



CENTRE DE
RECHERCHE EN
DROIT PUBLIC



Université
de Montréal

CI – 007M
C.P. – P.L. 28
Nouveau Code de
procédure civile

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*

Mercredi 11 septembre 2013
Salle du Conseil législatif

Septembre 2013

L'Observatoire du droit à la justice

L'Observatoire du droit à la justice est une organisation à but non lucratif qui regroupe des praticiens, des penseurs et des chercheurs préoccupés par le problème de l'accès à la justice. L'Observatoire exerce ses activités depuis septembre 2005. Il est soutenu par le Centre de recherche en droit public et la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Sur le plan de la démarche, l'objectif de l'Observatoire est de favoriser la collaboration des milieux de la recherche et des milieux de la pratique. Les travaux de l'Observatoire visent à la fois à documenter empiriquement la situation de la justice au Québec, à réfléchir sur les principes généraux qui sous-tendent le droit à la justice et à proposer des solutions viables et efficaces au problème contemporain de l'accès à la justice dans une perspective centrée sur le citoyen.

Les membres de l'Observatoire du droit à la justice sont:

Pierre Noreau, président
Huguette St-Louis, vice-présidente
Marie-Claude Sarrazin, secrétaire
Oscar D'Amours
Mario Normandin
Céline Pelletier
Catherine Piché

adresse géographique
Pavillon Maximilien-Caron
3101, chemin de la Tour, bureau A-8456
Montréal (Québec) H3T 1J7

adresse postale
C.P. 6128, succ. Centre-ville
Montréal (Québec) H3C 3J7

Téléphone: (514) 343-7210
Télécopieur: (514) 343-7508

www.droitajustice.org
info@droitalajustice.org

Résumé

Le Projet de loi n° 28 instituant le nouveau *Code de procédure civile* est innovateur et ambitieux. Ses objectifs de moderniser la procédure civile, de réduire les coûts et les délais, d'amorcer un changement de culture et de rendre le système de justice plus accessible ne peuvent que fonder et entretenir de nombreuses attentes.

Cette nouvelle réforme de la justice civile, à l'instar de plusieurs autres qui l'ont précédée, apporte à nouveau l'espoir d'un plus grand accès à la justice. Sur un aspect en particulier, elle se démarque. Le nouveau *Code* vise à permettre la prévention et le règlement des différends et des litiges par des procédés favorisant la participation des personnes, c'est-à-dire le justiciable lui-même.

Avec de pareils espoirs, où figure au premier plan la reconnaissance de sa participation à la justice civile, il ne faudrait pas que le justiciable éprouve à court ou moyen terme une amère déception, et encore moins qu'il soit incapable d'en connaître les causes et de les comprendre. L'Observatoire ne le souhaite évidemment pas. Malheureusement, de telles déceptions ont été observées suite à la réforme de 2002.

Il est important et essentiel de prendre conscience qu'une réforme de la justice civile aussi ambitieuse que celle proposée dans le Projet de loi n° 28 court le risque, à des degrés divers, de ne pas être en mesure d'atteindre ses objectifs. L'Observatoire entend proposer des moyens pour dissiper ces craintes, ou à tout le moins pour les contrôler et les diminuer, en faisant ressortir et en développant notamment les éléments suivants :

- Le problème de changement de culture auquel est confronté toute réforme de la justice civile et le besoin de mesures incitatives pour y remédier ;
- Le besoin d'adopter des mesures ciblées, concrètes et pratiques permettant aux justiciables de participer activement à la décision de recourir dans les faits aux modes privés de prévention et de règlements des différends ;
- L'importance d'un suivi et d'une évaluation empirique de la réforme envisagée par le Projet de loi n° 28.

Table des matières

INTRODUCTION.....	5
1. LE DÉFI QUE POSE DANS LE PROJET DE LOI N° 28 LA MISE EN ŒUVRE DES MODES PRIVÉS DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS	9
1.1 Le problème du changement de culture auquel est confronté toute réforme de la justice civile et le besoin de mesures incitatives et pratiques pour y remédier	9
1.2 L'objectif du Projet de loi n° 28 d'instaurer une conception plus large et plus moderne de l'accessibilité à la justice	14
1.3 Les préoccupations que soulève dans le Projet de loi n° 28 l'absence de mesures concrètes favorisant la participation effective du justiciable	17
2. L'IMPORTANCE D'UN SUIVI ET D'UNE ÉVALUATION EMPIRIQUE DE LA RÉFORME PROPOSÉE PAR LE PROJET DE LOI N° 28	21
CONCLUSION	25
ANNEXE: La proposition de « préavis d'exercice d'une demande en justice » et de l'« attestation »	28

INTRODUCTION

L'intervention de l'Observatoire à l'étape de l'Avant-projet de loi - En janvier 2012, l'Observatoire du droit à la justice a eu l'opportunité de soumettre et de présenter un mémoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec dans le cadre de la consultation générale et des auditions publiques sur *l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*¹.

Dans la première partie de son mémoire, l'Observatoire a salué et partagé sans réserve la volonté du législateur d'accorder dans le nouveau *Code* une place importante et de plus grande envergure aux « modes privés de prévention et de règlement des différends ». Il a pris soin entre autres de démontrer que ces modes alternatifs de règlement s'inscrivent dans les tendances de la justice civile contemporaine et que plusieurs considérations militent en leur faveur. L'Observatoire a aussi consacré une importante partie de son mémoire à l'examen et à l'analyse de la règle qui vise à promouvoir les modes alternatifs de règlement : le devoir imposé aux parties de considérer ces modes *avant de s'adresser aux tribunaux* (art. 1, al. 3)².

Dans la seconde partie de son mémoire, l'Observatoire a également souscrit à la volonté du législateur d'investir les tribunaux de la double mission, beaucoup plus active, de favoriser la conciliation des parties et d'assurer la saine gestion des instances en accord avec les principes et les objectifs de la procédure (art. 9, al. 2 et 19, al. 1). À cette fin, les juges auront à leur disposition une grande variété de mesures qu'ils pourront prendre lors d'une conférence de gestion (art. 154 et 159). Pour approfondir la nature et la portée de ces missions, l'Observatoire a procédé entre autres à l'examen de trois rapports produits au Québec au cours des douze (12) dernières années qui abordent le sujet de la gestion de l'instance, dont celui de l'Observatoire produit dans le cadre d'un projet-pilote tenu dans le district de Longueuil en 2009. Une vue d'ensemble de ces travaux a permis d'identifier l'élément clé du rôle accru des juges dans la gestion de l'instance: *l'autorité morale, légale et structurante (leadership) du juge*.

La *Revue du Barreau* a publié sous forme d'article une version remaniée et actualisée de cette seconde partie du mémoire de l'Observatoire³.

¹ OBSERVATOIRE DU DROIT À LA JUSTICE, *Mémoire présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec dans le cadre de la consultation générale et des auditions publiques sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, Décembre 2011, 58 pages. Le mémoire peut être consulté à <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-16641/memoires-deposes.html>.

² *Id.*, p. 14-25.

³ Pierre NOREAU et Mario NORMANDIN, en collaboration avec les membres de l'Observatoire du droit à la justice, « L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance », (2012) 71 *Revue du Barreau* 207-248. L'article peut être consulté sur le site du Barreau du Québec à <http://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/2012-tome-71-1.pdf>.

Le suivi des propositions que l'Observatoire a formulées dans le cadre de l'Avant-projet de loi – L'Observatoire est heureux de constater que le Projet de loi n° 28 répond à certaines des préoccupations mentionnées dans son précédent mémoire.

Mesure relative à la prescription – L'Observatoire a proposé d'inclure dans le nouveau *Code* une mesure permettant d'éviter la prescription du recours lorsque les parties choisissent, comme le législateur les incite dorénavant à le faire, de recourir à un mode alternatif de règlement avant de s'adresser aux tribunaux. L'Observatoire a favorisé à cet égard l'interruption de la prescription⁴. Le législateur a été sensible à l'utilité d'une telle mesure mais a préféré, au deuxième alinéa de l'article 7, laissé aux parties le soin de convenir de suspendre la prescription pour une durée n'excédant pas deux mois ou de renoncer au bénéfice du temps écoulé.

Directives concernant les dossiers qui se prêtent à une conférence de gestion – L'Observatoire a souligné l'importance, pour les Tribunaux, d'identifier, à l'aide de critères objectifs prévus à cette fin, les dossiers et les catégories de dossiers qui se prêtent à la tenue d'une conférence de gestion en début d'instance. Cette préoccupation est non seulement une mesure de gestion en elle-même, mais elle dénote un souci, même dans la gestion de l'instance, de tendre vers l'utilisation de normes et de standards connus à l'avance⁵. Le législateur a également été sensible à cette préoccupation puisque le premier alinéa de l'article 150, relatif à l'examen par le tribunal du protocole d'instance dans les 15 jours suivant son dépôt, prévoit dorénavant que le tribunal «l'examine selon les directives que le juge en chef établit pour assurer le respect des principes directeurs de la procédure».

Devoir déontologique des avocats – Une importante mesure qui ne concerne pas en soi le Projet de loi n° 28 mais qui participe à sa mise en œuvre mérite également d'être souligné. Parmi les mesures pratiques visant à encourager les parties à accomplir leur devoir de considérer les modes de prévention et de règlement avant de s'adresser aux tribunaux, l'Observatoire a proposé d'amender le *Code de déontologie des avocats* afin d'y inscrire le devoir corrélatif de l'avocat d'informer son client de l'existence de ces modes alternatifs de règlement⁶. Ce devoir implique de la part de l'avocat qu'il détermine avec son client les avantages et les inconvénients d'utiliser l'un ou l'autre des modes alternatifs de règlement compte tenu de la nature du différend⁷. Dans un avant-projet soumis en septembre 2012 puis dans un projet de règlement publié en mai 2013, le Barreau du Québec a introduit ce devoir à l'article 45 du *Code de déontologie des avocats*⁸.

