposer un code de justice civile ancré dans une vision qui propose une décentralisation du système de justice civile au profit d'une pluralité de modes de règlement des différends sur lesquels les tribunaux étatiques exercent un contrôle procédural en étant guidés dans leur interprétation par des principes directeurs, notamment la « participation », « l'esprit de coopération et d'équilibre » et « l'esprit de justice »⁷⁷. Quels sont les incitatifs pour amener les parties à régler leur conflit par un mode de PRD plutôt que de le faire trancher par un tribunal? Nous soumettons pour réflexion deux recommandations pour relever le défi de la crédibilité des modes de PRD

A. Renforcer la responsabilité de l'État comme partie modèle dans le recours aux modes de PRD et élaborer un plan de communication publique qui l'expose

L'article 75 N.C.p.c. concernant le règlement des différends opposant l'État et ses organismes à des personnes physiques ou morales ouvre la voie à l'utilisation des modes privés de règlement des différends⁷⁸. Or, nous notons que cette disposition n'impose ni à l'État, ni à ses organismes une obligation de considérer les modes privés comme c'est le cas pour les

⁷⁶ Voir le mémoire déposé par Sylvette Guillemard de même que celui de l'Association du Barreau canadien (section Québec) lors de la Commission parlementaire sur *l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, en ligne: <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-16641/memoires-deposes.html>> (consulté le 9 août 2015).

⁷⁷ Dès 2001, le professeur Jean-Guy Belley notait les limites de la vision traditionnelle de la procédure civile et il proposait de la réformer en se fondant sur une « théorie du droit social et réflexif ». Il proposait douze principes généraux pouvant structurer un nouveau *Code de procédure civile* au Québec. Plusieurs de ces principes sont maintenant intégrés à la disposition préliminaire et aux articles 1 à 7 du N.C.p.c. Voir: J.-G. BELLEY, préc., note 75, 362-368.

⁷⁸ N.C.p.c., art. 75: « Dans le règlement des différends qui l'opposent à des personnes physiques ou morales, l'État et ses organismes peuvent, s'ils l'estiment opportun, utiliser, avant de s'adresser aux tribunaux, un mode privé de prévention et de règlement. Ils sont cependant tenus de prendre en compte les règlements du gouvernement sur le sujet et de n'y recourir que dans la mesure où l'intérêt public ou l'espace normatif prévu par les lois le permet. »

personnes physiques et morales en vertu de l'article 1 al. 3 N.C.p.c. L'État a la possibilité de recourir aux modes de PRD « dans la mesure où l'intérêt public ou l'espace normatif prévu par les lois le permet »⁷⁹. La possibilité de recourir aux modes de PRD est nommée, mais elle n'est pas assortie d'une obligation de les considérer.

Ce choix législatif pourrait soulever un doute quant à la crédibilité des modes privés de PRD en donnant l'apparence de favoriser « deux poids, deux mesures ». En effet, le citoyen se voit imposer une obligation de considérer les modes de règlement des différends que le gouvernement n'estime pas primordial d'implanter au sein de sa propre culture de règlement des différends. Un choix législatif plus convaincant et cohérent pour supporter son effort de coordination et d'effectivité du changement de culture dans le règlement des différends pourrait être adopté.

Il existe plusieurs niveaux d'engagement que l'État pourrait adopter dans la promotion de la crédibilité des modes de PRD. Le gouvernement pourrait être audacieux et montrer l'exemple en assumant une responsabilité plus forte que celle qu'il impose au citoyen. L'État pourrait s'imposer non seulement une obligation de considérer le recours aux modes de PRD, mais aussi une obligation d'y participer lorsque cela est opportun ou lorsque l'autre partie demande à ce qu'un mode amiable soit tenté pour régler le litige. Nous suggérons qu'une telle politique claire et transparente fasse partie de la campagne de communication en support à la mise en vigueur du Nouveau Code de procédure civile. Pour renforcer la crédibilité des modes de PRD, nous suggérons de nous inspirer de certaines initiatives mises de l'avant en Afrique du Sud, en Australie et à Singapour qui représentent chacun un niveau d'engagement différent.

