

# MODES PRIVÉS DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ET L'ÉTAT : LA NOTION D'INTÉRÊT PUBLIC

Marie-Claire Belleau, Martine Valois et Julien Paquet<sup>1</sup>

---

*Les normes qui encadrent la résolution des conflits de l'État sont méconnues et demeurent peu étudiées. L'article 75 du Code de procédure civile (Cpc) balise le recours aux modes de prévention et de règlement des différends (PRD) par l'État en prévoyant trois contraintes : les règlements du gouvernement sur le sujet, l'intérêt public et l'espace normatif prévu par les lois. Le présent texte approfondit les enjeux découlant d'une de ces limites, soit l'intérêt public, et s'inscrit à la suite d'un précédent texte qui analysait l'espace normatif et les règlements du gouvernement sur le sujet.*

*En pratique, la notion incarne deux finalités distinctes dans la résolution des conflits de l'État. D'une part, elle freine certaines initiatives hors des tribunaux, car elle englobe différentes fonctions liées au pouvoir public que l'État ne peut contourner dans la résolution de ses différends, notamment la gestion des fonds publics, l'administration de la justice et l'application des lois. D'autre part, l'intérêt public suggère également la priorisation de l'accessibilité, l'efficacité et la célérité de la justice, des objectifs fréquemment favorisés par le recours aux modes de PRD et qui militent pour une implémentation marquée par l'État dans certains domaines de droit.*

*À l'aide de cette notion, les auteure-s distinguent les différents domaines sur lesquels l'État agit afin de déterminer les moments où l'utilisation des modes de PRD est à éviter, où elle est complémentaire aux tribunaux, et où elle devrait être priorisée.*

---

<sup>1</sup> Marie-Claire Belleau est professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval. Martine Valois est professeure associée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Julien Paquet est membre du Barreau du Québec. Les auteur.e.s remercient Viviane Beauregard, Emmanuelle Brault, Marilou Dostie-Nicol, Jérémy Dyck, Émile Aquin, Audrey Turcotte, Ashley Saad et Sabrina Kosseim pour leur travail de recherche. L'article s'inscrit dans le cadre de projets de recherche financés par différents organismes. Le Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH) du Canada a octroyé aux professeures Marie-Claire Belleau et Martine Valois une Subvention Savoir pour le projet intitulé « Modes d'intervention en situation de conflits pour les personnes physiques et morales dans leurs rapports avec l'État ». Le CRSH a également financé le Partenariat « Accès au droit et à la justice » dont le Chantier 10 « L'État, les municipalités et les modes privés de règlement » dirigé par les mêmes chercheuses. Enfin, la professeure Marie-Claire Belleau a obtenu deux subventions de recherche de la fabriqueREL pour le projet « Initiation aux modes d'intervention en situation de conflits (MISC) afin d'améliorer l'accès à la justice des citoyen.ne.s (Projet MISC) ».

*Rules that enable conflict resolution for the state remain largely unknown and understudied. Section 75 of Quebec's Code of Civil Procedure (CCP) constrains the state's use of Dispute Prevention and Resolution (DPR) modes by including three criteria: government regulations on the subject, public interest and the applicable legal standards. This article analyzes concerns tied to one limit, public interest, and follows a preceding article that studied applicable legal standards and government regulations on the subject.*

*In practice, the notion embodies two distinct goals in the state's conflict resolution efforts. On the one hand, it curtails some initiatives outside the courts, as it encompasses various functions related to public authority which the state cannot circumvent in resolving its dispute such as the management of public money, the administration of justice, and the enforcement of laws. On the other hand, public interest also suggests the prioritization of accessibility, efficiency and expediency of justice, goals frequently favoured by the use of DPR modes, and which argue for a state-led implementation of these modes in certain areas of law.*

*Using this concept, the article distinguishes between the various areas in which the state is involved in determining when the use of DPR modes should be avoided, when they should be used as a complement to the courts, and when they should be prioritized.*

---

## Table des matières

Introduction .....	159
1. L'intérêt public de l'article 75 Cpc : considérations générales quant au recours à la PRD .....	162
1.1. Les notions d'intérêt public et d'ordre public .....	162
1.1.1. L'intérêt public .....	163
1.1.1.1. L'interprétation de la notion d'intérêt public dans le corpus législatif .....	163
1.1.1.2. Les questions d'intérêt public .....	166
1.1.2. L'ordre public .....	168
1.2. L'article 75 Cpc : le régime dérogatoire de l'État .....	174
1.2.1. Les limites de l'intérêt public : les fonctions de l'État .....	175
1.2.2. La confidentialité .....	177
1.2.3. L'élaboration des critères pour résoudre le conflit .....	179
2. L'intérêt public, l'État et la PRD : entre barrières et succès .....	182
2.1. En plein cœur de l'intérêt public : un recours à la PRD restreint, voire improbable .....	182
2.1.1. La validité des lois .....	182
2.1.2. L'administration de la justice .....	184

2.2. Influence de l'intérêt public : pour une complémentarité de la PRD et des tribunaux .....	187
2.2.1. Les droits et libertés fondamentaux .....	187
2.2.2. L'environnement .....	194
2.2.3. Les contrats publics .....	198
2.3. Intérêt public à teneur variable : un emploi fécond des modes de PRD ...	204
2.3.1. Les contestations des décisions des régimes d'indemnisation de l'administration .....	204
2.3.2. En l'absence de contestation de la responsabilité de l'État .....	207
2.3.3. Les conflits entre l'État et les Premiers Peuples .....	211
Conclusion .....	216

---

## Introduction

Les différends étatiques composent une fresque variée de conflits aux solutions multiples. Or, les normes qui encadrent la résolution des différends de l'État demeurent peu étudiées et méconnues. Afin de reconnaître son statut de justiciable distinct dans la réforme de la procédure civile<sup>2</sup>, le législateur québécois a adopté l'article 75 du *Code de procédure civile* (Cpc) qui confère à l'État le droit de choisir de soumettre ou non les conflits auxquels il est partie à un mode de prévention et de règlement des différends (PRD). Ce régime dérogatoire contraste avec l'obligation dévolue aux autres justiciables qui doivent considérer le recours aux modes de PRD, comme la négociation, la médiation ou l'arbitrage, avant de s'adresser aux tribunaux<sup>3</sup>.

Afin de baliser la discrétion de l'État, l'article 75 Cpc intègre notamment trois limites à considérer dans l'emploi de la PRD, soit de prendre en compte les règlements du gouvernement et de respecter l'intérêt public ou l'espace normatif prévu par les lois :

75. Dans le règlement des différends qui l'opposent à des personnes physiques ou morales, l'État et ses organismes peuvent, s'ils l'estiment opportun, utiliser, avant de s'adresser aux tribunaux, un mode privé de prévention et de règlement.

Ils sont cependant tenus de prendre en compte les règlements du gouvernement sur le sujet et de n'y recourir que dans la mesure où l'intérêt public ou l'espace normatif prévu par les lois le permet.

Le présent texte approfondit les enjeux découlant d'une de ces limites au recours aux modes de PRD par l'État, soit l'intérêt public. En pratique,

<sup>2</sup> *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, LQ 2014, c 1.

<sup>3</sup> Art 1 Cpc.

la notion incarne deux finalités distinctes dans la résolution des conflits. D'une part, elle freine certaines initiatives hors des tribunaux, car elle englobe différentes fonctions liées au pouvoir public dont l'État ne peut se départir dans la résolution de ses différends, notamment la gestion des fonds publics, l'administration de la justice et l'application des lois. D'autre part, l'intérêt public suggère également la priorisation de l'accessibilité, l'efficacité et la célérité de la justice<sup>4</sup>, des objectifs fréquemment favorisés par le recours aux modes de PRD et qui militent pour une implémentation marquée par l'État dans certains domaines de droit.

Afin de mettre en lumière cette relation dualiste, il importe de comprendre l'étendue de la notion d'intérêt public (Partie 1). Tout d'abord, puisque le législateur l'emploie dans de nombreux contextes et fréquemment sans préciser son contenu, le concept conserve des caractéristiques floues. Il revient donc à l'État et à ses organismes, puis éventuellement aux tribunaux, d'en définir le contenu<sup>5</sup>.

Par ailleurs, la notion d'intérêt public s'impose également dans les questions dites « d'intérêt public » lorsqu'elles sont identifiées ainsi par les tribunaux. La portée des enjeux qu'elles entraînent dans le débat entre les parties aux litiges dépasse fréquemment le recours entrepris dans la salle d'audience, car elle concerne l'ensemble de la société. Puisque la décision tranchera des questions affectant le bien collectif, les tribunaux et le législateur facilitent la participation de groupes spécialisés sur la question qui souhaitent intervenir<sup>6</sup>. Ainsi, par l'étendue que regroupe le concept, l'intérêt public s'introduit dans une panoplie de dossiers.

Toutefois, le législateur n'emploie pas toujours la notion d'intérêt public pour exprimer des considérations sociales importantes. En effet, son proche parent, le concept d'« ordre public », s'avère utilisé à de multiples reprises au sein du corpus législatif pour encadrer les pratiques contractuelles<sup>7</sup>. Ainsi, dans le cadre de l'emploi des modes de PRD,

---

<sup>4</sup> Disposition préliminaire al 2 Cpc. Comme l'indique le professeur Pierre-Claude Lafond, « [l]a disposition préliminaire modifie le rapport entre la justice privée et la justice publique en prévoyant qu'il est *dans l'intérêt public* de recourir aux modes privés de prévention et de règlement des différends » : Pierre-Claude Lafond, « Introduction » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Régler autrement les différends*, 2<sup>e</sup> éd, Montréal, LexisNexis, 2018, 1 à la p 26 [Lafond, dir, *Régler autrement les différends*].

<sup>5</sup> Comme l'indique la majorité de la Cour suprême du Canada dans *R c Morales*, [1992] 3 RCS 711 [*Morales*] à la p 731 : « Les arrêts *Demyen*, *Kingwatsiak* et *Morenstein* ont expressément reconnu que le terme "intérêt public" introduit une norme qui est tout à fait discrétionnaire. »

<sup>6</sup> Voir notamment les arts 85 et 187 Cpc.

<sup>7</sup> Art 9 CcQ; Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2013 au para 97 : « L'absolutisme apparent du principe de

la notion joue un rôle de gardien des valeurs de la société au sein des pratiques transactionnelles et de la sentence arbitrale<sup>8</sup>.

Puisque la notion d'intérêt public façonne le recours aux PRD par l'État, il importe de cibler certaines considérations générales qui établissent les fondements d'une utilisation critique et réfléchie de son régime dérogatoire. Les fonctions regroupées dans le pouvoir public de l'État restreignent le nombre de solutions disponibles ou du moins produisent un cadre avec lequel il faut composer dans la résolution du conflit<sup>9</sup>. Ainsi, la représentation de l'État au sein du dossier doit s'imprégner de ces éléments externes au conflit et s'incarner dans le mandat prévu pour le déroulement du processus.

Après avoir éclairci le rôle de justiciable distinct de l'État, l'intérêt public, qui symbolise au sein de l'article 75 Cpc cette spécificité, guidera l'insertion de la PRD parmi les voies de résolution de conflits<sup>10</sup> et son emploi ensuite modulé selon les secteurs où l'Administration publique s'implique (Partie 2). Pour structurer notre propos sur le sujet, nous divisons certains types de dossiers en trois classes qui exemplifient bien l'apport et les limites de la PRD pour l'État : les dossiers où elle est peu ou elle n'est pas envisageable, ceux où elle complémente les tribunaux et ceux où elle s'avère une partie intégrante des avenues disponibles.

La PRD ne peut s'employer dans tous les dossiers. Certains domaines plus réfractaires à une utilisation plus prononcée conservent des aspects incompatibles avec celle-ci qui justifient d'en faire un usage parcimonieux, voire de l'éviter complètement. Le droit constitutionnel, domaine qui regorge de conflits sociétaux qui transcendent les parties, démontre les frontières d'une résolution en dehors de l'arène judiciaire. Dans le même ordre d'idées, l'administration de la justice repose sur des considérations similaires, car elle rejoint la compétence fondamentale des tribunaux et oppose différents organismes et institutions<sup>11</sup>. Les dossiers qui composent ce thème doivent faire l'objet d'un débat public et contradictoire afin de pondérer la proportionnalité des demandes de l'État et des parties.

---

la liberté contractuelle est tempéré par l'article 9 du *Code civil du Québec*, qui pose l'ordre public comme limite à la volonté des parties » [Jobin et Vézina].

<sup>8</sup> Arts 2632 (le contrat de transaction) et 2639 CcQ (la sentence arbitrale).

<sup>9</sup> Marc-André Dowd et mis à jour par Jean-Claude Paquet, « L'Ombudsman et les autres modes de règlement des différends dans l'Administration publique québécoise » dans Lafond, dir, *Régler autrement les différends*, supra note 4, 417 [Dowd et Paquet].

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ontario c Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43 au para 19 [*Criminal Lawyers' Association*]; *MacMillan Bloedel Ltd c Simpson*, [1995] 4 RCS 725 aux para 30, 38 [*MacMillan Bloedel*]; *Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art 35, 2021 CSC 27 [*Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art 35].

Autrement, pour de nombreux domaines, la PRD reste un outil précieux dans l'arsenal de solutions disponibles et elle complète le procès judiciaire. À titre d'exemples, les dossiers liés aux violations des droits et libertés fondamentaux, au droit de l'environnement et aux contrats publics reflètent l'apport conjoint de la PRD et des tribunaux. Dans ces trois matières, le procès conserve sa raison d'être, car il permet de trancher des questions de droit telles que l'étendue de pouvoirs administratifs, des abus ou des manquements de l'État. Autrement, les autres avenues de résolution de conflit remplissent des objectifs de célérité ou d'accessibilité parfois insatisfaits dans l'arène judiciaire. Il importe donc de cibler les endroits où la PRD peut venir combler l'espace disponible.