⁴ OBSERVATOIRE DU DROIT À LA JUSTICE, *op. cit.*, note 1, p. 29.

⁵ *Id.*, p. 48-50.

⁶ *Id.*, p. 22.

⁷ *Id.*, p. 20-21.

⁸ « [Devoirs liés au mandat] Art. 45. 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. »

Ce devoir est un premier pas dont le contenu pourrait s'accorder à d'éventuelles mesures concrètes favorisant la participation effective du justiciable aux modes alternatifs de règlement (voir la section 1.3).

Autres mesures – L'Observatoire estime important de réitérer brièvement quatre mesures destinées à améliorer de manière substantielle et significative l'accès à la justice.

Il ne suffit pas que la justice civile prévoit des modes alternatifs de règlement. Encore faut-il que les justiciables puissent y recourir et y participer dans les faits. À cet égard, l'Observatoire réitère sa proposition de **mettre sur pied un service de médiation civile et de créer un corps de médiateurs civils accrédités**⁹. Cette mesure a fait ses preuves en matière familiale puisque environ 80 % des couples et parents arrivent à une entente au moyen de la médiation. En matière civile, ce service est déjà offert, sans frais additionnels, mais uniquement à la Division des petites créances (art. 558). Transposé et appliqué à toute matière civile, sans égards au tribunal compétent, ce service de médiation permettrait d'offrir à un grand nombre de justiciables un mode alternatif de règlement efficace qui répond à leurs attentes.

L'Observatoire estime qu'il faudrait valoriser les efforts des parties qui conviennent avec célérité d'un règlement de leur litige tôt en début d'instance. À cette fin, **il est suggéré que le gouvernement adopte une mesure suivant laquelle le coût des frais judiciaires serait remis aux parties s'il y a règlement dans un certain délai avant l'audience.**

Il est bien documenté que nombre de justiciables ont abandonné la justice civile pour des raisons de coûts et de délais. Pour réduire le fardeau financier des justiciables et rétablir l'équilibre entre les parties, **l'Observatoire propose que ceux-ci 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.**

L'Observatoire propose **l'assistance judiciaire à la Division des petites créances**. Certes, il faut rendre la justice plus accessible, mais encore faut-il que justice et apparence de justice soient rendues. L'augmentation de la juridiction de la Division des petites créances à 15 000,00\$, souhaité et salubre, doit s'accompagner d'une assistance minimale. Déjà, nombreux sont les justiciables qui réduisent considérablement leur réclamation afin de se prévaloir de la Division des petites créances alors que leur dossier demeure difficile et complexe. Les parties sont souvent trop mal informées du fardeau de la preuve dont elles doivent se décharger. Sans assistance, elles seront généralement déboutées ou leur dossier remis à une date ultérieure. Un support juridique dispensé dès le départ permettrait que les recours soient valablement institués et présentés. Ce support pourrait être assumé par un ou des avocats permanents pour conseiller et diriger les justiciables et même, dans certains cas, pour agir comme avocats-auxiliaires auprès du tribunal.

⁹ OBSERVATOIRE DU DROIT À LA JUSTICE, *op. cit.*, note 1, p. 26.

Enfin, et à partir de l'expérience positive réalisée dans le cadre du projet-pilote tenu dans le district de Longueuil en 2009, l'Observatoire a proposé que le nouveau *Code* confie au Tribunal *le pouvoir de convoquer les parties à une conférence de gestion dès la production au greffe de la réponse du défendeur afin que le protocole de l'instance soit discuté, élaboré et convenu en présence du juge et des parties*¹⁰.

L'objet de l'intervention de l'Observatoire dans le cadre du Projet de loi n° 28 – Lors du dépôt du Projet de loi n° 28 le 30 avril dernier, le ministre de la Justice a déclaré :

« C'est avec fierté que j'ai déposé cet après-midi ce nouveau Code de procédure civile attendu depuis plusieurs années. Je sais que moderniser la procédure civile, c'est une question qui peut sembler aride et abstraite pour qui n'évolue pas dans le domaine du droit. Cependant, cela aura un impact considérable sur la réduction des délais et des coûts de la justice civile, tant dénoncés par nos concitoyens. Avec ce nouveau Code de procédure civile, je souhaite insuffler un changement de culture chez tous les intervenants du système judiciaire ».

« Nous allons, par cette réforme, moderniser la procédure devant nos tribunaux de manière à ce que la justice civile québécoise passe du 20e au 21e siècle. Un virage qui rendra notre système de justice beaucoup plus accessible, plus rapide, moins lourd, moins coûteux, tout en faisant appel à de nouvelles façons de faire. L'heure est maintenant à l'action et je sollicite donc la collaboration de tous les parlementaires pour l'adoption rapide de ce projet de loi »¹¹.

L'Observatoire souscrit sans réserve aux propos du ministre. Le nouveau *Code* est innovateur et ambitieux. Ses objectifs de moderniser la procédure civile, de réduire les coûts et les délais, d'amorcer un changement de culture et de rendre le système de justice plus accessible ne peuvent que fonder et entretenir de nombreuses attentes.

Cette nouvelle réforme de la justice civile, à l'instar de plusieurs autres qui l'ont précédée, apporte à nouveau l'espoir d'un plus grand accès à la justice. Sur un aspect en particulier, elle se démarque. Comme le prévoit le deuxième paragraphe de sa disposition préliminaire, le nouveau *Code* en effet « vise à permettre, *dans l'intérêt public*, la prévention et le règlement des différends et des litiges par des *procédés [...] favorisant la participation des personnes* », c'est-à-dire le *justiciable lui-même*.

Le justiciable n'est plus simplement un bénéficiaire de la justice civile. Il en devient un acteur, une composante à part entière.

¹⁰ *Id.*, p. 45-48.

¹¹ Communiqué de presse du 30 avril 2013 disponible à <http://communiqués.gouv.qc.ca/gouvqc/communiqués/GPOF/Avril2013/30/c2042.html>, nous avons souligné (site consulté le 26 août 2013).

Avec de pareils espoirs, où figure au premier plan la reconnaissance de sa participation à la justice civile, il ne faudrait pas que le justiciable éprouve à court ou moyen terme une amère déception, et encore moins qu'il soit incapable d'en reconnaître les causes. L'Observatoire ne le souhaite évidemment pas. Malheureusement, comme nous le verrons, de telles déceptions ont été observées suite à la réforme de 2002.

Il est important et essentiel de prendre conscience qu'une réforme de la justice aussi ambitieuse que celle proposée par le Projet de loi n° 28 court le risque, à des degrés divers, de ne pas être en mesure d'atteindre ses objectifs. L'Observatoire entend proposer des moyens pour dissiper ces craintes, ou tout le moins les contrôler et les diminuer, en faisant ressortir et en développant certains éléments mentionnés dans son mémoire précédent et dans son article publié dans la *Revue du Barreau* :

- Le problème de changement de culture auquel est confronté toute réforme de la justice civile et le besoin de mesures incitatives pour y remédier ;
- Le besoin d'adopter des mesures ciblées, concrètes et pratiques permettant aux justiciables de participer activement à la décision de recourir dans les faits aux modes privés de prévention et de règlements des différends ;
- L'importance d'un suivi et d'une évaluation empirique de la réforme envisagée par le Projet de loi n° 28.

1. LE DÉFI QUE POSE DANS LE PROJET DE LOI N° 28 LA MISE EN ŒUVRE DES MODES PRIVÉS DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

1.1 Le problème du changement de culture auquel est confrontée toute réforme de la justice civile et le besoin de mesures incitatives et pratiques pour y remédier

Les obstacles au changement de culture judiciaire – Toute réforme de la justice civile ne s'impose pas d'elle-même. Sa réception et sa mise en œuvre se heurtent à un important obstacle, la *culture judiciaire* :

« La culture judiciaire ne change pas, ou du moins ne change pas autant qu'on l'aurait voulu. La force de l'habitude et les routines structurante, ancrées dans un préjugé contre le changement, y sont pour beaucoup. »¹²

L'Observatoire a récemment souligné le défi que pose une réforme comme celle proposée par le Projet de loi n° 28¹³ :

« Toute réforme de la justice civile se heurte à d'importantes difficultés. Ce sont les acteurs du milieu juridique qui sont traditionnellement les premiers concernés par ce type de réforme et les plus consultés sur leur à-propos¹⁴. Or, la culture judiciaire n'est pas ou est peu disposée au changement [citation omise]. Les modifications proposées au système judiciaire sont souvent perçues par les praticiens du droit comme une remise en question de règles que ces praticiens considèrent d'autant plus sacrées qu'elles sont anciennes¹⁵. »

« Cependant, à moins qu'elles permettent d'ajuster la pratique du droit aux exigences et aux besoins des praticiens, les réformes de la justice civile suscitent trop souvent, de la part des praticiens, des réactions négatives qui rendent ces réformes parfois difficiles, voire impossibles. Ces réactions négatives s'expliquent bien souvent par la conception particulière de la justice qu'entretiennent les juristes. Il s'agit avant tout pour eux d'un impératif supérieur [citation omise]. »

L'incidence des changements de pratiques sur les cultures professionnelles ou organisationnelles - Il n'y a rien de plus difficile à changer que la perception qu'entretiennent, sur leurs propres pratiques, les membres d'une profession particulière et bien établie. De même, c'est un immense défi que de remodeler les mentalités ou de

¹² Yves-Marie MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions », (2009) 50 *Les Cahiers de Droit* 381, 413.

