

Mémoire sur le Projet de loi 28  
instituant le nouveau Code de procédure civile

*« Intégrer la médiation au Code de procédure civile  
dans le respect de sa spécificité et de sa diversité  
en préservant le libre choix des citoyens »*

À l'attention du

Ministre de la Justice du Québec,  
l'Honorable Bertrand St-Arnaud

Préparé par

Le Réseau pour une approche transformative du conflit

Mémoire appuyé par divers autres professionnels  
en modes de prévention et de règlement de différends au Québec

30 juillet 2013

Le présent Mémoire a été déposé à la Commission des Institutions de l'Assemblée nationale du Québec et sera disponible à compter du 11 septembre 2013 à :

<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats>

Il fera l'objet d'une présentation orale et d'échanges avec les membres de la Commission des Institutions le 10 septembre 2013.

## Table des matières

|  |    |
|--|----|
| Qui sommes-nous, qui représentons-nous?.....   | 4  |
| Procédure civile et médiation .....  | 5  |
| Les divers paliers de réglementation de la médiation.....                              | 6  |
| Les deux grands courants de médiation .....  | 9  |
| Conclusion .....   | 11 |
| Propositions d'amendement au Projet de loi 28 .....                                    | 12 |
| Disposition préliminaire.....  | 13 |
| Livre I, Titre I .....   | 14 |
| Article 1 - Obligation de considérer les modes privés de PRD.....                      | 15 |
| Article 2 - Obligation de bonne foi, transparence, coopération, proportionnalité ..... | 15 |
| Article 3 - Obligation d'impartialité, de diligence et de bonne foi .....              | 15 |
| Article 4 - Obligation de confidentialité .....  | 16 |
| Article 5 - Obligation de confidentialité (exceptions) .....                           | 17 |
| Article 6 - Application du Livre VII.....  | 17 |
| Article 7 - Non renonciation au droit d'ester, prescription .....                      | 19 |
| Article 605 - Déroulement de la médiation, conflit d'intérêts.....                     | 20 |
| Article 606 - Non-contraignabilité du médiateur.....                                   | 22 |
| Article 607 - Protection des documents de la médiation.....                            | 23 |
| Article 608 - Début de la médiation.....   | 23 |
| Article 609 - Obligation d'informer, présence des parties à la médiation.....          | 24 |

|  |    |
|--|----|
| Article <b>610</b> - Obligation d'équilibrer les pouvoirs .....                          | 25 |
| Article <b>611</b> – Communications séparées avec les parties.....                       | 25 |
| Article <b>612</b> – Suspension de l'instance pendant la médiation.....                  | 25 |
| Article <b>613</b> - Contenu de l'entente, transaction.....                              | 27 |
| Article <b>614</b> - Fin de la médiation.....  | 28 |
| Article <b>615</b> - Partage des frais de la médiation.....                              | 28 |
| Article <b>616</b> - Obligation d'accréditation des médiateurs familiaux.....            | 28 |
| Article <b>617</b> - Présence des parties, contenu du rapport du médiateur familial..... | 28 |
| Article <b>618</b> - Obligation de remédier si différend futur, préjudice sérieux.....   | 29 |
| Article <b>619</b> - Instances d'accréditation et honoraires des médiateurs .....        | 30 |
| Signataires du présent Mémoire .....   | 31 |
| Autres personnes ayant donné leur appui au Mémoire .....                                 | 31 |
| <b>Annexe I</b> - L'exemple de la loi française .....                                    | 32 |
| <b>Annexe II</b> - Le principe de l'autodétermination des parties.....                   | 33 |

## Mémoire sur le *Projet de loi 28* présenté par le Réseau pour une approche transformative du conflit – 30 juillet 2013

« *Intégrer la médiation au Code de procédure civile dans le respect de sa spécificité et de sa diversité en préservant le libre choix des citoyens* »

### Qui sommes-nous, qui représentons-nous?

Le Réseau pour une approche transformative du conflit (le « Réseau ») regroupe depuis 2011 une soixantaine de médiateurs et autres professionnels ayant suivi une formation en médiation transformative au Barreau du Québec et souhaitant intégrer cette approche à leur pratique. Il a été lancé par Me John Peter Weldon, pionnier de la médiation au Québec depuis 1993, titulaire de la formation en médiation transformative au Barreau du Québec, professeur adjoint de médiation transformative à la Faculté de droit de l'Université Hofstra, Hempstead, NY, et auteur et conférencier sur le sujet.

Le Réseau a pris position sur *l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* (« *l'APL* ») dans un Mémoire amendé de 51 pages<sup>1</sup>, intégrant un tour d'horizon des diverses approches de médiation et des différents paliers de réglementation de la médiation à travers le monde.

Depuis février 2012, nous avons entrepris une tournée de consultation d'organismes et de personnes concernées par l'intégration des modes privés de prévention et de règlement des différends dans le Code de procédure civile (le Barreau du Québec, l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ), le Regroupement des organismes de justice alternative du Québec (ROJAQ), l'Association de médiation familiale du Québec (AMFQ), etc.) dans le but de susciter un débat sur l'encadrement de la médiation projeté dans le nouveau Code de procédure civile et la préservation de la diversité et du libre choix des approches de médiation au Québec.

À la suite du dépôt du *Projet de loi 28*, l'équipe de rédaction du Réseau composée de Me John Peter Weldon, Me Hélène Rouleau et Me Nathalie Croteau a poursuivi son travail de consultation auprès de ses membres pour élaborer un document de réflexion sur les dispositions du projet de loi et proposer certains amendements aux articles encadrant la médiation dans le Code de procédure. Ce *Document de travail* a par la suite été soumis à des praticiens membres de la communauté plus large de professionnels en prévention et règlement des différends au

---

<sup>1</sup> Le mémoire amendé du Réseau sur *l'APL* est disponible sur le site de l'Assemblée nationale à <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-16641/memoires-deposes.html>).

Québec. Un consensus s'est dégagé autour de ce document évolutif et le présent Mémoire est issu des commentaires et suggestions de l'ensemble de ces praticiens. Veuillez vous référer à la page de signatures qui suit les Propositions d'amendement pour prendre connaissance des autres professionnels ayant donné leur appui au Mémoire.

En résumé, le présent Mémoire soutient qu'un assouplissement de certaines dispositions proposées par le Projet de loi 28 est nécessaire pour que ce texte de loi fondamental respecte la diversité des pratiques de médiation ayant cours au Québec et ailleurs dans le monde, reflète les choix actuels qui s'offrent aux Québécois et aux Québécoises en matière de prévention et de règlement de différends, et laisse place à l'évolution future de ces pratiques au Québec.

Avant d'aborder de façon plus spécifique l'encadrement de la médiation proposé par le Projet de loi 28, nous souhaitons souligner certains points et faire quelques distinctions qui nous paraissent essentielles en lien avec l'intégration des modes privés de règlement des différends dans le nouveau Code de procédure civile du Québec.

## Procédure civile et médiation

Nous définirons la procédure civile comme la succession des actes nécessaires à l'exercice des recours devant les tribunaux, allant de l'introduction de l'action à l'exécution ou à l'appel des jugements. Le Code de procédure civile établit des règles uniformes, détaillées et impératives qui permettent au citoyen de faire valoir ses droits en tentant de convaincre le juge du bien-fondé de sa position par un débat contradictoire, le plus souvent par l'entremise d'un avocat (du moins jusqu'à ces dernières années). Il s'agit d'un mode de justice représentative, fondé sur l'autorité judiciaire, le juge étant le seul détenteur du pouvoir décisionnel.

Le recours au tribunal régi par la procédure civile constitue la voie d'accès classique à la justice. Il aura toujours une place de choix dans l'offre de justice au Québec.

Par ailleurs, la médiation permet à des personnes en conflit de se parler directement, en présence d'une tierce personne neutre et impartiale, sans pouvoir décisionnel, qui les accompagne et les soutient en toute confidentialité dans leurs efforts pour comprendre la situation qui les oppose et en arriver à leurs propres décisions quant aux issues possibles à leur différend. Il s'agit d'un processus de communication dont le caractère souple et flexible permet aux participants de s'exprimer personnellement, parfois avec l'aide ou les conseils d'un accompagnateur (avocat ou autre) et de décider eux-mêmes comment disposer de leur situation. Il s'agit d'un mode de justice participative, fondé sur l'autodétermination des parties.

Au même titre que les autres modes privés de règlement des différends, la médiation constitue une nouvelle voie d'accès à la justice<sup>2</sup> pour le citoyen. Elle s'ajoute à la voie classique des procédures judiciaires devant le tribunal et représente une optimisation de l'offre de justice.

Un argument veut qu'en raison de cette distinction primordiale entre procédure civile et médiation, les modes privés de règlement des différends ne doivent pas se retrouver dans le Code de procédure civile. Tout en respectant les tenants de cette opinion, nous ne la partageons pas. La réforme proposée par le législateur vise justement à annoncer officiellement un changement fondamental dans l'accès à la justice, l'élargissant de façon à permettre au citoyen d'occuper une place centrale dans la résolution de son conflit.

Nous saluons l'initiative du législateur québécois d'amorcer ce virage historique vers une plus grande participation citoyenne à l'offre de justice. Si la juxtaposition, dans un seul texte de loi, de la voie classique et des voies nouvelles d'accès à la justice représente un défi, ce geste législatif n'en constitue pas moins un signal clair que les modes privés de prévention et de règlement des différends tels que la négociation, la médiation, l'arbitrage et le droit collaboratif font partie d'un continuum de possibilités s'offrant au public pour la résolution de leurs litiges. Il va sans dire que la procédure, la conférence de règlement à l'amiable et le procès font intégralement partie de ce continuum et continueront à jouer un rôle de premier plan dans l'offre de justice au Québec.

Le caractère uniforme et normatif des règles de procédure civile assure les bases d'une certaine prévisibilité et du traitement équitable de tous les justiciables dans le cadre des procédures judiciaires. Lorsqu'il s'agit par contre d'encadrer la médiation, ces mêmes qualités d'uniformité et de normativité deviennent autant d'obstacles à ce qui doit demeurer un processus souple et ouvert, adapté aux besoins spécifiques des parties et à la multiplicité des situations qui les opposent. Il nous paraît important que le nouveau Code de procédure respecte cette flexibilité, essence même des modes privés de règlement des différends et garante de leur évolution.