Enfin, la PRD joue un rôle de premier plan ou peut devenir le principal moyen de résolution des différends dans plusieurs domaines. En effet, dans les secteurs sélectionnés pour notre analyse, le bien collectif milite pour un emploi plus marqué d'autres procédés que le procès judiciaire. Les dossiers identifiés s'imbriquent dans cette section, soit par l'absence de question de droit pure, soit parce que leur implémentation réussie milite pour quelques améliorations en pratique, mais aussi pour une utilisation continue.

## **1. L'intérêt public de l'article 75 Cpc : considérations générales quant au recours à la PRD**

La pondération de l'intérêt public et les enjeux qui s'y apparentent demeurent une mission au cœur de la fonction de l'État puisqu'il doit mesurer ses actions à ses préceptes. Afin de cerner plus clairement la notion et le bien collectif qu'elle protège, nous définirons le concept et son parent proche, l'ordre public, dans la première section (1.1). La section subséquente étudie la façon dont l'intérêt public vient modeler le régime dérogatoire de l'État dans le recours à la PRD (1.2).

### **1.1. Les notions d'intérêt public et d'ordre public**

Par la diversité de conflits qui composent les litiges devant les tribunaux, certains dossiers importent dans les salles d'audience des considérations qui excèdent les deux parties et rejoignent l'ensemble de la société. Le législateur intègre deux concepts au sein du corpus législatif pour permettre d'accentuer l'intérêt collectif que sous-tendent les dispositions qu'il édicte. Ainsi, dans les prochaines sections, nous éclairons le lectorat sur la portée de ces deux notions clés : l'intérêt public (1.1.1) et l'ordre public (1.1.2).

### 1.1.1. L'intérêt public

Afin de permettre de cerner l'importance des questions au cœur des conflits, la notion d'intérêt public s'avère un concept clé pour référer à des enjeux qui dépassent les seules parties directement impliquées dans un litige.

Aussi connue sous les appellations d'« intérêt général »<sup>12</sup> et de « bien collectif »<sup>13</sup>, la notion guide l'administration de la justice et justifie l'adoption des lois<sup>14</sup> qui « visent généralement le bien commun »<sup>15</sup>. Dans l'arrêt *Morales*, les juges Gonthier et L'Heureux-Dubé définissent ainsi la notion : « L'intérêt public est [...] le moyen de désigner les considérations particulières pertinentes aux décisions judiciaires concernant les rapports entre l'intérêt ou les intérêts privés en cause et l'intérêt plus général du public. »<sup>16</sup> Afin de cerner les tenants et les aboutissants de la notion, nous nous intéresserons à deux principales occurrences : d'une part, lorsqu'elle s'inscrit dans le corpus législatif par l'interprétation qu'en font les tribunaux et les organismes administratifs (1.1.1.1); d'autre part, dans les questions d'intérêt public qui découlent de la jurisprudence (1.1.1.2).

#### 1.1.1.1. L'interprétation de la notion d'intérêt public dans le corpus législatif

Tout comme l'article à l'étude dans ce texte, l'expression « intérêt public » et ses synonymes figurent dans le libellé de plusieurs dispositions. D'entrée de jeu, il importe de noter l'indétermination au cœur de l'expression, car comme la Cour suprême du Canada le rappelait en 2018, l'intérêt public est « une notion imprécise en soi et difficile à qualifier »<sup>17</sup>. Un survol de la jurisprudence permet de constater que le contexte législatif et social

<sup>12</sup> Par exemple, le *Code civil du Québec* ne contient que l'expression « intérêt général » alors que le *Code de procédure civile* ne contient que l'expression « intérêt public ».

<sup>13</sup> *Morales*, *supra* note 5 à la p 755; la jurisprudence emploie également parfois les expressions « intérêts de la communauté » [*Montréal (Ville) c Chapdelaine*, 2003 CanLII 28303, RJQ 1417 (CA) au para 32], ainsi que « intérêts de la société » [voir généralement *R c Harrison*, 2009 CSC 34]. Toutefois, nous préférons éviter de les inclure dans les synonymes conceptuels répertoriés pour éviter d'occulter certaines nuances afférentes à des domaines particuliers.

<sup>14</sup> *Morales*, *supra* note 5 à la p 755; voir aussi la disposition préliminaire de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ c Q-2 [*Loi sur la qualité de l'environnement*].

<sup>15</sup> *Manitoba (PG) c Metropolitan Stores Ltd*, [1987] 1 RCS 110 à la p 135 [*Metropolitan Stores*]; *RJR—MacDonald inc c Canada (PG)*, [1994] 1 RCS 311 à la p 352.

<sup>16</sup> *Morales*, *supra* note 5 à la p 751.

<sup>17</sup> *Law Society of British Columbia c Trinity Western University*, 2018 CSC 32 au para 272 (dissidence).

entourant la notion s'avère déterminant dans son interprétation<sup>18</sup>. En ce sens, la Cour suprême du Canada expliquait dans l'arrêt *R c Zundel* comment le contexte peut modeler la signification de l'expression :

Une étude des seules lois fédérales indique que l'expression «intérêt public» est mentionnée 224 fois dans 84 d'entre elles. L'expression apparaît de façon comparable dans des lois provinciales. L'expression n'a pas et ne peut pas avoir une signification uniforme dans chaque loi. On doit l'interpréter en tenant compte de l'évolution législative de la disposition particulière dans laquelle elle figure et des contextes législatif et social dans lesquels elle est utilisée<sup>19</sup>.

Pour limiter l'impermanence des termes, le législateur définit parfois de façon précise le contenu du concept comme dans le préambule de la *Loi sur la qualité de l'environnement* qui prévoit que « la protection, l'amélioration, la restauration, la mise en valeur et la gestion de l'environnement sont d'intérêt général »<sup>20</sup>.

Par contre, dans certains cas, le législateur délègue à la branche judiciaire la tâche de définir la portée de la notion dans le cadre de litiges spécifiques. À titre d'exemple, l'article 982 du *Code civil du Québec* (CcQ) prévoit le droit pour l'usager.ère d'un cours d'eau d'exiger la destruction d'une installation qui pollue ou épuise ce dernier, « à moins que cela ne soit contraire à l'intérêt général »<sup>21</sup>. La Cour supérieure du Québec, appelée à interpréter cet article dans l'affaire *Association des résidents du lac Mercier inc c Paradis*, devait décider ce qui convenait le mieux à l'intérêt général : permettre la destruction du parc qui polluait le cours d'eau ou le préserver<sup>22</sup>. Dans cette situation, la Cour considérait que l'intérêt public soutenait la préservation du parc malgré l'épuisement du cours d'eau, puisque l'ensemble de la communauté en profitait. Cette décision exemplifie les dimensions variées et quelquefois antagonistes que regroupe le concept. Si l'intérêt public milite généralement en faveur de la protection de l'environnement, dans l'interprétation de l'article 982 CcQ, il constitue également une limite à cette protection, car le bien commun

<sup>18</sup> Voir *Morales*, *supra* note 5 à la p 752; *ibid* au para 34.

<sup>19</sup> *R c Zundel*, [1992] 2 RCS 731, 805-806 (dissidence).

<sup>20</sup> *Loi sur la qualité de l'environnement*, *supra* note 14, disposition préliminaire al 5.

<sup>21</sup> Art 982 CcQ.

<sup>22</sup> *Association des résidents du lac Mercier inc c Paradis*, [1996] RJQ 2370, JE 96-1756 (CS) au para 23. Voir aussi *Roy c Tring-Jonction (Corp municipale du village de)*, [2001] AZ-01021419 (SOQUIJ), JE 2001-769 (Qc CS) : « L'art 982 [CcQ] prévoit un droit pour les propriétaires riverains d'empêcher la pollution. Or, ce droit est subordonné à l'intérêt général. En l'espèce, la *Loi sur la qualité de l'environnement* permet au ministère d'émettre un certificat qui permet de polluer dans les limites de ce qui est requis pour l'intérêt général. »

peut signifier la priorisation de la survie de l'installation sur la santé du cours d'eau.

La malléabilité de l'expression « intérêt public » permet de laisser intact le pouvoir discrétionnaire des organismes administratifs qui appliquent le concept dans leur champ de compétence respectif<sup>23</sup>, discrétion justifiée par leur expertise<sup>24</sup> dans l'exercice de leur mandat de protection de l'intérêt public<sup>25</sup>. Conséquemment, la notion s'adapte aux activités des différent.e.s acteur.ice.s de l'appareil gouvernemental, tels qu'en témoignent les exemples suivants :

- Au moment d'accorder un permis d'agence de gardiennage, le Bureau de la sécurité privée doit considérer les bonnes mœurs comme exiger le respect de standards de probité et d'intégrité par les titulaires<sup>26</sup>;
- Lors de la délivrance de permis par la Régie des alcools et des jeux, l'intérêt public concerne la tranquillité des quartiers résidentiels et la sécurité publique<sup>27</sup>;
- Le pouvoir de suspendre les permis par le ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation du Québec

---

<sup>23</sup> 9209-1107 *Québec inc c Régie des alcools, des courses et des jeux*, 2015 QCTAQ 07799 [9209-1107 *Québec inc*]; *Brasserie La Régalaide inc c Régie des alcools, des courses et des jeux*, [1996] JE 96-1467, AZ-96021602 (SOQUIJ) (Qc CS).

<sup>24</sup> Il importe de souligner que l'expertise irrigue toute la structure de l'appareil gouvernemental : les tribunaux administratifs, les agent.e.s et les juristes de l'État. Ainsi, comme le rappelait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Vavilov* : « [L]a méthode prédominante adoptée par notre Cour a consisté à reconnaître que l'expertise est simplement inhérente à un organisme administratif en raison des fonctions spécialisées que lui a confiées le législateur [...] il est dorénavant tenu pour acquis que le décideur administratif possède une expertise spécialisée en ce qui concerne l'ensemble des questions dont il est saisi (...) » [*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65 au para 28].

<sup>25</sup> Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale—Précis de droit des institutions administratives*, 4<sup>e</sup> éd, Montréal, Yvon Blais, 2020 au n<sup>o</sup> 2.8 : « Il est reconnu qu'un acte administratif doit toujours reposer sur un motif tiré de l'intérêt public » [Issalys et Lemieux].

<sup>26</sup> 9208-6552 *Québec inc c Bureau de la sécurité privée*, 2015 QCTAQ 01185 aux para 2, 83, 85.

<sup>27</sup> 9031-1424 *Québec inc c Québec (Régie des alcools, des courses et des jeux)*, 2002 CanLII 63144, REJB 2002-31966 (Qc CS) [9031-1424 *Québec inc*]; 9074-3998 *Québec inc/ Rex-Rialto Studios c Régie des alcools, des courses et des jeux*, [2001] TAQ 854, AZ-50087211 (SOQUIJ) [*Rex-Rialto Studios*]; 9075-4961 *Québec inc (Restaurant Joe's Rive-Nord) c Régie des alcools, des courses et des jeux*, 2005 CanLII 5639, AZ-50298143 (SOQUIJ) (Qc CS) [*Restaurant Joe's Rive-Nord*]; 9209-1107 *Québec inc*, *supra* note 23.

(MAPAQ) s'appuie sur l'intérêt public qui impose à l'exploitant.e le respect des exigences de salubrité prévues par la *Loi sur les produits alimentaires*<sup>28</sup> et ses règlements ainsi que de démontrer sa conformité lors des inspections<sup>29</sup>; et

- Dans la délivrance des permis d'exploitation d'une entreprise de services monétaires, l'Autorité des marchés financiers doit s'assurer de suivre les considérations d'intérêt public prévues par le législateur, soit de contrer l'évasion fiscale et le blanchiment d'argent<sup>30</sup>.

Par conséquent, les organismes chargés d'appliquer ces lois restent les mieux placés pour interpréter le concept à l'intérieur de leur compétence. De plus, leur lecture de la notion doit se conformer aux valeurs de la société intégrées dans la Constitution et dans les lois<sup>31</sup>. Toutefois, en pratique, un tribunal administratif remet rarement en question leur expertise sur le contenu de la notion lors de la contestation de décisions administratives<sup>32</sup> et dans certains cas, la loi prohibe de substituer leur appréciation de l'intérêt public à celle de l'organisme<sup>33</sup>.

### 1.1.1.2. Les questions d'intérêt public

En raison de la variété des dossiers qui atteignent les salles d'audience, certains litiges impliquent parfois des éléments qui débordent le cadre d'un procès. Les décideur.se.s qualifient souvent ces considérations de « questions d'intérêt public », puisqu'elles transcendent « les intérêts “des parties qui sont le plus directement touchées” »<sup>34</sup>. Les exemples suivants, tirés de la jurisprudence, illustrent ce type de question :

<sup>28</sup> RLRQ c P-29.

<sup>29</sup> 9129-4835 *Québec inc c Québec (Ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation)*, 2013 QCTAQ 11288 au para 75.

<sup>30</sup> 9148-4097 *Québec inc c Autorité des marchés financiers*, 2014 QCCS 5742 aux para 31, 54.

<sup>31</sup> Elizabeth Sanderson, *Gouvernement Lawyering, Duties and Ethical Challenges of Government Lawyers*, LexisNexis, Toronto, Ontario, 2018 à la p 99 [Sanderson].

