

La médiation : une façon efficace de conserver de bonnes relations d'affaires

Serge Roy

Volume 64, Number 2, 1996

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1105077ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1105077ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (print)

2817-3465 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Roy, S. (1996). La médiation : une façon efficace de conserver de bonnes relations d'affaires. *Assurances*, 64(2), 209–248.
<https://doi.org/10.7202/1105077ar>

Article abstract

The following article is entitled "Mediation: an efficient way to maintain good business relations". The author introduces the subject by defining the major alternative dispute resolution processes, namely partnering, negotiation, conciliation, mediation, co-mediation, med/arb, mini-trial and arbitration. He then explains the advantages of mediation and the aspects to be cautious with. The article describes interest based negotiation, the role of the mediator, styles of mediation, when and how to go to mediation, the steps of the mediation process, the role of the legal counsel, real life cases and recent developments. At the end of the article, there is a sample of an agreement by which the parties may choose the mediation process, set the conditions of the mediation and appoint a mediator.

La médiation : une façon efficace de conserver de bonnes relations d'affaires*

par

Serge Roy**

The following article is entitled « Mediation: an efficient way to maintain good business relations ». The author introduces the subject by defining the major alternative dispute resolution processes, namely partnering, negotiation, conciliation, mediation, co-mediation, medlarb, mini-trial and arbitration. He then explains the advantages of mediation and the aspects to be cautious with. The article describes interest based negotiation, the role of the mediator, styles of mediation, when and how to go to mediation, the steps of the mediation process, the role of the legal counsel, real life cases and recent developments. At the end of the article, there is a sample of an agreement by which the parties may choose the mediation process, set the conditions of the mediation and appoint a mediator.

209

Introduction

Il existe présentement dans la communauté d'affaires et dans la communauté juridique un courant de pensée qui ne veut plus s'en remettre exclusivement aux tribunaux pour résoudre les conflits. Ce courant de pensée veut trouver des solutions qui sauront satisfaire les besoins des parties et ce, de façon plus rapide et dans un processus moins intimidant et plus sensible aux intérêts véritables des gens d'affaires que le système judiciaire

* Texte révisé d'une conférence portant sur «L'assurance et les méthodes alternatives de résolution de conflits», organisée par Insight Information Inc. et *The Globe and Mail*.

** L'auteur est avocat, médiateur et arbitre commercial de l'étude Lachance d'Amours et Associés.

conventionnel. On recherche des méthodes flexibles où la confidentialité est assurée. Notons seulement quelques faits saillants.

210 Aux États-Unis, la compagnie Motorola Inc. oblige depuis 1984 les 100 avocats qui font partie de son contentieux, à examiner sérieusement avant d'aller à la Cour d'autres façons de régler les conflits comme par exemple le recours à l'arbitrage ou à la médiation. Ce nouveau programme a réduit de 75 % les coûts de litige de cette compagnie¹. Plusieurs autres grandes corporations aux États-Unis ont emboîté le pas en mettant sur pied des programmes semblables.

Au cours des quelques dernières années, plus de cinq cents des plus grandes corporations des États-Unis ont signé un accord par lequel elles s'engagent, dans l'éventualité d'un conflit avec une autre compagnie qui aurait signé le même accord, à explorer la possibilité de régler leurs conflits par des méthodes alternatives de résolution avant d'avoir recours au litige².

En août 1991, l'American Arbitration Association ouvrait son millionième dossier, ce qui inclut des cas d'arbitrage et de médiation. Cette association a été fondée en 1926 et, au cours de la seule année 1991, a ouvert 60 000 dossiers³.

Plus près de nous, à l'époque de la concertation et des grappes industrielles, l'honorable Jean Guibault, juge à la Cour supérieure, déclarait alors qu'il était président de la Chambre de commerce du Montréal Métropolitain :

Dans un environnement où nous devons bâtir des partenariats solides pour maintenir nos marchés et en développer de nouveaux, les entreprises ont intérêt à utiliser tous les moyens disponibles pour maintenir de bonnes relations commerciales avec chacun de leurs alliés

¹*Business Week*, 13 avril 1992, p. 60.

²Dana H. Freyer, « The Integration of ADR into Corporate Law Firm Practice », *Arbitration Journal*, décembre 1990, Volume 43, no 4, p. 3.

³« Arbitration Time », *American Arbitration Association Dispute Resolution News*, automne 1992, p. 1.

en affaires. Le recours aux solutions de rechange au règlement des litiges représente certainement un de ces moyens les plus efficaces⁴.

Quant à lui, le président de la Chambre de commerce de Laval, M. Jean-Louis Bédard, affirmait récemment :

Toutefois, dans les situations qui l'exigent, il importe de régler les litiges en tenant compte non seulement du conflit lui-même, mais aussi des incidences sur la production, les relations commerciales, la publicité, l'image publique de l'entreprise, etc. Ces divers éléments amènent de plus en plus de gens d'affaires à rechercher ce que l'on appelle les modes alternatifs de règlement des conflits, lorsque la situation permet l'application de ces formules que sont l'arbitrage, la conciliation, la médiation ou autres méthodes semblables⁵.

C'est dans ce contexte que nous passerons en revue quelques définitions, nous élaborerons sur la médiation en matière commerciale et nous examinerons certains développements récents au Québec.

I - Quelques définitions

A - L'arbitrage exécutoire

L'arbitrage consiste à recourir à un tiers impartial qui possède une expertise dans le domaine de droit en question et qui, tout comme un juge, va trancher le litige entre les parties après avoir entendu la preuve et l'argumentation⁶. L'arbitre rend sa décision en fonction des obligations contractuelles des parties

⁴Jean Guibault, « Les solutions de rechange au règlement des conflits : une approche de vrais partenaires », éditorial, *Revue Commerce*, Montréal, mars 1992, Volume 48, no 7.

⁵Jean-Louis Bédard, « La gestion des conflits en affaires », éditorial, *Revue Économique*, mai 1992, Volume 8, no 3.

⁶Louis Marquis, *Arbitrage de droit nouveau et transactions commerciales. Développements récents en droit commercial* (1991), Les éditions Yvon Blais inc., Cowansville, p. 73.

et du droit applicable. Si les parties lui ont donné le pouvoir d'agir à titre d'amiable compositeur, il peut alors décider en fonction de l'équité. Les parties auront préalablement signé une convention d'arbitrage, laquelle est définie comme suit à l'article 2638 du Code civil du Québec :

La convention d'arbitrage est un contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux.

212

Il s'agit d'un processus d'adjudication pouvant être utilisé autant en droit québécois⁷ qu'en droit international⁸ et qui mène à une sentence arbitrale qui est en principe finale et exécutoire, bien que si l'une des parties refuse de se conformer à la sentence, l'autre devra la faire homologuer conformément aux articles 946 et suivants du Code de procédure civile.

B - Négociation

La négociation est sans doute le plus ancien et le plus répandu des modes de résolution des conflits. On peut adopter la définition suivante :

La négociation est un mode autonome de règlement des conflits. Elle se distingue du procès en ce qu'elle est la recherche d'une solution mutuellement satisfaisante pour les parties... Dans la mesure du possible, la négociation doit dépasser le simple marchandage (jeux par lequel les parties ne font que tirer de chaque côté de la couverture) pour devenir un acte créateur où chaque partie y trouvera son compte.⁹

⁷Sabine Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec*, Les éditions Yvon Blais inc., Cowansville, 1991.

⁸Jacques Bégin, *L'arbitrage commercial international*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill, Montréal, 1987 ; et aussi *Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international*, sous la direction de Nabil Antaki et Alain Prujiner, Université Laval, Éditions Wilson & Lafleur Ltée, Montréal, 1986.

⁹Jean-Yves Brière, *Négociation, Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec, 1990-1991*, Édition École du Barreau du Québec, p. 18.