En Afrique du Sud, l'article 41(1)(h)(vi) de la Constitution pose comme principe la coopération et la bonne foi entre les différents organes gouvernementaux dans leurs relations mutuelles de même que l'évitement du recours aux procédures judiciaires⁸⁰. Il s'agit d'un premier niveau d'en-

⁷⁹ *Id.*, art. 75 al. 2.

⁸⁰ *Constitution of the Republic of South Africa, 1996*, art. 41 : « Principles of co-operative government and intergovernmental relations [...] All spheres of government and all organs of state within each sphere must [...] h. co-operate with one another in mutual trust and good faith by [...] vi. avoiding legal proceedings against one another. » Voir, en ligne : <<http://www.gov.za/documents/constitution/chapter-3-co-operative-government>> (consulté le 9 août 2015).

gagement puisque l'obligation ne s'étend qu'aux relations internes entre les différentes sphères du gouvernement et non entre l'État et les personnes physiques et morales.

Durant les deux dernières décennies, l'Australie⁸¹ a été particulièrement active au chapitre de l'amélioration de l'accès à la justice⁸². En 2005, le Procureur général de l'Australie a émis un ensemble de règles contraignantes concernant le règlement des différends impliquant l'État⁸³. Ces

⁸¹ L'Australie s'est classée 12^e au classement du World Justice Project 2014 pour la qualité de la justice civile. Le Canada se classe au 13^e rang.

⁸² Dès 1994, le rapport « Access to Justice – an Action Plan » recommande que toute une gamme d'options concernant les modes de PRD soit disponible aux tribunaux tout en spécifiant que les questions et les programmes concernant la prévention et le règlement des différends devraient faire l'objet de plus amples études. En réponse à ce rapport, le gouvernement australien a émis un « Justice Statement » en mai 1995 (*Justice Statement*, 1995, en ligne : <<http://www.austlii.edu.au/austlii/articles/scm/jcontents.html>> (consulté le 9 août 2015)) confirmant que l'amélioration du système judiciaire – par l'utilisation des modes de PRD – devrait être encouragée. Le National Alternative Dispute Resolution Advisory Council (NADRAC) fut créé en octobre 1995 afin de fournir des conseils indépendants au procureur général australien sur les questions de politique générale relatives au règlement des différends et de supporter le développement et la promotion d'une culture juridique propice au règlement des différends. En 1999, un rapport de la Commission australienne pour la réforme du droit s'est penché essentiellement sur les règles de pratique et les procédures dans les tribunaux du Commonwealth (AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, *Report Reflecting the Law as at 31 December 1999*, en ligne : <<http://www.alrc.gov.au/sites/default/files/pdfs/publications/ALRC89.pdf>> (consulté le 9 août 2015)), mais le rapport touche aussi aux questions relatives à l'aide juridique, aux règles de pratique des professionnels juridiques, aux coûts légaux et à l'éducation juridique. En réponse à ce dernier, le Département du Procureur général a publié un rapport en 2003 qui formule des recommandations à court terme pour l'amélioration du système judiciaire fédéral et soulève des questions sur le long terme auxquelles il faudra répondre éventuellement. En 2009, un pas de plus a été fait lorsque le Département du Procureur général a publié le rapport « A Strategic Framework for Access to Justice in the Federal Civil Justice System » qui examine en profondeur le système fédéral de justice civile de manière empirique sous la perspective de l'offre et de la demande de justice. La principale recommandation est l'adoption d'un cadre stratégique pour l'accès à la justice qui opère un renversement de perspective en misant sur la prévention et les modes informels de règlements des différends avant le recours aux tribunaux. C'est finalement en 2011 qu'une loi fédérale, la *Civil Dispute Resolution Act*, préc., note 63, est venue confirmer le changement de culture en encourageant les parties à prendre des mesures véritables (« genuine steps ») pour régler le différend avant d'intenter des procédures judiciaires devant les tribunaux.