<sup>32</sup> Voir par exemple : *Association professionnelle des chauffeurs de taxi du Québec c Québec (Commission des transports du Québec)*, [2004] TAQ 764 (rés), 2004 CanLII 66633; *Baribeau c Commission des transports du Québec*, 2010 QCTAQ 03161 aux para 27, 32; 9031-1424 *Québec inc*, supra note 27; *Rex-Rialto Studios*, supra note 27; *Restaurant Joe's Rive-Nord*, supra note 27; 9209-1107 *Québec inc*, supra note 23.

<sup>33</sup> *Loi sur la régie des alcools, des courses et des jeux*, RLRQ c R-61, art 40.2; *Loi sur l'encadrement du secteur financier*, RLRQ c E-6.1, art 93.

<sup>34</sup> *Road to home rescue support c Ville de Montréal*, 2019 QCCA 2187 au para 27; *Canada (PG) c Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45 [*Downtown Eastside*] au para 51.

- Si un organisme public doit donner accès à des documents en vertu de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*<sup>35</sup>;
- Si une demande de réduction des émissions de CO<sub>2</sub> d'une entreprise se justifie en raison de leur pollution qui développe des problèmes de santé chez un groupe de personnes<sup>36</sup>; et
- Si la Cour supérieure est compétente pour effectuer un contrôle judiciaire des décisions du Commissaire à la déontologie policière<sup>37</sup>.

En général, lorsque les tribunaux font face à des questions d'intérêt public, ils facilitent l'accès des personnes touchées par l'enjeu en question<sup>38</sup>. L'article 85 Cpc établit les critères à prendre en compte au moment de déterminer la suffisance de l'intérêt pour soulever ce type de question :

85. La personne qui forme une demande en justice doit y avoir un intérêt suffisant.

L'intérêt du demandeur qui entend soulever une question d'intérêt public s'apprécie en tenant compte de son intérêt véritable, de l'existence d'une question sérieuse qui puisse être valablement résolue par le tribunal et de l'absence d'un autre moyen efficace de saisir celui-ci de la question.

En plus de l'article 85 Cpc, le législateur québécois simplifie la participation du public par l'entremise de l'article 187 Cpc<sup>39</sup> qui indique la marche à suivre pour les personnes souhaitant intervenir de manière amicale. En ce sens, dans l'affaire *Truchon c Procureur général du Canada*, les contestations de la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel*<sup>40</sup> et de la *Loi sur l'aide médicale à mourir*<sup>41</sup> représentaient des questions d'intérêt public justifiant la participation amicale de personnes intéressées, dont l'Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité et *Dying with Dignity Canada* ainsi que le Collectif des médecins contre

---

<sup>35</sup> *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ c A-2.1 [*Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*]; Agence du revenu du Québec c *Marcotte*, 2019 QCCQ 788 au para 15.

<sup>36</sup> *Anacolor inc c Québec (Développement durable, Environnement, Faune et Parcs)*, 2017 QCTAQ 02604 aux para 5-9, 23 [*Anacolor inc*].

<sup>37</sup> *Audet c Québec (Commissaire à la déontologie policière)*, [2004] RJQ 1679, 2004 CanLII 20693 (CS) au para 22.

<sup>38</sup> *Downtown Eastside*, *supra* note 34 au para 51.

<sup>39</sup> Arts 85 et 187 Cpc.

<sup>40</sup> LRC c C-46.

<sup>41</sup> *Loi concernant les soins de fin de vie*, RLRQ, c S-32.0001.

l'euthanasie et Vivre dans la dignité, soit des organismes spécialisés ayant des expertises connexes à la question de l'aide médicale à mourir<sup>42</sup>.

Les tribunaux interprètent largement l'intérêt pour agir lorsque le litige soulève des questions d'intérêt public afin d'éviter qu'une loi soit à l'abri de contestations constitutionnelles<sup>43</sup>. En outre, les lois affectant l'intérêt public prévoient parfois la possibilité d'intervenir devant le tribunal comme dans la *Loi sur la qualité de l'environnement*<sup>44</sup> et dans la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>45</sup>. Pour sa part, le procureur général du Québec est considéré avoir un intérêt pour agir dans toutes les questions d'intérêt public<sup>46</sup>, droit conféré d'office en raison de son mandat de protéger l'intérêt public et de préserver la confiance des citoyens vis-à-vis du système de justice<sup>47</sup>.

### 1.1.2. L'ordre public

De façon comparable à la notion d'intérêt public, le législateur et les tribunaux emploient le concept d'ordre public pour désigner des considérations sociétales allant au-delà des intérêts privés. En revanche, le concept d'ordre public revêt une portée plus restreinte et contraignante<sup>48</sup>, car il soutient l'objectif du respect de la règle de droit édictée par le législateur<sup>49</sup> lorsqu'il intervient pour régir les relations sociales, économiques, contractuelles, politiques, etc.

En outre, la notion se décline en deux classes divisées selon leurs finalités respectives : l'ordre public de protection et l'ordre public de direction. Le premier type se manifeste lorsqu'une règle de droit vise à

<sup>42</sup> *Truchon c Canada (PG)*, 2018 QCCS 313 aux para 3-6, 38.

<sup>43</sup> *Downtown Eastside*, *supra* note 34 aux para 250, 256.

<sup>44</sup> *Anacolor inc*, *supra* note 36 au para 14; *Loi sur la qualité de l'environnement*, *supra* note 14, art 118.17.

<sup>45</sup> RLRQ c C-12, art 85 [*Charte québécoise*].

<sup>46</sup> Art 79 Cpc.

<sup>47</sup> *Syndicat des professeurs du Collège d'enseignement général et professionnel du Vieux Montréal et Collège d'enseignement général et professionnel du Vieux Montréal*, 2019 QCTAT 1476 aux para 31-33.

<sup>48</sup> *Ibid* au para 31 : « (...) la disposition correspondante de l'ancien *Code de procédure civile* [art 99] référerait à une question "d'ordre public" plutôt que "d'intérêt public" ». Les commentaires de la ministre de la Justice révèlent la raison de ce changement : « Cet article étend la portée de droit antérieur. Ainsi, il remplace la notion d'ordre public par celle, plus englobante, d'intérêt public afin de permettre au procureur général d'intervenir dans toutes les situations où les intérêts de la société sont en jeu » (Québec, ministère de la Justice, *Commentaires de la ministre de la Justice : Code de procédure civile—Chapitre C-25.01*, Montréal, SOQUIJ; Wilson & Lafleur, 2015 à la p 86).

<sup>49</sup> Michelle Cumyn, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité » (2007) 41:1 RJT 1 à la p 19 [Cumyn].

protéger une partie privée vulnérable<sup>50</sup>. L'ordre public de protection dévoile donc, par exemple, l'intention du législateur de réduire ou d'éliminer le déséquilibre entre les contractant.e.s en protégeant la partie susceptible de subir l'exploitation de l'autre<sup>51</sup>. La *Loi sur la protection du consommateur*<sup>52</sup> en constitue un archétype reconnu<sup>53</sup>.

En revanche, le deuxième type émerge lorsqu'une règle de droit aspire à favoriser le bien commun<sup>54</sup>, soit l'ordre public de direction qui personnifie l'intérêt public à même les lois. Le législateur souhaite alors « organiser et régir de façon directe les activités politiques et économiques »<sup>55</sup> en attribuant une *direction* particulière aux normes qu'il adopte. L'ordre public de direction a notamment pour but de protéger l'État, la famille et la morale<sup>56</sup>. Il assure également la légitimité des institutions publiques en protégeant certains principes fondamentaux comme la légalité, la primauté du droit, la souveraineté parlementaire et l'indépendance judiciaire ainsi qu'en prohibant la corruption et la fraude envers le gouvernement<sup>57</sup>.

En réalité, puisque les lois d'ordre public de direction visent le bien collectif, elles misent davantage sur la prévention, à l'aide notamment de sanctions pénales ou disciplinaires, afin d'encourager leur respect<sup>58</sup>. À ce titre, leur violation entraîne la nullité absolue<sup>59</sup>. Les violations de normes d'ordre public de protection, quant à elles, mènent à la nullité relative<sup>60</sup>, c'est-à-dire qu'une clause contractuelle contrevenant à une règle de ce type serait nulle pour les deux parties privées contractantes, mais demeurerait en vigueur pour les tiers au contrat. Le but étant plutôt de soulager la

---

<sup>50</sup> *Ibid.* Voir également Solange Ferron, « Les modes amiables de règlement des différends: description et évolution au sein de l'administration gouvernementale » dans *XV<sup>e</sup> Conférence des juristes de l'État*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2002, 117 [Ferron].

<sup>51</sup> France Houle et Daniel Mockle, « Conciliation des litiges et formes alternatives de régulation en droit administratif fédéral » (1998) 36:4 *Osgoode Hall LJ* 703 à la p 741 [Houle et Mockle]; Frédérique Chiasson, *L'homologation et l'entérinement des ententes issues de processus de règlement amiable des litiges administratifs*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2011 à la p 129.

<sup>52</sup> RLRQ c P-40.1.

<sup>53</sup> Cumyn, *supra* note 49 à la p 19.

<sup>54</sup> Jobin et Vézina, *supra* note 7 au para 107; *ibid.*

<sup>55</sup> Houle et Mockle, *supra* note 51; Cumyn, *supra* note 49 à la p 19.

<sup>56</sup> Louise Otis, « L'ordre public dans les relations de travail » (1999) 40:2 *C de D* 381 à la p 383 [Otis].

<sup>57</sup> Cumyn, *supra* note 49 à la p 19; Houle et Mockle, *supra* note 51.

<sup>58</sup> Cumyn, *supra* note 49 à la p 25.

<sup>59</sup> Jobin et Vézina, *supra* note 7 au para 123; Houle et Mockle, *supra* note 51; arts 8-9, 1417, 1419, 2632 *CcQ*.

<sup>60</sup> Jobin et Vézina, *supra* note 7 au para 123.

partie protégée « des conséquences néfastes du contrat conclu en violation de la loi »<sup>61</sup>.

En cas de silence du législateur sur le caractère impératif de la disposition, il revient aux tribunaux de déterminer si elle est d'ordre public<sup>62</sup>. Pour ce faire, comme l'exprimait la Cour suprême du Canada en 1992 dans l'arrêt *Garcia Transport Ltée c Cie Royal Trust* : « Les tribunaux, en déterminant si une disposition peut recevoir le qualificatif “d'ordre public”, devront donc s'interroger sur l'intention du législateur, de même que sur l'importance que présente la disposition pour l'organisation sociale. »<sup>63</sup> Dans le cadre de cet exercice d'interprétation législative, la notion d'intérêt public s'avère essentielle pour décider, dans un premier temps, si le législateur souhaitait protéger l'intérêt public et non seulement l'intérêt privé en adoptant une règle de droit<sup>64</sup> et dans un deuxième temps, s'il visait la protection de l'intérêt de l'ensemble de la société ou plutôt la protection de groupes ou d'individus ciblés<sup>65</sup>.

Bref, il convient de ne pas confondre « intérêt public » et « ordre public » dans le contexte précis de l'article 75 Cpc. Les professeur.e.s Houle et Mockle écrivent à ce propos que :

[l]a notion d'ordre public est une supranorme qui agit pour corriger les défauts structurels du système politique, économique et social, tandis que la notion d'intérêt public (ou d'intérêt général) sert à interpréter l'intention prédominante du législateur lorsqu'il a édicté une règle d'ordre public<sup>66</sup>.

Par ailleurs, l'ordre public balise également le recours aux modes de PRD, dont les pratiques transactionnelles. À ce titre, l'article 2639 CcQ interdit de soumettre des questions d'ordre public à l'arbitrage :

2639. Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public.

Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public<sup>67</sup>.

---

61 Cumyn, *supra* note 49 à la p 25.

62 *Ibid.*

63 Otis, *supra* note 56 à la p 385.

64 *Ibid* aux pp 382-383.

65 Houle et Mockle, *supra* note 51, citant *Garcia Transport Ltée c Cie Royal Trust*, [1992] 2 RCS 499.

66 Houle et Mockle, *supra* note 51 à la p 741.

67 Art 2639 CcQ.

Comme l'indiquent les commentaires du ministre de la Justice à l'égard de cet article, il revient au système judiciaire de trancher les questions intéressant l'ordre public<sup>68</sup>. En effet, l'article 2639 CcQ n'empêche pas un tribunal d'arbitrage d'appliquer une disposition d'ordre public pour trancher un différend<sup>69</sup>, l'arbitre étant compétent pour déterminer sa propre compétence<sup>70</sup>. D'ailleurs, les tribunaux interprètent restrictivement l'article 2639 CcQ pour « préserver l'autonomie décisionnelle » de l'arbitre<sup>71</sup>. En réalité, l'ordre public ne s'avère pertinent que lors de l'homologation de la sentence arbitrale afin d'évaluer sa validité et sa conformité<sup>72</sup>. Les juges ne peuvent évaluer le fond du différend lors de l'homologation<sup>73</sup>, puisque cette étape porte sur le résultat global de la sentence arbitrale et non sur les justifications fournies par l'arbitre<sup>74</sup>. De plus, une interprétation erronée de dispositions impératives ne suffit pas pour annuler la sentence arbitrale si elle se concilie avec les principes fondamentaux de l'ordre public<sup>75</sup>.

À titre indicatif, la jurisprudence révèle que les questions suivantes s'insèrent dans la compétence des arbitres puisqu'elles ne concernent pas l'ordre public au sens de l'article 2639 CcQ :

- une dispute en droit de la consommation<sup>76</sup>;
- l'incessibilité des droits moraux prévus à l'article 14.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>77</sup>;
- l'application de l'article 2818 du CcQ prévoyant que les énonciations constatées ou inscrites par un officier public fassent preuve à l'égard de tous<sup>78</sup>;

<sup>68</sup> Québec, ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, t 2, Québec, Publications du Québec, 1993, art 2639 [Ministère de la Justice, *Le Code civil du Québec*].