La médiation n'est pas et ne devrait pas devenir une « procédure », au risque de se dénaturer et de perdre son essence. Dans cet élan d'une réforme novatrice visant à répondre de façon plus adéquate aux besoins et attentes des citoyens, il est à souhaiter que le nouveau Code de procédure mette clairement en évidence ce qui distingue les modes privés de prévention et de règlement des différends de la procédure civile, et ce, dans le respect de la spécificité et de la terminologie propres à chacune des deux voies d'accès à la justice.

## Les divers paliers de réglementation de la médiation

Dans notre Mémoire amendé sur *l'Avant-projet de loi*, nous avons fait état de la recherche exhaustive menée par Alexander sur les différents modes de réglementation de la médiation à

---

<sup>2</sup> Le mot « justice » est employé ici au sens large, signifiant ce qui est perçu comme « juste » aux yeux des parties.

travers le monde<sup>3</sup>. En résumé, selon les différentes juridictions recensées, il existe quatre paliers de réglementation de la médiation, allant de l'approche la plus souple d'autoréglementation par les lois du marché jusqu'à l'approche la plus interventionniste du régime législatif imposé par l'État :

- 1) autoréglementation individuelle par l'opération des lois du marché
- 2) autoréglementation collective par les associations de médiateurs
- 3) régime mixte associations - État
- 4) régime législatif étatique

Aujourd'hui au Québec, le 1<sup>er</sup> palier (autoréglementation individuelle par l'opération des lois du marché) voulant que les médiateurs compétents attirent la faveur du public et que les médiateurs incompetents soient délaissés, coexiste avec le 2<sup>e</sup> palier (autoréglementation collective par les associations de médiateurs) – auquel s'ajoutent un ordre professionnel et un organisme multiprofessionnel d'accréditation de médiateurs. Depuis des années, la fonction réglementaire de la médiation est prise en charge de façon efficace par l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada (IAMC), l'Institut des médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ), le Barreau du Québec, et le Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale (COAMF) dont font partie le Barreau, la Chambre des notaires, l'Ordre des psychologues, l'Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux, l'Ordre professionnel des conseillers et conseillères d'orientation, l'Ordre des psychoéducateurs et psychoéducatrices, et l'Association des centres jeunesse.

Le 3<sup>e</sup> palier (régime mixte associations - État) est le choix le plus largement répandu dans le monde occidental, notamment en France, pays civiliste d'où notre droit civil québécois tient ses origines. En intégrant la médiation dans le Code de procédure civile en 2011, le législateur français a choisi de procéder par l'équivalent d'une loi-cadre, s'en tenant aux grands principes communs à toutes les approches de médiation et laissant aux associations françaises de médiateurs le rôle de régir les différentes pratiques de médiation. Le législateur français a fait preuve d'une brièveté exemplaire en édictant des dispositions sur la médiation par le biais d'un article d'une seule page dans sa *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*<sup>4</sup>. Les dispositions françaises se limitent à un rappel des principes universels d'indépendance, d'impartialité et de confidentialité qui doivent présider à toute médiation; elles ne privilégient aucun modèle de médiation en particulier et laissent toute la place à la diversité et au libre choix des citoyens<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Pour un résumé succinct de la recherche effectuée par Alexander, voir les pages 17 à 23 du Mémoire amendé sur *l'APL*.

<sup>4</sup> L'article en question de la Loi française n° 95-125 du 8 février 1995 (l'article 21) est reproduit à l'Annexe I.

<sup>5</sup> Pour de nombreux autres exemples du régime mixte de réglementation, autant sur le plan national qu'international, veuillez voir les pages 20 et 21 du Mémoire amendé sur *l'APL*.

Certains médiateurs québécois d'expérience que nous avons consultés nous ont exprimé leur préférence pour l'application pure et simple de la solution française au nouveau Code de procédure du Québec. Bien que nous soyons en accord avec l'esprit de cette suggestion, nous comprenons l'intérêt que peut avoir pour le législateur québécois l'adoption de dispositions qui ouvrent la voie de façon marquée aux nouvelles formes d'accès à la justice, en veillant à l'intérêt et à la protection du public.

Les exemples du 4<sup>e</sup> palier (régime législatif étatique) nous proviennent surtout des pays d'Europe de l'Est où, presque du jour au lendemain, sous l'impulsion de la Directive de l'Union européenne sur la médiation, les législateurs se sont vus obligés de pallier par voie législative l'absence de toute culture de médiation dans leur pays. Cependant, aucune loi des pays de l'Est ne va jusqu'à réglementer le déroulement même de la séance de médiation.

Par sa riche tradition de plus d'un quart de siècle en médiation familiale, civile et commerciale, en médiation pénale, de quartier et dans le domaine des relations de travail, par le travail professionnel de ses centres de formation en médiation tels que le Barreau du Québec, l'Université de Sherbrooke, le Centre de médiation Iris, pour ne nommer que ceux-là, et par l'encadrement d'instances canadiennes et québécoises d'accréditation de médiateurs, le Québec est loin d'être dans une situation analogue à celle des pays de l'Est.

L'instauration par le législateur québécois d'un niveau de contrôle gouvernemental restrictif sur la pratique de la médiation ne nous paraît ni souhaitable, ni appropriée. En effet, les institutions mentionnées plus haut assurent déjà le contrôle de la qualité des pratiques de médiation par leurs formations professionnelles, leurs critères d'accréditation, leurs codes de déontologie et d'éthique, et leurs guides de normes de pratique.

Nous reprenons ici les préoccupations exprimées en janvier 2012 devant la Commission des Institutions sur *l'Avant-projet de loi* par Me Thierry Bériault, président de l'IMAQ, avec lesquelles nous sommes tout à fait en accord :

*« L'autre chose c'est qu'il faut être très, très prudent de ne pas trop encadrer les choses dans le Code de procédure civile. Les modes de PRD se doivent d'être flexibles, ils sont en évolution. Or, si vous... plus vous allez mettre de précisions sur le comportement, sur la conduite, là, je ne parle pas du minimum nécessaire, je pense qu'on risque de se nuire dans ce sens-là et que je vous invite, moi, à garder ça le plus large possible. »*

L'adoption de règles normatives quant au déroulement même du processus de médiation risque en outre d'ouvrir la porte à des contestations judiciaires et de contrecarrer par voie de conséquence l'objectif de déjudiciarisation du législateur québécois. En effet, plus le législateur



définit des normes et prescrit des pratiques, plus il cristallise le processus et ouvre la porte à des contestations si l'un ou l'autre des actes prescrits n'est pas considéré ou perçu comme ayant été scrupuleusement suivi par les parties ou par le médiateur. De telles règles risquent de créer l'effet paradoxal de renvoyer les situations conflictuelles des citoyens au système judiciaire pour adjudication, plutôt que de les voir traitées par des modes qui, au départ, se voulaient flexibles et non-contraignants, dans le respect des besoins et des moyens des parties.

## Les deux grands courants de médiation

Comme il n'y a pas qu'une seule façon de pratiquer la médiation, il ne peut y avoir une « procédure unique » qui doive être suivie. Le déroulement d'une médiation peut varier substantiellement d'une approche à l'autre. La médiation se conjugue aujourd'hui au pluriel, ce qui représente un atout important pour le public usager. Le choix d'approche devrait donc appartenir aux parties elles-mêmes, après qu'elles aient reçu une information complète de la part du médiateur quant à l'approche proposée et aux autres approches possibles. C'est par la transparence du médiateur que les parties sont en mesure de choisir, par un consentement éclairé, l'approche qu'elles jugent appropriée dans les circonstances.

Les citoyens ont des besoins, des objectifs et des attentes variés en regard de la médiation et de ses issues possibles. À titre d'exemple, il peut s'agir de régler un litige formel, de résoudre un conflit, de clarifier une situation problématique, de dissiper des tensions interpersonnelles, ou simplement d'avoir l'occasion d'être entendu. Pour des raisons diverses, certaines personnes préfèrent s'en remettre au médiateur pour prendre la direction des échanges en médiation, alors que d'autres se sentent plus à l'aise avec un accompagnement moins encadrant qui leur permet d'aborder leurs échanges à leur façon.

Le type d'intervention du médiateur varie donc en fonction de la situation, du but recherché et des attentes des utilisateurs. Parmi la multiplicité d'approches reconnues se dégagent deux grands courants de médiation<sup>6</sup>.

Le premier remonte au début des années 1980. Selon ce courant, c'est le médiateur qui dirige les échanges entre les parties, conformément à un protocole préétabli. Le déroulement de la médiation est déterminé par le médiateur, avec le consentement des parties. La médiation facilitante/intégrative, inspirée du protocole de la « négociation raisonnée » articulé par les professeurs Fisher et Ury de l'Université Harvard, est l'exemple le mieux connu de ce premier

---

<sup>6</sup> Pour un aperçu de la demi-douzaine d'approches reconnues mondialement et sur l'origine de leur classification en deux grands courants, veuillez voir les notes *v* et *ix* à la page 35 du présent Mémoire.

courant de médiation, que l'on pourrait désigner aux fins de cette présentation comme faisant partie des médiations de « type A ».

Le deuxième grand courant, développé à partir du milieu des années 1990, veut que ce soit les parties elles-mêmes qui, soutenues activement par le médiateur, décident au fur et à mesure comment, dans quel ordre et à quel rythme elles abordent ce qui est important pour chacune d'elles. Selon ce courant, le déroulement de la médiation est déterminé par les parties. La médiation transformative, dont l'approche a été articulée par le professeur Bush de l'Université Hofstra et le professeur Folger de l'Université Temple, est l'exemple le mieux connu de ce courant de médiation, que l'on pourrait désigner comme faisant partie des médiations de « type B ».

Diverses approches issues de ces deux courants de médiation sont reconnues par la doctrine et font l'objet de critères d'accréditations établis par les associations nationales et internationales de médiateurs telles que *l'Association for Conflict Resolution (États-Unis)* et *l'International Mediation Institute*<sup>7</sup>.

Au Québec, des approches de médiation de « types A » et « de type B » sont régulièrement enseignées au Service de la formation continue du Barreau du Québec. Les deux courants ont fait l'objet de présentations aux colloques sur la médiation en milieu de travail organisés par l'IMAQ en 2011 et en 2012 et ont été le sujet d'articles dans le *Journal Barreau du Québec* (septembre 2010) et dans le *Journal canadien d'arbitrage et de médiation* (juin 2012 et juillet 2013).