⁸³ ATTORNEY-GENERAL OF AUSTRALIA, *The Legal Services Directions 2005*, 2005, en ligne : <<http://www.comlaw.gov.au/Series/F2006L00320/Compilations>> (consulté le 9 août 2015).

règles obligent l'État et ses agences gouvernementales à agir comme des «parties modèles» notamment en envisageant des méthodes alternatives de résolution de conflit avant le recours aux procédures judiciaires et en participant à ces processus alternatifs lorsque cela est approprié⁸⁴. Il s'agit d'un niveau d'engagement supérieur puisque l'obligation de considérer les modes alternatifs de PRD et d'y participer lorsque opportun s'étend non seulement aux relations entre les différents organes gouvernementaux mais aussi aux relations de l'État avec les personnes morales et physiques.

Pour sa part, Singapour a opté pour la promotion spécifique de la médiation comme mode principal de résolution des conflits. Ce pays est allé encore plus loin en formulant une recommandation à l'effet que tous les départements gouvernementaux doivent utiliser la médiation comme première option pour la résolution des conflits avant d'introduire une procédure judiciaire et inclure une clause de médiation dans les contrats gouvernementaux qui réfère les conflits au Singapour Mediation Centre (SMC)⁸⁵.

B. Favoriser les incitatifs aux modes privés de règlement des différends

Pour que le changement de culture dans la résolution des conflits ne reste pas lettre morte, il nous semble très judicieux de l'accompagner d'incitatifs financiers concrets et réalisables à court ou à moyen terme⁸⁶.

⁸⁴ Appendix B: The Commonwealth's obligation to act as a model litigant [...] 2. The obligation to act as a model litigant requires that the Commonwealth and its agencies act honestly and fairly in handling claims and litigation brought by or against the Commonwealth or an agency by: [...] (d) endeavouring to avoid, prevent and limit the scope of legal proceedings wherever possible, including by giving consideration in all cases to alternative dispute resolution before initiating legal proceedings and by participating in alternative dispute resolution processes where appropriate (*Id.*, art. 4.1(a) et 4.2 et Appendix B).

⁸⁵ "Other initiatives to promote mediation as the primary tool of dispute resolution include the recommendation by the Attorney General's Chambers that all government departments should use mediation as their first option for dispute resolution and to include a mediation clause for referrals of disputes to SMC in government contracts." (*Mediation*, c. 03, art. 3.3.18, en ligne: <<http://www.singaporelaw.sg/sglaw/laws-of-singapore/overview/chapter-3>> (consulté le 9 août 2015).

⁸⁶ Ainsi que le souligne avec justesse l'Observatoire du droit à la justice dans son mémoire: «Aucune réforme de la justice civile ne peut être réellement effective sans que les parties

D'entrée de jeu, l'aide juridique nous semble être un incontournable. En janvier 2014, le gouvernement du Québec a haussé de manière importante les seuils d'admissibilité à l'aide juridique. Les nouveaux barèmes d'admissibilité accordent une couverture gratuite aux personnes âgées vivant seules et bénéficiant du supplément de revenu garanti⁸⁷. L'exécutif provincial projetait à l'origine de fournir également dès juin 2015 la gratuité des services juridiques aux personnes qui travaillent à temps plein au salaire minimum⁸⁸. La conjoncture économique actuelle et les contraintes budgétaires qui l'accompagnent l'ont obligé à différer cette mesure pourtant annoncée. Les services juridiques gratuits pour les personnes travaillant à temps plein au salaire minimum ont été retardés jusqu'en 2016⁸⁹.

Il faut regretter que malgré cette extension de la prise en charge des services juridiques, aucune mesure de soutien financier n'a encore été entreprise en faveur des modes privés de règlement des différends ou pour les inclure comme un acte admissible à l'aide juridique. L'extension de l'aide juridique à la couverture des frais engendrés ou reliés aux recours aux modes privés de prévention et de règlement des différends constituerait un incitatif concret et efficace pour le changement de culture dans la résolution des conflits sous-tendu par le N.C.p.c. Une telle mesure contribue-