¹³ P. NOREAU et M. NORMANDIN, en collaboration avec les membres de l'Observatoire du droit à la justice, *loc. cit.*, note 3, 214-215.

¹⁴ Sur le constat que les réformes en matière de justice civile au Québec constituent généralement un domaine réservé aux acteurs du milieu juridique, de sorte que les justiciables sont à cet égard jamais ou peu consultés, voir Hubert REID, « Le justiciable est-il toujours au centre des réformes de la justice civile? » dans P. NOREAU (dir.), *Révolutionner la justice: constats, mutations et perspectives d'avenir – Les journées Maximilien-Caron 2009*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 44; Sylvio NORMAND, « De la difficulté de rendre une justice rapide et peu coûteuse: une perspective historique », (1999) 40 *Les Cahiers de droit* 13, 30. Voir également Julie MACFARLANE, « The Future of the Civil Justice System: Three Narratives about Change », (2009) 35 *The Advocates' Quarterly* 284, 303 : « Historically, the legal system has been able to conduct its own affairs, including procedural reforms, with a minimum of input from the outside ».

¹⁵ Pierre NOREAU, « La justice est-elle soluble dans la procédure? Repères sociologiques pour une réforme de la justice civile », (1999) 40 *Les Cahiers de droit* 33, 36 : « un réflexe spontané nous incite à considérer toute modification d'un rite judiciaire ancien comme la destruction d'une règle absolue dont l'autorité s'avère d'autant plus certaine que ses origines sont incertaines »; J. MACFARLANE, *loc. cit.*, note 14, 296-297 : « There is an understandable reluctance to exchange established knowledge and experience for something new. There is a strong consensus in the profession around both civil and criminal legal process, which has been established over centuries. The Resisters regard themselves as the sacred guardians of the existing system ».

réorienter la culture organisationnelle d'une institution ancienne. La profession d'avocat, plus particulièrement celle spécialisée dans le litige, ne fait pas exception.

Les habitudes et les usages sont des mécanismes conservateurs. Ils assurent la stabilité des organisations, mais empêchent souvent l'exploration d'autres formes de pratiques. Elles empêchent les acteurs d'un système donné de redéfinir les finalités de leurs activités et de leur institution. Dans de nombreux champs d'activité, ces changements viennent souvent d'une *mutation des pratiques* ou d'une *modification des contraintes* dans lesquelles s'exerce une activité ou une profession.

Les changements de mentalités ou les mutations observées dans les cultures professionnelles ou organisationnelles suivent généralement les changements de pratiques, et non l'inverse. Ces changements sont ceux qui entraînent une transformation de la perception des acteurs du système.

Le besoin d'un encadrement incitatif et pratique afin d'instaurer un changement de culture au sein de la justice civile – La culture judiciaire est sans doute l'une des cultures professionnelles la moins disposée au changement. La *codification* de la procédure en est la principale cause. Toute pratique qui s'en écarte est dès lors perçue comme une atteinte à une norme ou un principe :

« Tout devient dès lors sacré et immuable, un droit fondamental et certain (un principe de justice naturelle) semble toujours protégé par chaque article du *Code de procédure civile*. »¹⁶

On comprend mieux pourquoi l'adoption de nouvelles pratiques de la justice civile exige, pour se substituer aux anciennes, de prendre également la forme d'une nouvelle codification.

Aucune réforme de la justice civile ne peut être réellement effective sans que les parties 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 »¹⁷.

¹⁶ P. NOREAU, *loc. cit.*, note 15, 36.

¹⁷ Barbara M. YOUNG, *Change in Legal Culture: Barriers and New Opportunities*, Discussion Papers, February 2006, Civil Justice Reform Group (Colombie-Britannique), p. 21 (nos italiques), texte accessible à http://www.bcjusticereview.org/working_groups/civil_justice/young_paper_02_06.pdf (site consulté le 26 août 2013).

Ces craintes sont bien réelles. Elles se sont avérées suite à la réforme du *Code* en 2002. Le Comité de la révision de la procédure civile faisait le souhait en 2001 que la réforme proposée « permette le développement d'une nouvelle culture judiciaire dans toute la communauté juridique »¹⁸. Or, comme l'Observatoire l'a montré dans son précédent mémoire, ce changement de culture ne s'est pas réalisé. La réforme de 2002, fondée entre autres sur le rôle simplement supplétif du juge, appelé à intervenir uniquement en cas de mésentente entre les parties, a engendré une culture des échéances et n'a pas davantage incité les parties à dialoguer et à convenir d'un règlement tôt dans l'instance¹⁹.

Il existe pourtant des moyens de dissiper ces craintes et de favoriser un véritable changement de culture. À titre d'exemple, dans le cas des modes alternatifs de règlement, il est reconnu qu'en *familiarisant de façon continue* les personnes et les avocats avec ces modes, même lorsqu'il existe de leur part une forte résistance à les utiliser, ces derniers seront généralement plus enclins à reconnaître leur utilité et à y recourir²⁰. En ce qui concerne plus particulièrement les avocats, il est également reconnu que leur attitude devient de plus en plus positive à l'égard des modes alternatifs de règlement *au fur et à mesure qu'ils en font l'expérience*²¹, ce qui les incite à incorporer ces modes à *leurs valeurs*, à *leurs pratiques professionnelles*²² et à *normaliser leur utilisation*²³. D'ailleurs, dès que de nouvelles connaissances et que de nouvelles habiletés associées aux modes alternatifs de règlement sont reconnues comme importantes et légitimes par les membres de la profession, ces derniers les accepteront puisqu'elles seront perçues comme un moyen d'assurer leur statut professionnel dans ce domaine²⁴.

Plus généralement, en matière de réglementation et de réforme, diverses mesures sont susceptibles de remettre en cause, et même de modifier la propension naturelle des personnes à favoriser le statu quo et à maintenir leurs conduites et leurs attitudes. Les mesures réglementaires qui s'imposent par défaut et qui exigent de poser un geste positif pour s'en exclure (« default rules ») ou encore celles qui requièrent qu'un choix actif soit effectué parmi divers scénarios (« active choices ») sont des exemples permettant d'induire les personnes à modifier leurs habitudes. À l'aide de ces mesures, les personnes sont davantage informées et elles peuvent dès lors prendre des décisions beaucoup mieux éclairées, ce qui augmente les chances qu'elles concourent à la réalisation d'importants objectifs de politiques publiques²⁵. Ces mesures permettent ainsi de configurer et de structurer un *environnement décisionnel* (« choice architecture »)²⁶.

¹⁸ RAPPORT DU COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire*, Ministère de la Justice du Québec, juillet 2001, p. 253.

¹⁹ OBSERVATOIRE DU DROIT À LA JUSTICE, *op. cit.*, note 1, p. 32-36.

²⁰ Julie MACFARLANE, *The New Lawyer : How Settlement is Transforming the Practice of Law*, Vancouver, UBC Press, 2008, p. 11.

²¹ *Id.*

²² *Id.*, p. 39.

²³ *Id.*, p. 93.

²⁴ *Id.*, p. 3, 18 et 19.

²⁵ Cass R. SUNSTEIN, « Empirically Informed Regulation » (2011) 78 *The University of Chicago Law Review* 1349, 1350-1351, 1392-1405. Voir également Richard H. THALER et Cass R. SUNSTEIN,

Dans le nouveau *Code*, l'obligation réitérée aux parties de « *participer* », en matière familiale, à une séance d'information sur la parentalité et la médiation (art. 417 à 419) est précisément une mesure de cette nature²⁷. Elle permet aux parties de s'informer, dans un cadre précis et élaboré à cette fin, sur les avantages de la médiation, favorisant ainsi son recours.

Les préférences à l'endroit d'un mode particulier de règlement des différends se développent et s'acquièrent dans la socialisation, dans les rapports que les personnes forment et établissent au sein d'une même communauté que chacun construit dans le contexte d'une culture particulière²⁸. La justice civile est au centre de ces rapports dans la mesure où elle construit la culture tout en étant le produit de cette dernière :

« That disputing institutions are a product of, and reflect, the culture from which they arise is a proposition on which there is wide agreement. To say that culture influences disputing, however, is an incomplete description of social reality. Disputing institutions also influence culture and thus other social relations. »²⁹

Le Projet de loi n° 28 doit nécessairement tenir compte de cette interaction entre la nouvelle justice civile qu'il entend instaurer et la culture. Il est essentiel que les justiciables aient l'occasion d'en faire l'expérience si l'on souhaite qu'ils soient en mesure de l'accepter. L'expérience vécue des citoyens au sein d'une nouvelle justice civile constitue à cet égard un facteur crucial permettant de mesurer la qualité de l'accueil qu'ils leur réserveront³⁰. Un autre facteur réside dans le mode de règlement des différends favorisé par l'institution, ici le nouveau *Code*, puisqu'il incarne et projette le modèle sociétal par lequel les personnes interagissent entre elles lorsque survient un différend³¹. Le Projet de loi n° 28 pose la norme sociale que les modes alternatifs de règlement des différends existent pour de bonnes raisons au sein de la justice civile et qu'il importe que les justiciables n'excluent pas à la légère l'opportunité de les utiliser à moins qu'ils ne

Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness, Yale University Press, New Haven, CT, 2008.

²⁶ Richard THALER, Cass R. SUNSTEIN et John P. BALZ, « Choice Architecture » (2 avril 2010), disponible à SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1583509> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1583509> (site consulté le 26 août 2013).