Les pratiques prescrites dans différents articles du Projet de loi 28 sont des pratiques propres aux médiations de « type A ». Plus particulièrement, le 2<sup>e</sup> alinéa de l'art. 605 (*Livre VII, Titre I : La médiation, Chapitre I : Les rôles et les devoirs des parties et du médiateur*) prescrit les différentes étapes du modèle facilitant/intégratif de médiation, élaboré sur la base du protocole spécifique de la « négociation raisonnée » décrite dans le livre *Getting to Yes* de Fisher et Ury, publié en 1981, et axé sur l'identification des besoins et intérêts des parties. L'adoption de l'article 605 du Projet de loi 28 dans sa formulation actuelle aurait pour effet de créer une norme législative unique qui favoriserait le recours à ce seul modèle de médiation, de « type A », au détriment non seulement des modèles de médiation de « type B », mais aussi des médiations de « type A » qui ne sont *pas* axées sur la recherche systématique des besoins et intérêts des parties.

Le choix de préconiser certaines pratiques propres aux médiations de « type A » se répercute dans d'autres articles du Projet de Loi 28. L'une des stratégies clés de cette approche, l'« équilibrage des pouvoirs » par lequel le médiateur prend certaines mesures pour changer

---

<sup>7</sup> Voir la note v à la page 35 du présent Mémoire et, pour plus de détails, les pages 14 à 17 et 24 du Mémoire amendé sur *l'APL*.

l'équilibre de pouvoir entre les parties, se retrouve codifiée aux articles 610, 614 et 618 du Projet de loi. En médiation transformative, modèle de « type B », la question du déséquilibre des pouvoirs est traitée de la même façon que toutes les autres questions qui surviennent, c'est-à-dire en respectant systématiquement le pouvoir décisionnel des parties, car cette approche vise à renforcer le sentiment de compétence et la capacité de chacune d'elles de prendre des décisions éclairées, entre autres, celle de se retirer de la médiation si ce processus ne lui convient plus. Cette façon de faire permet au médiateur de préserver son impartialité et d'éviter d'avoir à prendre parti pour l'une des parties en défaveur de l'autre.

Plusieurs médiateurs expérimentés considèrent que les protocoles et stratégies dirigés par le médiateur proposés par le Projet de loi 28 sont des entraves au principe de l'autodétermination des parties, concept fondateur distinguant la médiation de l'adjudication, où la tierce partie prend les décisions qui lient les parties<sup>8</sup>.

Nous sommes d'avis qu'une loi de portée générale ne devrait pas codifier les stratégies et le savoir-faire propres à une seule approche de médiation, quelle qu'elle soit. Nous abondons dans le sens de ce qu'un pionnier de la médiation au Québec a déclaré en se prononçant sur les dispositions sur la médiation dans *l'Avant-projet de loi*, à savoir : « *Aucune loi ne va aussi loin; on ne légifère pas le know-how.* ». Cette fonction relève effectivement non pas de l'État, mais des programmes de formation, d'accréditation et de supervision des médiateurs, assumés jusqu'ici avec grand succès par les organismes professionnels québécois mentionnés ci-haut.

Fait à noter, l'article 607 de *l'Avant-projet de loi*, qui prescrivait le recours au protocole spécifique de la « négociation raisonnée » en matière de négociation, a été éliminé du Projet de loi 28, ce qui a eu pour effet de préserver la diversité des méthodes de négociation et la liberté des citoyens de mener leurs négociations selon la méthode de leur choix, ou à leur propre façon. Si on appliquait la même logique aux parties considérant un recours à la médiation, il serait cohérent de leur laisser à elles aussi le libre choix du type de médiation qu'elles jugent approprié dans les circonstances.

## Conclusion

La société québécoise a évolué au cours des dernières décennies et la nouvelle vision de l'offre de justice que propose le Projet de loi 28 répond aux besoins d'un Québec moderne. Les Québécois et Québécoises d'aujourd'hui sont mieux informés qu'autrefois et ils souhaitent de plus en plus exercer un contrôle sur les situations auxquelles ils font face. La qualité de l'information et les ressources propres à chaque citoyen peuvent cependant varier. Certains

---

<sup>8</sup> Pour un aperçu de la place centrale qu'occupe le principe de l'autodétermination des parties dans le développement de la médiation, voir l'Annexe II.

préfèrent être conseillés, voire guidés dans un processus plus dirigé, tandis que d'autres souhaitent être soutenus dans un échange aux paramètres plus souples. Ces différents besoins, objectifs et attentes des citoyens expliquent la diversification des approches mises au point dans le domaine de la prévention et du règlement des différends et, plus particulièrement, dans le domaine spécifique de la médiation.

Lorsqu'il s'agit de réglementer la médiation par voie législative, le défi consiste à trouver des formulations qui soient suffisamment inclusives pour reconnaître cette grande diversité des pratiques. Il nous paraît important que le législateur québécois fasse preuve de prudence en se gardant d'édicter un protocole unique susceptible de porter atteinte à cette souplesse essentielle qui distingue la médiation de l'adjudication et de restreindre la diversité des pratiques actuelles. C'est en ayant accès à la gamme la plus complète possible d'approches que les citoyens trouveront leur compte dans la nouvelle offre de justice que propose la réforme du Code de procédure civile.

Nous croyons ainsi qu'il serait préférable de s'en tenir aux règles essentielles à la protection du public et aux principes communs aux deux grands courants de la médiation décrits ci-haut, tels que la participation volontaire, la confidentialité, la neutralité, l'impartialité, le devoir d'information du médiateur et le pouvoir des citoyens de décider en toute connaissance de cause de l'approche qui leur convient.

Nous nous sommes appliqués à élaborer des propositions d'amendement en cohérence avec ce qui précède et qui pourraient, selon nous, permettre de relever le défi auquel fait face le législateur québécois dans le cadre de cette réforme historique et porteuse d'avenir.

## Propositions d'amendement au Projet de loi 28

Nous indiquons en *italiques* dans chaque disposition commentée les éléments que nous proposons de modifier ou d'élaguer. Nous présentons ensuite nos commentaires, suivis de la même disposition encadrée où nous indiquons en **caractères gras** les nouveaux éléments proposés.

N.B. Aux articles **605, 610, et 613**, deux propositions d'amendement sont présentées : une « **1<sup>re</sup> proposition** », que nous considérons plus en cohérence avec les thèses avancées dans le présent Mémoire, suivie d'une « **2<sup>e</sup> proposition** », qui représente notre meilleure solution de rechange, dans l'éventualité où notre « **1<sup>re</sup> proposition** » ne serait pas retenue par le législateur.

## DISPOSITION PRÉLIMINAIRE

Le Code de procédure civile établit les principes de la justice civile et régit, avec le Code civil et en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, *la procédure applicable* aux modes privés de prévention et de règlement des différends lorsque *celle-ci n'est pas autrement fixée par les parties*, la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire de même que la procédure d'exécution des jugements et de vente du bien d'autrui.

### COMMENTAIRE :

- Le terme « **procédure** », que l'on retrouve au premier alinéa de la Disposition préliminaire ainsi qu'aux articles 2, 6 et 7 fait écho aux « **procédures judiciaires** » spécifiées ailleurs dans le Code. Il nous paraît important que le Code s'écarte de la terminologie spécifique aux procédures judiciaires afin d'être en cohérence avec l'esprit propre aux modes privés de règlements des différends dont il est question ici, d'où notre préférence pour le terme plus souple de « **processus** ».
- Le même raisonnement s'applique à notre préférence pour le terme « **modalités** » plutôt que le terme plus normatif de « **règles** », qui se retrouve également au Titre I du Livre I ainsi qu'aux articles 6 et 609, d'où notre proposition des termes « **modalités applicables** » et « **modalités du processus** » pour décrire ces nouvelles voies d'accès à la justice au sens large.

### PROPOSITION :

#### DISPOSITION PRÉLIMINAIRE (1<sup>er</sup> alinéa)

Le Code de procédure civile établit les principes de la justice civile et régit, avec le Code civil et en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, **les modalités applicables** aux modes privées de prévention et de règlement des différends lorsque **celles-ci ne sont pas fixées** par les parties, la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, de même que la procédure d'exécution des jugements et de vente du bien d'autrui.

Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et

l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice.

Enfin, le Code s'interprète et s'applique comme un ensemble, dans le respect de la tradition civiliste. Les règles qu'il énonce s'interprètent à la lumière de ses dispositions particulières ou de celles de la loi et, dans les matières qui font l'objet de ses dispositions, il supplée au silence des autres lois si le contexte le permet.

## LIVRE I

### LE CADRE GÉNÉRAL DE LA PROCÉDURE CIVILE

#### TITRE I

#### LES PRINCIPES *DE LA PROCÉDURE* APPLICABLE AUX MODES PRIVÉS DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

#### COMMENTAIRE :

- Même commentaire sur l'emploi du terme « **procédure** » que pour le 1<sup>er</sup> alinéa de la Disposition préliminaire.
- Le Titre I du Livre I du code contient une série de « **principes** » sur lesquels repose le recours aux modes de prévention et de règlement de différends. C'est le Livre VII qui viendra spécifier les « **modalités d'application** » de ces « **principes** ».

#### PROPOSITION :

## LIVRE I

### LE CADRE GÉNÉRAL DE LA PROCÉDURE CIVILE

#### TITRE I

#### LES **PRINCIPES APPLICABLES** AUX MODES PRIVÉS DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

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.

### COMMENTAIRE :

- Nous saluons l'utilisation des mots « doivent considérer » et la sagesse du législateur de ne pas rendre obligatoire les modes privés de prévention et de règlement des différends, ce qui irait nettement à l'encontre du caractère volontaire de la participation à ces modes. Il s'agit là d'un principe fondamental.
- Les modes privés de règlement des différends ne sont pas une panacée et il existe diverses situations où le recours aux tribunaux demeurera l'option à favoriser (nécessité de faire jurisprudence, déséquilibre important entre les parties, etc.).

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

Elles doivent, de même que les tiers auxquels elles font appel, veiller à ce que les démarches qu'elles entreprennent demeurent proportionnelles quant à leur coût et au temps exigé, à la nature et à la complexité de leur différend.