et leurs avocats ne soient tenus (ou à tout le moins fortement encouragés), aux moyens de mesures incitatives ciblées, pratiques et concrètes, d'accomplir de nouveaux devoirs, de poser de nouveaux gestes, d'adopter de nouvelles conduites et de développer de nouvelles pratiques. Sans mesures de cet ordre, il est à craindre que toute réforme, aussi ambitieuse et louable qu'elle soit, demeure sans effet et que les parties et leurs avocats ne lui attribuent qu'une valeur purement théorique et symbolique: « Theoretical culture change will not succeed. Participants will need to experience the change before they can internalize it and accept it » [note omise]. Voir: OBERVATOIRE DU DROIT À LA JUSTICE, *Mémoire de l'Observatoire du droit à la justice présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec dans le cadre des consultations particulières et des auditions publiques sur le Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, p. 11.

⁸⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, Hausse des seuils d'admissibilité à l'aide juridique, en ligne: <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministere/dossiers/aide/seuils_aide.htm> (consulté le 9 août 2015).

⁸⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, en ligne: <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministere/dossiers/aide/aide.htm>> (consulté le 9 août 2015).

⁸⁹ COMMISSION DES SERVICES JURIDIQUES, *Maintien de la hausse prévue des seuils d'admissibilité financière à l'aide juridique*, en ligne: <http://www.csj.qc.ca/SiteComm/W2007Francais/Salle_Presse/CommuniquésPdf/Communiqué20150225_fr.pdf> (consulté le 9 août 2015).

rait à la légitimation et à l'utilisation accrue des modes privés de PRD par les citoyens québécois.

Un rapport récent de l'Association du Barreau canadien affirme, en se basant sur plusieurs études d'envergure effectuées notamment en Australie et aux États-Unis, que le rendement social moyen de l'investissement dans l'aide juridique est de 1 pour 6⁹⁰. Autrement dit, chaque dollar investi génère en moyenne 6 dollars d'économies de fonds publics dans d'autres domaines qui auraient autrement été mobilisés pour contrer l'effet boule de neige des problèmes juridiques associés aux lacunes quant à l'accessibilité à la justice. L'investissement dans l'aide juridique représente donc un des meilleurs moyens pour améliorer l'accès à la justice.

La couverture par l'aide juridique des frais reliés à l'usage des modes privés de prévention et de règlement des différends a été instaurée dans plusieurs pays à travers le monde⁹¹. C'est le cas notamment des Pays-Bas, de la Nouvelle-Zélande, de la France et de l'Italie qui présentent tous des conditions d'admissibilité variables. Aux Pays-Bas, tant la médiation privée que la médiation judiciaire sont éligibles à l'aide juridique. Cependant, la médiation privée doit être effectuée par un médiateur dont le nom figure sur le registre de l'aide juridique. Le médiateur doit être membre du Mediatorsfederatie Nederland (MfN) et se soumettre au code de conduite de celui-ci, avoir un bureau établi et être couvert par une assurance de responsabilité professionnelle⁹². En Nouvelle-Zélande, la médiation judiciaire et les services de médiation prévus par la loi sont couverts par l'aide juridique⁹³. Les frais engagés pour une médiation privée seront aussi remboursés si le Commissionnaire est convaincu que l'affaire se prête à la médiation et qu'il y a une probabilité raisonnable qu'elle mette fin partiellement ou complètement au conflit⁹⁴. En France, seule la médiation judiciaire est admissible à l'aide juridique et c'est le juge qui décide de la portion des

⁹⁰ ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Atteindre l'égalité devant la justice: une invitation à l'imagination et à l'action*, préc., note 5, p. 58.

⁹¹ Pour avoir un portrait sur cette question, voir: K.J. HOPT et F. STEFFEK (dir.), préc., note 67.

⁹² Liane SCHMIEDEL, « Mediation in the Netherlands: Between State Promotion and Private Regulation », dans K.J. HOPT et F. STEFFEK (dir.), préc., note 67, p. 697, aux pages 717 et 718.

⁹³ *Legal Services Act 2011*, NZ, 2011/4, art. 7.