²⁷ Daniel WATKINS, « À *Nudge* to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture Can Lead to Better Dispute Resolution Decisions », (2010) 4 *American Journal of Mediation* 19.

²⁸ Oscar G. CHASE, « Some Observations on the Cultural Dimension in Civil Procedure Reform » (1997) 45 *The American Journal of Comparative Law* 861, 861-862, 865.

²⁹ Oscar G. CHASE, « Legal Processes and National Culture » (1997) 5 *Cardozo Journal of International & Comparative Law* 1, 21.

³⁰ *Id.*, 22.

³¹ *Id.*

soient justifiés de le faire³². Ce sont ces facteurs que le législateur doit avoir à l'esprit s'il souhaite atteindre les objectifs que cherche à réaliser le Projet de loi n° 28 :

« Procedures, then, are not only the means by which disputes are resolved. They are also a means by which we make and re-make our world and ourselves. I urge procedural engineers to keep this in mind as they re-examine and reform procedures. We must ask ourselves not only whether we create procedures that promote better accuracy and efficiency, but also whether they promote the kind of society, the kind of reality, we desire. »³³

1.2 L'objectif du Projet de loi n° 28 d'instaurer une conception plus large et plus moderne de l'accessibilité à la justice

La double dimension de la justice civile inscrite dans le Projet de loi n° 28 - À l'instar de l'*Avant-projet de loi*, le Projet de loi n° 28 introduit un ensemble de règles novatrices et audacieuses dont l'objectif commun est de permettre un plus grand accès à la justice.

Comme l'a déjà souligné l'Observatoire, ces règles sont traversées par deux importantes dimensions de la justice civile. Suivant la première, les parties à un différend peuvent choisir parmi un ensemble de modes de règlement celui qui répond à leurs besoins. Des alternatives aux tribunaux existent et la justice civile doit les reconnaître et les favoriser. Les parties sont dorénavant tenues de considérer ces autres modes avant de s'adresser aux tribunaux (art. 1, al. 3). Ce devoir est la pierre angulaire de la reconnaissance des modes alternatifs de règlement dans le *Code*. Suivant la seconde dimension, la gestion des actes de procédures et des moyens de preuve doit être assumée par le juge et être assujettie sous son autorité à une exigence de proportionnalité. Les tribunaux constituent un service public dont les ressources sont limitées.

Les changements de paradigme que vise à instaurer le Projet de loi n° 28 – En intégrant dans le nouveau *Code* les modes alternatifs de règlement, le législateur consacre une nouvelle conception de la justice civile qui est plus moderne et plus conforme à la réalité. Ce faisant, il instaure au moins deux changements de paradigme.

Le *Code de procédure civile* a généralement été perçu comme un outil qui fournit à l'avocat l'ensemble des règles nécessaires pour intenter un recours judiciaire devant les tribunaux. Pour cette raison, il a entretenu chez les praticiens une conception restreinte de l'accessibilité à la justice qui se définit uniquement en termes de procédures judiciaires. Or, cette conception restreinte est non seulement révolue, comme l'enseigne la Cour

³² C. R. SUNSTEIN, *loc cit.*, note 25, 1397-1398.

³³ Oscar G. CHASE, « Culture and Disputing » (1999) 7 *Tulane Journal of International & Comparative Law* 81, 90.

suprême dans l'arrêt *Fortin c. Chrétien*³⁴, mais elle contrarie une conception plus large de l'accessibilité à la justice civile qui inclut et favorise aussi bien le recours aux modes alternatifs de règlement que le rôle de promoteur de ces modes assumé par l'avocat :

« Ainsi, contrairement à la croyance populaire, le bon avocat, loin d'accentuer et d'exacerber les différends entre les parties, tentera de rapprocher les intérêts opposés afin d'éviter l'affrontement ultime que constitue le procès. Il sera appelé à jouer un rôle de modérateur, de négociateur et de conciliateur. Il est d'ailleurs de son devoir de faciliter la solution rapide des litiges et de ne pas tenter de recours inutiles ou frivoles (citations omises). Ainsi, à chaque fois que la situation s'y prête, l'avocat doit envisager avec son client les modes alternatifs de règlement des litiges (médiation, conciliation et arbitrage) et il doit l'informer adéquatement des avantages à procéder à l'amiable. Il pourra également discuter avec la partie adverse et négocier un règlement au différend qui les oppose [...]. »³⁵

Pour les parties elles-mêmes, les considérations qui militent en faveur du recours aux modes alternatifs de règlement ne sont plus à démontrer :

- Redonner au justiciable la place qui lui revient dans le système de justice et le responsabiliser ;
- Favoriser le maintien du dialogue et des relations entre les parties qu'une demande en justice pourrait autrement compromettre ;
- Rendre justice de manière plus rapide et à moindre coût ;
- Fournir aux parties plus de contrôle et accroître leur participation à la solution du litige³⁶.

Dans ses premiers articles (art. 1 à 7), le nouveau Code marque un premier changement de paradigme en reconnaissant que les modes privés de règlement des différends, au côté de la procédure judiciaire, participent pleinement à la justice civile. Il reconnaît de plus que ces modes alternatifs de règlements constituent non seulement un instrument de justice légitime, au même titre que la procédure judiciaire, mais qu'ils représentent surtout une avenue prioritairement considérée alors que le procès est considéré comme une solution de dernier recours.

Le nouveau Code marque un second changement de paradigme, qui est le corollaire du premier, en reconnaissant qu'un troisième acteur, au côté des acteurs traditionnels que sont les praticiens et les juges, participe également à la justice civile. Il s'agit du justiciable lui-même. Comme le prévoit le deuxième paragraphe de sa disposition préliminaire, le nouveau Code entend placer le justiciable au centre de la réforme de la justice civile puisqu'il vise dorénavant à favoriser sa participation :

³⁴ *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500.

³⁵ *Id.*, par. 53 (nous avons souligné).

³⁶ OBSERVATOIRE DU DROIT À LA JUSTICE, *op. cit.*, note 1, p. 12-14.

« 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.* »

(Nos italiques)

Cet objectif de favoriser la participation des personnes vise à leur redonner confiance dans le système de justice, à leur permettre d'y recourir lorsqu'elles en ont besoin plutôt que de renoncer à le faire, et à leur faire prendre conscience que le choix ultime du mode de règlement des différends leur appartient.

Le Projet de loi n° 28 se démarque ainsi des réformes antérieures. Il reconnaît officiellement au justiciable le droit de contrôler le choix du mode de règlement des conflits, et surtout de faire entendre sa voix à ce chapitre, une approche déjà analysée et valorisée par la doctrine: « Procedures are viewed as fairer *when they vest process control or voice in those affected by a decision* »³⁷.

Le nouveau rôle des juges - Le législateur entend dorénavant confier au juge une mission *mixte* composée de deux objectifs qui sont à la fois fondamentaux et étroitement reliés. Premièrement, le juge aura pour mission (art. 9. al. 2) de favoriser la conciliation des parties, en vérifiant notamment que ces dernières ont considéré au préalable le recours à des modes alternatifs de règlement et, si elles n'ont pas opté pour ces modes, en les invitant, au début de l'instance, à y recourir s'il y a lieu, et avec son concours au besoin. Deuxièmement, le juge aura également pour mission de s'assurer de la saine gestion de la procédure judiciaire s'il s'agit, en dernier ressort, de la voie à suivre pour régler le différend (art. 9. al. 2).

L'Observatoire a déjà souligné l'élément clé de ce nouveau rôle confié aux juges dans la gestion de l'instance: son *autorité morale, légale et structurante (leadership)*³⁸. L'interaction des deux missions du juge, où ce dernier cherche à concilier les parties tout en préservant la saine gestion de l'instance, est décrite comme suit par la doctrine :

« Les différences existant entre le procès et la conciliation sont importantes et le rôle du juge, inmanquablement, s'en trouve bouleversé. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, l'indépendance de l'institution judiciaire et l'impartialité du juge sont des exigences fondamentales. Ces deux valeurs, conjuguées avec les connaissances approfondies du droit et des conflits, ainsi que la mission traditionnelle de disposer des litiges et de rendre justice, sont les principales raisons qui procurent au juge

³⁷ E. Allan LIND et Tom R. TYLER, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York, Plenum Press, 1988, p. 208 (nos italiques); O. G. CHASE, *loc. cit.*, note 29, 21.

³⁸ P. NOREAU et M. NORMANDIN, en collaboration avec les membres de l'Observatoire du droit à la justice, *loc. cit.*, note 3, 229-238.

conciliateur une grande autorité morale, voire la crédibilité nécessaire pour agir à ce titre. »³⁹

« Judges are well-suited for the role of mediator for several reasons, relating both to the perceptions of the parties and to the specific skills possessed by judges. Of particular importance is the perception of the judicial office as one of impartiality and independence, which confers on judges a degree of moral authority. »⁴⁰

Le leadership du juge, dans la mesure où le législateur lui fournit les moyens appropriés pour l'exercer, est indispensable au changement de culture que toute réforme de la justice civile cherche à instaurer :

« Members of the bench wield significant influence in pressing for and then supporting professional and procedural change. Judges have demonstrated that they can play a significant role in effecting changes in legal culture. A critical element of changing attitudes toward any innovation or change is the credibility imparted to the process by the support of professional leaders, and none are more significant than members of the judiciary in any one jurisdiction or region. »⁴¹

« The significance of the attitude of the bench toward change cannot be underestimated – their professional leadership will be the key to the future. »⁴²

1.3 Les préoccupations que soulève dans le Projet de loi n° 28 l'absence de mesures concrètes favorisant la participation effective du justiciable

Les préoccupations que soulèvent l'accomplissement effectif du devoir des parties de considérer le recours aux modes alternatifs de règlement et le concours du juge à leur promotion - Le nouveau *Code* prévoit que les parties doivent considérer le recours aux modes alternatifs de règlement avant de s'adresser aux tribunaux. Il prévoit par ailleurs que la mission du juge consiste, d'une part, à favoriser la conciliation des parties, laquelle est étroitement relié à la promotion des modes alternatifs de règlements, et, d'autre part, à assurer la saine gestion de l'instance.