De façon succincte, on peut dire que la négociation est « un processus de communication dans le but de créer, modifier ou terminer une relation. »¹⁰

Dans le cadre des modes alternatifs de résolution des conflits, la négociation raisonnée constitue une des méthodes privilégiées de négociation. La négociation raisonnée ou négociation sur le fond est une méthode de négociation qui a été mise au point à l'Université Harvard dans le cadre du « Negotiation Project ». Les professeurs Fisher et Ury décrivent cette méthode de la façon suivante :

213

Elle consiste à trancher les litiges « sur le fond » plutôt qu'à discuter interminablement des concessions que les parties en présence sont prêtes à consentir et de celles qu'elles refusent. Chaque fois que c'est possible, on s'attachera à rechercher les avantages mutuels, et, quand les intérêts seront manifestement opposés, on insistera pour que les questions soient tranchées au regard d'un ensemble de critères « justes », indépendants de la volonté des parties en présence. La négociation raisonnée permet d'être ferme quant aux questions débattues mais souple envers les négociateurs eux-mêmes.¹¹

La négociation raisonnée repose sur quatre éléments fondamentaux :

- 1- Traiter séparément les questions de personnes et le différend ;
- 2- Se concentrer sur les intérêts en jeu et non sur les positions ;
- 3- Imaginer des solutions procurant un bénéfice mutuel ;
- 4- Exiger l'utilisation de critères objectifs.

¹⁰Jean H. Gagnon, *Réussir par la négociation*, Les Éditions Québécois, Montréal, 1990, p. 21.

¹¹Roger Fisher et William Ury, *Comment réussir une négociation*, Éditions du Seuil, Paris, 1982, p. 15.

La différence fondamentale entre la négociation raisonnée et les autres modes alternatifs est qu'elle n'implique aucune participation d'une tierce personne.

C - La médiation

214

Dans le sens ordinaire et traditionnel du terme, la médiation implique l'idée d'une personne qui sert d'intermédiaire ou qui s'entremet dans le but de mettre d'accord des personnes. Deux auteurs en droit du travail ont distingué la médiation traditionnelle basée sur les droits des parties, de la médiation basée sur les intérêts laquelle s'est surtout développée au cours de la dernière décennie¹². On retrouve aussi cette évolution de la médiation dans les autres domaines de droit. En s'inspirant de ces auteurs, on peut résumer ces deux types de médiation par le tableau suivant :

Médiation basée sur les droits	Médiation basée sur les intérêts
- On met l'accent sur les positions des parties quant à chaque point.	- On met l'accent sur les intérêts des parties quant à chaque point.
- Le médiateur agit comme intermédiaire dans un mouvement de va-et-vient entre les parties et il cherche un compromis entre des positions opposées.	- Le médiateur favorise la communication directe entre les parties et il aide les parties à découvrir et révéler leurs intérêts.
- Le médiateur intervient seulement après qu'une mésentente survient.	- Le médiateur intervient dès le début des discussions et parfois avant.

¹²John Stepp et Jerome Barrett, « Win-Win Bargaining as Agent of change », *ADR Report*, Vol. 4, 1er mars 1990, p. 77.

-
- | | |
|--|---|
| - Le médiateur agit comme pompier et essaie de contrôler les dommages et limiter les dégâts. | - Le médiateur agit comme formateur et comme support à la création des parties. |
| - On cherche des règlements sans égard aux aspects pratiques et durables à long terme. | - On cherche des solutions efficaces et durables aux problèmes. |
| - La négociation est empreinte de bluffs et de camouflages. | - La négociation se fait de façon ouverte avec la divulgation de toute l'information. |
| - On insiste sur le passé. | - On insiste sur le futur. |
| - On dépense beaucoup de temps à négocier des points mineurs. | - On consacre plus de temps aux points prioritaires. |
| - On argumente pour déterminer comment on divise la tarte, comment on la distribue. | - On cherche à créer de la valeur additionnelle et de la richesse, à augmenter la grosseur de la tarte. |
| - On met l'accent sur les risques et les pertes possibles en cas d'échec. | - On met l'accent sur le potentiel de gains mutuels. |
-

Au cours des années 1980, la médiation s'est aussi définie comme étant une intervention dans un différend ou une négociation par une tierce personne choisie par les parties, qui soit impartiale et neutre, sans pouvoir décisionnel, dans le but de les aider à développer elles-mêmes leurs propres solutions¹³. Ce sont les parties qui décident du résultat. Le médiateur ne suggère, ni n'impose aucune solution. Il ne fait pas de « tordage de bras ». Le médiateur permet l'expression et l'apaisement des émotions,

¹³Christopher W. Moore, *The Mediation Process*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1986, p. 14. Voir aussi : André Murray, *La médiation familiale : une progression rapide* (1986) R.D.F., p. 318. Lisette Laurent-Boyer, *La médiation familiale : définition, cadre théorique, bienfaits pour la famille et études de modèles, La médiation familiale-Collectif multidisciplinaire*, Les éditions Yvon Blais inc., Cowansville, 1992, p.3.

il recueille et organise l'information, identifie les intérêts et les options, il facilite la négociation, pose des questions pour aider les parties à demeurer réalistes et il établit une communication efficace. Le médiateur incite habituellement les parties à s'inspirer des principes de la négociation raisonnée.

D - La conciliation

216

La conciliation se définit comme l'action d'amener à s'entendre des personnes divisées d'opinion¹⁴. La conciliation consiste généralement en un processus plus flexible que la médiation.

Le Code de procédure civile traite de la possibilité de conciliation des parties en matière familiale (article 815.2) et en matière de petites créances (article 975), mais ne définit pas en quoi elle consiste. Il en est aussi question au Code civil du Québec en matière de séparation (article 496 et 504), de divorce (article 517) et d'autorité parentale (article 604). La conciliation mentionnée à ces articles paraît avoir le même sens que le terme médiation que l'on retrouve aux articles 9(2) de la *Loi sur le divorce* et 22.5 des Règles de pratiques de la Cour supérieure du Québec en matière familiale.

Dans le domaine des relations de travail, la conciliation consiste en un processus plus flexible que la médiation étant donné que, contrairement au conciliateur, le médiateur si les parties ne s'entendent pas, va formuler des recommandations.

Le conciliateur est habituellement vu comme un intervenant qui favorise la communication directe entre les parties. Il les aide, les supporte et les appuie dans leurs efforts pour trouver une solution mutuellement satisfaisante.

Du tableau dans lequel on compare la médiation basée sur les droits à celle basée sur les intérêts, on peut conclure que plus on se rapproche de la médiation basée sur les intérêts, plus la différence entre la médiation et la conciliation s'estompe.

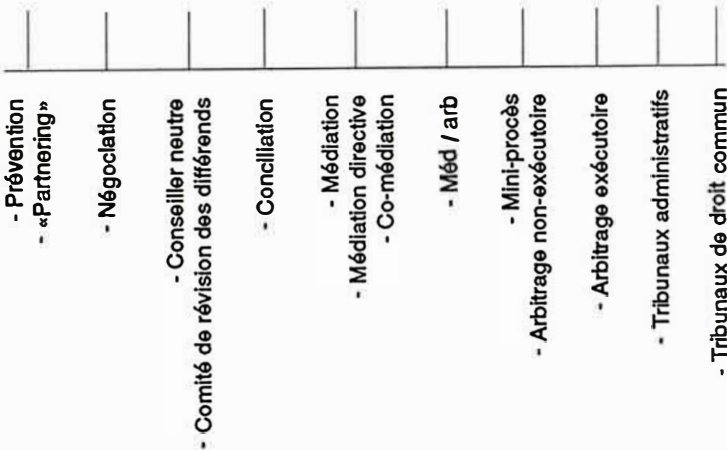
¹⁴Paul Robert, *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, Éditions Le Robert, Paris, 1989.

La variété et la flexibilité des procédés disponibles permettent aux parties de choisir ensemble un processus taillé sur mesure pour régler la situation en litige ou pour établir des voies de communication qui permettront de prévenir des différends. En effet, la principale raison qui cause et qui perpétue les conflits est le manque de communication entre les parties. Le problème majeur consiste donc à amener les gens à se parler et à s'écouter les uns les autres¹⁵.

E - Progression entre les différentes méthodes

Au fil des ans, des approches variées ont été développées et utilisées pour faciliter le règlement de conflits de toutes sortes. Plus de 50 méthodes ont déjà été recensées en Ontario. Dans le tableau qui suit, on retrouve les principales méthodes classées selon une progression qui débute à la gauche, par la prévention et qui se termine à la droite, par les tribunaux.