<sup>69</sup> *Desputeaux c Éditions Chouette (1987) inc*, 2003 CSC 17 au para 53 [*Desputeaux*].

<sup>70</sup> *Dell Computer Corp c Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 au para 84 [*Dell Computer Corp*] : « (...) lorsqu'il existe une clause d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être tranchée par ce dernier. Le tribunal ne devrait déroger à la règle du renvoi systématiquement à l'arbitrage que dans les cas où la contestation de la compétence arbitrale repose exclusivement sur une question de droit. »

<sup>71</sup> *Ibid* au para 219; *Desputeaux, supra* note 69 aux para 52-53.

<sup>72</sup> *Desputeaux, supra* note 69 aux para 54, 68.

<sup>73</sup> *Ibid*; art 645 al 2 Cpc.

<sup>74</sup> *Desputeaux, supra* note 69 au para 68; *HA Grétry inc c 9065-3627 Québec inc*, 2009 QCCA au para 9 [*HA Grétry inc*]; *Duquette Construction (1994) ltée c Klub Athletik 40 inc*, 2019 QCCS 2015 au para 37.

<sup>75</sup> *Desputeaux, supra* note 69 au para 54.

<sup>76</sup> *Dell Computer Corp, supra* note 70.

<sup>77</sup> *Desputeaux, supra* note 69 au para 56.

<sup>78</sup> *HA Gétry inc, supra* note 74 au para 4.

- l'évaluation de la validité d'une convention portant sur la vente d'actions<sup>79</sup>; et
- la capacité d'une personne morale et la liquidation d'une compagnie<sup>80</sup>.

À l'inverse, les tribunaux ont déterminé que ces sujets constituent des questions intéressant l'ordre public :

- l'annulation d'un acte notarié par la procédure d'inscription de faux<sup>81</sup> puisque les actes notariés sont souvent susceptibles d'affecter les droits des tiers<sup>82</sup>; et
- la sanction de la conduite d'un membre d'une corporation professionnelle, car « le respect des lois sur les corporations professionnelles et de leurs règlements édictés pour la protection du public est une matière d'ordre public »<sup>83</sup>.

Enfin, il importe de souligner que l'homologation ne s'avère pas une procédure judiciaire automatiquement octroyée : l'ordre public doit être respecté. À titre d'exemple, la Cour supérieure du Québec a déjà refusé d'homologuer une sentence arbitrale en raison du non-respect de la règle *audi alteram partem*<sup>84</sup>.

Dans le même sens que l'article 2639 CcQ, concernant les transactions, l'article 2632 CcQ prévoit l'interdiction de transiger sur des questions qui intéressent l'ordre public. Dans ses commentaires à propos de cette disposition, le ministre de la Justice établit une distinction importante : alors qu'il est interdit de transiger sur des règles impératives qui fondent l'ordre social, moral ou économique (donc l'ordre public de direction), les normes édictées pour la protection d'intérêts privés (donc l'ordre public de protection) peuvent faire l'objet de transactions<sup>85</sup>. Par exemple, une partie peut renoncer à la garantie légale de fonctionnement prévue par

---

<sup>79</sup> *Groulx c Bouchard*, 1999 CanLII 11507, JE 1999-1182 (Qc CS) [*Groulx*].

<sup>80</sup> *Capital JPEG inc c Corporation Zone B4 ltée*, 2019 QCCS 2986 aux para 29, 35.

<sup>81</sup> *HA Grétry inc*, *supra* note 74 au para 5.

<sup>82</sup> *Ibid*, au para 6.

<sup>83</sup> *Groulx*, *supra* note 79 au para 23.

<sup>84</sup> *9220-7114 Québec inc c 9325-3722 Québec inc*, 2018 QCCS 1628 au para 75.

Règle définie ainsi par Hubert Reid : « [P]rincipe de justice naturelle selon lequel une personne qui est susceptible d'être affectée par une décision administrative ou judiciaire doit être préalablement informée des faits qui peuvent lui être préjudiciables et avoir la possibilité de faire valoir son point de vue » (Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 6<sup>e</sup> éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2023, *sub verbo* « *Audi alteram partem* »).

<sup>85</sup> Ministère de la Justice, *Le Code civil du Québec*, *supra* note 68, art 2632.

la *Loi sur la protection du consommateur* par transaction<sup>86</sup>, mais il est impossible de transiger sur la fiscalité municipale ou l'évaluation foncière, ces matières étant d'ordre public de direction<sup>87</sup>. Dans ses commentaires sur l'article 2632 CcQ, le ministre exprime qu'il est possible de faire une certaine analogie avec l'article 2639 CcQ<sup>88</sup>, suggérant que les matières ne pouvant faire l'objet d'une procédure d'arbitrage ne peuvent non plus faire l'objet d'une transaction et vice versa. De plus, tout comme l'homologation d'une sentence arbitrale, l'article 2632 CcQ ne vise pas à empêcher l'homologation d'une transaction qui respecte les règles d'ordre public en cause<sup>89</sup>. Il requiert plutôt que le « contenu obligationnel » de la transaction soit conforme à l'ordre public<sup>90</sup>.

En plus des limites posées par le droit commun, pour le professeur Mockle, la PRD appert incompatible avec l'application des lois d'ordre public :

Si la conciliation et la médiation deviennent le « mode normal » de règlement des plaintes et litiges aux fins de l'application d'une loi dite « sociale » ou « d'ordre public », le spectre d'une sous-justice ou d'une justice à rabais réapparaît, car la médiation n'est pas une justice : le conciliateur ou le médiateur n'ont pas à dire le droit ou identifier des coupables. Il s'agirait d'une autre forme de justice, une justice « négociée » ou une « justice proposée ». Mais avant toute chose il s'agit d'une « justice secrète », non publicisée, à l'avantage des seules parties<sup>91</sup>.

Il incombe de tenir compte de ces enjeux lors de la prise de décision de recourir à la PRD. Bien que les critiques du professeur Mockle paraissent sévères en appréhendant des dérives potentielles, elles soulèvent de réelles inquiétudes liées à une privatisation démesurée des différends entre les citoyens et l'État. Le recours à la PRD ne peut devenir une option équivalente au procès lorsque les craintes de « justice à rabais » ou de « justice secrète » hantent le processus. Néanmoins, en pratique, les juristes de l'État sont plus familiers avec les divers rôles que revêt l'Administration en plus des considérations soulevées dans les différents domaines qui l'impliquent et qui sont rassemblées dans la notion d'intérêt

<sup>86</sup> *Migneault c DaimlerChrysler Canada inc*, 2006 QCCQ 8325.

<sup>87</sup> *8109796 Canada inc (ArcelorMittal Exploitation minière) c Ville de Port-Cartier*, 2017 QCTAQ 08329 au para 43. Voir aussi *Québec (Ministre des transports) c Boudreault*, [1998] JE 99-1165, 1998 CanLII 12087 (Qc CS).

<sup>88</sup> Ministère de la Justice, *Le Code civil du Québec*, supra note 68, art 2632.

<sup>89</sup> *Beaudin c Sept-Iles (Ville de)*, 2008 QCCS 4590 au para 188.

<sup>90</sup> *Ibid* au para 189.

<sup>91</sup> Daniel Mockle, « Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif » dans Jean-Louis Baudouin, dir, *Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits : aspects nationaux et internationaux*, Cowansville (QC), Yvons Blais, 1998, 85 à la p 132.

public. L'emploi de ce concept dans le libellé de l'article 75 accorde donc une place importante à la discrétion et à l'interprétation des juristes ainsi que des fonctionnaires de l'État.

En somme, l'ordre public de direction et son proche parent l'intérêt public encadrent le recours aux pratiques transactionnelles et aux modes de PRD dans certaines situations<sup>92</sup>. À la lumière des descriptions de ces deux notions fondamentales, nous verrons dans les prochaines sections comment l'intérêt public oriente les processus de résolution de conflit de l'État.

## 1.2. L'article 75 Cpc : le régime dérogatoire de l'État

Dans cette deuxième section de notre texte, nous mettrons en lumière les particularités de l'intérêt public relevant de l'utilisation des modes de PRD par l'État en vertu de l'article 75 Cpc, reproduit de nouveau ici :

75. Dans le règlement des différends qui l'opposent à des personnes physiques ou morales, l'État et ses organismes peuvent, s'ils l'estiment opportun, utiliser, avant de s'adresser aux tribunaux, un mode privé de prévention et de règlement.

Ils sont cependant tenus de prendre en compte les règlements du gouvernement sur le sujet et de n'y recourir que dans la mesure où l'intérêt public ou l'espace normatif prévu par les lois le permet.

(nos soulignements)

L'emplacement de l'article dans le Livre I, Titre IV du *Code* intitulé « Les droits particuliers de l'État » indique qu'il faut établir une distinction entre l'obligation des particuliers de considérer les modes de PRD<sup>93</sup> et la possibilité pour l'État d'y recourir. Le libellé de l'article 75 nous paraît clair : en prévoyant que l'État « peut », et non « doit », considérer un mode de PRD, le législateur instaure donc un régime dérogatoire pour l'État puisqu'il n'est pas assujéti à l'obligation procédurale prévue pour les parties privées<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Karim Vincent, « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation » (1999) 40:2 C de D 403 à la p 413 : « La disposition est d'ordre public de direction lorsque la règle prévue transcende le seul intérêt individuel et s'attache davantage à l'intérêt collectif. Dans ce cas, la renonciation à son application n'est pas permise par l'une ou l'autre des parties au contrat parce que l'intérêt visé par le législateur est celui de la société dans son ensemble. »

<sup>93</sup> Art 1 Cpc.

<sup>94</sup> Jean-François Roberge, S Axel-Luc Hountohotegbè et Elvis Grahovic, « L'article 1er du *Nouveau Code de procédure civile* du Québec et l'obligation de considérer les

Afin de cerner les enjeux qui encouragent ou découragent l'emploi des modes de PRD, nous discuterons de deux éléments fondamentaux, soit le rôle particulier de l'État à titre de justiciable (1.2.1) et la question de la confidentialité (1.2.2). Nous terminerons cette section en élaborant des critères permettant de guider l'État dans la résolution de ses conflits (1.2.3).

### 1.2.1. Les limites de l'intérêt public : les fonctions de l'État

L'article 75 Cpc balise l'utilisation des modes de PRD par l'État en lui imposant de n'y recourir que si l'intérêt public le permet. Ainsi, le renvoi à la notion « d'intérêt public » réfère de façon générale au pouvoir public de l'État qui doit respecter les fonctions qui lui sont dévolues par les élu.e.s, soit « le droit accordé aux autorités politiques et administratives [...] à agir de manière à servir indistinctement l'intérêt de l'ensemble des citoyens »<sup>95</sup>. En effet, lorsqu'il est partie à un conflit, l'État ne peut mettre de côté sa responsabilité d'administrateur du système de justice. En tant que gardien de la règle de droit<sup>96</sup>, l'État doit s'assurer du respect des normes qu'il édicte et de leur stabilité<sup>97</sup>.

Cette mission dévolue à l'État s'incarne dans sa représentation par ses procureur.e.s<sup>98</sup> et elle doit également s'exprimer dans le processus de

---

modes de PRD : des recommandations pour réussir un changement de culture » (2015) 49:2 RJTUM 487 à la p 514.

<sup>95</sup> Pierre P Tremblay, dir, *L'administration contemporaine de l'État : une perspective canadienne et québécoise*, Québec, PUQ, 2012 à la p 7 [Tremblay, dir].

<sup>96</sup> La Cour suprême du Canada, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 17, définit au para 71 les éléments au cœur du principe constitutionnel de la primauté du droit en reprenant les critères de ses arrêts de principe : « Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* [...] notre Cour a défini les éléments de la primauté du droit. Nous avons souligné en premier lieu la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers. En bref, il y a une seule loi pour tous. Deuxièmement, nous expliquons [...] que « la primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif » [...] Un troisième aspect de la primauté du droit, comme l'a récemment confirmé le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* [...] tient à ce que « l'exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit ». En d'autres termes, les rapports entre l'État et les individus doivent être régis par le droit [références omises] ».

<sup>97</sup> Ferron, *supra* note 50. Comme le rappelle la Cour suprême du Canada dans *Mackin c Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13 [Mackin] au para 79, l'État doit faire respecter les lois, car elles « doivent être appliquées dans toute leur force et effet tant qu'elles ne sont pas invalidées ».

<sup>98</sup> *Mackin*, *supra* note 97 au para 79 : « (...) l'État et ses représentants sont tenus d'exercer leurs pouvoirs de bonne foi et de respecter les règles de droit "établies et incontestables" qui définissent les droits constitutionnels des individus. »

PRD<sup>99</sup>. Or, le législateur prévoit parfois la désignation d'un.e représentant.e. Par exemple, l'article 50 du *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics* indique qu'un.e gestionnaire d'un organisme public impliqué dans un différend en lien avec un contrat de travaux de construction doit tenter de le régler à l'amiable avec un.e dirigeant.e de l'entrepreneur.e<sup>100</sup>. L'article 51 al 3 de ce même règlement énonce que lors de la médiation, la ou le représentant.e d'un organisme public doit être dûment mandaté.e par celui-ci<sup>101</sup>. Dès lors, il importe de définir clairement les pouvoirs prévus aux mandats afin d'accorder la latitude et l'autorité nécessaires pour négocier et conclure une entente. Puis, si les compétences prévues deviennent trop restreintes, les mandataires peuvent chercher un nouveau mandat pour l'excédent. Ces exigences caractérisent la situation des représentant.e.s de l'État, puisqu'elles et ils doivent tirer leurs pouvoirs de la loi et ne peuvent y déroger même lorsqu'agir ainsi faciliterait la résolution du conflit<sup>102</sup>. Leur liberté s'avère donc plus limitée que les personnes privées lors du déroulement du processus de PRD<sup>103</sup>, car l'État ne peut renoncer à ses privilèges ni limiter l'exercice de sa prérogative ou de ses pouvoirs conférés par la loi<sup>104</sup>.