⁹⁴ *Id.*, art. 27(2).

frais qui seront remboursés par l'État⁹⁵. Finalement, en Italie, seule la médiation obligatoire est éligible à l'aide juridique⁹⁶. Nous suggérons que le Québec pourrait emboîter le pas et suivre le sillon tracé par ces pays. Une fois le principe de l'admissibilité à l'aide juridique reconnu lorsque les parties recourent à un mode privé de prévention et de règlement des différends, une étude devrait établir les critères de couverture par l'aide juridique.

Hormis l'aide juridique, le gouvernement provincial ne reste pas inactif. En effet, un autre geste en faveur du recours aux modes privés de prévention et de règlement des différends a été posé. Au Québec, le Fonds Accès Justice a octroyé des subventions pour l'exercice 2013-2014 qui ont permis de financer des initiatives de médiation citoyenne gratuite dans une quinzaine de régions du Québec de même que des services de médiation à coûts modiques, notamment pour les litiges de copropriété. Nous tenons à souligner et à encourager ces initiatives qui ont favorisé l'accès à l'usage de la médiation au Québec et par conséquent contribué à démontrer leur pertinence.

Le financement de nouveaux services étant toujours un enjeu, nous soumettons quelques autres avenues à explorer. Par exemple, pour financer les services d'information et d'aiguillage que nous avons proposé en première recommandation, nous pourrions leur affecter les éventuels frais de justice imposés par les tribunaux, notamment s'il y a manquement à l'obligation de considérer les modes de PRD⁹⁷. Ce choix serait cohérent avec les principes directeurs de la disposition préliminaire du N.C.p.c. et contribuerait ainsi à améliorer « l'accessibilité » à la justice civile.

Une autre option de financement à explorer est celle d'une taxe en prévention et règlement des différends sous la forme de timbre judiciaire imposé pour chaque procédure judiciaire intentée⁹⁸. Cette taxe financerait

⁹⁵ *Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, J.O. n° 34 du 9 février 1995, art. 22-2.

⁹⁶ Giuseppe DE PALO et Lauren KELLER, « Mediation in Italy: Alternative Dispute Resolution for All », dans K.J. HOPT et F. STEFFE (dir.), préc., note 67, p. 667, à la page 675.

⁹⁷ L'article 148 al. 1 N.C.p.c. exige d'indiquer dans le protocole de l'instance la considération portée aux modes privés de PRD. Un tel manquement pourrait être sanctionné par les tribunaux par l'imposition de frais de justice (N.C.p.c., art. 341 al. 2).

⁹⁸ Par exemple, le Queens Bench de la Saskatchewan impose une taxe de 200 \$ sur les procédures judiciaires. En échange, ils offrent un service gratuit de médiation complé-

le service d'information et d'aiguillage dans son mandat préventif et curatif. Pour ce qui relève de l'aspect préventif, les personnes impliquées dans un différend pourront être informées (par téléphone ou par la voie d'Internet) sur les modes de prévention et règlement des différends avant d'entreprendre une poursuite judiciaire contre l'autre partie. Elles bénéficieraient donc d'un service public sans frais direct. Cela est compatible avec la vision de l'accès à la justice du législateur québécois qui introduit la prévention comme principe directeur de la procédure civile et l'ouverture aux modes privés de PRD par les sept premiers articles du N.C.p.c. En ce qui concerne l'aspect curatif du mandat du service, les personnes qui choisissent de recourir au système judiciaire pourront recevoir l'aide du service pour les informer des différentes étapes du processus judiciaire et des modes judiciaires qui s'offrent à eux⁹⁹, un accompagnement parfois appelé « le système judiciaire à multiples portes » (« multiple door courthouse »)¹⁰⁰.

Le justiciable qui s'acquitte de la taxe dédiée à la prévention et au règlement des différends bénéficie ainsi d'un service à « valeur ajoutée » pour l'aider en temps réel à réévaluer son dossier juridique et ses options de règlement au fur et à mesure que sa situation évolue dans le temps avant le déroulement effectif du procès. D'une manière générale, par l'instauration de cette taxe, les justiciables pourraient directement profiter de ces frais supplémentaires par l'accès à un service auquel ils peuvent recourir pour

mentaire à la cour obligatoire en matière civile et commerciale: *Règles de la Cour du Banc de la Reine de 2013*, Annexe II, B, p. 12, en ligne: <<http://www.qp.gov.sk.ca/documents/french/Rules/2013-FQBRules.pdf>> (consulté le 9 août 2015).