Progression entre les différentes méthodes



¹⁵Howard Raiffa, *The Art and Science of Negotiation*, Harvard University Press, Cambridge, 1992, p.337.

Plus on se dirige vers la droite du tableau, plus on observe les caractéristiques suivantes :	Plus on se dirige vers la gauche du tableau, plus on observe les caractéristiques suivantes :
1. Plus formaliste et moins flexible	1. Moins formaliste et plus flexible
2. Moins de contrôle par les parties sur : - les coûts - le processus - le résultat (décision par un tiers)	2. Plus de contrôle par les parties sur : - les coûts - le processus - le résultat (décision par les parties)
3. Moins rapide	3. Plus rapide
4. Moins confidentielle	4. Plus confidentielle
5. Met l'accent sur les droits	5. Met l'accent sur les valeurs, les besoins et les intérêts

218

F. Autres définitions

Nous avons déjà traité de l'arbitrage exécutoire, de la négociation, de la médiation et de la conciliation. Examinons maintenant les autres méthodes qui ont été mentionnées au tableau précédent.

Prévention

La prévention consiste en un ensemble d'attitudes, de mesures ou de moyens mis en oeuvre qui tendent à empêcher certains risques de se produire. Afin de prévenir la survenance ou l'aggravation d'un problème et de favoriser la résolution rapide des conflits, on peut instaurer à l'intérieur de l'entreprise une politique visant à améliorer la communication avec ses fournisseurs et ses clients et établissant qu'en cas de litige l'on doive, avant d'aller à la cour, examiner sérieusement d'autres

façons de régler les conflits comme, par exemple, le recours à la médiation ou à l'arbitrage. Ceci peut également être complété par un engagement vis-à-vis de ses clients et de ses fournisseurs, à explorer la possibilité de régler le conflit par la médiation ou l'arbitrage avant d'avoir recours aux tribunaux.

« *Partnering* »

Le « *partnering* » qui est l'un des processus de prévention, consiste à développer de nouvelles attitudes et établir entre un fournisseur de produits ou de services et son client une relation empreinte de bonne foi, de confiance, de coopération et d'esprit d'équipe. Le processus d'un « *partnering* » n'établit pas de nouvelles obligations légales ou contractuelles et ne remplace pas les obligations existantes¹⁶. De façon générale, le « *partnering* » vise à atteindre :

219

- l'utilisation maximale des ressources de chacun ;
- une efficacité accrue ;
- un meilleur contrôle des coûts ;
- l'augmentation des opportunités pour l'innovation ;
- l'amélioration continue de la qualité des produits et des services.

De façon particulière, on mise sur l'expertise de chacun afin de réaliser un projet de qualité, sans défautuosité et dans le respect des budgets et des échéanciers.

Concrètement, après avoir obtenu l'accord de chacun, on organise, avec l'aide d'un animateur, une rencontre de tous les intervenants avant le début de la réalisation du contrat. Les objectifs de cette rencontre sont de se connaître, de définir les objectifs communs et les objectifs individuels de ce projet, de discuter de ses attentes, des problèmes anticipés, des solutions possibles ainsi que de l'instauration d'une stratégie de

¹⁶Thomas A. Warne, *Partnering for success*, American Society of Civil Engineers Press, New York, 1994, 86 pages.

communication et de résolution de conflit afin de résoudre les problèmes rapidement et efficacement en cours de contrat.

L'histoire du « partnering » a débutée au milieu des années 1980. Au cours de la seule année 1993, le « partnering » a été utilisé aux États-Unis dans environ 150 contrats gouvernementaux de construction et de fourniture de marchandises ou de services. Le « partnering » a surtout été utilisé dans le domaine de la construction. Au Québec, l'on compte, parmi l'un des premiers contrats où le « partnering » a été utilisé, la construction du nouveau campus des Hautes Études Commerciales où l'auteur a agi comme l'un des concepteurs et facilitateurs/animateurs.

220

Le « partnering » a également été utilisé à l'extérieur du domaine de la construction. Par exemple, la compagnie Proctor and Gamble a incorporé ce processus dans le service des achats de sa division des couches pour bébés. L'armée américaine s'est servi du « partnering » dans ses contrats à long terme avec ses fournisseurs. Ce processus pourrait s'adapter à toute relation d'affaire ou relation de travail que ce soit entre les entreprises ou à l'intérieur de celles-ci.

Conseiller neutre

Dans le domaine de la construction, le conseiller neutre est une personne qui possède une expertise technique et une bonne compréhension du projet. Cette personne, qui se doit d'être impartiale, est nommée dès le début du projet afin de pouvoir être consulté tout au long du projet dans le but de donner des conseils, des suggestions ou des recommandations sur le règlement des conflits au fur et à mesure qu'ils pourraient survenir. Les parties ne sont pas liées par les recommandations du conseiller neutre.

Comité de révision des différends

Dans des projets de construction importants ou complexes, un comité de révision des différends composé de trois personnes peut être nommé afin d'exercer les mêmes fonctions que le

conseiller neutre. Vont siéger sur ce comité en plus du conseiller neutre, un représentant de chaque partie. Le rôle du conseiller neutre et du comité de révision des différends s'apparente plus à celui d'un médiateur que d'un arbitre.

L'utilisation du comité de révision des différends a commencé en 1975 à l'occasion d'un projet de construction d'un tunnel au Colorado. Depuis lors, ce processus a été utilisé plus d'une centaine de fois dans le domaine de la construction.

Médiation directive

221

Dans la médiation directive, le médiateur suggère aux parties ce qu'elles devraient choisir, les meilleures solutions et les meilleures décisions. Cette approche amène parfois des règlements plus rapides mais souvent ne règle pas les problèmes sous-jacents qui ont causé le conflit. Dans le cas d'une relation à long terme ou d'une entente qui ne se concrétise pas de façon immédiate, il est donc possible que le conflit revienne à la surface et que l'entente ne soit pas respectée.

Co-médiation

On retrouve souvent la co-médiation en matière commerciale, en construction et dans le domaine familial lorsque deux médiateurs, provenant parfois de disciplines différentes, agissent ensemble dans des rôles complémentaires.

Med / Arb

Cette méthode commence par une médiation et, en cas d'échec de la médiation, se transforme en arbitrage. Si aucun règlement ne survient au cours de la médiation, le médiateur change donc de chapeau et devient arbitre. En se fondant sur ce qui a été dit en médiation et sur toute preuve présentée en arbitrage, il rend une décision qui tranche le débat. C'est un processus mixte qui s'inspire à la fois de la médiation et de l'arbitrage. L'avantage de cette méthode consiste dans la certitude d'obtenir une solution au litige que ce soit sous la

forme d'une entente intervenue entre les parties à l'aide du médiateur ou d'une décision de l'arbitre.

222

Cette approche comporte cependant certains risques. D'une part, le risque de donner des pouvoirs trop coercitifs au médiateur étant donné que les parties savent qu'il pourra ensuite se transformer en arbitre. D'autre part, étant donné que l'arbitre va rendre une décision sur la base de tout ce qui a été dit au cours de la médiation et au cours de l'arbitrage, les parties risquent de ne pas dévoiler de l'information sachant que le médiateur devenu arbitre pourrait utiliser cette information pour rendre une décision contre elles. Dans le même sens, étant donné que la médiation se déroule de façon plus ouverte et plus flexible que l'arbitrage, une partie contre qui serait rendue une décision pourrait se plaindre que le médiateur, devenu arbitre, n'a pas respecté la confidentialité qui est une des règles fondamentales de la médiation et, au cours de l'arbitrage, qu'il n'a pas respecté les règles de preuve généralement reconnues.

Afin de pallier à ce risque, le rôle d'arbitre devrait être rempli par une personne autre que le médiateur. Cette approche s'appelle alors le « med/ ensuite arb ».

Le med/arb est utilisé depuis les années 1970. Au début, cette méthode s'est surtout développée dans les relations de travail. Au cours des années 1980, elle s'est étendue au domaine commercial. Un de ces cas impliquait un différend entre IBM et Fujitsu à propos de droits de propriété en matière de logiciels.