### COMMENTAIRE :

- Même commentaire sur l'emploi du terme « **procédure** » que pour le 1<sup>er</sup> alinéa de la Disposition préliminaire.

- Les autres mots en italiques se rapportent à des notions subjectives, sujettes à diverses interprétations. Il nous paraît préférable de s'en remettre à l'esprit du processus plutôt qu'à des obligations strictes, dont le respect paraît difficile à évaluer et à imposer. Le médiateur n'agissant pas comme juge ou tiers adjudicateur, il peut perdre sa neutralité et son impartialité (ou apparence d'impartialité) s'il doit intervenir pour juger du respect de ces obligations (à moins que les parties ne lui aient confié expressément ce rôle).
- Les articles 6 à 9 et 1401 à 1403 du Code civil du Québec trouvent déjà application.

## PROPOSITION :

**2.** Les parties qui s'engagent dans **un processus** de prévention et de règlement des différends le font volontairement.

**Elles participent au déroulement du processus qu'elles ont choisi dans un esprit de bonne foi, de coopération et de transparence, y compris pour l'élaboration et l'application d'un protocole préjudiciaire, le cas échéant.**

Elles doivent, de même que les tiers auxquels elles font appel, veiller à ce que les démarches qu'elles entreprennent demeurent proportionnelles quant à leur coût et au temps exigé, à la nature et à la complexité de leur différend.

**3.** Les parties qui font appel à un tiers pour les assister dans leur démarche ou pour trancher leur différend le choisissent de concert.

Ce tiers doit être en mesure d'agir avec impartialité et diligence et de le faire selon les exigences de la bonne foi. S'il agit bénévolement ou dans un but désintéressé, il n'a d'autre responsabilité que celle qui découle d'une faute lourde ou intentionnelle.

**4.** Les parties qui choisissent de prévenir un différend ou de régler celui qui les oppose par un mode privé et le tiers qui les assiste s'engagent à préserver la confidentialité de ce qui est dit, écrit ou fait dans le cours du processus, sous réserve de leurs ententes sur le sujet ou des dispositions particulières de la loi *ou de leur propre recours aux tribunaux*.

## COMMENTAIRE :

- La confidentialité est un principe essentiel de la médiation et devrait être la règle, sous réserve des dispositions de la loi, à moins que les parties ne choisissent de concert d'y



renoncer. Les mots en italiques nous semblent en contradiction avec ce principe et aussi, plus particulièrement, avec l'article 606 du Projet de loi, selon lequel les informations échangées lors du processus ne peuvent être utilisées en preuve dans le cadre d'une procédure.

#### PROPOSITION :

4. Les parties qui choisissent de prévenir un différend ou de régler celui qui les oppose par un mode privé et le tiers qui les assiste s'engagent à préserver la confidentialité de ce qui est dit, écrit ou fait dans le cours du processus, sous réserve de leurs ententes sur le sujet **et** des dispositions particulières de la loi.

5. Le tiers appelé à assister les parties ne manque pas à l'obligation de confidentialité s'il s'agit de fournir de l'information à des fins de recherche, de statistiques ou d'évaluation générale du processus de prévention et de règlement des différends ou de ses résultats, pourvu qu'aucun renseignement personnel ne soit dévoilé.

#### COMMENTAIRE :

- Il serait souhaitable que les formateurs en médiation puissent continuer à s'inspirer de leurs dossiers de médiation pour monter des cas fictifs à soumettre à leurs étudiants à des fins de démonstration ou de travaux pratiques.

#### PROPOSITION :

5. Le tiers appelé à assister les parties ne manque pas à l'obligation de confidentialité s'il s'agit de fournir de l'information à des fins de recherche, **d'enseignement**, de statistiques ou d'évaluation générale du processus de prévention et de règlement des différends ou de ses résultats, pourvu qu'aucun renseignement personnel ne soit dévoilé.

6. Les parties qui conviennent de recourir à un mode privé pour prévenir un différend ou régler celui qui les oppose déterminent, avec le tiers, *le cas échéant, la procédure applicable au* mode qu'elles *ont* choisi. Si les parties procèdent par voie de médiation ou d'arbitrage *ou s'inspirent de ces modes et qu'il est nécessaire de compléter leur procédure*, les règles du livre VII du présent code s'appliquent.

#### COMMENTAIRE :

- Même commentaire sur l'emploi du terme « **procédure** » et notre préférence pour le terme « **modalités du processus** » que pour le 1<sup>er</sup> alinéa de la Disposition préliminaire.
- La mention « *ou s'inspirent de ces modes* » nous paraît vague et générale et il est difficile de savoir à quoi elle se réfère concrètement. Certaines pratiques telles que la conciliation, la facilitation, les cercles de dialogue ou restaurateurs, ou le droit collaboratif pourraient, ou non, être considérées comme s'inspirant de ces modes, selon les interprétations. Il nous paraît périlleux de réglementer des processus non identifiés, sans savoir dans quelle mesure les règles édictées au Livre VII pourraient trouver application. Étant donné que la rédaction du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 1 du Projet de loi stipule déjà que : « *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 mots « *ou s'inspirent de ces modes* » devraient selon nous être retirés de l'article 6.
- Par ailleurs, comment sera-t-il possible de déterminer « *qu'il est nécessaire de compléter la procédure* » applicable à la médiation ou à l'arbitrage? Qui sera chargé de trancher cette question? Les parties, le médiateur, un juge? Comme nous l'avons souligné, les modalités du processus peuvent varier considérablement selon l'approche de médiation retenue.
- Tel que formulé, cet article risque de soulever des controverses et de faire l'objet d'interprétations contradictoires, ouvrant la porte à des contestations judiciaires de toutes sortes, ce qui ne nous paraît pas en cohérence avec l'intention du législateur.
- Puisque médiation et arbitrage sont aussi différents que médiation et procédure judiciaire, nous proposons de réserver un alinéa distinct pour aborder chacun de ces modes privés de règlement de différends (le nouveau 2<sup>e</sup> alinéa consacré à l'arbitrage reproduit fidèlement le texte actuel du Projet de loi).
- Au nouveau 3<sup>e</sup> alinéa de l'article 6 que nous proposons, consacré à la médiation, nous avons identifié les huit articles du Livre VII, qui, avec les principes de base établis à la Disposition préliminaire et aux sept premiers articles applicables à tous les modes privés de règlement de différends (caractère volontaire de la participation, devoir d'impartialité, etc.) représentent des dispositions communes à tous les types de médiation, fournissent une protection que seul le législateur peut accorder (confidentialité des échanges en médiation, devoir d'information du médiateur, suspension des procédures judiciaires pendant la médiation) et encadrent le domaine spécifique de la médiation familiale. C'est pour ce motif que nous proposons de conférer aux articles 606, 607, 609 1<sup>er</sup> alinéa, 612 et 616 à 619 un statut privilégié en prévoyant qu'on ne peut déroger à leur contenu.

## PROPOSITION :

6. Les parties qui conviennent de recourir à un mode privé pour prévenir un différend ou régler celui qui les oppose déterminent, avec le tiers, **les modalités du processus qu'elles suivront selon le** mode qu'elles ont choisi.

Si les parties procèdent par voie d'arbitrage et qu'il est nécessaire de compléter leur procédure, les règles du livre VII du présent code s'appliquent.

Si les parties procèdent par voie de médiation **et qu'elles ont convenu de ces modalités**, les **dispositions** du livre VII du présent code **ne s'appliquent pas, à l'exception des dispositions contenues aux articles 606, 607, 609 1<sup>er</sup> alinéa, 612 et 616 à 619, auxquelles on ne peut déroger.**

7. La participation à un mode privé de prévention et de règlement des différends autre que l'arbitrage n'emporte pas la renonciation au droit d'agir en justice. Cependant, les parties peuvent, eu égard à leur différend, s'engager à ne pas exercer ce droit pendant le processus, sauf si cela s'avère nécessaire à la préservation de leurs droits.

Elles peuvent convenir de renoncer à la prescription acquise et au bénéfice du temps écoulé pour celle commencée ou convenir, dans un écrit qu'elles signent, de suspendre la prescription pour la durée **de la procédure**, sans toutefois que cette suspension n'excède **deux** mois.

## COMMENTAIRE :

- Même commentaire sur l'emploi du terme « **procédure** » et notre préférence pour le terme « **processus** » que pour le 1<sup>er</sup> alinéa de la Disposition préliminaire. Le 1<sup>er</sup> alinéa se rapporte effectivement à un processus et non à une procédure, et il devrait en être de même pour le 2<sup>e</sup> alinéa.
- Par ailleurs, une suspension de deux mois pourrait ne pas suffire lorsque le différend à prévenir ou à régler est complexe ou concerne plusieurs parties, parfois avec leurs assureurs. Prévoir la possibilité d'une suspension ne dépassant pas six mois nous paraît plus réaliste, particulièrement en période estivale et en fin d'année civile, les parties demeurant libres de convenir d'une période plus courte.

## PROPOSITION :

7. La participation à un mode privé de prévention et de règlement des différends autre que l'arbitrage n'emporte pas la renonciation au droit d'agir en justice. Cependant, les parties peuvent, eu égard à leur différend, s'engager à ne pas exercer ce droit pendant le processus, sauf si cela s'avère nécessaire à la préservation de leurs droits.

Elles peuvent convenir de renoncer à la prescription acquise et au bénéfice du temps écoulé pour celle commencée ou convenir, dans un écrit qu'elles signent, de suspendre la prescription pour la durée **du processus**, sans toutefois que cette suspension n'excède **six** mois.

## LIVRE VII

Les modes privés de prévention et de règlement des différends

### TITRE I

#### LA MÉDIATION

##### CHAPITRE I

Les rôles et les devoirs des parties et du médiateur

**605.** Le médiateur est choisi par les parties d'un commun accord, directement ou par l'entremise d'un tiers.

*Il est chargé d'aider les parties à cerner leur différend, à identifier leurs besoins et leurs intérêts, à dialoguer et à explorer des solutions afin qu'elles parviennent à une entente mutuellement satisfaisante. Les parties peuvent le charger d'élaborer avec elles une proposition pour prévenir ou régler le différend.*

Il est tenu de **dénoncer** tout conflit d'intérêts ou toute situation qui pourrait laisser croire à l'existence d'un tel conflit ou mettre en doute son impartialité.