En outre, la gestion par l'État des fonds publics au bénéfice des contribuables<sup>105</sup> ajoute un enjeu d'intérêt public à tenir compte lorsqu'il recourt à la PRD. Par conséquent, les règlements à l'amiable qui impliquent des sommes faramineuses peuvent devenir controversés auprès du public, comme en témoigne l'appréciation partagée du règlement intervenu entre le gouvernement canadien et Omar Khadr, l'ex-enfant-soldat, qui lui accordait une indemnité de 10,5 millions de dollars pour réparer les violations de ses droits constitutionnels par les autorités canadiennes<sup>106</sup>.

---

<sup>99</sup> Comme le rappelait Megan Marrie : « Certain agencies, for example, must approve any settlement reached by the parties to ensure that the public interest is satisfied. Such a requirement implies that when administrative agencies hold hearings a decision must be guided by the same considerations—the public interest as balanced against the individual rights of the parties » (Megan Marrie, « Alternative Dispute Resolution in Administration Litigation: A Call for Mandatory Mediation » (2010) 37:2 *Advoc Q* 149 à la p 160).

<sup>100</sup> *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, RLRQ c C-65.1, r 5, art 50.

<sup>101</sup> *Ibid*, art 51 al 3.

<sup>102</sup> Arnaud Lyon-Caen, « Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif » (1997) 49:2 *RIDC* 421.

<sup>103</sup> *Ibid*.

<sup>104</sup> Houle et Mockle, *supra* note 51 .

<sup>105</sup> Cette mission est au cœur de la compétence institutionnelle de l'État selon « le principe voulant que le législateur et l'exécutif soient responsables vis-à-vis des citoyens de l'affectation des fonds publics » (*Criminal Lawyers' Association*, *supra* note 11 au para 15).

<sup>106</sup> Radio-Canada, « [Ottawa versera 10 millions de dollars à l'ex-enfant-soldat Omar Khadr](#) » (4 juillet 2017), en ligne : <<https://tinyurl.com/4zmpjvwm>>; Radio-Canada, « [10,5](#)

Toutefois, il importe de noter que dans cette affaire, les frais de justice déboursés par le gouvernement canadien pour nier sa responsabilité s'élevaient à 4,6 millions de dollars, une dépense qui aurait été réduite, voire évitée, par une entente de règlement conclue plus tôt<sup>107</sup>.

Comme le précisent Marc-André Dowd et Jean-Claude Paquet, l'intérêt public irrigue le recours à la PRD par l'État, qu'il soit partie à un conflit ou qu'il mette en place un mode au sein d'une de ses institutions : « Chaque institution qui fait le pari de miser sur le développement de modes de PRD a la responsabilité de s'assurer que les règlements qui en résulteront respectent les finalités propres pour lesquelles elle existe. Il s'agit d'un défi de taille pour assurer l'accès à une véritable justice de qualité »<sup>108</sup>. Concernant l'accès à une justice de qualité, les auteurs indiquent que le législateur rappelle à l'État cette mission par le biais de l'article 75 Cpc<sup>109</sup>.

En bref, dans l'évaluation de la pertinence de recourir à la PRD, l'État doit notamment tenir compte des fonds publics requis pour faire valoir son point de vue dans le contexte du système judiciaire traditionnel.

## 1.2.2. La confidentialité

La publicité des décisions judiciaires permet aux citoyen.ne.s qui financent le système judiciaire<sup>110</sup> d'en surveiller l'activité<sup>111</sup>, notamment en assurant la compétence et la bonne conduite des juges. En fait, la publication de leurs motifs fait partie intégrante du principe de l'impartialité et de l'indépendance judiciaire<sup>112</sup>. Elle permet également à la population de constater les excès du pouvoir exécutif lorsqu'il brime les droits des administré.e.s<sup>113</sup>. À ce titre, la professeure Dore soutient que le financement des tribunaux par les contribuables leur donne un droit de regard sur l'identité de ses utilisateur.ice.s<sup>114</sup>. Comme le résume la Cour suprême du

---

[millions et des excuses](https://tinyurl.com/hyu3bka8) » (26 janvier 2007), en ligne : <<https://tinyurl.com/hyu3bka8>> [Radio-Canada].

<sup>107</sup> Paul Journet, « Omar Khadr : l'entêtement puni », *La Presse* [Montréal] (6 juillet 2017), en ligne : <<https://tinyurl.com/2f7mnerz>>.

<sup>108</sup> Dowd et Paquet, *supra* note 9 à la p 417.

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î-P-É)*, [1997] 3 RCS 3 au para 143.

<sup>111</sup> *Société Radio-Canada c Nouveau-Brunswick (PG)*, [1996] 3 RCS 480 au para 23 [Nouveau-Brunswick].

<sup>112</sup> *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 4 au para 25.

<sup>113</sup> Varda Bondy et al, *Mediation and Judicial Review: An empirical research study*, London, The Public Law Project, 2009 à la p 2.

<sup>114</sup> Laurie Kratky Dore, « Public Courts versus Private Justice : It's Time to Let Some Sun Shine in on Alternative Dispute Resolution » (2006) 81:2 *Chicago-Kent L Rev* 463 à

Canada, la publicité est primordiale « pour maintenir l'indépendance et l'impartialité des tribunaux, la confiance du public à l'égard de leur travail et sa compréhension de celui-ci, et, au bout du compte, la légitimité du processus »<sup>115</sup>. La publicité conserve une importance marquée dans les situations où l'intérêt public s'impose dans un conflit, comme lorsqu'il implique un.e agent.e de l'État<sup>116</sup>. D'ailleurs, les tribunaux acceptent rarement de rendre ces dossiers confidentiels<sup>117</sup>.

Par contraste, les modes de PRD sont en principe confidentiels<sup>118</sup>, ce qui retire souvent toute information sur les conflits qui l'emploient, incluant la connaissance de leur existence même<sup>119</sup>. Par exemple, hormis lorsque les parties en décident autrement ou que la loi impose la publicité<sup>120</sup>, les sentences arbitrales sont rendues à l'abri du regard public<sup>121</sup>. La confidentialité de l'arbitrage empêche de connaître les motifs et les faits qui ont mené à leurs conclusions<sup>122</sup> et peut masquer, le cas échéant, des « patterns or practice or intentional misconduct »<sup>123</sup> de la part des arbitres. Ceci peut se produire également dans la conduite d'autres tiers intervenant dans les processus de PRD<sup>124</sup>. Certain.e.s craignent que la confidentialité

---

la p 471 [Kratky Dore]. *Nouveau-Brunswick*, *supra* note 111 au para 23 : la Cour suprême du Canada indique que la publicité permet aux citoyen.ne.s de voir les procédures qui s'y déroulent.

<sup>115</sup> *Sherman (Succession) c Donovan*, 2021 CSC 25 au para 39.

<sup>116</sup> Kratky Dore, *supra* note 114 à la p 480.

<sup>117</sup> *Ibid* à la p 486.

<sup>118</sup> Art 4 Cpc; Jean-François Roberge, *La justice participative : Fondements et cadre juridique*, Montréal, Yvon Blais, 2017 aux pp 89 et s [Roberge, *La justice participative*].

<sup>119</sup> Kratky Dore, *supra* note 114 à la p 484.

<sup>120</sup> Par exemple, les sentences arbitrales aux petites créances sont publiques [art 556 Cpc] tout comme celles en arbitrage de grief [*Code du travail*, RLRQ c C-27, art 101.6; *Syndicat des professionnelles et professionnels de l'éducation de Laurentides-Lanaudière c Commission scolaire des Samares*, 2018 CanLII 87219 (QC SAT) au para 60].

<sup>121</sup> *Règles d'arbitrage de l'IAMC*, arts 4.18.1 et 4.18.2.

<sup>122</sup> Art 645 Cpc; *Desputeaux*, *supra* note 69 au para 54 : « Enfin, lors de l'examen de la validité de la sentence, s'impose le respect de la règle claire de l'art. 946.2 C.p.c. [règle aujourd'hui reprise à l'article 645 Cpc al 2], qui interdit l'examen du fond du différend. » Il importe de noter toutefois que selon l'article 642 al 1 Cpc, la sentence arbitrale « doit être écrite, motivée et signée par le ou les arbitres ».

<sup>123</sup> Kratky Dore, *supra* note 114 à la p 488.

<sup>124</sup> La professeure Jennifer L Schulz soutient que, selon ses recherches, les inconduites ou la négligence des médiateur.trice.s s'avèrent rarement punies, la principale conséquence étant la révocation de l'entente : « [C]ourts are not holding mediators liable, even where their conduct is, in my opinion, negligent. Instead, courts are occasionally revoking agreements reached in mediations where the mediator behaved poorly. So, while mediators are not being reproved, their agreed upon settlements are sometimes being set aside ». La professeure retient toutefois la décision *Lapierre c Comité d'inspection professionnelle du Barreau du Québec* [2019 QCCA 1705] comme exemple d'une sanction

des modes de PRD nuise à la surveillance du gouvernement et de ses organismes par le public<sup>125</sup>, envers qui ces derniers sont redevables. C'est la conclusion à laquelle en vient la Commission d'enquête sur la gestion de la modernisation des systèmes informatiques de la Société de l'assurance automobile du Québec concernant les transactions en matière de contrats publics<sup>126</sup>.

Toutefois, il importe de noter que les parties peuvent renoncer à la confidentialité de leur entente, en tout ou en partie, car l'article 4 Cpc<sup>127</sup> indique que les parties et le tiers à un mode privé PRD s'engagent à la confidentialité « sous réserve de leur entente sur le sujet ou des dispositions particulières de la loi »<sup>128</sup>.

Enfin, les craintes d'un État opérant dans l'ombre, à l'abri du regard citoyen, doivent être relativisées par les mécanismes de surveillance déjà mis en place à l'heure actuelle : Protecteur du citoyen<sup>129</sup>, Vérificateur général<sup>130</sup>, Commissaire à la lutte contre la corruption<sup>131</sup> et les auditions devant la Commission de l'administration publique<sup>132</sup>.

### 1.2.3. L'élaboration des critères pour résoudre le conflit

Le régime dérogatoire de l'État prévu à l'article 75 Cpc impose le respect des « règlements du gouvernement sur le sujet » ainsi que de n'y recourir que « dans la mesure où [...] l'espace normatif prévu par les lois le permet ». Concernant l'espace normatif au sens de cet article, un précédent article publié dans cette même revue étudie davantage cette notion<sup>133</sup>. Aux fins de cet article, il importe de mentionner qu'elle réfère

de l'inconduite de la médiatrice par les tribunaux: Jennifer L Schulz, « Mediator Liability 23 Years Later: The “Three C’s” of Case Law, Codes, & Custom » (2024) 55:1 RD Ottawa 151 aux pp 156, 179 et s.

<sup>125</sup> Varda Bondy, Margaret Doyle et Val Reid, « Mediation and Judicial Review: Mind the Research Gap » (2005) 10 Judicial Rev 220 à la p 224.

<sup>126</sup> Commission d'enquête sur la gestion de la modernisation des systèmes informatiques de la Société de l'assurance automobile du Québec, *Rapport et recommandations*, Québec, Gouvernement du Québec, 13 février 2026 [Commission d'enquête sur la SAAQ].

<sup>127</sup> Article qui codifie la règle de preuve émanant de la *common law* du privilège relatif aux règlements : *Bisailon c Bouvier*, 2020 QCCA 115 au para 75.

<sup>128</sup> Art 4 Cpc.

<sup>129</sup> *Loi sur le Protecteur du citoyen*, RLRQ c P-32, art 13 [*Loi sur le Protecteur du citoyen*].

<sup>130</sup> *Loi sur le vérificateur général*, RLRQ c V-5.01, art 1.

<sup>131</sup> *Loi sur la lutte contre la corruption*, RLRQ c 6.1, art 4.

<sup>132</sup> *Loi sur l'administration publique*, RLRQ c A-6.01, art 29.

<sup>133</sup> Voir notamment la deuxième section de : Marie-Claire Belleau et Martine Valois, « Les modes de prévention et de règlement des différends et l'État : Espace normatif

à l'ensemble des instruments normatifs prévus par les lois. Selon notre interprétation, l'espace normatif n'inclurait donc pas les documents internes administratifs, mais enclâsserait notamment des ententes avec les communautés autochtones qui les exemptent de l'application de certaines dispositions législatives ou réglementaires<sup>134</sup>.

Autrement, peu de règlements du gouvernement sur le sujet encadrent le recours à la PRD par l'État. Rarement, des politiques ou des documents gouvernementaux indiquent le choix du mode de résolution à privilégier selon le type de litiges, comme le rapport d'évaluation de la Direction du contentieux du ministère de la Justice du Canada qui avise que :

Ce ne sont pas tous les dossiers qui conviennent pour les processus de règlement des différends, parce que, pour certaines questions, il faut laisser, et on souhaite laisser, la décision au tribunal. Selon plusieurs sources d'information, la Direction du contentieux semble en règle générale avoir recours à des processus de règlement des différends, lorsque c'est opportun<sup>135</sup>.