Mini-procès

Le mini-procès consiste en un processus volontaire par lequel on constitue un panel qui tente d'en arriver à une solution d'affaire plutôt qu'une décision fondée uniquement sur des éléments juridiques. Le panel est constitué de trois personnes, soit un dirigeant senior de chacune des entreprises impliquées et un animateur impartial. Ce panel entend habituellement un résumé de la preuve présentée par un témoin clé de chaque entreprise, suivi d'un bref exposé de droit présenté par l'avocat de chaque partie. Ceci peut durer environ une journée.

Par la suite, les dirigeants se retirent et sont habituellement accompagnés de l'animateur qui agit alors à titre de médiateur afin d'aider les deux dirigeants à négocier une entente satisfaisante à la lumière des exposés qu'ils ont entendus.

Le processus du mini-procès, qui s'apparente plus à la médiation qu'à un véritable procès, a commencé au début des années 1980 à l'occasion d'une réclamation quant à la contrefaçon d'un brevet ayant trait à un terminal d'ordinateur.

Arbitrage non exécutoire

223

Dans le cas de l'arbitrage non exécutoire, la décision de l'arbitre sert seulement à titre d'opinion ou de recommandation. Les parties ne sont pas liées par la décision de l'arbitre et peuvent simplement la mettre de côté. Habituellement, on se conforme à la décision de l'arbitre ou on l'utilise comme un élément de négociation. La décision ne sera cependant pas exécutoire.

Tribunaux administratifs

Il s'agit d'organismes mis sur pied par le gouvernement afin de rendre des décisions, après audition, dans des champs spécialisés d'activités tels que le logement, les relations de travail, la santé et la sécurité du travail, les droits de la personne, les permis d'alcool et le transport. Une décision qui lie les parties est rendue par le tribunal administratif mais les règles de preuve et de procédure sont habituellement moins formalistes et plus flexibles que devant les tribunaux de droit commun.

Tribunaux de droit commun

Il s'agit des tribunaux tels que la Cour du Québec et la Cour supérieure qui entendent toutes les causes qui ne tombent pas sous la juridiction spécifique des tribunaux administratifs. On doit alors se conformer au formalisme des règles de preuve et de procédure.

II- Les avantages et les précautions

Parmi les avantages de ces méthodes, on retrouve :

- le contrôle des coûts ;
- le contrôle de l'échéancier et la rapidité du processus ;
- le contrôle des méthodes et des procédures utilisées dans la recherche de solutions ;
- le contrôle de la nature des informations prises en considération et comment elles seront communiquées ;
- le contrôle des résultats ;
- le caractère privé et confidentiel ;

224

Au chapitre des précautions, l'on peut mentionner, afin de maximiser les opportunités, qu'il serait préférable de :

- dès le départ d'une relation d'affaire, établir par écrit comment on désire régler des conflits éventuels ;
- être conscient que, contrairement à ce qui se passe devant les tribunaux et en arbitrage lorsqu'une clause d'arbitrage est signée, on ne peut pas forcer une partie à participer aux autres processus de résolution de conflit ;
- savoir que même en arbitrage, on ne peut pas forcer une personne qui n'a pas signé la clause d'arbitrage à participer à ce processus ; on ne peut donc pas appeler un tiers en garantie ;
- si on détient une assurance responsabilité, obtenir le consentement préalable de son assureur ;
- vérifier que la personne choisie (médiateur, conciliateur ou arbitre) a une formation adéquate et qu'elle n'est pas en conflit d'intérêts ;
- définir les règles applicables, le rôle de la personne choisie et les conditions d'exercice de ce rôle ;
- éviter une augmentation des coûts ;

- éviter que ces méthodes ne deviennent une forme de justice à rabais où les parties risqueraient de ne pas pouvoir convenablement faire valoir leurs intérêts et leurs droits.

III- Principes de base : positions ou intérêts

Dans une situation de conflit, on peut négocier en partant de positions opposées et dans un rituel de va-et-vient, rechercher des compromis entre deux extrêmes. Mais on peut aussi aller examiner au-delà des positions, pour voir qu'elles révèlent, parfois bien maladroitement, les intérêts véritables des parties. Il faudra donc questionner les positions pour déterminer quels sont les intérêts sous-jacents. La question clé est souvent « Pourquoi ? »¹⁷.

225

Voici un exemple simple mais révélateur de cette approche. Deux clients d'une bibliothèque se querellaient. L'un voulait que la fenêtre soit ouverte et l'autre la voulait fermée. Ils n'arrivaient pas à s'entendre sur le degré d'ouverture de la fenêtre... un petit peu ? à moitié ? aux trois quarts ? Rien ne pouvait les satisfaire tous les deux. La bibliothécaire, attirée par le ton qui montait, leur demanda à chacun pourquoi ils voulaient, l'un la fenêtre ouverte et l'autre la fenêtre fermée. Le premier voulait de l'air frais et l'autre voulait éviter un courant d'air. La bibliothécaire ouvrit alors la fenêtre de la pièce d'à côté donnant ainsi de l'air frais tout en évitant le courant d'air¹⁸.

On voit que ce ne sont pas des divergences de positions qui caractérisent vraiment cette mésentente, mais bien des intérêts et des besoins différents. Une fois que l'on a fait la distinction entre les positions et les intérêts, il devient plus facile de trouver des solutions qui satisfassent les deux parties.

L'approche visant à se camper sur des positions se fonde d'une part sur le pouvoir, tel que par exemple celui établi sur des

¹⁷Gérald Martel, conférence intitulée « La négociation raisonnée : qu'en est-il ? », prononcée à l'occasion du Colloque sur les méthodes alternatives de résolution de conflits du 29 avril 1992 organisé par le Service de la formation permanente du Barreau du Québec.

¹⁸Supra, note 11, p. 71.

ressources financières, et d'autre part sur les droits et obligations tels que déterminés par la loi et la jurisprudence.

Quant à l'approche se fondant sur les intérêts, elle se base sur une conception où on imaginerait la relation entre les intérêts, les droits et les pouvoirs se situant dans trois cercles concentriques où le cercle intérieur représente les intérêts, le second représente les droits et le cercle extérieur représente les pouvoirs¹⁹. Ceci signifie que l'on considère les trois éléments mais que l'on attache une importance particulière aux intérêts que l'on situe au centre de notre approche.

226

IV- Rôle du médiateur

Selon l'honorable Gontran Rouleau, juge à la Cour supérieure, le médiateur est un créateur parce qu'il a le don de mettre dans le coup les personnes qui font appel à lui, de les responsabiliser, de faire appel à leur liberté afin qu'elles trouvent elles-mêmes, pour elles-mêmes et par elles-mêmes une issue à leurs problèmes. Il ajoute que le médiateur devra inspirer confiance, faciliter la communication, apprendre à contrecarrer un comportement négatif, dégonfler les positions extrêmes et proposer des solutions innovatrices²⁰.

Le médiateur fera également preuve d'empathie envers les parties²¹. De plus, le médiateur doit savoir écouter et faire comprendre aux parties que son rôle est d'aider les parties à trouver une solution car il n'a aucun pouvoir coercitif²².

¹⁹William L. Ury, Jeanne M. Brett et Stephan B. Goldberg, *Getting Disputes Resolved*, Jossey-Boss Publishers, San Francisco, 1988, p. 9.

²⁰Gontran Rouleau, conférence intitulée « Les tribunaux et les méthodes alternatives », prononcée à l'occasion du Colloque sur les méthodes alternatives de résolution de conflits du 29 avril 1992 organisée par le Service de la formation permanente du Barreau du Québec.

²¹Robert Coulson, *Business Mediation - What you need to know*, American Arbitration Association, New York, 1991, p. 27.

²²Robert Coulson, *Professional Mediation of Civil Disputes*, American Arbitration Association, New York, 1984, p. 17.