#### COMMENTAIRE :

- **(1<sup>re</sup> proposition)** Les mots en italiques se rapportent au protocole propre à un modèle spécifique de médiation, soit la « médiation facilitante/intégrative ». Il existe plusieurs approches de médiation au Québec et ailleurs dans le monde, chacune comportant ses propres façons de faire. Nous sommes d'avis qu'une loi de portée générale ne devrait pas codifier les techniques ou les stratégies qui relèvent du savoir-faire propre à un seul type ou modèle de médiation.

- Certains commentaires reçus de confrères non médiateurs nous donnent également à penser que cet article, tel que rédigé, peut être perçu comme un « manuel d'instructions » ou un « livre de recettes » qu'il suffit de suivre pour s'improviser médiateur, sans autre formation, ce qui nuirait inévitablement à la crédibilité, à la fiabilité et à la réputation de la médiation auprès de la population.
- **(1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> propositions)** Le verbe « dénoncer » a un sens juridique moins agressif que ne le perçoit le commun des mortels, d'où notre recommandation de lui substituer le verbe « signaler », synonyme plus couramment utilisé dans le langage de tous les jours.
- **(2<sup>e</sup> proposition)** Dans la proposition alternative, le verbe « peut » est employé à dessein pour introduire les différents types d'intervention du médiateur que l'article 605 énumère à la suite de la prescription : « *Il est chargé de...* ». Il s'agit ici d'éviter que des plaideurs trop zélés ou des parties quérulentes ne se saisissent des moindres manquements du médiateur à cet égard pour tenter de justifier devant le tribunal l'annulation d'une entente issue d'une médiation, augmentant par là le risque d'une judiciarisation de la médiation et d'une jurisprudence ayant pour effet d'uniformiser la pratique de la médiation, au détriment des besoins des citoyens.
- Toujours au sujet de la proposition alternative, l'expression « afin qu'elles parviennent à une entente mutuellement satisfaisante » suggère que l'entente est le seul résultat désiré par les parties et le seul indice aux yeux de celles-ci d'une médiation réussie. Or, les parties peuvent retirer des avantages importants d'une médiation, même lorsque celle-ci ne mène pas à une entente, par exemple, une clarification de leurs propres objectifs et options, une nouvelle lecture du point de vue de l'autre partie, une meilleure compréhension de la situation problématique dans son ensemble, un apaisement de l'interaction conflictuelle, etc.

## PROPOSITION :

**605. (1<sup>re</sup> proposition)** Le médiateur est choisi par les parties d'un commun accord, directement ou par l'entremise d'un tiers.

**Le médiateur** est tenu **de signaler aux parties** tout conflit d'intérêts ou toute situation qui pourrait laisser croire à l'existence d'un tel conflit ou mettre en doute son impartialité.

**605. (2<sup>e</sup> proposition)** Le médiateur est choisi par les parties d'un commun accord, directement ou par l'entremise d'un tiers.

Il **peut** aider les parties à **dialoguer, à clarifier leurs points de vue**, à cerner leur différend, à identifier leurs besoins et leurs intérêts, à explorer des solutions **et à parvenir, s'il y a lieu**, à une entente mutuellement satisfaisante. Les parties peuvent le charger d'élaborer avec elles une proposition pour prévenir ou régler le différend.

**Le médiateur** est tenu **de signaler aux parties** tout conflit d'intérêts ou toute situation qui pourrait laisser croire à l'existence d'un tel conflit ou mettre en doute son impartialité.

**606.** Le médiateur ou un participant à la médiation ne peuvent être contraints de dévoiler, dans une procédure arbitrale, administrative ou judiciaire liée ou non au différend, ce qui leur a été dit ou ce dont ils ont eu connaissance lors de la médiation. Ils ne peuvent non plus être tenus de produire un document préparé ou obtenu au cours de ce processus, sauf si la loi en exige la divulgation, si la vie, la sécurité ou l'intégrité d'une personne est en jeu, ou encore pour permettre au médiateur de se défendre **contre une accusation de faute professionnelle**. Enfin, aucune information ou déclaration donnée ou faite dans le cours du processus ne peut être utilisée en preuve dans une telle procédure.

Pour invoquer le privilège de non-contraignabilité, le médiateur doit être accrédité par un organisme reconnu par le ministre de la Justice; en outre, il doit être assujéti à des règles déontologiques et tenu de garantir sa responsabilité civile par une assurance de responsabilité ou au moyen d'une autre sûreté.

### **COMMENTAIRE :**

- Bien que ce texte vise à permettre aux médiateurs de se défendre en cas de poursuite, il nous semble que de telles dispositions n'existent pas à l'égard d'autres professionnels tels que les avocats, pourtant tenus au secret professionnel et liés par la confidentialité des dossiers et des informations fournies par leurs clients. Cela dit, nous n'avons pas d'objection à ce que cette disposition soit maintenue, sous réserve de la proposition qui suit quant à sa rédaction.
- L'objectif d'encourager tous les médiateurs en exercice au Québec à se faire accréditer par l'un ou l'autre des organismes accréditeurs reconnus est certes louable. Ce n'est cependant pas une raison de priver les médiateurs qui ne sont *pas* accrédités de la protection de non-contraignabilité, volet essentiel du principe de la confidentialité de la médiation édicté au 1<sup>er</sup> alinéa de cet article, et plus généralement en ce qui concerne les parties à l'article 4 du Projet de loi. Mentionnons, entre autres, les médiateurs citoyens bénévoles oeuvrant dans la trentaine de Centres de médiation de quartier associés au ROJAQ ou à l'Association des organismes de justice alternative du Québec (ASSOJAQ) dans autant de villes du Québec qui ont reçu une formation à l'interne, mais qui n'ont pas

nécessairement les moyens financiers et autres de satisfaire aux conditions préalables imposées par les organismes accréditeurs reconnus actuellement (Barreau du Québec, IAMC, IMAQ, COAMF).

- Le 2<sup>e</sup> alinéa de l'art 606 aurait comme conséquence indésirable de fragiliser un grand nombre de médiations bénévoles socialement utiles dont bénéficient actuellement des citoyens souvent incapables de s'offrir les services d'un médiateur dûment accrédité.
- Cette disposition créerait effectivement une médiation à deux vitesses : médiation par un médiateur accrédité (protégée par la non-contrainabilité), et médiation par un médiateur *non* accrédité (vulnérable aux assignations devant le tribunal). Cela irait à l'encontre de la jurisprudence en la matière, qui n'établit pas de distinction entre médiateurs de différents degrés de formation, d'accréditation ou d'association lorsqu'elle reconnaît cette protection inhérente à la fonction de médiateur, dont les participants à la médiation sont les premiers bénéficiaires.

### PROPOSITION :

**606.** Le médiateur ou un participant à la médiation ne peuvent être contraints de dévoiler, dans une procédure arbitrale, administrative ou judiciaire liée ou non au différend, ce qui leur a été dit ou ce dont ils ont eu connaissance lors de la médiation. Ils ne peuvent non plus être tenus de produire un document préparé ou obtenu au cours de ce processus, sauf si la loi en exige la divulgation, si la vie, la sécurité ou l'intégrité d'une personne est en jeu, ou encore pour permettre au médiateur de se défendre **dans le cadre d'une poursuite en responsabilité professionnelle, le cas échéant.** Enfin, aucune information ou déclaration donnée ou faite dans le cours du processus ne peut être utilisée en preuve dans une telle procédure.

**607.** Malgré la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (chapitre A-2.1) et la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé (chapitre P -39.1), nul n'a le droit d'obtenir un document contenu dans le dossier de médiation ni le droit de s'opposer à l'utilisation d'un document dans le cours d'une médiation pour le motif qu'il contiendrait des renseignements personnels.

## CHAPITRE II

### Le déroulement de la médiation

**608.** La médiation débute, sans formalités, le jour où les parties conviennent d'engager le processus d'un commun accord ou sur l'initiative de l'une d'elles. En ce dernier cas, le défaut de l'autre partie de répondre constitue un refus de participer au processus de médiation.

**609.** Avant d'entreprendre la médiation, le médiateur informe les parties sur son rôle et ses devoirs et *précise* avec elles les *règles* applicables à la médiation et la durée du processus.

Les parties s'engagent à participer à toute réunion à laquelle le médiateur les *convoque*. Elles peuvent, si tous y consentent, *même tacitement*, se faire accompagner des personnes dont *la contribution peut être utile au règlement du différend*. Elles sont tenues de s'assurer que les personnes autorisées à conclure une entente sont présentes ou qu'elles peuvent être consultées en temps utile pour donner leur accord.

### COMMENTAIRE :

- Même commentaire sur l'emploi du terme « **règles** » et notre préférence pour le terme « **modalités** » que pour le 1<sup>er</sup> alinéa de la Disposition préliminaire.
- L'emploi du verbe « *précise avec elles* » au 1<sup>er</sup> alinéa pourrait s'interpréter comme s'il revenait au médiateur de décider des règles applicables, d'où notre choix du verbe « discute avec elles », garantissant explicitement un rôle décisionnel aux parties lors de ce préalable essentiel à toute médiation.
- Tel que rédigé, le 2<sup>e</sup> alinéa (1<sup>re</sup> phrase) porte atteinte à l'un des principes essentiels de la médiation édicté à l'article 2, soit le caractère volontaire de la participation, les parties étant libres de décider de ne pas participer ou de se retirer et cela, à tout moment.
- L'accompagnement des parties et l'identité des accompagnateurs sont des sujets importants et délicats, qui se discutent au préalable. Il est important que chaque participant se sente à l'aise de participer au processus en présence des personnes proposées. Le fait pour le médiateur de s'assurer que chaque participant accepte expressément la présence des personnes proposées évite toute ambiguïté et tout malentendu à cet égard. Il s'agit d'un élément important en lien avec l'ouverture et la confiance qui peuvent se développer dans le cadre d'un processus de médiation. Ce sont les participants qui déterminent si et dans quelle mesure la présence de certaines personnes est susceptible d'être utile.
- Tel que mentionné plus haut, la finalité du processus peut ou non être le règlement du différend, selon les objectifs et les attentes des parties et l'approche retenue.

### PROPOSITION :



**609.** Avant d'entreprendre la médiation, le médiateur informe les parties sur son rôle et ses devoirs et **discute avec elles des modalités** applicables à la médiation et de la durée du processus.