⁹⁹ Au Québec, la conférence de règlement à l'amiable est l'un de ces services. D'autres pourraient être développés comme c'est le cas dans certaines juridictions au Canada. Voir: ASSOCIATION OF CANADIAN COURT ADMINISTRATORS, « Dispute Resolution », (2011) 1 *Journal of the Association of Canadian Court Administrators*. Voir: John D. ROOKE, « The Multi-Door Courthouse is Open in Alberta: Judicial Dispute Resolution is Institutionalized in the Court of Queen's Bench », dans Tania SOURDIN et Archie ZARISKI (dir.), *The Multi-Tasking Judge. Comparative Judicial Dispute Resolution*, Pymont, Thomson Reuters, 2013, p. 157.

¹⁰⁰ Le concept de « Multi Door Courthouse » a été introduit par le professeur Frank Sander à la Pound Conference en 1976. Depuis, il a été repris ou adopté par plusieurs juridictions, notamment le Queens Bench en Alberta, l'un des fers de lance de sa diffusion au Canada. Voir: Roscoe POUND, « The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice », (1906) 29 *ABA Rep.* 1906 395; Leo LEVIN et Russell R. WHEELER (dir.), *The Pound Conference: Perspectives on Justice for the Future*, St. Paul, West Publishing, 1979; J.D. ROOKE, préc., note 99.

régler leur différend le plus efficacement possible avec la méthode de règlement des différends appropriée à leur situation.

La mise en place de la taxe dédiée à la prévention et au règlement des différends devrait s'accompagner d'actions quant aux frais réclamés par les professionnels du secteur privé des modes amiables de prévention et de règlement des différends. Puisque les parties commencent à mobiliser les ressources publiques pour les aider à régler leur différend, l'enjeu de la saine administration de la justice est concerné. La disposition préliminaire du N.C.p.c. invite les parties, les avocats et les juges à partager la responsabilité conjointe de favoriser la « qualité » et la « célérité » de la justice civile. Comme cela se fait déjà ailleurs, des balises quant aux honoraires des professionnels offrant des services en prévention et règlement des différends pourraient être fixés pour faciliter l'évaluation du rapport coûts-bénéfices de recourir aux services en PRD¹⁰¹. Les spécialistes inscrits sur la liste des services d'information et d'aiguillage devraient adhérer à cet encadrement.

Les incitatifs financiers au recours aux modes amiables de prévention et de règlement des différends ne devraient pas s'arrêter une fois que le conflit est judiciairisé; ils devraient se poursuivre encore après. Ils peuvent également revêtir la forme d'un remboursement des frais judiciaires si une issue est trouvée au litige « dans un certain délai avant l'audience »¹⁰². Autre proposition à prendre en considération: il a également été suggéré que les particuliers « puissent bénéficier, tout comme les entreprises, de déductions fiscales pour les frais encourus par des poursuites judiciaires et le recours à des modes alternatifs de règlement »¹⁰³.

¹⁰¹ Lorsque la médiation est obligatoire, les services sont généralement balisés. Pour les balises en Ontario, voir: *Rules of Civil Procedures*, art. 24.1 et 75.1, en ligne: <<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/courts/manmed/>> (consulté le 9 août 2015). Pour les balises en Saskatchewan, voir, en ligne: <<http://www.justice.gov.sk.ca/Mediation>> (consulté le 9 août 2015). Parfois, des balises quant à la rémunération des médiateurs seront également créées lorsque la médiation est volontaire et que l'on désire l'encourager par un incitatif.

¹⁰² Il s'agit d'une proposition intéressante formulée par l'Observatoire du droit à la justice dans son mémoire (OBSERVATOIRE DU DROIT À LA JUSTICE, préc., note 86, p. 7).