Le médiateur aura aussi à :

- Susciter chez les parties une attitude d'ouverture d'esprit face à la résolution du problème.
- Aider les parties à établir des liens et proposer des règles de communication visant à augmenter l'efficacité des échanges et à contrôler et diminuer les attaques personnelles.
- Mettre l'emphase sur la flexibilité.
- Encourager les parties à écouter.
- Chercher les besoins et les intérêts sous-jacents.
- Mettre l'accent sur les intérêts communs.
- Garder les négociations actives²³.

227

En fin de compte, le médiateur aidera à trouver des solutions satisfaisant toutes les parties. C'est un rôle diversifié que l'on demande ainsi au médiateur de jouer, d'où la nécessité d'une formation adéquate.

V- Style de médiation

Dans le tableau qui suit, l'on compare les trois principaux styles de médiation. À gauche, on retrouve la médiation douce qui se centre sur les personnes, à droite, la médiation directive qui se concentre sur le résultat et entre les deux, la médiation médiane qui se préoccupe du résultat et des personnes.

²³Sylvan J. Schaffer, *Psychological and Practical Aspects of the Mediator's Role*, Donaven Leisure Newton & Irvine, The ADR Practice Book, John H. Wilkinson, Editor, New York, 1990, p. 154.

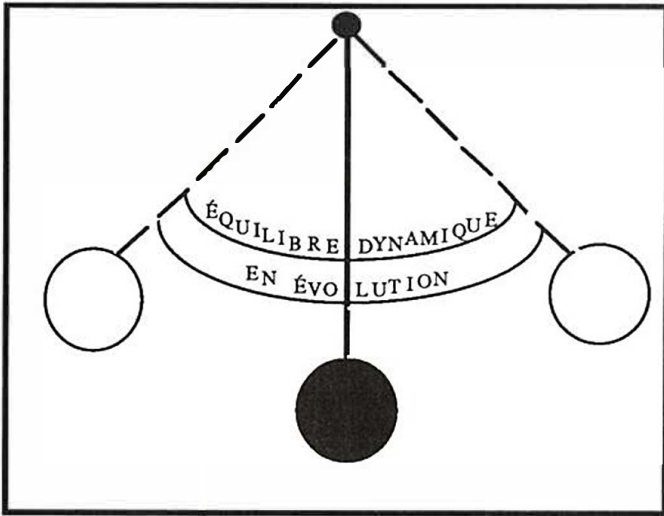
Tableau comparatif des styles de médiation

Médiation douce	Médiation médiane	Médiation directive
1- Le médiateur se préoccupe surtout des relations	- Le médiateur se préoccupe du différend et des relations	- Le médiateur se concentre sur le résultat et se préoccupe moins des relations
2- Se voit surtout comme un aide à la communication	- Se voit comme modérateur, animateur et conciliateur qui va faciliter un travail d'équipe et une prise de décision en groupe	- Il se voit surtout comme un expert qui va suggérer des solutions ; il agit comme pompier et essaie de contrôler les dommages et de limiter les dégâts
3- Il favorise surtout l'expression des difficultés dans la communication	- Il favorise l'expression et la satisfaction des valeurs, des besoins, des intérêts et des objectifs	- Il favorise l'expression et la satisfaction des obligations contractuelles et des droits
4- Il veut à tout prix éviter la confrontation et préserver la relation	- Il favorise la négociation raisonnée et le rétablissement de la communication entre les parties pour les amener à développer des solutions satisfaisantes, équitables, efficaces et durables à long terme	- Il favorise la négociation sur positions et les arguments techniques et juridiques
5- Il favorise surtout l'expression des sentiments et des émotions	- Il permet l'expression des sentiments et des émotions	- Il ne permet pas l'expression des sentiments et des émotions

<p>6- On regarde plutôt le passé et le présent</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Il insiste sur le futur et sur la valeur ajoutée des solutions gagnant-gagnant, et aide les parties à augmenter la « grosseur de la tarte » 	<ul style="list-style-type: none"> - Il laisse les parties insister sur le passé et argumenter sur les risques et pertes possibles en cas d'échec, comment on divise la tarte, comment on la distribue
<p>7- Le médiateur se voit surtout responsable d'établir un climat de confiance</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Le médiateur est responsable du processus - Les parties sont responsables du résultat 	<ul style="list-style-type: none"> - Le médiateur se voit responsable du processus et - en partie du résultat
<p>8- Aucune structure apparente</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Structure flexible 	<ul style="list-style-type: none"> - Structure inflexible

Le schéma du pendule ci-après suggère une tendance vers la médiation médiane, bien que pour un même médiateur le style peut changer en fonction du genre de conflit ou de l'étape où l'on est rendu dans le déroulement de la médiation.

Styles de médiation : le pendule



230

Médiation douce	Médiation médiane	Médiation directive
-----------------	-------------------	---------------------

VI- Quand avoir recours à la médiation

Lorsqu'un conflit survient, certains critères peuvent être utilisés pour décider si l'on se prévaut d'une approche telle que la médiation ou si l'on va directement en arbitrage ou devant les tribunaux. Il serait approprié de se prévaloir de la médiation dans les cas suivants :

- on veut préserver une relation d'affaires ou la réputation des gens impliqués ;
- on croit que notre relation avec les gens avec qui l'on fait affaires, que ce soit nos associés, nos fournisseurs ou nos clients, devrait être fondée sur l'équité, non sur le pouvoir ;

-
- on veut promouvoir ses intérêts d'affaires plutôt que de défendre des positions juridiques ;
 - on préfère que le conflit demeure privé et confidentiel au lieu d'être divulgué dans l'industrie ou dans le public ;
 - on veut tenter de résoudre un différend ou régler un problème par une approche rapide et définitive ;
 - on veut immédiatement aller au coeur du différend ;
 - on semble avoir de la difficulté à communiquer efficacement avec les autres personnes ;
 - le problème nécessite un regard neuf et des solutions créatives ;
 - on a besoin de trouver une façon de sortir de l'impasse ;
 - la complexité du conflit est telle qu'on ne peut la gérer par des négociations directes ou par le recours aux tribunaux puisqu'il y a trop :
 - de parties impliquées,
 - d'emplacement différents,
 - de sujets délicats,
 - de questions de relations,
 - d'aspects techniques ou
 - d'incertitudes au niveau de la preuve ;
 - il est nécessaire que quelqu'un saisisse toute l'ampleur du conflit ; la complexité des faits, de la preuve ou du droit ferait en sorte qu'un jugement n'apporterait qu'une solution rudimentaire au problème ;
 - une décision d'un tribunal ne pourrait pas résoudre le problème fondamental ;
 - on est en train de risquer d'entacher sa réputation ;

- on dépense de larges sommes d'argent quant à ce différend ;
- on est préoccupé des coûts, des risques et du stress reliés au litige ;
- on aimerait obtenir une évaluation indépendante quant au différend et ce, avant d'intenter des procédures judiciaires.

Cependant, on préfère habituellement ne pas se prévaloir de la médiation dans les cas suivants :

232

- on veut établir une jurisprudence afin de pouvoir s'y conformer par après ;
- on veut une audition publique ;
- on veut une injonction afin de sauvegarder ses droits ;
- les négociations directes peuvent être efficaces ;
- l'autre partie n'a aucun intérêt à régler ;
- on doit commencer ou continuer des procédures judiciaires afin que l'autre partie accepte de négocier²⁴.

Même dans ces cas où notre première approche n'est pas la médiation, il peut s'avérer utile de recourir à la médiation afin de préciser les points de désaccord, ou si le conflit évolue et que les circonstances changent.

VII- Comment se prévaloir de la médiation

A- Quand un conflit se produit

On peut avoir recours à la médiation lorsque les deux parties ont un différend et décident alors ensemble d'avoir recours aux services d'un médiateur²⁵. Cependant il arrive

²⁴Inspiré de : David Hollands & Mark Griffiths, « Mediation of Professional Liability Claims », International Federation of Consulting Engineers, 1993, p. 9.

²⁵On retrouve à l'annexe I un exemple, rédigé et utilisé par l'auteur, d'une convention pour la tenue de rencontre(s) de médiation, pouvant être signée entre les parties et le médiateur.

souvent, lorsqu'un conflit aigu se produit, que les parties ne se parlent plus. Dans un tel cas, c'est seulement une des parties qui contactera le médiateur. Après avoir expliqué le rôle du médiateur et après avoir discuté de certains principes de base comme la confidentialité et l'impartialité, le médiateur pourra contacter l'autre partie.