Les parties s'engagent à participer à toute réunion à laquelle le médiateur les **convie, sous réserve de leur droit de se retirer en tout temps**. Elles peuvent, si tous y consentent, se faire accompagner des personnes dont **elles jugent la présence** utile au **bon déroulement du processus**. Elles sont tenues de s'assurer que les personnes autorisées à conclure une entente sont présentes ou qu'elles peuvent être consultées en temps utile pour donner leur accord, **si les circonstances le requièrent**.

**610.** Le médiateur a l'obligation d'agir équitablement à l'égard des parties. Il veille à ce que chacune d'elles puisse faire valoir son point de vue.

S'il constate un *déséquilibre important* entre les parties ou *de l'intimidation* ou *de la manipulation* de la part de l'une d'elles, *il le signale et précise avec elles les mesures pour y pallier*. S'il considère qu'un projet d'entente *est susceptible de causer un différend futur ou un préjudice sérieux* à l'une des parties, il *les invite à remédier à la situation et, le cas échéant, à consulter un tiers*.

Il peut en tout temps, *dans l'intérêt des parties*, suspendre la médiation.

#### **COMMENTAIRE :**

- Les notions de déséquilibre, d'intimidation et de manipulation mentionnées au 2<sup>e</sup> alinéa sont hautement subjectives et sujettes à diverses interprétations. En exigeant du médiateur qu'il identifie ces situations et les fasse corriger par les parties, on risque fort de faire perdre au médiateur son impartialité, pierre angulaire de la médiation.
- Les médiateurs d'expérience savent que le déséquilibre entre les parties est loin d'être un concept statique et qu'il peut évoluer au cours de l'échange en médiation. Il peut même s'inverser par lui-même, l'apparente victime s'érigant en persécuteur de son apparent oppresseur, et vice-versa.
- La plupart des médiateurs, tenants de différentes approches, s'entendent pour dire que des comportements s'apparentant ou pouvant être vus comme de la manipulation ou de l'intimidation sont souvent présents, à divers degrés, dans le cadre d'une négociation ou d'une médiation, notamment lorsque des émotions fortes ou des enjeux importants sont en cause, ou encore en raison de l'historique relationnel ou de la dynamique préexistante entre les parties.

- Tout bon médiateur a appris comment composer avec ces différentes situations, mais la façon de le faire peut varier considérablement d'une approche à l'autre et d'un médiateur à l'autre.
- Le 2<sup>e</sup> alinéa se rapporte à une pratique propre au courant de la médiation de « type A » (voir page 9), appelée « équilibrage du rapport de forces » (*power-balancing*); il exige du médiateur qu'il porte un jugement sur l'interaction ou les choix des parties et intervienne pour les modifier. Encore une fois, il ne nous paraît pas opportun de réglementer dans le Code de procédure civile les techniques et stratégies qui relèvent du savoir-faire propre à un seul type ou modèle de médiation.
- Pour ce qui est de la référence à la possibilité qu'un projet d'entente cause un différend futur ou un préjudice sérieux, ces notions sont également sujettes à interprétation quant à ce qui peut de façon réaliste être prévu ou anticipé par le médiateur. Cette disposition risque d'ouvrir la porte à des contestations judiciaires et de mettre en péril la stabilité des ententes, conséquence pour le moins paradoxale étant donné l'objectif de déjudiciarisation recherché par le législateur. Les articles 613 et 618 nous semblent suffisants en ce qui concerne l'entente pouvant intervenir entre les parties, sous réserve des commentaires que nous formulons plus bas à leur sujet.
- Quant aux motifs du médiateur de mettre fin à la médiation, l'intérêt des parties représente sans doute un motif important, mais il n'est certainement pas le seul, d'où notre formulation plus large (pour des exemples d'autres motifs, voir l'article 7.5 du ADR Institute of Canada, Inc. Code of Conduct for Mediators, cité à la note x à la page 36 du présent Mémoire).

### **PROPOSITION :**

**610. (1<sup>re</sup> proposition)** Le médiateur a l'obligation d'agir équitablement à l'égard des parties. Il veille à ce que chacune d'elles puisse faire valoir son point de vue.

**Il peut inviter les parties à consulter un tiers avant la signature d'une entente.**

**Il peut en tout temps suspendre la médiation si, à son avis, les circonstances le justifient.**

**610. (2<sup>e</sup> proposition)** Le médiateur a l'obligation d'agir équitablement à l'égard des parties. Il veille à ce que chacune d'elles puisse faire valoir son point de vue.

S'il constate un déséquilibre important entre les parties ou de l'intimidation ou de la manipulation de la part de l'une d'elles, **il prend les mesures qu'il considère appropriées, selon les circonstances. Il peut inviter les parties à consulter un tiers avant la signature d'une entente.**

Il peut en tout temps suspendre la médiation **si, à son avis, les circonstances le justifient.**

**611.** Le médiateur peut communiquer avec les parties séparément, mais il est alors tenu de les en informer.

Lorsqu'il reçoit d'une partie de l'information d'intérêt pour la médiation, il ne peut la communiquer à l'autre partie, à moins que celle qui a fourni l'information n'y consente.

**612.** Si la médiation a lieu alors qu'une demande en justice est déjà introduite, les parties doivent, lorsqu'elles le peuvent et que la loi ou le tribunal saisi le permet, accepter de suspendre l'instance jusqu'à la fin de la médiation.

**613.** L'entente *contient les engagements des parties et met un terme au différend*. Elle ne constitue une transaction que si la matière et les circonstances s'y prêtent et que la volonté des parties à cet égard est manifeste.

#### **COMMENTAIRE :**

- L'issue de la médiation varie selon le contexte et les circonstances de chaque dossier. Si dans certains cas, la conclusion d'une entente est une finalité, dans d'autres il peut s'agir d'un échange d'information, d'une meilleure compréhension mutuelle ou d'une meilleure compréhension des enjeux, d'une amélioration ou d'un changement dans l'interaction, du dénouement d'une situation pour éviter une plainte en harcèlement en milieu de travail, etc.
- En raison de cette grande variété des résultats possibles en médiation, les écrits qui formalisent les ententes qui en découlent peuvent mal se prêter à l'application automatique du mécanisme de la transaction, d'où la nécessité que les parties expriment clairement leur intention que leur entente vaut transaction et notre appui à la 2<sup>e</sup> phrase de l'article 613 du Projet de loi.

#### **PROPOSITION :**

**613. (1<sup>re</sup> proposition)** L'entente ne constitue une transaction que si la matière et les circonstances s'y prêtent et que la volonté des parties à cet égard est manifeste.

**613. (2<sup>e</sup> proposition)** L'entente peut mettre un terme au différend et **contenir** les engagements des parties. Elle ne constitue une transaction que si la matière et les circonstances s'y prêtent et que la volonté des parties à cet égard est manifeste.

**614.** Une partie peut, en tout temps, selon sa seule appréciation et sans être tenue de dévoiler ses motifs, se retirer du processus ou y mettre fin. Le médiateur peut également mettre fin à la médiation *s'il est convaincu que le processus est voué à l'échec ou susceptible de causer un préjudice sérieux à une partie s'il se poursuit.*

#### COMMENTAIRE :

- Les motifs pour mettre un terme à la médiation peuvent varier. Il revient au médiateur, en tant que professionnel, de savoir et de décider comment réagir, selon les circonstances. Les médiateurs d'expérience s'entendent pour dire qu'une situation qui paraît vouée à l'échec à un certain moment peut, à un autre, faire l'objet d'un revirement inattendu et se diriger vers un règlement ou un autre résultat acceptable pour les parties. Ainsi, il est rare qu'un médiateur puisse déclarer de façon certaine que le processus est « *voué à l'échec* », entre autres, dans les situations où l'objectif des parties n'est pas nécessairement l'atteinte d'une entente formelle. De plus, on observe que le processus a bien souvent des retombées inattendues après la rencontre de médiation, à court, moyen ou plus long terme.
- La mention « *susceptible de causer un préjudice sérieux* » est un concept subjectif et aléatoire, difficile à cerner et sujet à diverses interprétations. En effet, sur quels critères objectifs un médiateur pourrait-il se fonder-il pour juger d'un tel préjudice éventuel, tout en préservant son impartialité?

#### PROPOSITION :

**614.** Une partie peut, en tout temps, selon sa seule appréciation et sans être tenue de dévoiler ses motifs, se retirer du processus ou y mettre fin.

Le médiateur peut également mettre fin à la médiation **si, à son avis, les circonstances le justifient.**

**615.** Dès la fin de la médiation, le médiateur rend compte aux parties des sommes reçues et liquide les frais. Ceux-ci sont assumés à parts égales par les parties, à moins qu'une répartition différente n'ait été convenue ou n'ait été ordonnée par le tribunal si la médiation est intervenue en cours d'instance.

Ces frais comprennent les honoraires, les frais de déplacement et les autres débours du médiateur de même que les frais liés à des expertises ou à des interventions convenues par les parties. Toutes les autres dépenses engagées par une partie sont à sa charge.

## **CHAPITRE IV**

### **Dispositions particulières à la médiation familiale**

**616.** La médiation sur un différend en matière familiale qui intervient à titre purement privé ou sans qu'une demande en justice ne soit présentée ne peut être conduite que par un médiateur accrédité conformément aux règlements pris en application de l'article 619. Celui-ci est tenu, si le différend met en jeu l'intérêt d'un enfant, d'informer les parties qu'elles doivent participer à une séance d'information sur la parentalité et la médiation prévue à l'article 417.

Le médiateur peut, avec l'accord des parties, recourir à l'utilisation d'un moyen technologique si les circonstances le commandent et que le moyen est approprié et aisément disponible.

**617.** Les séances de médiation ont lieu en présence des deux parties et d'un médiateur ou, si les parties en conviennent, de deux médiateurs. Les séances peuvent aussi, si tous y consentent, avoir lieu en présence d'une seule partie ou de l'enfant ou encore d'autres personnes qui ne sont ni experts ni conseillers, si leur contribution peut être utile au règlement du différend.

Au terme de la médiation, le médiateur, après avoir daté et signé son rapport, le dépose auprès du service de médiation familiale et le remet aux parties. Ce rapport fait état de la présence des parties et, le cas échéant, des points sur lesquels il y a eu entente. Il ne contient aucune autre information.