Au surplus, la politique fédérale sur le règlement des conflits fournit des indications plutôt vagues sur les critères à considérer pour choisir la méthode appropriée, notamment :

l'évaluation minutieuse des faits et des circonstances du dossier. En procédant à cette évaluation, il faut tenir compte des intérêts des parties, de la nature du différend, des risques judiciaires, ainsi que des restrictions législatives ou politiques régissant l'utilisation d'un processus de règlement des différends particuliers<sup>136</sup>.

Similairement au Québec, peu d'informations s'avèrent disponibles concernant les critères de décision pour la résolution de conflit. Sur le site du Gouvernement du Québec, la seule mention des modes de PRD avec l'État se situe dans la section « Situations qui s'y prêtent » qui inclut les relations avec des organismes publics pour des plaintes, des demandes de révision d'une décision, etc.<sup>137</sup> D'ailleurs, au moment d'écrire ces lignes, le ministère de la Justice québécois n'a pas adopté de politique

---

et règlements » (2025) 103:3 R du B can 828.

<sup>134</sup> Voir notamment : *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ c P-34.1, art 131.20 et *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, RLRQ c C-61.1, art 24.1.

<sup>135</sup> Canada, ministère de la Justice, *Direction du contentieux. Évaluation* (rapport final), par Division de l'évaluation, n° de catalogue : J2-414/2015F-PDF, Ottawa, Direction des services ministériels du ministère de la Justice, 2015 à la p 103 et s.

<sup>136</sup> Canada, ministère de la Justice, « [Politique sur la prévention et le règlement des différends](https://tinyurl.com/5bmbptyh) » (5 août 2021), en ligne : <<https://tinyurl.com/5bmbptyh>> [Canada, ministère de la Justice, « Politique sur la prévention et le règlement des différends »].

<sup>137</sup> Gouvernement du Québec, « [À propos des modes de prévention et de règlement des différends \(PRD\)](https://tinyurl.com/2s449wuy) » (11 novembre 2025), en ligne : <<https://tinyurl.com/2s449wuy>>.

ou d'orientations générales sur la PRD, contrairement à son homologue fédéral qui s'est doté de ce type de document dès 1996<sup>138</sup>.

En l'absence de règles claires balisant l'utilisation des processus de PRD par l'État, les critères qu'il emploie habituellement pour décider ou non d'intenter une poursuite judiciaire demeurent pertinents pour déterminer le mode de résolution de conflit approprié à chaque situation. En ce sens, l'État devrait considérer les risques pour l'intérêt public, les chances de succès du règlement ainsi que ses potentiels effets, les répercussions sur l'ordre public—le cas échéant—les priorités du gouvernement et les coûts associés à chacune des procédures envisagées<sup>139</sup>. D'autres critères devraient aussi être évalués : la confidentialité; la responsabilité et la compétence du tiers impliqué, s'il y a lieu; les droits en jeu pour les parties et pour le public; et la possibilité de révision, d'appel ou d'avoir recours à d'autres moyens de résolution de conflit par la suite<sup>140</sup>. De plus, en s'inspirant de ce qui se fait en Australie, l'État pourrait aussi tenir compte de l'urgence de la situation, de la possibilité de préjudice injustifié et si des précédents semblables ont déjà réglé ce type de conflit devant les tribunaux<sup>141</sup>.

Enfin, l'État peut considérer les bienfaits d'une approche par étapes qui consiste à tenter de résoudre des conflits par des processus simples et peu coûteux comme la négociation pour ensuite, en cas d'échec, faire intervenir un tiers impartial en facilitation, en conciliation ou en médiation avant d'imposer la résolution par un.e décideur.se comme un.e arbitre ou un.e juge. Dans chaque cas, l'État doit procéder à une évaluation comparative quant aux avantages et aux inconvénients d'avoir recours aux modes de PRD et aux tribunaux.

---

<sup>138</sup> Originellement intitulée *Politique sur le règlement des conflits*. En 2016, le gouvernement fédéral la modernise notamment en adoptant le vocable de la réforme du *Code de procédure civile* du Québec en l'intitulant *Politique sur la prévention et le règlement des différends* : Canada, ministère de la Justice, « Politique sur la prévention et le règlement des différends », *supra* note 136. Pour le document de 1996, dans nos recherches, l'unique copie de la politique de 1996 que nous avons repérée s'avère en annexe du texte suivant : Guy Baron, « Projet relatif au règlement des conflits—ministère de la Justice (Canada) » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en médiation* (1996), vol 80, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1996, 17.

<sup>139</sup> Sanderson, *supra* note 31 à la p 92.

<sup>140</sup> Elizabeth J Swanson, « Alternative Dispute Resolution and Environmental Conflict: The Case for Law Reform » (1995) 34:1 *Alta L Rev* 267 à la p 272.

<sup>141</sup> Australie, National Alternative Dispute Resolution Council, *The Resolve to Resolve—Embracing ADR to Improve Access to Justice in the Federal Jurisdiction: A Report of the Attorney-General*, Barton, NADRAC, 2009 à la p 8; Mary Anne Noone, « ADR, Public Interest Law and Access to Justice: The Need for Vigilance » (2011) 37:1 *Monash U L Rev* 57 à la p 68.

À la suite de ce survol de l'intérêt public dans le contexte de l'article 75 Cpc et de son incidence sur l'utilisation de la PRD, nous discuterons des avenues à envisager dans la résolution des conflits de l'État selon certains domaines concernés.

## **2. L'intérêt public, l'État et la PRD : entre barrières et succès**

À la lumière de notre analyse concernant la notion de l'intérêt public, il convient de repérer quelles voies l'État peut emprunter dans la résolution des conflits pour divers types de dossier. Ainsi, nous divisons la prochaine partie en trois sections souhaitant illustrer les contextes où les modes de PRD sont difficilement envisageables (2.1), où ils sont complémentaires au système judiciaire (2.2) et où leur apport est potentiellement le plus fécond (2.3).

### **2.1. En plein cœur de l'intérêt public : un recours à la PRD restreint, voire improbable**

Lorsque l'intérêt public oriente, voire incarne, le débat au cœur du conflit, les tribunaux sont l'avenue à prioriser en comparaison avec les autres options de résolution de conflit. Afin d'illustrer la relation entre le bien collectif et la restriction des possibilités, nous discuterons de deux domaines où le recours à la PRD apparaît inopportun : la validité des lois (2.1.1) et l'administration de la justice (2.1.2).

#### **2.1.1. La validité des lois**

Par sa nature, certains aspects du droit constitutionnel demeurent intrinsèquement liés à l'intérêt public<sup>142</sup>. Le droit des justiciables au « respect de la Constitution par le Parlement »<sup>143</sup> représente un des piliers de la démocratie parlementaire, puisque l'État ne peut outrepasser ses compétences attribuées par la loi et les actes qu'il accomplit doivent s'y conformer<sup>144</sup>. Il s'agit du principe fondamental de la primauté du droit, qui impose à l'État de fournir un moyen accessible à la population pour remettre en question la légalité de ses actes<sup>145</sup>, car comme la Cour suprême du Canada l'indiquait dans l'arrêt *Thorson* :

---

<sup>142</sup> Brian Dickson, « ADR, the Courts and the Judicial System: The Canadian Context » (1994) 28 *Law Society's Gazette* 231 [Dickson].

<sup>143</sup> *Downtown Eastside*, *supra* note 34 au para 31, citant *Thorson c Canada (PG)*, [1975] 1 RCS 138 [*Thorson*].

<sup>144</sup> *Downtown Eastside*, *supra* note 34 au para 31.

<sup>145</sup> *Ibid.* Nicole Duplé, *Droit constitutionnel : Principes fondamentaux*, 7<sup>e</sup> éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018 aux pp 271–272.

[...] il serait étrange et même alarmant qu'il n'y ait aucun moyen par lequel une question d'abus de pouvoir législatif, matière traditionnellement de la compétence des cours de justice, puisse être soumise à une décision de justice<sup>146</sup>.

De surcroît, en vertu de la primauté du droit, les contestations de la validité constitutionnelle des lois relèvent de la compétence des tribunaux judiciaires. Comme le rappelait la juge Karakatsanis, écrivant au nom de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Hryniak c Mauldin*, une privatisation disproportionnée des dossiers entraîne des conséquences non négligeables, car « en l'absence d'un forum public accessible pour faire trancher les litiges, la primauté du droit est compromise et l'évolution de la common law, freinée »<sup>147</sup>.

Conformément au modèle de la démocratie parlementaire, la décision d'invalider des lois adoptées par les élus « ne [peut] être élaborée qu'à l'intérieur d'un cadre juridictionnel et procédural préalablement défini »<sup>148</sup>. Le système judiciaire demeure la seule arène disponible afin de renverser la présomption de constitutionnalité des lois. En effet, lors d'une contestation constitutionnelle, l'intérêt public doit être pondéré avec l'intérêt privé des demandeurs.<sup>149</sup> De plus, les conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité dépassent le cadre des parties à un conflit<sup>150</sup> et requièrent souvent de considérer des éléments essentiels

---

<sup>146</sup> *Downtown Eastside*, *supra* note 34 au para 31, citant *Thorson*, *supra* note 143, 145.

<sup>147</sup> *Hryniak c Mauldin*, 2014 CSC 7 au para 26 [*Hryniak*]. L'ancien juge en chef de l'Ontario Warren K. Winkler décrit cette préoccupation que suscite la désertion des cours de justice en faveur de la PRD dans Warren K Winkler, « The Vanishing Trial » (2008) 27:2 *Advocates' Soc J* 3 au para 12 : « [T]he departure of civil cases to the private arbitration system has a direct impact on the development of our jurisprudence. The common law's greatest single strength is its ability to transform itself organically and to respond to changing social, economic and political values. However, it can evolve only if cases, including challenging and important cases, are being decided and appeals are being taken. If there are significantly fewer trials, the common law will stagnate and fail to develop with our society ». Le concept du « vanishing trial », traduit au Québec par l'expression « décrochage judiciaire », provient tout d'abord de Marc Galanter dans son article canonique : « The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts » (2004) 1:3 *J Empirical Leg Stud* 459.

<sup>148</sup> Danielle Pinard, « L'exigence d'avis préalable au procureur général prévu à l'article 95 du Code de procédure civile » (1990) 50:2 *R du B* 629 à la p 632; Marc-André Russell, « Fascicule 10 : Les droits particuliers de l'État : I. Procureur général, gardien de l'intérêt public » au n° 2 et s, dans Pierre-Claude Lafond, dir, *JCQ Procédure civile I* (2<sup>e</sup> éd) (mis à jour le 3 février 2023) (QL).

<sup>149</sup> *Québec (PG) c 9105425 Canada Association*, 2017 QCCA 426 au para 90; *Metropolitan Stores*, *supra* note 15.

<sup>150</sup> *Québec (PG) c Senneville*, 2025 CSC 33 au para 50 : « Lorsqu'une cour habilitée à prononcer une déclaration formelle d'inopérabilité en vertu du par. 52(1) de

à la séparation des pouvoirs dont « le droit du public au bénéfice de la loi, ainsi que les rôles institutionnels différents que les tribunaux et les législatures sont appelés à jouer »<sup>151</sup>.

Conscient de l'apport des tribunaux pour traiter ce type de question, le manuel du gouvernement fédéral sur la PRD avise que l'arbitrage pourrait ne pas être approprié dans certains dossiers de droit public, particulièrement en droit constitutionnel<sup>152</sup>. Du reste, le partage des compétences fédérales et provinciales tout comme le respect des droits et libertés fondamentaux sont d'ordre public<sup>153</sup> et méritent un débat démocratique<sup>154</sup>. En réalité, le pouvoir de déclarer les lois inopérantes ou invalides au cœur de la compétence des tribunaux ne peut se transférer aux modes de PRD puisque l'État ne peut négocier la validité des lois avec des citoyen.ne.s.

### 2.1.2. L'administration de la justice

L'administration de la justice interpelle différentes facettes de l'intérêt public auxquelles les décideur.se.s s'avèrent fréquemment les mieux placé.e.s pour pondérer les enjeux qui en découlent. Il importe d'évaluer l'efficacité et la légitimité du recours à la PRD par l'État dans de telles circonstances.

Tout d'abord, certains domaines intrinsèquement liés à la compétence des tribunaux s'intègrent difficilement aux modes de PRD existants. À ce titre, la Cour supérieure détient une compétence fondamentale inaliénable sans modification constitutionnelle<sup>155</sup> et qui englobe, selon la Cour suprême du Canada, « les pouvoirs qui sont essentiels à l'administration de la justice et au maintien de la primauté du droit », ce qui confère à la

---

la *Loi constitutionnelle de 1982* (voir *Lloyd*, par. 15) déclare qu'une peine minimale est inconstitutionnelle, “[l]a règle du *stare decisis* étend l'effet de ce jugement au-delà des parties au litige, *erga omnes* dans la province à tout le moins—sous réserve des limites de la règle elle-même” (*Sullivan*, par. 55) ».

<sup>151</sup> *R c Albashir*, 2021 CSC 48 au para 30.

<sup>152</sup> Canada, ministère de la Justice, « [Le manuel relatif au règlement des conflits](https://tinyurl.com/dxsnf2um) », en ligne : <<https://tinyurl.com/dxsnf2um>>.

<sup>153</sup> Cumyn, *supra* note 49 à la p 42; Karine Millaire, « Les droits et libertés fondamentaux susceptibles de renonciation : une approche à repenser » (2019) 60:4 C de D 991 à la p 1021 [Millaire].