Lorsqu'une partie contactera son conseiller juridique au préalable, ce qui est souhaitable, ce dernier pourra donner des explications quant aux différentes approches de résolution de conflits, aux caractéristiques des méthodes disponibles, à la confidentialité et l'impartialité ainsi qu'à la formation et l'expérience des personnes offrant ces services.

233

B- Avant un conflit

On peut aussi agir de façon préventive et, dès que l'on signe un contrat, y insérer une clause par laquelle les parties s'engagent, si un différend survient, à tenter de le résoudre par des voies alternatives avant de recourir aux tribunaux²⁶. Lorsque l'on signe une telle clause, on peut décider que si un différend survient, on aura recours à la médiation et qu'en cas d'échec, on ira devant les tribunaux. On peut également décider qu'en cas d'échec de la médiation, on aura recours à un arbitre au lieu d'aller devant les tribunaux²⁷. Lorsqu'une mésentente surviendra, les parties pourront évidemment négocier entre elles avant d'avoir recours à un médiateur.

²⁶Peter Goetz et Frank Muller, « Using Mediation to Resolved Construction Disputes », dans *Alternative Dispute Resolution and the Construction Industry*, R.F. Cushman, G.C. Hedemann et A. S. Tucker, Editors, New York, 1991, p. 178.

²⁷À titre d'exemple, la clause suivante a été rédigée par l'auteur pour des clients :
 « Dans l'éventualité qu'un différend ou un litige survienne à l'occasion ou à la suite du présent contrat, les parties s'engagent à tenter de le régler en médiation et ce, avant de recourir à l'arbitrage. Le médiateur sera choisi d'un commun accord par les parties. Toute démarche quant à l'utilisation de la médiation et toute session de médiation seront faites sous le sceau de la confidentialité et sous réserve de tous les droits et recours des parties. Rien de ce qui sera dit ou écrit au cours d'une telle démarche ou d'une telle session ne sera recevable en preuve dans une procédure judiciaire ou autre.

Tout différend ou litige qui ne sera pas réglé en médiation sera soumis à un arbitrage final et exécutoire et ce, à l'exclusion des tribunaux. L'arbitrage se déroulera conformément au Code de procédure civile du Québec sauf qu'un seul arbitre, au lieu de trois, sera nommé. »

C- Clauses de médiation

234

De telles clauses peuvent être insérées dans tout genre de contrat et on peut avoir recours à la médiation dans le cas de vente de marchandises, d'équipements ou de machineries, de produits défectueux, d'un bail commercial, d'un contrat d'assurance ou de construction, d'une transaction immobilière, d'une convention entre associés ou actionnaires, d'un contrat d'acquisition d'entreprise, de relations de travail, de relations entre institutions prêteuses et emprunteurs et de tout différent de nature civile ou commerciale entre des individus ou des entreprises.

Lorsqu'on aura recours à un médiateur, on examinera attentivement le contrat type ou le règlement applicable. La convention par laquelle on choisit la médiation devra comprendre les éléments suivants :

- le nom des parties et du médiateur choisi ;
- la nature du conflit et l'intention des parties de recourir à la médiation ;
- le rôle du médiateur, les règles et les conditions applicables ainsi que
- la confidentialité de la médiation.

Les conseillers juridiques qui décideront de rédiger, après qu'un litige soit survenu, une convention de médiation ou encore qui décideront, de façon préventive, d'insérer une clause de médiation dans un contrat, devront s'assurer de préciser le rôle du médiateur et le mécanisme permettant de se prévaloir de la médiation.

La médiation réussie débouchera donc sur une entente à l'amiable c'est-à-dire une transaction telle que définie par le Code civil du Québec (article 2631 C.c.Q.). Cette transaction peut être homologuée par le tribunal si une partie n'exécute pas volontairement ses obligations (article 2633 C.c.Q.).

D- Programme ou projet de la Cour

On peut aussi avoir accès à la médiation par un programme ou projet de la Cour ou de tribunaux administratifs. À titre d'exemple, on peut se prévaloir de la médiation ou de la conciliation :

- au Service de médiation familiale de Montréal et de Québec ;
- à la Régie du logement, la Commission d'appel en matière de lésion professionnelle, la Commission des normes du travail et Bureau de révision de la Commission de santé et sécurité du travail ;
- à l'Office de la protection du consommateur ;
- à la Commission des droits de la personne ;
- en vertu du Code du travail et du Code des professions.

235

En 1992, la Cour Supérieure de Montréal a mis sur pied un projet pilote afin d'offrir aux parties, dans les causes civiles et commerciales, la possibilité de recourir aux services d'un conciliateur. Dans une optique de déterminer les conditions éventuelles d'un programme permanent, un nouveau projet pilote a été mis sur pied. Ce nouveau projet pilote, fruit d'une collaboration entre la Cour supérieure, le ministère de la Justice et le Barreau du Québec, a débuté au printemps 1995²⁸.

VIII- Déroulement d'une médiation

La médiation comporte plusieurs étapes. On en a identifié sept :

- 1- Établissement d'un climat de confiance et d'une structure pour le déroulement de la médiation ;
- 2- Recherche des faits et identification des questions en litige ;

²⁸Rapport du groupe de travail sur la mise en oeuvre d'un projet pilote de conciliation en matières civiles à la Cour supérieure de Montréal, 15 décembre 1995.

- 3- Création d'options et d'alternatives ;
- 4- Dialogue, négociation et prise de décision ;
- 5- Clarification et rédaction du projet d'entente ;
- 6- Révision et ratification légale ;
- 7- Réalisation du projet d'entente, suivi et évaluation²⁹.

236

La première étape comprendra elle-même une brève introduction des participants, des explications du médiateur, une entente sur les règles de communication et, si ce n'est déjà fait, l'examen et la signature du mandat du médiateur³⁰.

À la deuxième étape, le médiateur aidera les parties à parler de leur version des événements ayant mené au différend, à faire ressortir les faits pertinents et à identifier toutes les questions en litige, autant les questions apparentes que les questions sous-jacentes.

Au cours de la troisième étape, le médiateur aidera les parties à trouver une variété de solutions créatives afin de satisfaire le plus possible les intérêts en jeu de façon efficace et durable. C'est le temps du remue-méninges.

À la quatrième étape, lors de la négociation et de la prise de décision, le médiateur suggéra des façons de négocier et aidera les parties à évaluer les différentes options et à prendre des décisions. Au besoin, il pourra rencontrer les gens individuellement et suggérer des solutions.

Par la suite à l'étape cinq, le médiateur aidera les parties à clarifier les points d'entente et à rédiger un projet d'entente qui pourra d'abord être soumis sous forme de résumé.

À l'étape six, le projet d'entente sera révisé par les parties et de préférence par leurs conseillers juridiques et par la suite, signé par les parties.

²⁹Jay Folberg and Alison Taylor, *Mediation*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1984, p. 39.

³⁰Un schéma illustrant chacune des sept étapes se trouve à l'Annexe II.

Et enfin, à l'étape sept, l'entente sera mise en oeuvre par les parties avec les suivis que cela implique. Ces suivis seront à la charge des parties mais le médiateur demeurera disponible au besoin.

IX- Rôle du conseiller juridique

En matière familiale, les deux parties sont habituellement seules avec le médiateur et elles consultent leur avocat tout au long du processus. Entre les séances de médiation, l'avocat vérifie les données factuelles avec son client, lui donne son avis sur les options soulevées et révisé le projet d'entente³¹.

237

En matières commerciales, dans certains cas l'avocat est présent aux séances alors que dans d'autres cas, il agira comme conseiller de son client en dehors des séances. Dans tous les cas, il est certainement souhaitable qu'à tout le moins chaque partie puisse bénéficier des conseils de son avocat en dehors des séances. La présence de l'avocat durant les séances sera un point à discuter entre le client et l'avocat. Une décision sera prise en fonction de différents facteurs dont la nature du litige, le montant en jeu, les relations entre les parties et si les procédures judiciaires ont déjà été intentées³². Pour l'avocat qui participera avec son client aux séances de médiation, trois règles simples sont recommandées :

- 1- Laisser le médiateur prendre charge du processus.
- 2- Laisser le client être au centre du processus.
- 3- Faire attention à ne pas gagner un argument à tout prix et entraîner pour le client la perte d'une opportunité »³³.