**618.** Le médiateur, s'il considère qu'un projet d'entente est *susceptible de causer un différend futur ou un préjudice sérieux* à l'une des parties ou *aux enfants*, est tenu d'*inviter les parties à remédier à la situation et, le cas échéant, à prendre conseil auprès d'un tiers*. Il peut également mettre fin à la médiation *s'il est convaincu que le préjudice anticipé ne peut être corrigé*.

### **COMMENTAIRE :**

- Nous réitérons ici nos commentaires en lien avec les articles 610 et 614 (voir ci-dessus).

### **PROPOSITION :**

**618. Le médiateur peut inviter les parties à consulter un tiers avant la signature d'une entente qui paraît porter atteinte à leurs intérêts, ou aux intérêts de l'une d'elles ou de leurs enfants.**

**Il peut en tout temps mettre fin à la médiation si, à son avis, les circonstances le justifient.**

**619.** Le gouvernement désigne les personnes, les organismes ou les associations pouvant accréditer un médiateur en matière familiale et détermine, par règlement, les normes auxquelles ceux-ci doivent se conformer. Il peut, par règlement, établir les conditions auxquelles un médiateur doit satisfaire pour être accrédité et déterminer les normes auxquelles un médiateur accrédité doit se conformer dans l'exercice de ses fonctions, de même que les sanctions applicables en cas de manquement.

Il peut également, par règlement, déterminer les services payables par le service de médiation familiale et établir le tarif des honoraires que le service peut payer à un médiateur accrédité, les délais et les modalités de réclamation et de paiement de ces honoraires.

Il peut, de même, établir le tarif des honoraires auquel les parties peuvent être tenues pour les services qui excèdent ceux payables par le service de médiation familiale ou lorsque les parties font affaire avec un médiateur désigné par le service ou encore avec plus d'un médiateur.

Le ministre de la Justice détermine, par arrêté, les conditions de mise en oeuvre des moyens technologiques utilisés par le service de médiation familiale ainsi que les autres services que ce dernier peut offrir et les conditions auxquelles il peut le faire.

## Signataires du présent Mémoire

Le présent Mémoire reflète le travail de réflexion de professionnels, au sein et à l'extérieur du Réseau, qui œuvrent dans le domaine de la prévention et du règlement des différends.

**John Peter Weldon**, avocat, Méd. A. (médiateur agréé), professeur adjoint, formateur, auteur

**Hélène Rouleau**, avocate, médiatrice accréditée, formatrice, professeure à l'École du Barreau

**Nathalie Croteau**, avocate, médiatrice accréditée, formatrice, chargée de cours

**Martha Shea**, avocate collaborative, formatrice

**Jean-Frédéric Bleau**, avocat, médiateur accrédité

**Andrée Gosselin**, avocate, médiatrice

**Paul Fauteux**, avocat, médiateur accrédité, formateur, chargé de cours

**Louise Piché**, avocate, médiatrice accréditée

**Élise Corriveau**, CRHA, médiatrice accréditée, formatrice

**Normand Leduc**, CRHA, médiateur accrédité

**Lise Pelletier**, médiatrice accréditée, formatrice, chargée de cours

**Lucie Baillairgé**, avocate à la retraite, formatrice, étudiante à la maîtrise en PRD

**Mona Beauchemin**, avocate à la retraite, médiatrice, formatrice, étudiante à la maîtrise en PRD

**Patrick McLaughlin**, médiateur, formateur, coach de conflit

## Autres personnes ayant donné leur appui au Mémoire

**Jean H. Gagnon**, avocat, arbitre, médiateur accrédité, formateur, auteur

**André Ladouceur**, médiateur, arbitre, formateur, chargé de cours, auteur (je préférerais la 2<sup>e</sup> proposition aux articles 610 et 613)

**Dominique Bourcheix**, avocate, médiatrice, arbitre, formatrice

**Céline Vallières**, avocate, médiatrice accréditée, formatrice, auteure

**Serge Pisapia**, avocat, Med.A., Arb. A.

**Olivier Després**, avocat, Med.A., Arb. A., professeur à l'École du Barreau

**Sylvette Guillemard**, professeure titulaire de droit, U. Laval (je proposerais à l'article 613 de considérer l'entente comme une transaction, sauf manifestation de volonté contraire des parties)

**Marie Gagnon**, avocate, gestionnaire, chargée de cours

**Dominique Paillé**, avocate, médiatrice, Protecteur de l'élève pour 5 commissions scolaires

**Daphne DeJong**, avocate-médiatrice

**Yves Gervais**, avocat, conseiller en gestion des relations de travail

**Jean-Sylvain Pelletier**, avocat, médiateur

**Mylène Jaccoud**, professeure, École de criminologie, Université de Montréal

**Jeanne Demers**, criminologue, formatrice

**Danielle Martin**, consultante, Méd. A.

**Lucie Fournier**, consultante en matière de harcèlement, formatrice

**Bernard Desrosiers**, avocat, CRIA, consultant.

**Geneviève Mérette**, médiatrice accréditée, conseillère en prévention du harcèlement et gestion des conflits

## Annexe I : L'exemple de la loi française<sup>9</sup>

### TITRE II : Dispositions de procédure civile

#### Chapitre Ier : La médiation

##### Section 1 : Dispositions générales

**Article 21** Modifié par Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 - art. 1

La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige.

**Article 21-1** Créé par Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 - art. 1

La médiation est soumise à des règles générales qui font l'objet de la présente section, sans préjudice de règles complémentaires propres à certaines médiations ou à certains médiateurs.

**Article 21-2** Créé par Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 - art. 1

Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence.

**Article 21-3** Créé par Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 - art. 1

Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties.

Il est fait exception aux alinéas précédents dans les deux cas suivants :

- a) En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ;
- b) Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution. Lorsque le médiateur est désigné par un juge, il informe ce dernier de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord.

**Article 21-4** Créé par Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 - art. 1

L'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition.

**Article 21-5** Créé par Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 - art. 1

L'accord auquel parviennent les parties peut être soumis à l'homologation du juge, qui lui donne force exécutoire.

---

<sup>9</sup> Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000350926>



## Annexe II : Le principe de l'autodétermination des parties<sup>i</sup>

L'adoption des dispositions actuelles encadrant la médiation dans le *Projet de loi 28* instituant le nouveau Code de procédure civile aurait comme conséquence inattendue et indésirable de convertir un processus souple et adaptable en une procédure unique et uniforme dirigée par un médiateur soumis à des règles susceptibles de limiter l'autonomie décisionnelle des parties.

### Place centrale du principe de l'autodétermination des parties

Au cours des années 1970, le principe de l'autodétermination des parties est devenu la pierre angulaire de la médiation moderne<sup>ii</sup>. À l'inverse d'un processus d'arbitrage ou judiciaire où les décisions qui lient les parties sont prises par la tierce partie, dans un processus de médiation les décisions sont prises par les parties, aidées du médiateur qui ne possède pas de pouvoir décisionnel<sup>iii</sup>. Très tôt, l'autodétermination des parties a été érigée en principe directeur par les codes d'éthique des médiateurs<sup>iv</sup>. Si le sens du terme semble aller de soi, ce principe a été interprété de façon différente au fil du temps selon l'approche de médiation pratiquée, chaque modèle obéissant à ses propres principes et méthodes et chaque modèle obtenant la faveur de différents médiateurs et de différentes clientèles<sup>v</sup>. La diversification des approches de médiation a donné lieu à un débat fécond et fourni au public usager un choix de modèles, l'étendue du principe d'autodétermination variant significativement d'un modèle à l'autre. À titre d'exemple, un médiateur évaluatif peut soutenir que conseiller et guider les parties vers une solution conforme à des normes établies respecte le principe d'autodétermination, tandis qu'un médiateur facilitant ou transformatif considérera une telle approche comme allant à l'encontre de ce principe.

### Obligation de transparence quant au modèle de médiation proposée

Est-il nécessaire que les médiateurs travaillent tous de la même façon? La plupart des médiateurs répondraient par la négative. Une autre question nous paraît plus pertinente : les codes d'éthique et autres formes de réglementation de la médiation devraient-ils exiger que les médiateurs discutent avec les parties du processus qu'ils entendent utiliser et obtiennent leur accord quant à ce processus avant d'amorcer la médiation? Nous sommes de cet avis et d'ailleurs, plusieurs codes l'exigent<sup>vi</sup>. En fournissant au préalable à chacune des parties une description claire de la méthode qu'il compte utiliser et en reprenant cette description en présence de toutes les parties avant la signature de la convention de médiation, le médiateur donne à celles-ci la possibilité de déterminer si le modèle de médiation proposé leur convient. Le public a désormais accès à plusieurs modèles de médiation et il importe que les utilisateurs sachent qu'il leur est possible de choisir le modèle qui leur convient, eu égard à leur situation.

## La médiation moderne se conjugue au pluriel

La médiation n'a cessé d'évoluer au fil des ans et bon nombre d'approches ont été proposées par les théoriciens de la médiation, préconisant, par exemple, que le médiateur axe sa pratique sur l'identification des besoins et intérêts des parties et veille au caractère équitable de la médiation en équilibrant le rapport de force entre elles<sup>vii</sup>. Quant à elle, la médiation transformative<sup>viii</sup> dans laquelle les parties restent maîtres du déroulement de leurs échanges (*party-driven mediation*<sup>ix</sup>) a vu le jour dans les années 1990. Ces différentes approches n'ont pas fait l'unanimité chez les médiateurs et alors que certains codes d'éthique autorisent un large éventail d'approches<sup>x</sup>, d'autres codes favorisent une seule approche à l'exclusion d'autres<sup>xi</sup>.

## La réglementation de la médiation doit préserver le libre choix du public usager

Des codes de déontologie et d'éthique destinés à régir la pratique des médiateurs sont en cours de rédaction ou de révision. En outre, le gouvernement du Québec est en voie d'amender le Code de procédure civile pour y reconnaître la pratique de la médiation en l'encadrant de directives susceptibles de limiter le choix des approches<sup>xii</sup>. Ces codes sont susceptibles d'exercer une influence importante sur la manière dont la médiation se pratiquera dans les années à venir. Certains codes restreignent les choix des médiateurs quant aux méthodes à utiliser, les obligeant à pratiquer un modèle précis de médiation<sup>xiii</sup>, d'autres privent les parties de leur pouvoir décisionnel en requérant que le médiateur mette fin à la médiation si elles ne respectent pas certaines règles spécifiques<sup>xiv</sup>. Nous soutenons que ces restrictions ne sont ni nécessaires ni souhaitables. Les codes d'éthique et autres formes de réglementation de la médiation devraient, selon nous, être rédigés de façon à permettre la pratique de différents modèles de médiation, sans en privilégier aucun en particulier et à ne pas entraver l'émergence de nouvelles approches à l'avenir<sup>xv</sup>, afin de préserver le libre choix du public usager à l'égard du type de médiation jugé approprié selon les circonstances.