³⁹ Denis FERLAND, « La transformation de la justice civile : la «nouvelle culture judiciaire» du juge et des avocats », dans Louis LEBEL et Pierre VERGE (dir.), *L'oreille du juge: études à la mémoire de Me Robert P. Gagnon*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2007, p. 25, à la p. 42.

⁴⁰ Louise OTIS et Eric H. REITER, « Mediation by Judges: a New phenomenon in the Transformation of Justice », (2006) 6 *Pepperdine Dispute Resolution law Journal* 351, 365. Voir également Louise OTIS, « La justice conciliationnelle: l'envers du lent droit », (2001) 3 *Éthique publique* 63, 66 : « L'indépendance de l'institution judiciaire, l'impartialité de ses juges, leur connaissance approfondie du droit et des conflits, leur mission traditionnelle de disposer des litiges et de rendre justice expliquent pourquoi le juge conciliateur jouit, auprès des parties, d'une forte autorité morale. »

⁴¹ J. MACFARLANE, *op. cit.*, note 20, p. 235.

⁴² *Id.*, p. 224.

Or, le nouveau *Code* ne met en place aucun cadre indiquant aux parties la manière d'accomplir *dans les faits et en pratique* leur devoir de considérer le recours aux modes alternatifs. De plus, le nouveau *Code* laisse peu place à une *complémentarité réelle* entre le recours à ces modes et la procédure judiciaire. Il ne permet pas non plus dans les faits leur *interaction*.

Ces lacunes soulèvent d'importantes préoccupations.

L'absence dans le nouveau Code d'un environnement décisionnel permettant l'exercice du devoir des parties de considérer le recours aux modes alternatifs de règlement – Alors que le devoir des parties de considérer le recours aux modes alternatifs de règlement constitue la pierre angulaire de la mise en œuvre de ces modes, le *Code* ne crée *aucun environnement décisionnel* à cette fin. Par exemple, le *Code* ne précise pas (i) *le point de départ* de l'exercice de ce devoir, (ii) *la manière de le déclencher*, et (iii) *le temps* que les parties doivent s'accorder pour l'exercer avant qu'elles ne concluent qu'elles n'ont d'autres choix que de s'adresser en dernier ressort aux tribunaux. L'exercice de ce devoir n'est pas *théorique* ni *abstrait* mais suppose une *participation active* des personnes au moyen de *démarches* et de *décisions concrètes* de leur part *avant* qu'une demande en justice ne soit produite. Le *Code* méconnaît dans ses règles actuelles la *dynamique* de cette participation, laquelle comporte au moins la *séquence* suivante :

- Un demandeur consulte un avocat et l'option de s'adresser aux tribunaux est alors envisagée ;
- Le demandeur informe le défendeur de l'existence d'un différend, qu'il envisage de s'adresser aux tribunaux et lui indique la nature de son recours ;
- Le demandeur et le défendeur bénéficient d'un délai raisonnable pour s'échanger de l'information, établir leur position respective et communiquer entre eux, par l'intermédiaire d'un avocat au besoin, afin de circonscrire le différend qui les oppose et de déterminer, de manière éclairée, l'opportunité de recourir à un mode alternatif de règlement.

Dans son mémoire précédent, l'Observatoire a proposé une mesure incitative concrète afin de promouvoir et de faciliter l'exercice par les parties du devoir que leur impose le *Code* de considérer le recours aux modes alternatifs de règlement. Il s'agit du ***préavis d'exercice d'une demande en justice*** transmis au moins 60 jours avant la notification de la demande en justice. Ce délai aurait pour but *d'établir un climat favorable et serein* qui accorde au demandeur et au défendeur un délai suffisant pour communiquer entre eux, s'échanger de l'information et prendre une décision éclairée sur l'opportunité de recourir à un mode alternatif de règlement. Dans le cas du défendeur en outre, ce délai *élimine et atténue* le *climat de panique* qui entoure généralement la réception *sans préavis* d'une demande en justice. Ce délai lui fournit ainsi l'occasion de connaître au préalable les griefs dirigés contre lui et de recourir, le cas échéant, aux services d'un avocat afin d'obtenir de sa part les conseils appropriés à ce stade pré-

judiciaire du différend. Pour assurer un climat favorable à l'exercice, par les parties, de leur devoir de considérer le recours aux modes alternatifs de règlement, le législateur devrait prévoir que l'envoi du préavis interrompt la prescription. L'envoi d'un préavis devrait être la règle mais le législateur pourrait identifier les situations limitées où il n'est pas requis.

On retrouve une présentation détaillée de ce préavis en *annexe*.

L'absence dans le nouveau Code d'un choix actif de la part des parties de considérer le recours aux modes alternatifs de règlement – Le nouveau *Code* ne prévoit aucune mesure qui requiert de la part du demandeur et du défendeur qu'ils posent *un geste personnel et positif* qui atteste et rend compte qu'ils ont *effectivement* considéré le recours aux modes alternatifs de règlement et qu'ils ont *fait un choix en conséquence*.

Dans son mémoire précédent, l'Observatoire a proposé à nouveau une mesure incitative concrète à cette fin. Il s'agit de l'***attestation***, laquelle accompagnerait la demande en justice et sans laquelle cette dernière ne pourrait être reçue pour dépôt au greffe du tribunal. L'attestation pourrait prendre trois formes, chacun d'elles attestant des différents scénarios susceptibles de se présenter à la suite de l'envoi du *préavis d'exercice d'une demande en justice* :

- L'attestation de refus de recourir à un mode privé de prévention et de règlement des différends ;
- L'attestation d'impossibilité de régler le différend ;
- L'attestation de demande de conférence de règlement à l'amiable.

On retrouve une présentation détaillée de ces trois attestations et des différents scénarios qu'elles visent en *annexe*.

Soulignons que cette mesure s'harmonise avec le nouveau *Code* qui la prévoit déjà en matière familiale, dans le cas de la séance d'information obligatoire portant sur la parentalité et la médiation. Au deuxième alinéa de l'article 417, une exemption est accordée aux « personnes qui ont déposé au greffe une attestation qu'elles ont déjà participé à une telle séance pour un différend antérieur ». À l'article 417, « une attestation de participation est donnée par le service de médiation familiale » après la participation d'une partie à cette séance. L'harmonisation de cette mesure pratique à toute matière civile favoriserait ainsi la participation effective du justiciable dans le choix du mode de règlement du différend.

L'absence dans le nouveau Code d'une complémentarité réelle, avec le soutien du juge gestionnaire, entre le recours aux modes alternatifs de règlement et à la procédure judiciaire – En l'absence d'une attestation qui puisse rendre compte des démarches réalisées par les parties avant le dépôt d'une demande en justice, le juge gestionnaire ne peut remplir sa mission d'établir, tôt dans l'instance, une *interface* entre les modes alternatifs de règlement et la procédure judiciaire. Il ne peut assumer la gestion

de leur complémentarité ou de leur interaction ni *vérifier* et ainsi *s'assurer* que les parties et leurs procureurs participent *activement* et *réellement* au changement de culture que le nouveau *Code* a pourtant pour objectif d'instaurer: faire des modes alternatifs de règlement *une avenue prioritairement considérée* et du procès *une solution de dernier ressort*.

Il est essentiel que les juges aient à leur disposition les informations utiles sur l'historique et l'évolution du différend entre les parties et sur l'opportunité, après la production de la demande en justice, de les inviter à participer ou non à une conférence de règlement à l'amiable. À nouveau, l'*attestation* permettrait de remédier à cette lacune.

L'absence dans le nouveau Code de règles souples favorisant la suspension de l'instance lorsque les parties souhaitent recourir à un mode alternatif de règlement – À l'article 157 du nouveau *Code*, le législateur a choisi de permettre «exceptionnellement» la suspension de l'instance par le juge. Cette approche est malheureuse. Elle ne favorise pas le choix des parties de recourir aux modes alternatifs de règlement si la situation s'y prête après le dépôt d'une demande en justice. Elle contrarie également le principe de l'« application [...] économique de la procédure », consacré au deuxième paragraphe de la disposition préliminaire du nouveau *Code*. Il serait contraire à ce principe que les parties tentent de régler leur différend au moyen d'un mode alternatif de règlement *tout en étant tenues, parallèlement*, d'accomplir des actes de procédures et d'assumer les coûts qui y sont afférents, alors qu'un éventuel règlement du litige aura rendu ces actes et ces coûts inutiles. Le recours à ces modes peut également permettre aux parties de simplifier leur différend ou encore d'envisager des moyens de résoudre certains aspects de celui-ci. Par exemple, si le différend soulève entre autres des questions d'ordre technique ou scientifique, les parties pourraient convenir de faire appel à un médiateur spécialisé dans le domaine technique ou scientifique en cause, ou encore, à un expert commun, laissant aux tribunaux le soin de trancher uniquement les questions d'ordre juridique. L'adverbe «exceptionnellement» devrait donc être retiré à l'article 157, le reste de cette disposition permettant par ailleurs de baliser adéquatement les circonstances justifiant d'accorder cette suspension.