³¹Suzanne Clairmont, « L'avocat et la médiation », dans *La médiation familiale - collectif multidisciplinaire*, Les éditions Yvons Blais, Cowansville, 1992, p. 136.

³²Serge Roy, « Les avocats et les méthodes alternatives de résolution de conflits », *Actes du congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, p. 1165.

³³Norman Brand, « Learning to Use the Mediation Process - A Guide for Lawyers », *Arbitration Journal*, décembre 1992, Volume 47, no 4, p. 12.

238

Qu'importe la décision des parties en ce qui a trait à la présence ou au conseil d'un avocat lors du déroulement de la médiation, il reste primordial que, à tout le moins avant de signer l'entente, les parties la fassent réviser par leur avocat respectif. En effet, dans le cas contraire, les parties courent le risque qu'à la demande d'une partie qui serait insatisfaite par après, les tribunaux puissent intervenir et annuler l'entente. En effet, les tribunaux pourraient s'inspirer du droit matrimonial où une ordonnance alimentaire est révisable aux termes mêmes de la Loi (article 17 de la *Loi sur le divorce* et article 594 C.c.Q.) et où la Cour Suprême a établi dans les arrêts Pelech, (1987) 1 R.C.S. 801 et Richardson, (1987) 1 R.C.S. 857, que :

Lorsque les parties ont d'elles-mêmes, librement et après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants, négocié une convention sur la façon de régler leurs affaires financières au moment de la rupture de leur mariage et que cette convention n'est pas « unconsconable in the law sense », elle devrait être respectée. (arrêt Pelech, p. 850)³⁴

Cet arrêt laisse supposer que l'entente aurait pu être révisée si les parties n'avaient pas bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants. Dans cette même logique, l'honorable Ginette Piché, juge à la Cour supérieure, rendait un jugement sur une requête en révision des mesures accessoires après la signature d'une entente de séparation. Dans ce jugement, l'entente signée cinq ans auparavant a été mise de côté aux motifs que les dettes de l'intimé n'avaient pas été examinées en profondeur, que certaines erreurs s'étaient glissées dans le calcul des dettes en question et que la requérante n'était pas assistée d'un avocat³⁵.

Le conseiller juridique a cependant un rôle beaucoup plus important que celui de prévenir des rebondissements au niveau

³⁴*Droit de la famille québécoise*, Les publications CCH/FM Ltée, 1989, p. 72-265.

³⁵Béland C. Hounsell, C.S.M. 500-04-003555-858, jugement rendu le 15 février 1990.

de la rédaction de l'entente. En effet, le conseiller juridique qui voudra bien se familiariser avec les principes inspirés de la négociation raisonnée, aura à jouer un nouveau rôle qui sera essentiel, original et actif. Il restera alors le mieux placé, tant au niveau de sa formation, de ses connaissances que de son expérience, pour explorer les besoins de son client et de promouvoir ses intérêts. Il pourra donc travailler avec son client, l'autre partie et son conseiller juridique, qu'un médiateur soit impliqué ou non, afin de trouver des solutions créatives et satisfaisant l'ensemble des intérêts en jeu.

239

Que ce soit pour conclure une transaction d'affaire ou pour régler un litige, le client s'habitue à impliquer son conseiller juridique même avant le début des négociations. Ce dernier pourra donc aider son client au niveau des démarches préliminaires pour établir une structure et des règles de base. Ce rôle, quoique différent, sera certainement d'une grande utilité pour le client.

X- Quelques cas vécus

Examinons brièvement quelques cas vécus par l'auteur.

Dans un premier cas, après la rénovation d'un édifice, un feu éclate aux abords d'un tuyau. Le propriétaire de l'édifice fait réparer les dégâts et se fait indemniser par sa compagnie d'assurance. Celle-ci poursuit l'architecte, l'ingénieur, l'entrepreneur général, l'entrepreneur en plomberie et le sous-entrepreneur qui a posé l'isolation du tuyau. Tous se lancent la balle. Au cours d'une séance de médiation d'une journée à laquelle participent les parties, leurs assureurs, leurs procureurs et leurs experts, une entente hors cour est conclue.

Dans un deuxième cas, peu de temps après la construction d'un édifice neuf, des difficultés majeures surgissent quant au contrôle du taux d'humidité. La qualité de l'isolation extérieure est remise en question. Est-ce un vice au niveau de la conception des plans et devis ou au niveau de l'exécution des travaux ? Y a-t-il eu une surveillance de chantier inadéquate ? Est-ce un problème d'infiltration ou d'exfiltration d'air ? Le propriétaire

engage un expert, refait l'isolation et réclame ses frais d'experts ainsi que le montant des travaux correctifs. Tous les intervenants participent à une médiation : propriétaire, entrepreneur, architecte, ingénieur ainsi que leurs assureurs, avocats et experts. Après une séance d'une journée et demie, une entente intervient quant au montant à payer au propriétaire et quant au partage de responsabilité entre les défendeurs.

240 Dans un autre cas, deux professionnels qui ont été associés pendant plusieurs années ne s'entendent plus sur les orientations de leur société. Après plusieurs mois de négociations infructueuses, ils décident de se prévaloir de la médiation. Lors d'une rencontre d'une journée, cette approche leur permet de comprendre les fondements de leurs divergences et de s'entendre quant aux trois points en litige : un partage de la clientèle, le partage des dépenses encourues et une compensation monétaire.

Dans un quatrième cas, après plusieurs décennies de conflits et de procédures judiciaires entre de nombreux héritiers d'une succession, tous acceptent de se rencontrer dans le cadre d'une médiation. À l'occasion d'une séance d'une journée et demie, tous les aspects du dossier sont réglés, tant la question de la responsabilité et de la rémunération des exécuteurs testamentaires, que la question du partage des biens et des modalités facilitant la vente de certains actifs. Certains des héritiers ont même recommencé à se parler.

XI- Certains développements récents

À l'occasion du Sommet de la Justice de février 1992, le Barreau du Québec s'engageait formellement :

À préparer un plan d'action visant l'avancement des méthodes alternatives et complémentaires aux solutions des conflits.

et

À encourager ses membres à connaître, à favoriser et à suggérer, lorsque la situation est appropriée, la conciliation

et les méthodes alternatives et complémentaires aux solutions des conflits³⁶.

Le Barreau du Québec a déjà commencé à mettre en oeuvre ces engagements en organisant en 1992 un Colloque sur les méthodes alternatives de résolution des conflits et en offrant des cours de médiation en matières civiles et commerciales, en matière familiale et aux petites créances.

En mars 1992, la Chambre de commerce du Montréal Métropolitain a adopté et a publié une déclaration de principe en faveur des méthodes non judiciaires de règlement des litiges ainsi qu'une formule d'engagement qu'elle soumet à ses membres³⁷. En signant cette formule, ceux-ci s'engagent, dans l'éventualité d'un litige avec une entreprise ayant pris le même engagement, à envisager ensemble de régler leur différend par des méthodes alternatives de résolution de conflits. Les signataires peuvent cependant à tout moment exercer leur droit d'intenter des procédures judiciaires.

241

En novembre 1992, faisant écho à l'engagement du Barreau du Québec, le Barreau de Laval a adopté une déclaration de principe par laquelle il se prononçait en faveur des modes alternatifs de solution des litiges. Il a fait parvenir à tous les avocats de Laval une formule d'engagement par laquelle le signataire s'engage à rechercher d'abord, avec ses clients, un mode alternatif de solution de leur litige, de les assister et de les conseiller dans cette démarche, tout en reconnaissant comme premier mode alternatif de solution des litiges, la négociation³⁸. Plusieurs membres du Barreau de Laval ont déjà signé cet engagement. Il est souhaitable que plusieurs autres emboîtent le pas à cette initiative historique³⁹.