¹⁰³ Il s'agit d'une autre proposition intéressante formulée par l'Observatoire du droit à la justice dans son mémoire (*Id.*, p. 7).

Un moyen supplémentaire de favoriser le recours aux modes privés de règlement amiable des différends est l'essor de l'assurance juridique¹⁰⁴. Elle amorce de nos jours un lent développement au Québec, étant de plus en plus incluse ou proposée aux citoyens avec les autres services d'assurance courants ou avec un forfait bancaire. L'assurance juridique telle qu'elle existe actuellement peut être décrite comme le service qui, en échange du paiement de la prime fixée, offre une couverture à l'assuré qui peut aller de l'accès à un service téléphonique d'information ou de consultation juridique à la prise en charge des frais judiciaires et d'avocat engagés par l'assuré pour résoudre son conflit.

Il peut être suggéré en premier lieu d'étendre le déploiement du système d'assurance juridique afin qu'il se vulgarise et banalise, afin de permettre à de plus en plus de citoyens de bénéficier d'une telle assurance. En deuxième lieu, il est recommandé, dans le but d'accompagner le changement de culture dans la résolution des conflits, d'inclure systématiquement dans les couvertures offertes par les assurances juridiques le recours aux modes amiables privés de résolution des conflits. Enfin, dans un troisième lieu, pour supporter les deux mesures précédemment évoquées, nous considérons que les vendeurs d'assurance juridique devraient se constituer un réseau fiable et étendu de spécialistes des modes privés de règlement amiable (médiateurs, conciliateurs, négociateurs, etc.) à l'instar des réseaux d'experts sur lesquels les sociétés d'assurance s'appuient dans de nombreux domaines, notamment en matière automobile.

Pour terminer, il importe de signaler que l'assurance juridique est un incitatif d'autant plus intéressant qu'elle ne requiert pas d'investissement financier direct du gouvernement car elle devrait en principe être entièrement gérée par le secteur privé. De plus, elle viendrait opportunément suppléer l'aide juridique pour toute une catégorie de citoyens, notamment la classe moyenne qui, suivant le barème actuellement en vigueur, ne pourrait pas bénéficier du soutien financier de l'État si, face à un conflit, elle faisait appel à un mode privé de prévention ou règlement des différends ou même au système judiciaire pour le régler.

¹⁰⁴ Pierre-Claude LAFOND, *L'accès à la justice civile au Québec. Portait général*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 276 et suiv.

*
* * *

Sommes-nous prêts pour un changement de mentalité dans l'approche de traitement des différends? Plus précisément, avons-nous les mesures législatives et institutionnelles nécessaires pour inciter et supporter une évolution des mentalités de traitement des différends? Nous ne pouvons répondre à ces questions par la positive pour le moment et c'est pourquoi nous avons écrit cet article dans le but de susciter un dialogue sur le leadership à prendre pour que la réforme de la procédure civile améliore «l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile»¹⁰⁵.

Bien que le point de départ de cet article soit l'obligation des parties de considérer les modes de PRD avant tout recours judiciaire, notre analyse s'inscrit dans une vision plus large qui présente la finalité de la réforme de la procédure civile qui est celle de faire évoluer la culture juridique. Notre article est innovateur car il nomme les choix législatifs québécois et analyse les deux défis qui en découlent : renforcer l'accessibilité aux modes de PRD et renforcer la crédibilité des modes de PRD. Notre article contribue au développement des connaissances puisqu'il analyse les contextes législatifs et institutionnels de plusieurs juridictions à l'échelle canadienne et internationale qui ont vécu les mêmes défis et choisi de faire confiance aux modes de PRD pour les relever. De plus, nous donnons une portée concrète à notre analyse en proposant plusieurs recommandations adaptées au contexte québécois. En définitive, nous concluons que l'évolution de la culture juridique de traitement des différends est entre nos mains, qu'il n'est pas trop tard pour y contribuer, et qu'il s'agit d'une responsabilité collective autant pour les décideurs publics que pour les professionnels du droit et les citoyens.

¹⁰⁵ N.C.p.c., disposition préliminaire al. 2.