Pour les mêmes raisons, l'alinéa 2 de l'article 163 du *Code* devrait lui aussi être retiré ou repensé. Il prévoit que la « conférence [de règlement à l'amiable avec le juge] ne suspend pas le déroulement de l'instance ». Dans la mesure où les parties sollicitent conjointement et volontairement la tenue d'une conférence de règlement à l'amiable avec le juge, la suspension devrait être favorisée, sauf dans le cas où les dates de l'instruction sont déjà fixées.

Au-delà des modifications qu'il jugera opportun d'apporter ou non au Projet de loi n° 28, le législateur doit demeurer conscient que l'adoption de cette importante réforme de la justice civile ne garantit pas à elle seule son efficacité et son effectivité.

L'Observatoire entend expliquer pourquoi dans la seconde partie du présent mémoire.

2. L'IMPORTANCE D'UN SUIVI ET D'UNE ÉVALUATION EMPIRIQUE DE LA RÉFORME PROPOSÉE PAR LE PROJET DE LOI N° 28

Le besoin de connaissances – Le recours aux modes alternatifs de règlement, les nouveaux pouvoirs de gestion judiciaire et l'interaction des premiers avec les seconds, tel que l'envisage le Projet de loi n° 28, engendreront nécessairement des rapports nouveaux entre les juges, les parties et les praticiens appelés à conseiller leurs clients et à les représenter devant la Cour. Inévitablement, les praticiens et les juges devront modifier leurs attitudes, leurs comportements et leurs compétences réciproques de même que leurs rapports. Il est donc essentiel que les praticiens et les juges québécois puissent apprécier et comprendre la nature, la portée et la mise en œuvre du changement de culture qu'entend instaurer le Projet de loi n° 28.

L'examen approfondi de ces nouveaux rapports entre parties, avocats et juges relève essentiellement de la recherche. Il requiert un exercice d'envergure et continu. Un tel examen fait intervenir des dimensions méthodologique, théorique, déontologique, empirique et pratique. Même dans des conditions de recherche, de cueillettes de données et d'analyse optimum, cet examen ne peut fournir qu'une compréhension provisoire de ces nouveaux rapports. Tout changement de culture à l'égard d'une pratique, d'une conduite ou d'une attitude donnée ne peut s'observer ni être appréhendé que dans la durée de l'expérience et dans les ajustements qui la parcourent. Cet examen, pour produire des résultats valides et fiables, exige qu'il soit poursuivi sur une longue période.

Le besoin d'un suivi systématique des activités judiciaires - Un des grands obstacles à la bonne administration de la justice civile réside dans l'absence de suivi systématique des activités judiciaires.

La première expression de cette situation réside dans l'absence de données statistiques fiables sur l'activité des tribunaux civils. En effet, depuis plusieurs années, le ministère de la Justice ne produit plus de rapport statistique sur l'activité judiciaire. De manière accessoire, on produit à la demande de différentes cours des données sur leur juridiction, généralement pour les fins de leur rapport annuel. On bénéficie de données souvent plus fiables en matière criminelle, ces données étant recueillies à l'initiative du gouvernement fédéral. En matière civile, toute recherche, même de nature élémentaire, suppose l'inventaire systématique et la codification manuelle des dossiers de chaque juridiction ou celle des jugements intérimaires et des jugements sur le fond de chaque cour. Dans tous les cas, le recours au plumitif présente peu d'utilité du fait du caractère lacunaire des données qui y sont colligées, données dont la fiabilité peut elle-même être mise en doute. Cette situation conduit chaque cour, au plan pratique, à établir ses propres statistiques « maisons ».

L'évolution constante du monde juridique exige pourtant qu'une mesure précise soit prise de l'activité judiciaire. Le budget du ministère de la Justice s'élève actuellement à près de 700 millions de dollars. Il serait donc dans l'ordre des choses que l'État, les praticiens et les citoyens soient en mesure de connaître la nature des activités menées au sein du système⁴³. C'est d'ailleurs là une exigence que le Vérificateur général du Québec a déjà souligné dans son rapport 2009-2010 :

« Le MJQ ne procède pas à l'analyse de ses principales données financières en lien avec les activités judiciaires et les lieux publics qu'il utilise, en particulier les salles d'audience. De plus, il ne s'est pas doté d'un ensemble d'indicateurs qui lui permettraient de réaliser une veille efficace concernant le déroulement de ces activités, entre autres ceux relatifs aux coûts, au volume des activités et aux délais. En outre, nous n'avons pas repéré de suivi régulier et documenté des délais d'audition ou de règlement des causes de la part du MJQ, pas plus que celui-ci ne s'est fixé, de concert avec la magistrature, d'objectifs et de cibles à atteindre en la matière. »⁴⁴

Dans son rapport 2012-2013, le vérificateur a observé que le « le ministère a mis en œuvre diverses mesures visant l'adoption d'indicateurs pertinents et fiables, notamment un examen des possibilités offertes par les systèmes actuels et la mise en place d'un processus régulier de collecte et de validation de l'information ». Cependant, il ajoute que « ni le Plan stratégique 2010-2015 du MJQ ni son rapport annuel de gestion 2011-2012 ne prévoient d'objectifs précis et de cibles pour faciliter l'évaluation de la performance des activités judiciaires. Il est ainsi difficile de mesurer les progrès réalisés et d'estimer le chemin qu'il reste à parcourir. »⁴⁵

L'existence de données statistiques ne doit pas seulement satisfaire l'intérêt des chercheurs, mais aussi permettre une meilleure compréhension de l'activité des tribunaux et une meilleure administration de la justice. Cette nécessité répond également aux besoins d'évaluer la portée, l'efficacité, l'efficience et l'effectivité de toute éventuelle réforme de la justice.

⁴³ Pourtant, on trouve dans plusieurs États américains des systèmes de cueillette et de mesure sur lesquels nous pourrions facilement établir les principes de notre propre système statistique. De même, en France, le ministère de la Justice a totalement réformé ses pratiques et ses protocoles statistiques au milieu des années 1990 et produit chaque année un rapport très exhaustif de l'activité judiciaire dont nous pourrions tirer un modèle. On peut supposer qu'un travail de 12 à 18 mois serait nécessaire à la définition d'un véritable système de mesure et d'évaluation dont toutes les juridictions pourraient tirer avantage et qui permettrait au Ministère de rendre mieux compte de son activité

⁴⁴ RAPPORT DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC à l'Assemblée nationale pour l'année 2009-2010, Tome II, Faits saillants, p. 4.

⁴⁵ RAPPORT DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC à l'Assemblée nationale pour l'année 2012-2013, Vérification de l'optimisation des ressources, Chapitre 7 - Soutien aux activités judiciaires dans les palais de justice, p. 11. À la même page, le Vérificateur général précise que : « En matière civile, le MJQ a défini des indicateurs de gestion portant sur les délais d'audition et de traitement de concert avec la magistrature, mais ceux-ci ne sont pas encore disponibles. »

Ce besoin est cependant particulièrement criant dans le contexte de la mise en œuvre des nouvelles dispositions du *Code*.

Il faut en effet assurer l'évaluation systématique des expériences réalisées au sein de l'institution judiciaire à défaut de quoi il devient impossible d'évaluer si les objectifs visés par la réforme ont été atteints.

À cet égard, l'*attestation* proposée par l'Observatoire serait ici un outil salubre. Cet outil permettrait, d'une part, de constituer une base de données et il fournirait des indicateurs utiles et précieux à des fins de recherche. *Cet outil permettrait, d'autre part, de réaliser un suivi et une évaluation empirique de la trajectoire du conflit entre les parties et de l'interface entre le recours aux modes alternatifs de règlement et la procédure judiciaire.*

Le besoin d'une évaluation empirique des résultats de la réforme⁴⁶ – La sociologie contemporaine enseigne que «chaque mutation, même mineure, de nos valeurs et de nos habitudes engendre des conséquences inattendues et que ces dernières sont souvent plus déterminantes pour l'état des rapports sociaux que les changements prévus»⁴⁷. Cette réalité ne vise pas à freiner les réformes qui s'imposent, comme celle proposée dans le Projet de loi n° 28. Elle nous rappelle simplement qu'il «ne saurait par conséquent y avoir de révision du *Code de procédure civile* sans une forme d'expérimentation de ces innovations et sans que soit assurée l'évaluation concrète de leurs effets attendus et imprévus»⁴⁸. Cette réalité s'applique à toute réforme de la justice civile, tant celle envisagée dans le Projet de loi n° 28 que celles qui pourraient faire l'objet de projets-pilotes ultérieurs, susceptibles de conduire également à une réforme graduelle de notre système de justice.

*Le besoin d'une «évaluation empirique continue des résultats attendus et réels»*⁴⁹ *des réformes de la justice civile, en fonction des objectifs que cherche à réaliser au départ le législateur, devrait être perçu par ce dernier comme une condition indissociable de sa volonté d'améliorer l'accès à la justice.* D'ailleurs, les réformes de la justice civile qui se distinguent sont celles qui, à l'instar du rapport Woolf en Angleterre, accordent une importance prioritaire à leurs impacts et aux moyens de les gérer à l'aide de «support empirique» et de «données quantifiables». Dans le cas du rapport Woolf, on a pris soin de créer le Civil Justice Council qui est composé de spécialistes et «dont la fonction principale est l'étude systématique des rouages de la justice civile»⁵⁰.

⁴⁶ Nous reprenons essentiellement ici de larges extraits de l'article de l'Observatoire: P. NOREAU et M. NORMANDIN, en collaboration avec les membres de l'Observatoire du droit à la justice, *loc. cit.*, note 3, 247-249.

⁴⁷ P. NOREAU, *loc. cit.*, note 15, 54.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Y.-M. MORISSETTE, *loc. cit.*, note 12, 391.