<sup>154</sup> Dickson, *supra* note 142.

<sup>155</sup> Cette compétence découle de l'interprétation donnée à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, qui se lit comme suit : « Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick. »

cour son “caractère essentiel” ou “attribut immanent” »<sup>156</sup>. La Cour suprême précise que cette compétence fondamentale « inclut les pouvoirs et compétences essentiels au rôle des cours supérieures en tant que pierre angulaire du système de justice unitaire et premières gardiennes de la primauté du droit »<sup>157</sup>.

Ainsi, les modes de PRD ne pourraient s’arroger ou obtenir un pouvoir provenant de la compétence exclusive de la Cour supérieure tel que l’injonction et le contrôle judiciaire<sup>158</sup>. D’ailleurs, certaines procédures dévolues aux tribunaux pour assurer la protection des droits fondamentaux<sup>159</sup> doivent demeurer dans l’arène judiciaire dont :

- autoriser la garde en établissement<sup>160</sup>;
- autoriser des soins<sup>161</sup>;
- prononcer la déchéance de l’autorité parentale<sup>162</sup>; et
- homologuer le mandat en prévision de l’inaptitude<sup>163</sup>.

---

<sup>156</sup> *Criminal Lawyers’ Association*, *supra* note 11 au para 19; *MacMillan Bloedel* *supra* note 11 aux para 30 et 38; et *Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art 35, *supra* note 11.

<sup>157</sup> *Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art 35, *supra* note 11 au para 63.

<sup>158</sup> Arts 33 al 2 et 34 al 1 Cpc; *ibid* au para 15.

<sup>159</sup> Comme la professeure Suzanne Bouclin l’indiquait, la procédure judiciaire s’avère nécessaire lorsqu’il s’agit « d’obtenir une ordonnance restrictive [ou] une autre mesure de redressement pour une partie vulnérable ». Toutefois, comme elle le mentionne, dans ces disciplines invasives, « les groupes historiquement marginalisés se demandent encore si leurs droits sont mieux défendus par le processus judiciaire adversatif » (à la p 87 n 112) : Suzanne Bouclin, *Une introduction à la théorie et à la pratique de la résolution des différends*, Montréal, JFD, 2024 [Bouclin].

<sup>160</sup> Art 30 CcQ; concernant la compétence de la Cour du Québec et la protection inégale des droits et libertés en pratique, voir Emmanuelle Bernheim, « La procédure en matière d’intégrité de la personne, entre spécificité et transposition. Un enjeu de droits fondamentaux » (2013) 43:2 RGD 309 aux pp 317-318, 321-323.

<sup>161</sup> Art 16 CcQ; concernant l’objectif derrière cette procédure devant la Cour supérieure, voir Emmanuelle Bernheim, Guillaume Chalifour et Richard-Alexandre Laniel, « La santé mentale en justice— invisibilité et déni de droits : une étude statistique de la jurisprudence en autorisation de soins » (2016) 9:2 RD & santé McGill 337 aux pp 347-348. Cependant, il importe de consulter généralement l’article pour connaître la réalité sur le terrain de cette procédure et les défis à surmonter à l’heure actuelle.

<sup>162</sup> Art 606 CcQ; comme le rappelle la Cour d’appel du Québec : « Il s’agit d’une mesure extrêmement grave, radicale et tout à fait exceptionnelle. » (*Droit de la famille—111924*, 2011 QCCA 1236 au para 6)

<sup>163</sup> Art 2166 CcQ; sur la jurisprudence concernant cette procédure et ses limites, voir Anne-Isabelle Cloutier, « Homologation du mandat de protection en cas d’inaptitude

Autrement, lorsqu'une partie souhaite obtenir des renseignements gouvernementaux confidentiels afin d'élaborer la preuve dans son litige l'opposant à un organisme public, l'intérêt public reste un obstacle non négligeable à une utilisation intensive de la PRD. En réalité, la confidentialité des informations étatiques sert le bien collectif<sup>164</sup>. À cette fin, l'article 283 Cpc prévoit que l'État et ses organismes ne peuvent être tenus de divulguer des renseignements si cela est contraire à l'intérêt public. Par ailleurs, dans l'optique de la bonne administration du système de justice, l'intérêt public milite également pour que les justiciables aient accès à ces renseignements pour recueillir leurs éléments de preuve. Comme l'indique la cour dans un litige opposant la Fédération des médecins spécialistes du Québec à la Régie de l'assurance maladie du Québec :

un juste équilibre doit exister entre d'une part, l'intérêt du public que certains renseignements relatifs aux activités gouvernementales demeurent confidentiels et d'autre part, l'importance que les justiciables puissent obtenir tous les éléments de preuve nécessaires au règlement de leurs litiges<sup>165</sup>.

Considérant les deux objectifs d'intérêt public en jeu dans les questions de divulgation de renseignements gouvernementaux, les décideur.se.s aux prises avec ce type de question doivent :

pondérer d'une part, l'intérêt du public à ce que les communications de la branche exécutive du gouvernement demeurent confidentielles et, d'autre part, l'intérêt du public à préserver la bonne administration de la justice et le droit du justiciable à connaître tous les renseignements nécessaires pour prouver ses allégations<sup>166</sup>.

La Cour suprême du Canada a déjà traité de cette question dans l'arrêt *Carey c Ontario*, où elle a établi les éléments à considérer par un.e décideur.se pour mettre de côté le privilège de l'État quant à la non-divulgence de ses renseignements confidentiels<sup>167</sup>. La compréhension et l'application de ces critères nécessitent une connaissance approfondie du droit public et du fonctionnement particulier des organismes de l'administration publique, ce qui ne sied pas toujours aux compétences habituelles des intervenant.e.s aux modes de la PRD. Ainsi, les décideur.se.s possèdent davantage les

---

partielle du mandant: 10 ans après LP c FH, où en sommes-nous rendus? » (2021) 15:1 RD & santé McGill 5.

<sup>164</sup> *Ontario (PG) c Ontario (Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée)*, 2024 CSC 4 au para 3.

<sup>165</sup> *Fédération des médecins spécialistes du Québec c Régie de l'assurance maladie du Québec*, 2020 QCCS 1447 au para 16; *Municipalité régionale de comté de Roussillon c Québec (PG)*, 2017 QCCS 2512 [MRC de Roussillon] au para 10; *Corporation des services d'ambulance du Québec c Barette*, 2019 QCCS 2631 aux para 14, 29.

<sup>166</sup> *MRC de Roussillon*, supra note 165 au para 10.

<sup>167</sup> *Carey c Ontario*, [1986] 2 RCS 637.

connaissances requises pour pondérer les éléments en jeu et pour rendre ce type de décision<sup>168</sup>.

Enfin, un contre-exemple réside dans les dossiers concernant l'accès à l'information qui peuvent s'intégrer à l'offre de la PRD. À l'heure actuelle, le recours à la médiation est prévu lorsqu'une demande de révision ou une demande d'examen de mécontentement est reçue à la Commission d'accès à l'information du Québec<sup>169</sup>. Par conséquent, bien qu'il constitue parfois un domaine épineux et complexe, le recours aux modes de PRD peut être envisagé dans plusieurs situations, même à l'égard des différends sur la confidentialité des renseignements gouvernementaux.

## **2.2. Influence de l'intérêt public : pour une complémentarité de la PRD et des tribunaux**

Par leur légitimité à titre de procédés de justice, les modes de PRD « jouent un rôle complémentaire à l'instance judiciaire »<sup>170</sup>. Ainsi, la prochaine section porte sur des domaines propices à leur utilisation, mais dans lesquels l'intérêt public soulève des drapeaux rouges, soit des limites à percevoir dans le choix du moyen pour résoudre le conflit. Par voie de conséquence, les secteurs énumérés se démarquent par leurs deux penchants. Ils regroupent des dossiers où les tribunaux semblent mieux placés pour trancher les enjeux au cœur du conflit tout comme un lot de situations où l'État serait potentiellement mieux servi par le recours à la PRD. Ainsi, nous repérons trois branches qui démontrent la complémentarité des modes de PRD et du système judiciaire : les violations des droits et libertés fondamentaux (2.2.1), le droit de l'environnement (2.2.2) et les contrats publics (2.2.3).

### **2.2.1. Les droits et libertés fondamentaux**

Les violations des droits et libertés fondamentaux commises par l'État choquent la conscience collective et il importe que le public en prenne connaissance. Pour plusieurs, seuls les tribunaux devraient trancher les litiges en présence d'actes attentatoires étatiques afin de favoriser leur

---

<sup>168</sup> Art 2809 CcQ.

<sup>169</sup> En effet, l'article 138.1 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, supra note 35, indique que « [l]orsque la Commission est saisie d'une demande, elle peut, si elle le considère utile et si les circonstances d'une affaire le permettent, charger une personne qu'elle désigne de tenter d'amener les parties à s'entendre ».

<sup>170</sup> Jean-François Roberge, *Prévention et règlement des différends – Conseiller et négociateur*, Montréal, Yvon Blais, 2020 à la p 20 [Roberge, *Prévention et règlement des différends*].

diffusion auprès des citoyen.ne.s<sup>171</sup>. Dans ce contexte, les apports de la publicité méritent d'être soulignés. Elle encourage la conscientisation de la société à la présence de discrimination systémique<sup>172</sup> et des abus de pouvoir du gouvernement<sup>173</sup> tout comme elle incite les citoyen.ne.s à revendiquer des changements ou des réparations. Dans les faits, la dissimulation du non-respect des droits et libertés pourrait miner les garanties consacrées par les instruments de protection des droits et libertés<sup>174</sup>. Sur ce point, Trevor Farrow s'exprime ainsi :

[C]onstitutional cases, so often involving issues of paramount societal concern, must have the ability to influence and shape future conduct and to prompt necessary behavioural changes. This requires adjudication within a public forum such as a law court where the public interest is represented and binding, effective decisions are rendered<sup>175</sup>.

À titre de « derniers remparts du citoyen contre l'arbitraire du pouvoir politique »<sup>176</sup>, les tribunaux doivent pouvoir sanctionner les abus de l'État. La reconnaissance et la condamnation de l'inconduite transcendent la réparation de la partie victime, puisqu'elles permettent d'établir des balises claires pour éviter de futurs excès. En ce sens, les professeur.e.s Pierre-Claude Lafond et Michelle Thériault avisent qu'une privatisation excessive « peut avoir un effet sur le développement de la jurisprudence. Des ententes privées privent les justiciables de précédents et de règles de conduite pour l'avenir »<sup>177</sup>. La responsabilité policière, domaine « où le

---

<sup>171</sup> Trevor CW Farrow, *Civil Justice, Privatization, and Democracy*, Toronto, University of Toronto Press, 2014 à la p 127.

<sup>172</sup> Par exemple, du profilage racial. Voir à ce sujet Kent Roach, « Making Progress on Understanding and Remediating Racial Profiling » (2004) 41:4 *Alta L Rev* 895.

<sup>173</sup> Heather M MacNaughton, « The Role of Mediation in Human Rights Disputes » dans Ronald Murphy et Patrick A Molinari, dir, *Doing Justice: Dispute Resolution in the Courts and Beyond*, Montréal, Canadian Institute for the administration of justice, 2007, 3 à la p 3.

<sup>174</sup> Dominique Allen, « Against Settlement? Owen Fiss, ADR, and Australian Discrimination Law » (2009) 10:4 *Intl J Discrimination & L* 191 à la p 196 [Allen].

<sup>175</sup> Trevor CW Farrow, « Public Justice, Private Dispute Resolution and Democracy » (2008) 4:4 *Comp Research L & Political Economy* à la p 59.

<sup>176</sup> *Québec (Conseil de la magistrature) c Québec (Commission d'accès à l'information)*, [2000] RJQ 638, 2000 CanLII 11305 (CA) au para 51; *Ell c Alberta*, 2003 CSC 35 au para 24.

<sup>177</sup> Pierre-Claude Lafond et Michelle Thériault, « La médiation » dans Lafond, dir, *Régler autrement les différends*, supra note 4, 103 à la p 112 [Lafond et Thériault]. Voir également Owen M Fiss, « Against Settlement » (1984) 93:6 *Yale LJ* 1073 à la p 1089 dans lequel le professeur Fiss de la *Yale Law School*, critique précoce et célèbre de la PRD, écrivait déjà en 1988 que son utilisation était incompatible avec la primauté du droit, car elle empêche « the application of properly derived legal standards, resulting in outcomes

risque d'abus est indéniable »<sup>178</sup>, appert un des secteurs où l'apport des tribunaux s'impose pour déterminer si les transgressions des droits et libertés fondamentaux par la police sont justifiées, car comme la Cour suprême du Canada le rappelait en 2019 :

(...) il importe, dans une société qui repose sur la primauté du droit, que les actes des policiers trouvent en tout temps un fondement juridique. À défaut de telles justifications, leur conduite est illégale et ne saurait être tolérée. Les policiers sont conséquemment astreints, dans l'exercice de ces pouvoirs, à des règles de conduite exigeantes visant à prévenir l'arbitraire et les restrictions injustifiées aux droits et libertés [références omises]<sup>179</sup>.

La privatisation en matière de droits fondamentaux garantis par le droit public soulève plusieurs craintes. À cet effet, les professeur.e.s Lafond et Thériault avisaient notamment qu'il « peut être dangereux pour la protection des groupes minoritaires de confier à des acteurs privés la tâche de définir et de délimiter au moyen de normes non juridiques les droits publics dans la société »<sup>180</sup>.