³⁶*Revue Maître*, Sommet de la Justice 1992, « Les propositions et les engagements du Barreau du Québec », février 1992, p. XVII.

³⁷*Revue Commerce*, Montréal, mars 1992, volume 48, no 7, p. 13.

³⁸La déclaration de principe a été adoptée à l'unanimité par le Barreau de Laval à sa réunion du 12 novembre 1992.

³⁹« Voies nouvelles pour résoudre les conflits », *Le Journal du Barreau*, 15 janvier

Le développement le plus significatif des années récentes aura sans doute été le projet pilote de conciliation en matières civiles à la Cour supérieure de Montréal⁴⁰. Ce projet pilote favorisera le règlement de nombreux dossiers et aura permis la formation d'environ deux cents avocats-médiateurs et la sensibilisation d'un très grand nombre de personnes à la conciliation/médiation.

242

D'une façon plus globale, un développement qui est certainement porteur d'espoir est l'adoption en juin 1995 par le Conseil général du Barreau du Québec des Orientations triennales 1995-1998. Il a alors été décidé d'établir et de mettre en place un plan d'action en vue du développement de la médiation⁴¹. Un projet d'un plan d'action détaillé est présentement en discussion.

Conclusion

Il est possible que les professionnels ou leurs clients soient hésitants à s'engager dans des méthodes de résolution de conflits qui sont encore peu connues en matière commerciale au Québec, mais la majorité des personnes ayant utilisé ces méthodes ont réussi à régler leurs conflits.

En guise de conclusion, examinons des commentaires formulés par un avocat américain qui, depuis quelques années, insère des clauses de médiation et d'arbitrage dans la plupart des transactions commerciales dans lesquelles il est impliqué. Il mentionne que l'expérience d'un de ses clients illustre bien le bénéfice de cette clause autant pour le client que pour le professionnel.

Depuis l'insertion de clauses de médiation et d'arbitrage dans tous les contrats de vente de ce client, une douzaine de litiges ont été référés en médiation et tous ces cas ont été réglés à cette étape du dossier.

1993, p. 9.

⁴⁰Supra, note 26.

⁴¹Orientations triennales 1995-1998, Barreau du Québec, 5 juin 1995, p. 19.

Le client est évidemment satisfait de ces succès, la relation entre le client et le professionnel s'est renforcée et le client perçoit maintenant le professionnel comme quelqu'un qui est intéressé à trouver des solutions rapides et efficaces à ses litiges. Le client consulte maintenant son professionnel beaucoup plus fréquemment sur une base préventive et il lui demande de réviser systématiquement toutes ses transactions⁴². À long terme, cette approche devient donc plus profitable à la fois pour le professionnel et le client.

⁴²Gérald S. Clay, *Counseling Clients on Mediation*, Donaven Leisure Newton & Irvine, ADR Practice Book, John H. Wilkinson, Editor, New York, 1990, p. 163.

ANNEXE I

LA PRÉSENTE CONVENTION POUR LA TENUE D'UNE (DES)
RENCONTRE(S) DE MÉDIATION INTERVENUE

ENTRE :

-et-

244

ci-après appelés « les parties »

-et-

Me SERGE ROY

Lachance d'Amours & Associés

7305, boul. Marie-Victorin

Bureau 500

Brossard (Québec)

J4W 1A6

Tél. : (514) 923-4600

Fax : (514) 923-4610

ci-après appelé « le médiateur »

FAIT FOI DE CE QUI SUIT :

ATTENDU QU'il y a un différend entre les parties relativement _____

ATTENDU QUE les parties désirent explorer les possibilités de résoudre leur différend ;

EN CONSÉQUENCE, LES PARTIES CONVIENNENT DE CE QUI SUIT :

1. Processus volontaire

Les parties désirent se concerter dans le but d'en arriver à un règlement.
Chaque partie peut se retirer et mettre fin au processus unilatéralement à

sa discrétion. Le processus est volontaire et chaque partie consent librement à y participer de façon active. Les parties conservent et réservent leur accès à la Cour. Les parties se réservent notamment le droit d'intenter ou de continuer des procédures judiciaires en tout temps sauf que les procédures dans la présente cause seront suspendues jusqu'à ce qu'une entente soit conclue ou jusqu'à ce qu'une des parties ou le médiateur déclare mettre fin au processus de médiation.

2. Rôle du médiateur

Le médiateur agit comme personne-ressource afin de favoriser une entente à l'amiable. À cette fin, il s'emploie à créer des conditions qui facilitent et permettent :

- l'information des parties sur leur situation respective ;
- la communication entre elles sur leurs difficultés et leurs attentes réciproques ;
- la recherche de solutions aux attentes et difficultés manifestées ;
- la négociation efficace et franche ;
- la conclusion par les parties, sur la base d'un libre consentement, d'une entente donnant effet, le cas échéant, aux solutions identifiées.

3. Impartialité

Le médiateur agira en tout temps de façon neutre et impartiale. Il ne donnera pas d'avis juridique.

4. Présences à la séance de médiation

Les parties seront présentes à la rencontre de médiation avec leurs procureurs. Chaque partie doit s'assurer que :

- les personnes ayant qualité pour conclure une entente soient présentes à la rencontre de médiation et
- les personnes ayant une connaissance personnelle des faits pertinents au litige soient présentes afin de permettre une discussion utile de tout le dossier.

5. Confidentialité

Tout ce qui est dit ou écrit au cours du processus de médiation est formulé sous toutes réserves et n'est pas recevable en preuve dans une procédure judiciaire ou autre.

Le médiateur, les parties, leurs conseillers, leurs représentants et toutes personnes les accompagnant doivent préserver la confidentialité de l'ensemble du processus de médiation ainsi que de tout document divulgué au cours du processus de médiation. Toutefois, rien dans la présente

convention ne peut compromettre de quelque façon le droit de la partie qui a fourni un document divulgué, de l'utiliser dans une procédure judiciaire ou autre, lorsque cette partie aurait par ailleurs eu le droit de le faire.

Le médiateur ne sera pas assigné à comparaître pour témoigner dans une procédure judiciaire ou autre.

6. Apartés ou caucus

Le médiateur peut, quand il le juge utile, avoir des apartés (caucus) avec l'une ou l'autre des parties, lesquelles peuvent aussi, à tout moment, demander à s'entretenir privément et confidentiellement avec lui.

7. Valeur de l'entente

Il n'appartient pas, en principe, au médiateur de juger de la valeur ou de l'opportunité de l'entente qui doit demeurer l'expression de la volonté des parties et leur « propriété ».

Néanmoins, s'il est d'avis que la poursuite du processus de médiation risque de causer un préjudice grave à l'une ou l'autre des parties ou de créer une situation de net déséquilibre ou d'injustice manifeste pour une partie, il doit en informer les parties, les inviter s'il y a lieu à prendre les mesures nécessaires pour remédier à la situation ou, s'il l'estime nécessaire à des fins d'intégrité, il peut suspendre le processus de médiation ou y mettre fin.

8. Durée du processus

Les parties s'entendent sur le processus suivant et s'engagent à le réaliser, dans la mesure du possible, à l'intérieur d'un laps de temps limité de sorte que les parties s'attendent à ce que le processus de médiation se termine le _____ jour de _____ 199__.

- signature de la présente convention ;
- examen du dossier et préparation pour la rencontre de médiation ;
- rencontre de médiation le _____ jour de _____ 199__ ;
- suivis si nécessaires.

9. Honoraires

Les parties paieront chacune à parts égales les honoraires et déboursés du médiateur. Les honoraires sont déterminés sur une base horaire de _____ \$ pour toute démarche faite avant, pendant ou après la rencontre de médiation. Les honoraires comprennent toute démarche visant à amener les parties à participer activement au processus de médiation. Des avances pour honoraires et déboursés pourront être demandées au cours du processus.

10. Convention confidentielle

La présente convention est confidentielle.

ET NOUS AVONS SIGNÉ :

À _____, ce _____ e jour de _____ 199__

médiateur

ANNEXE II

Schéma
Étapes et processus de médiation

248