En mettant à la disposition des gouvernements et des décideurs des recherches objectives fondées sur des données empiriques et analytiques, les institutions de cette nature apportent une contribution précieuse à l'élaboration d'une justice civile plus efficace et plus équitable⁵¹.

Dans cette perspective, l'Observatoire a souvent souligné l'opportunité de mettre en vigueur la *Loi sur l'Institut québécois de réforme du droit*, (L.R.Q., c. I-13.2.1), sanctionnée en 1992, et de fonder un tel institut⁵².

Le Projet de loi n° 28 annonce des changements profonds dans notre manière de concevoir la justice civile et d'y faire appel. On doit donc souhaiter, à tout le moins, dans le cadre de ce projet de loi, ***que soit mis en place des mécanismes de suivi et d'évaluation***⁵³ qui soient à la hauteur des espoirs et des innovations que le projet de loi incarne et propose. On doit également souhaiter que ces mécanismes soient à la hauteur des changements de culture que le projet de loi vise à amorcer. Il s'agit de s'assurer que la portée effective et les effets des mesures adoptées soient évalués, à court et à moyen terme, principalement au chapitre des deux aspects importants de la justice civile qui traverse le projet de loi : les modes alternatifs de règlement et la gestion judiciaire de l'instance.

⁵¹ Jacques LACHAPPELLE, « La justice civile crie au secours », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 247, aux pages 257-258 (au moment d'écrire ce texte, l'auteur était juge en chef adjoint de la Cour du Québec).

⁵² Pierre NOREAU, « *Avenir de la justice: des problèmes anciens... aux solutions prochaines* », dans P. NOREAU (dir.), *op. cit.*, note 14, p. 3, à la p. 8. Sur la même recommandation, formulée cette fois par la magistrature, voir J. LACHAPPELLE, *loc. cit.*, note 51, à la p. 258.

⁵³ La réforme de 2002 contenait des mécanismes à cette fin. Le ministre de la Justice était tenu d'établir des indicateurs lui permettant d'évaluer les changements majeurs apportés par cette réforme, notamment en matière de délais, de faire un rapport au gouvernement sur ces changements, au plus tard le 1^{er} avril 2006, et de le déposer par la suite à l'Assemblée nationale: art. 180 de la *Loi portant réforme du Code de procédure civile* (2002, chapitre 7). Un rapport a effectivement été produit mais il reposait pour l'essentiel sur une mesure *a posteriori* fondée sur des consultations auprès des intervenants du milieu juridique et judiciaire. Un suivi empirique des effets de la réforme constitue à nouveau un *prerequis* dans le cadre du Projet de loi n°28. Cependant, et contrairement à la réforme de 2002, le législateur est inspiré cette fois d'une conception plus large et plus contemporaine de la justice civile qui repose entre autres sur le recours préalable aux modes alternatifs de règlement des différends et sur la participation accrue du justiciable. Dans ce nouveau contexte, l'Observatoire réitère la nécessité que l'évaluation des effets et des retombés de la réforme à venir soit réalisée au moyen d'un suivi systématique et d'une analyse empirique. Cette recherche longitudinale devrait être élaborée et dirigée par des spécialistes et des chercheurs, et réalisée à l'aide de protocoles, de cueillette de données et d'analyses conformes aux règles et aux méthodes de recherche reconnues dans le milieu scientifique.

CONCLUSION

L'évolution du droit procédural au Québec a rarement permis la correspondance des exigences de la pratique avec ceux de l'accès à la justice. C'est que toutes les réformes antérieures visaient surtout à répondre aux besoins des praticiens plutôt qu'à ceux des citoyens ou des justiciables. Le système judiciaire discutait avec lui-même. Et la justice restait la chose de quelques experts.

Toujours limité au problème des délais et des coûts, le débat sur l'évolution de notre système judiciaire contournait systématiquement le problème plus général de l'égalité juridique des citoyens. Le mythe d'un droit mettant tous les justiciables sur la même ligne départ y était systématiquement admis comme une réalité. Ne restait alors à régler que les problèmes d'intendance, les détails de la procédure. Les justiciables, plutôt victimes qu'acteurs d'un système auquel ils n'entendaient pas grand chose, laissaient aux «spécialistes» le soin de discuter entre eux des règles du jeu judiciaire.

C'est la conviction de l'Observatoire du droit à la justice que la réforme de la justice civile proposée aujourd'hui met au centre de ses préoccupations le droit des justiciables et leur participation. Il est du moins raisonnable, à la faveur des changements législatifs proposés, d'espérer que les citoyens bénéficieront dorénavant de mécanismes de règlement des litiges et de gestion de l'instance qui assurent leur participation et qui leur permettent de conclure rapidement et efficacement leurs différends.

Le premier alinéa de l'article 25 du Projet de loi n° 28 affirme, comme le faisait jusqu'ici l'article 2 du Code actuel, que les « règles du Code sont destinées [...] à faire apparaître le droit et en assurer la sanction ». Mais il affirme avant toute chose que la fonction de ces règles est de « favoriser le règlement des différends et des litiges ». Ce faisant, le Projet de loi n° 28 reconnaît la fonction première de l'institution judiciaire, qui est de pacifier nos rapports interpersonnels et nos rapports collectifs plutôt que d'accentuer nos incompréhensions et nos conflits. On rompt ainsi avec la logique d'une surenchère procédurale, conduite souvent de manière disproportionnée, où le justiciable en vient à perdre le sens de ses propres institutions.

Les études menées depuis vingt ans par le Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal ont révélé que la confiance des justiciables à l'endroit des juges n'a jamais été aussi élevée. La justice et l'autorité du juge sont devenues une « valeur refuge » dans un contexte de suspicion généralisée. Il s'agit d'un paradoxe alors que l'institution judiciaire n'a jamais été aussi inaccessible. Ces données révèlent néanmoins que la justice porte des idéaux que la majorité de citoyens associent aux fondements de la démocratie. Mais cette confiance est également une charge et porte son lot de responsabilité et d'exigences.

L'orientation défendue dans ce mémoire repose sur un ensemble de propositions simples. La culture et la justice civile interagissent et s'influencent réciproquement. Des changements de culture peuvent être observés lorsque surviennent des mutations dans les pratiques. Les principes énoncés par la présente réforme doivent par conséquent trouver une traduction pragmatique. On doit mettre en place un cadre d'action et faire appel à des incitatifs et parfois des contraintes, sans quoi un nouveau fossé entre les besoins de la procédure et ceux de la justice risque de se creuser. Les uns et les autres continueront de voguer parallèlement sans jamais se joindre. Les changements de culture attendus du Projet de loi n° 28 trouveront un point d'appui dans la reconfiguration de l'environnement décisionnel, notamment dans le choix offert dorénavant entre plusieurs modes de règlement du différend. Ce nouvel environnement accordera une large place à la participation concrète et active des justiciables à leur dossier. Aussi le projet permet-il d'envisager qu'on transcende enfin les spéculations théoriques en faveur d'un système judiciaire plus efficace et qu'on favorise une approche plus pragmatique du litige. Mais quoi qu'il en soit, la réforme des pratiques, des habitudes et de la participation doit précéder celle des mentalités.

Ce changement des pratiques nécessite cependant aussi une reconfiguration des rapports judiciaires et le rôle reconnu au juge dès l'introduction de l'instance judiciaire. Par extension, on vient également redéfinir les conditions de participation du justiciable dans son propre dossier et la fonction de représentation assurée par le praticien. Toutes les expériences tentées dans ce sens ont démontré l'efficacité de ce principe actif.

Plus encore, si on entend être conséquent avec l'idée que les justiciables doivent explorer préalablement la possibilité d'un règlement de leurs différends, il faut leur donner l'occasion d'en faire l'expérience et d'y participer activement, ce que nous proposons au moyen d'un *préavis d'exercice d'une demande en justice* et d'une *attestation*. Il faut aussi soutenir cette expérience et ainsi *mettre sur pied un service de médiation civile et créer un corps de médiateurs civils accrédités*, rompus aux pratiques de la médiation et de la conciliation. Nous savons aujourd'hui que près de 90% des poursuites introduites à la cour trouvent une solution avant la tenue d'une audition. Mais ce règlement survient généralement alors que le justiciable a déjà dépensé des sommes considérables. Il est impératif que ces règlements surviennent avant le recours aux tribunaux ou très tôt dans la trajectoire judiciaire.

Ces orientations doivent être suivies jusqu'à leur aboutissement. Il faut espérer qu'un jour le *Code de procédure civile* devienne un véritable *Code procédural de règlement des conflits civils*. Pour éviter cependant que ce changement de titre ne soit que cosmétique, il faut établir des mécanismes très concrets, susceptibles de faire des orientations de ce nouveau Code autre chose qu'un énoncé de principe. Le sens est dans l'action.

Plus encore, il faut s'assurer d'une évaluation continue de ces changements. Le système judiciaire est caractérisé par l'absence d'une véritable culture de l'évaluation, pourtant indispensable au succès de toute réforme ambitieuse de la justice civile. Un suivi systématique de la réforme proposée par le Projet de loi n° 28 doit être prévu et mis en œuvre de manière à ce que nous puissions nous assurer que ses objectifs soient rencontrés. Le législateur doit prendre conscience que le suivi et l'évaluation empirique de la réforme qu'il souhaite instaurer avec le Projet de loi n° 28 constituent une condition indissociable de sa volonté d'améliorer l'accès à la justice.