---

<sup>i</sup> Adapté de John Peter Weldon, Joseph P. Folger et Robert A. Baruch Bush, *Qui exerce le pouvoir décisionnel en médiation? Reflet de la diversité des pratiques*, Journal d'arbitrage et de médiation du Canada (2013) Vol. 22, no. 1 (juillet 2013). En attendant sa publication sur le site de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada, une version PDF de l'article est disponible sur le site d'un des coauteurs au [www.johnpeterweldon.ca](http://www.johnpeterweldon.ca)

<sup>ii</sup> Alison Y. Taylor, *Toward a Comprehensive Theory of Mediation*, 19 Conciliation Courts Review 1, 4 (1981); Anne Milne & Jay Folberg, *The Theory and Practice of Divorce Mediation: An Overview*, in *DIVORCE MEDIATION: THEORY AND PRACTICE* (Jay Folberg & Anne Milne eds., 1998). JAMES J. ALFINI, SHARON B. PRESS, JEAN R. STERNLIGHT, & JOSEPH B. STULBERG, *MEDIATION THEORY AND PRACTICE* 2–11 (2d éd., 2006) pages 718–20; Robert A. Baruch Bush, *Staying in Orbit or Breaking Free: The Relationship of Mediation to the Courts Over Four Decades*, 84 N.D. L. REV. 735–38 (2008). Voir

---

également Nancy A. Welsh, *The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization*, 6 HARV. NEGOT. L. REV. 1, 15-21 (2001), Jacqueline Nolan-Haley, *Judicial Review of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation with Consent*, 5 Penn St. Y. B. Arb & Mediation (2013) disponible à <http://www.ssrn.com/abstract=2249862>

<sup>iii</sup> Leonard L Riskin, "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed" (1996); (3d Éd. 2005).

<sup>iv</sup> Voir par exemple, ABA STANDARDS OF PRACTICE FOR LAWYER MEDIATORS IN FAMILY DISPUTES, STANDARD I.C., III.C. (1984), 18 FAM. L. Q. 363, 363-65 (1984). Voir également Welsh, supra, note 4, pages 34-52 (analyse du principe d'autodétermination dans les règles d'éthique des médiateurs du programme de médiation de l'État de Floride adoptées en 1992).

<sup>v</sup> L'Association for Conflict Resolution, la plus importante association professionnelle de médiateurs au monde reconnaît sept approches distinctes de médiation comme normes de pratique dans le cadre des programmes de certification des médiateurs. Il s'agit des approches suivantes : *facilitative*, *transformative*, *narrative*, *evaluative*, *inclusive*, *analytical* et *responsive*. Ces approches sont définies comme « des philosophies et méthodologies qui caractérisent la pratique du médiateur et déterminent la nature de ses interventions » :

[http://www.acrnet.org/uploadedFiles/Practitioner/ModelStandardsofConductforMediatorsfinal05\(1\).pdf](http://www.acrnet.org/uploadedFiles/Practitioner/ModelStandardsofConductforMediatorsfinal05(1).pdf); Alexander, N., *The Mediation Metamodel : Understanding Practice, Conflict Resolution Quarterly*, vol. 26, no.1, Fall 2008, distingue six modèles de médiation distincts : *evaluative*, *settlement*, *facilitative*, *wise counsel*, *traditional* et *transformative*; Boule, L. et Kelly, K.J., *Mediation Principles, Process, Practice*, 1998, Toronto, Butterworths, distinguent quatre modèles : *evaluative*, *settlement*, *facilitative* et *transformative*. L'International Mediation Institute (IMI) accorde une certification aux médiateurs selon des critères distincts fondés sur trois modèles de médiation reconnus par l'Institut : les modèles facilitant, évaluatif et transformatif : <http://imimediation.org>

<sup>vi</sup> Par exemple, la Mediate BC Society Standards of Conduct prescrivent : « Un médiateur doit s'assurer que tous les participants comprennent la nature du processus de médiation, le déroulement de ce processus, le rôle du médiateur et la relation entre les le médiateur et les parties. »

[http://www.mediatebc.com/PDFs/1-28-Standards-of-Conduct/Standards\\_Conduct.aspx](http://www.mediatebc.com/PDFs/1-28-Standards-of-Conduct/Standards_Conduct.aspx)

<sup>vii</sup> Carole J. Brown, *Facilitative Mediation : The Classic Approach Retains its Appeal* : <http://www.mediate.com/pfriendly.cfm?id=1180> (dernière consultation du site 20 mars 2013)

<sup>viii</sup> Pour un aperçu en français de la médiation transformative, voir *La médiation transformative au soutien de l'autodétermination des parties*, John Peter Weldon, *Journal d'arbitrage et de médiation du Canada*, 2011, Vol. 21, n ° 1, page 37 :

[http://www.adrcanada.ca/resources/documents/ADRIC\\_JOURNAL\\_2012\\_Vol21\\_No1.pdf](http://www.adrcanada.ca/resources/documents/ADRIC_JOURNAL_2012_Vol21_No1.pdf)

<sup>ix</sup> Les termes « *party-driven médiation* » (médiation où les parties restent maîtres du processus) et « *party-centered médiation* » proviennent de deux sources distinctes. En premier lieu, des praticiens de l'approche transformative dans le contexte des conflits ethno-politiques qui, cherchant à décrire cette approche de façon claire et concise, ont constaté que *party-driven* était le terme le mieux compris par les

---

parties. Voir Folger & Bush, *Transformative Practice in Ethno-Political Conflict: An Emerging Initiative in TRANSFORMATIVE MEDIATION: A SOURCEBOOK—RESOURCES FOR CONFLICT INTERVENTION PRACTITIONERS AND PROGRAMS* 31–50 (Joseph P. Folger et al., eds., 2010). En deuxième lieu, il est ressorti des discussions avec des collègues qui enseignent l'initiation à la pratique d'avocat dans les facultés de Droit que l'approche transformative faisait appel aux mêmes notions théoriques et pratiques que celles de l'approche dite « centrée sur le client » dans la profession juridique, approche qui souligne le rôle central de l'autonomie décisionnelle du client. Voir par exemple, Robert D. Dinerstein, *Client-Centered Counseling : Reappraisal and Refinement*, 32 *ARIZ. L. REV.* 501, 506 (1990). Nous reconnaissons que l'approche de médiation ici peut bien être pratiquée par des médiateurs ne se réclamant pas explicitement de l'approche « transformative », d'où notre emploi du concept plus large de *party-driven mediation*, ou médiation dont le déroulement est confié aux parties, désigné ici comme le deuxième grand courant de médiation, de « type B », par rapport à la médiation où c'est le médiateur, avec le consentement des parties, qui dirige le déroulement des échanges, *mediator-driven mediation*, désigné ici comme le premier courant de médiation, de « type A ». Dans le monde francophone, la médiation « de reformulation » enseignée par le Pr Stephen Bensimon à l'IFOMENE de l'Institut Catholique de Paris [PDF] [Métiers de la médiation-Ifomene - Institut Catholique de Paris](#) [www.icp.fr/.../ad\\_portail\\_fiche\\_métiers\\_médiation\\_20](http://www.icp.fr/.../ad_portail_fiche_métiers_médiation_20), ainsi que la médiation « systémique » enseignée par le Pr Damien d'Ursel à l'Université Catholique de Louvain, décrit par lui dans son récent ouvrage : *La médiation entre tradition et modernité familiales* : <http://pul.uclouvain.be/livre/?GCOI=29303100324840> feraient partie selon cette classification du courant de médiation de « type B ».

<sup>x</sup> Code d'éthique des médiateurs de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (IAMC) [http://www.adrcanada.ca/resources/documents/Reglesnationalesdemediation2011avril15\\_000.pdf](http://www.adrcanada.ca/resources/documents/Reglesnationalesdemediation2011avril15_000.pdf), en anglais : ADR Institute of Canada, Inc. Code of Conduct for Mediators, <http://www.adrcanada.ca/resources/documents/CodeOfConduct2012August30.pdf>. L'article 7.5 du Code of Conduct for Mediators, se lit comme suit : "A Mediator who considers that a Mediation in which he or she is involved may raise ethical concerns (including, without limitation, the furtherance of a crime or a deliberate deception) may take appropriate action, which may include adjourning or terminating the process." NDLR: pour des raisons que nous ignorons, le 5<sup>e</sup> alinéa de l'article 7 ne figure pas dans la version française de ce code.

<sup>xi</sup> Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, Code d'éthique des médiateurs : <http://www.imaq.org/wp-content/uploads/2010/07/Code-ethique-des-mediateurs19-avril-2007.pdf>

<sup>xii</sup> Éditeur officiel du Québec, 2013, *Projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, ss. 1 à 7 et 610 à 620 : <http://www.assnat.qc.ca/en/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-28-40-1.html>. Pour un commentaire critique de l'Avant-projet de loi, voir Réseau pour une approche transformative du conflit : *Mémoire amendé présenté à la Commission des Institutions du Gouvernement du Québec*, 30 mars 2012 : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-16641/memoires-deposes.html>

<sup>xiii</sup> Le MEDIATOR CODE OF CONDUCT AND ETHICS- ALBERTA COURTS oblige le futur médiateur à remplir un formulaire dans lequel il doit consentir à utiliser le modèle de médiation axé sur les intérêts des parties. <http://www.albertacourts.ab.ca/portals/ext/qb/civilmediation/CodeofConductandEthics.pdf>

---

<sup>xiv</sup> Ministère du procureur général de l'Ontario, Code de déontologie de l'ABCO, Section XI. « Cessation ou suspension de la médiation »

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

<sup>xv</sup> Article 21 de la Loi n° 95-125 du 8 février 1995, disponible à :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926>