ANNEXE

La proposition de « préavis d'exercice d'une demande en justice » et de l'« attestation »

▪ LE PRÉAVIS D'EXERCICE D'UNE DEMANDE EN JUSTICE

La fonction et la nature du préavis d'exercice – Cette mesure est destinée à établir le cadre d'exercice du devoir prévu à l'article premier du *Code*. Elle consiste à imposer à la partie demanderesse qui désire s'adresser aux tribunaux l'obligation préalable de transmettre à la partie défenderesse un « *Préavis d'exercice d'une demande en justice* ». Ce préavis, transmis au moins soixante (60) jours avant la date prévue pour la notification et la production d'une demande en justice, devrait exposer de manière objective le différend qui oppose la partie demanderesse à la partie défenderesse, fournir un résumé des faits qui sont à l'origine de ce différend et informer la partie défenderesse que les parties ont le devoir réciproque de communiquer entre elles ou par l'intermédiaire de leur avocat, afin de discuter de la possibilité de recourir d'un commun accord à un mode alternatif de règlement.

Les objectifs généraux poursuivis par le préavis d'exercice – Le délai de soixante (60) jours a pour but d'accorder aux parties demanderesse et défenderesse un délai suffisant pour communiquer entre elles, s'échanger de l'information et prendre une décision éclairée sur l'opportunité de recourir à un mode alternatif de règlement. Dans le cas de la partie défenderesse, ce délai a plus particulièrement pour but de lui donner l'occasion de connaître les griefs dirigés contre elle et de recourir, le cas échéant, aux services d'un avocat afin d'obtenir de sa part les conseils appropriés à ce stade pré-judiciaire du différend.

La mesure d'équité que représente le préavis d'exercice pour la partie défenderesse – Il importe de souligner l'importance toute particulière que représente le délai de soixante (60) jours pour la partie défenderesse. Dans son cas, il s'agit d'une mesure d'équité, de « rééquilibrage ». La partie demanderesse qui initie un différend a toujours sur la partie défenderesse un avantage dans la préparation de son dossier, un avantage souvent qualifié de « stratégique ». Sauf la contrainte du délai de prescription applicable, la partie demanderesse « contrôle » en effet le moment de déclencher les procédures, avec l'avantage corrélatif de prendre tout le temps qu'elle estime nécessaire pour constituer préalablement son dossier.

À l'inverse, lorsque la partie défenderesse reçoit une procédure, elle se trouve dans un mode de réaction que certains qualifient de « mode panique », puisqu'elle se trouve bousculée par les courts délais que lui impose alors la procédure civile. Par le jeu des règles et des délais de la procédure, la partie défenderesse est ainsi placée dans une situation de réaction qui ne lui accorde ni le temps ni la sérénité nécessaire pour considérer à ce moment le recours aux modes alternatifs de règlement. Le délai de soixante (60) jours a pour but de corriger le déséquilibre pré-judiciaire qui est la cause de cette situation. Pour l'Observatoire, ce délai est essentiel afin de fournir à la partie défenderesse un climat favorable lui permettant d'accomplir son devoir de considérer le recours aux modes alternatifs de règlement. Ainsi, la partie défenderesse sera davantage en mesure de s'informer et d'amorcer plus sereinement un dialogue avec la partie demanderesse avant que celle-ci ne s'adresse aux tribunaux.

Le cas des parties qui ont déjà eu recours à un mode alternatif de règlement – Dans le cas où les parties ont déjà convenu de recourir à un mode alternatif de règlement avant de s'adresser aux tribunaux mais qu'elles n'ont pas réussi à régler leur différend, l'Observatoire propose d'imposer la même obligation à la partie demanderesse. Le préavis devrait exposer le différend qui oppose les parties, fournir un résumé des faits qui sont à l'origine de ce différend, indiquer le mode alternatif de règlement auquel les parties ont eu volontairement recours, ainsi que la période pendant laquelle ce mode a été utilisé et la date à laquelle les parties ont mis fin à leur tentative de régler le différend. Le délai de soixante (60) jours dans ce cas a pour objectif de fournir aux parties l'occasion de reconsidérer leur décision de mettre fin à l'utilisation d'un mode alternatif de règlement, de prendre conscience qu'elles s'adresseront dorénavant aux tribunaux et de tenter de simplifier le litige judiciaire à venir.

La prescription - Pour assurer un climat favorable à l'exercice, par les parties, de leur devoir de considérer le recours aux modes alternatifs de règlement, le législateur devrait prévoir que l'envoi du préavis interrompt la prescription.

L'envoi d'un préavis devrait être la règle. Cependant, le législateur pourrait identifier les situations limitées où le préavis n'est pas requis, en matière d'urgence par exemple ou de pourvoi en contrôle judiciaire.

▪ L'ATTESTATION

La fonction de l'attestation – Cette mesure, qui est le corollaire de la précédente, prévoit que les parties sont tenues de rendre compte, au moyen d'une attestation⁵⁴, de l'accomplissement de leur devoir prévu à l'article premier du *Code*. L'attestation serait jointe à la demande en justice et constituerait une condition de son dépôt. L'attestation exposerait l'une ou l'autre des trois situations suivantes.

Le cas de refus de recourir à un mode alternatif de règlement – La première situation est celle où les parties conviennent de ne pas recourir à un mode alternatif de règlement, y compris la situation où la partie demanderesse n'est pas parvenue à communiquer avec la partie défenderesse afin de discuter de cette possibilité. Dans ce cas, l'Observatoire suggère que la partie demanderesse produise avec sa demande en justice une « *Attestation de refus de recourir à un mode privé de prévention et de règlement des différends* ». Cette attestation, signée par la partie demanderesse elle-même et par son procureur, le cas échéant, indiquerait la ou les dates où les parties ou leurs procureurs ont discuté de la possibilité de recourir d'un commun accord à un mode alternatif de règlement, ou les dates où la partie demanderesse a tenté sans succès de communiquer avec la partie défenderesse à cette fin, et elle serait accompagnée d'une copie du préavis d'exercice et de la preuve de sa notification.

⁵⁴ Cette mesure a déjà été suggérée par le Groupe de travail de l'ABC sur les systèmes de justice civile, ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile*, Ottawa 1996, p. 38 : « Du point de vue du Groupe de travail, l'élément important de cette obligation [l'obligation d'envisager le règlement amiable avant l'instance] demeure le fait que les parties devront attester d'une manière appropriée qu'elles ont examiné les options offertes en matière de règlement amiable, avant qu'elles puissent avoir recours au système judiciaire ».

Le cas d'insuccès d'un mode alternatif de règlement – La deuxième situation est celle où les parties ont convenu de recourir à un mode alternatif de règlement avant de s'adresser aux tribunaux sans réussir toutefois à régler leur différend par ce moyen. Dans ce cas, l'Observatoire propose que la partie demanderesse produise avec sa demande en justice une « *Attestation d'impossibilité de régler le différend* ». Cette attestation, signée par la partie demanderesse elle-même et par son procureur, le cas échéant, indiquerait que les parties ont volontairement eu recours à un mode alternatif de règlement. Elle préciserait le type de mode et la période de son utilisation, indiquerait que les parties n'ont pas réussi à régler leur différend par ce mode et serait accompagnée d'une copie du préavis d'exercice et de la preuve de sa notification.

L'avenue particulière de la conciliation judiciaire – En sus des modes privés de prévention et de règlement des différends, le nouveau *Code* a investi les juges de la « mission » de « favoriser la conciliation des parties si la loi leur en fait devoir, si les parties le demandent ou y consentent ou si les circonstances s'y prêtent » (art. 9, al. 2). Cette mission s'accorde avec les recommandations formulées en 2001 par le Comité de révision de la procédure civile. Constatant que les juges pratiquaient déjà dans certains types de dossiers la conciliation judiciaire, le Comité a estimé qu'il y avait lieu de favoriser « l'institutionnalisation » de cette pratique en reconnaissant aux juges « le pouvoir de tenter de concilier les parties »⁵⁵, ce que le législateur a fait en introduisant en 2002 la « conférence de règlement à l'amiable » aux articles 151.14 à 151.23 du *Code*. La « mission du juge de favoriser la conciliation » était alors limitée aux matières familiales et au recouvrement des petites créances (art. 4.3). Dans le Projet de loi n° 28, la mission de conciliation des juges n'est plus limitée dans ses domaines d'application et elle est à nouveau mise en œuvre au moyen de la conférence de règlement à l'amiable (art. 161 à 165). L'article 161, al. 2 prévoit que la « charge de présider une conférence de règlement à l'amiable entre dans la mission de conciliation du juge », ce qui confirme l'affirmation du Comité de révision de la procédure civile selon laquelle cette fonction de conciliation a pour effet de « redéfinir la fonction judiciaire »⁵⁶.

Le cas où les parties sollicitent la conciliation judiciaire – Il se peut donc, pour une raison ou pour une autre, que les parties souhaitent recourir volontairement à un mode alternatif de règlement, ou même poursuivre des pourparlers déjà engagés, mais uniquement *avec le concours d'un juge*, au moyen de la conférence de règlement à l'amiable. Cependant, ce mode alternatif de règlement suppose qu'une demande en justice ait été produite. L'Observatoire propose dans un tel cas que la partie demanderesse produise avec sa demande en justice une « *Attestation de demande de conférence de règlement à l'amiable* ». Cette attestation, signée par la partie demanderesse elle-même et par son procureur le cas échéant, indiquerait que les parties ont volontairement accepté de soumettre leur différend, en début d'instance, à une conférence de règlement à l'amiable et elle exposerait sommairement les questions en litige, comme le prévoit l'article 161 du nouveau *Code*.

⁵⁵ RAPPORT DU COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire*, Ministère de la Justice du Québec, juillet 2001, p. 41. Voir également aux pages 78 à 81.

⁵⁶ *Id.*