En revanche, il importe de repenser le paradigme qui place les tribunaux comme l'arène préférable et privilégiée pour traiter les situations de discrimination. Traditionnellement, plusieurs soutenaient que les cours de justice pouvaient rétablir l'équité entre les parties, dont les communautés minoritaires victimes de discrimination, grâce à la procédure contradictoire du système de justice traditionnel, à ses règles définies, à ses pouvoirs de contrainte et à sa structure formelle<sup>181</sup>.

that might be far removed from what society (acting through law) has determined would be appropriate under these circumstances ».

<sup>178</sup> *Kosoian c Société de transport de Montréal*, 2019 CSC 59 au para 38.

<sup>179</sup> *Ibid* aux para 38-39.

<sup>180</sup> Lafond et Thériault, *supra* note 177 à la p 112. Voir également Pierre-Claude Lafond, *Droit de la protection du consommateur*, 2<sup>e</sup> éd, Montréal, Yvon Blais, 2021 au para 1132, citant Laura Nader, « Alternatives to the American Judicial System » dans Laura Nader, dir, *No Access to Law*, New York, Academic Press, 1980, 3 aux pp 30, 48; Laura Nader, « Processes of Constructing (No) Access to justice (for Ordinary People) » (1990) 10 WYBAJ 496 aux pp 502-503, 509-511. Ainsi, selon l'anthropologue Laura Nader, « les modes alternatifs ne s'attaquent pas aux vrais problèmes : les causes véritables des injustices qui aboutissent à des conflits et les rapports de force, de pouvoir entre les parties » (traduction libre). Suivant cette logique, pour certain.e.s critiques, la PRD vise à « freiner le développement de droits protecteurs pour les parties les plus faibles [...] Le droit substantiel contient des normes qui visent souvent à protéger la partie la plus faible. Les procédures de médiation qui mettent les normes juridiques de côté pour résoudre les conflits et qui favorisent le recours à l'équité, au bon sens, aux intérêts des parties font perdre le bénéfice du droit à la partie faible » (traduction libre).

<sup>181</sup> Richard Delgado et al, « Fairness and formality : minimizing the risk of prejudice in alternative dispute resolution » (1985) 1389 Wisconsin L Rev 1359 aux pp 1389, 1391.

Récemment, ce postulat s'avère ébranlé par certain.e.s auteur.e.s qui préviennent que les juges maintiennent des préjugés, conscients ou non, à l'égard des groupes minoritaires, dont aucune règle formelle ne pourrait prévenir les effets dans leurs raisonnements et leurs jugements<sup>182</sup>. Ainsi, les modes de PRD, comme la médiation, paraissent une solution propice pour favoriser « l'accès à la justice pour les groupes "vulnérables" »<sup>183</sup>.

Au reste, les bienfaits des tribunaux dans ce type de litige doivent être nuancés par l'accès réduit aux tribunaux des personnes victimes. En pratique, elles profitent peu de l'apport des juges qui consiste notamment à empêcher que les parties compromettent le respect de leurs droits fondamentaux en échange d'une réparation monétaire plus rapide ou plus importante. Bien qu'agir ainsi puisse *a priori* être jugé contraire à l'ordre public<sup>184</sup>, étant donné qu'une partie ne peut renoncer à un droit fondamental par contrat<sup>185</sup>, les personnes victimes parviennent rarement à obtenir une réelle réparation.

La résolution hâtive demeure une partie intégrante de l'arsenal de solutions disponibles en matière de discrimination<sup>186</sup>. D'ailleurs, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse recherche dans le traitement d'une plainte reçue si les éléments de preuve permettent de favoriser « la négociation d'un règlement entre les parties, de proposer l'arbitrage du différend ou de soumettre à un tribunal le litige qui subsiste »<sup>187</sup>. La Commission propose également la médiation

---

Voir cependant Martine Valois, « La mission de justice dans l'État moderne » dans Tremblay, dir, *supra* note 95, 209.

<sup>182</sup> Charles B Craver, « Do Alternative Dispute Resolution Procedures Disadvantage Women and Minorities » (2017) 70:4 SMU L Rev 891 à la p 912.

<sup>183</sup> Évelyne Jean-Bouchard, « Les expériences de juridicité des femmes autochtones au Québec : Une analyse relationnelle et pluraliste des enjeux de gouvernance » (2019) 24:2 Lex Electronica à la p 9.

<sup>184</sup> Allen, *supra* note 174.

<sup>185</sup> *Commission ontarienne des droits de la personne c Etobicoke*, [1982] 1 RCS 202; art 8 CcQ. Voir cependant pour les exceptions concernant la renonciation aux droits et libertés : Millaire, *supra* note 153.

<sup>186</sup> Pour le professeur Dominique Clément, la priorisation de la conciliation sur le litige constitue un des éléments clés du « Canadian model for human rights law [which] is arguably among the most robust in the world » : Dominique Clément, « Renewing Human Rights Law in Canada » (2017) 54:4 Osgoode Hall LJ 1311 à la p 1319 [Clément].

<sup>187</sup> *Charte québécoise*, *supra* note 45, art 78. Dans son rapport d'activités de 2022–2023, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse révélait que « [I]es avocates et les avocats de la Commission ont négocié des règlements à l'amiable dans 37 dossiers, dont 15 au stade de la décision administrative de la Commission d'agir en faveur de la victime de discrimination, d'exploitation ou de harcèlement, après enquête. Dans 22 dossiers, la négociation a été engagée après qu'un recours en justice ait été intenté en faveur

dans le traitement d'une plainte de discrimination, de harcèlement ou d'exploitation<sup>188</sup>.

En outre, il importe de souligner une institution mise en œuvre par l'État impliquée dans le traitement des plaintes des violations étatiques aux droits et libertés de la personne, soit le Protecteur du citoyen. Selon sa loi constitutive, cet acteur a pour mission d'intervenir au Québec, en toute indépendance et impartialité<sup>189</sup> :

chaque fois qu'il a des motifs raisonnables de croire qu'une personne ou un groupe de personnes a été lésé ou peut vraisemblablement l'être, par l'acte ou l'omission d'un organisme public, de son dirigeant, de ses membres ou du titulaire d'une fonction, d'un emploi ou d'un office qui relève de ce dirigeant<sup>190</sup>.

Conséquemment, selon les auteurs Marc-André Dowd et Jean-Claude Paquet, l'emploi des termes « organisme public » au sein de la loi constitutive de l'entité réfère à tous les ministères (hormis le Conseil du trésor et le Conseil exécutif) et l'ensemble des organismes « dont le personnel est nommé en vertu de la *Loi sur la fonction publique*<sup>191</sup> »<sup>192</sup>. Si, lors de son intervention, une situation préjudiciable se décèle, le Protecteur du citoyen devra donner un avis écrit à l'organisme visé<sup>193</sup>. En ce sens, la loi énumère les exemples suivants :

- 1) ne s'est pas conformé à la loi;
- 2) a agi de façon déraisonnable, injuste, abusive ou d'une manière discriminatoire;

---

de la victime. » (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2022-2023*, Montréal, CDPDJ, 2023 à la p 35 [CDPDJ])

<sup>188</sup> CDPDJ, *supra* note 187 à la p 18; la Commission indique dans son rapport d'activités de 2022-2023 à la p 21 que « [d]urant l'exercice écoulé, 247 dossiers ont été transmis au service de médiation. Sur les 177 dossiers traités au cours de l'année, 120 se sont conclus par une entente, soit un taux de règlement de 68 % [...] De ce nombre, 22 % ont continué leur cheminement en enquête, la médiation n'étant pas parvenue à une entente entre les parties. » Pour de plus amples informations sur le processus au sein de la Commission, voir : Dowd et Paquet, *supra* note 9 aux pp 411-412.

<sup>189</sup> Marc-André Dowd, « La violence institutionnelle » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables (2023)*, vol 527, Montréal, Yvon Blais, 2023, 63 à la p 66 [Dowd].

<sup>190</sup> *Loi sur le Protecteur du citoyen*, *supra* note 129, art 13.

<sup>191</sup> RLRQ c F-3.1.1.

<sup>192</sup> Dowd et Paquet, *supra* note 9 à la p 401. À la même page, en s'appuyant sur l'arrêt *British Columbia Development Corporation c Friedman (Ombudsman)*, [1984] 2 RCS 447 à la p 474, les auteurs affirment que seules les activités du système judiciaire et de l'Assemblée nationale échappent à l'intervention du ou de la Protecteur.rice du citoyen.ne.

<sup>193</sup> *Loi sur le Protecteur du citoyen*, *supra* note 129, art 26.1 al 1.

- 3) a manqué à son devoir ou fait preuve d'inconduite ou de négligence;
- 4) a commis une erreur de droit ou de fait;
- 5) dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, a agi dans un but injuste, en se fondant sur des motifs qui ne sont pas pertinents ou en n'en motivant pas l'exercice lorsqu'il devait le faire<sup>194</sup>.

En plus d'émettre un avis ou une recommandation qui souhaite rétablir la partie ou le groupe dans ses droits, le Protecteur du citoyen demandera « d'être informé des mesures qui auront été effectivement prises pour remédier à la situation préjudiciable »<sup>195</sup>. Les possibilités de publiciser les situations préjudiciables demeurent un atout substantiel de ce mécanisme, car elles permettent d'accentuer son influence. À ce titre, les auteurs Dowd et Paquet présentent les options suivantes :

Après un délai raisonnable, s'il est insatisfait des suites données à ses recommandations, le Protecteur du citoyen pourra choisir d'exposer plus formellement la situation dans un rapport destiné au gouvernement ou, encore, à l'Assemblée nationale (rapport spécial ou inclusion dans le rapport annuel d'activités). Au-delà de la résolution des cas individuels, le Protecteur du citoyen peut, dans une perspective davantage systémique, proposer « les réformes législatives, réglementaires ou administratives qu'il juge conformes à l'intérêt général »<sup>196</sup>. Lorsqu'il estime qu'il est d'intérêt public de le faire, sa loi constitutive lui reconnaît formellement le droit de commenter publiquement un de ses rapports ou une de ses interventions<sup>197</sup>.

Ainsi, la portée des actes du Protecteur du citoyen repose sur des considérations d'intérêt public à pondérer afin d'employer le ou les outils adéquats dans son intervention. De plus, son statut particulier au sein de l'appareil gouvernemental ainsi que le grand nombre de dossiers traités<sup>198</sup> lui permettent de mettre en lumière des pratiques néfastes, telles que de la violence institutionnelle<sup>199</sup>. Comme l'énonçait le Protecteur du

---

<sup>194</sup> *Ibid*, art 26.1.

<sup>195</sup> *Ibid*, art 26.2; Dowd et Paquet, *supra* note 9 à la p 403. Dans une allocution de 2023, le Protecteur du citoyen actuel, Marc-André Dowd, révèle que 98% de ses recommandations sont acceptées : Dowd, *supra* note 189 à la p 67.

<sup>196</sup> *Loi sur le Protecteur du citoyen*, *supra* note 129, art 27.3.

<sup>197</sup> Dowd et Paquet, *supra* note 9 à la p 403.

<sup>198</sup> Dowd, *supra* note 189 à la p 67, indique que le Protecteur du citoyen reçoit environ 20 000 demandes par année.

<sup>199</sup> Bien que la définition de la notion varie, nous reprenons celle choisie par Marc-André Dowd dans *ibid* à la p 68 : « [L]a violence institutionnelle survient quand l'institution devient le principal but de son existence, c'est-à-dire son propre objet et son propre projet. L'institution donne alors priorité à son mode de fonctionnement plutôt

citoyen actuel, Marc-André Dowd, ses enquêtes « révèlent souvent des situations de violence institutionnelle. Les plaintes et les signalements que nous recevons nous confirment qu'elle surgit dans des contextes précis et qu'elle peut être implacable pour celui ou celle qui la ressent comme une atteinte grave »<sup>200</sup>.

En dépit du fait que les tribunaux paraissent les mieux placés pour préserver la connaissance du public des différends liés aux droits fondamentaux, il importe de noter que la publicité des accommodements raisonnables demeure une avenue envisageable et une solution qui s'applique à de nombreux motifs de discrimination, dont la religion, « le sexe, la grossesse, l'âge et le handicap »<sup>201</sup>. En effet, lorsque les parties renoncent à la confidentialité de leur entente à l'amiable<sup>202</sup>, les enjeux concernant la conscience collective sont tempérés. Par ailleurs, l'État profite également de cette révélation, partielle ou totale, de l'accord conclu. En plus de permettre de concerter et de rapprocher les parties pour « trouver un terrain d'entente adapté à leurs propres besoins »<sup>203</sup>, l'accommodement raisonnable facilite la résolution des conflits « en donnant la possibilité aux parties de construire la signification et la portée de la norme qui doit les régir, ce qui est davantage susceptible d'assurer le vivre-ensemble »<sup>204</sup>.

En outre, la PRD permet de tenir compte d'éléments autres que les règles juridiques tant dans la détermination de l'atteinte aux droits fondamentaux que dans les solutions pour la réparation en considérant « les aspects ou les conséquences économiques, sociaux (sur l'entourage), psychologiques, éthiques et moraux (valeurs) »<sup>205</sup>. À titre d'exemple, elle fournit des moyens pour rétablir la réputation d'une personne et des réparations autres qu'une somme monétaire, telles que des excuses<sup>206</sup>

---

qu'à la personne qu'elle est censée servir. Elle perd de vue sa raison d'être et devient sa première clientèle en quelque sorte, ceci dans un monde bureaucratique rigide, autonome et cloisonné. »

<sup>200</sup> *Ibid* à la p 66.

<sup>201</sup> Pierre Bosset et Paul Eid, « Droit et religion : De l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif » dans *Actes de XIIIe Conférence des juristes de l'État*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2006, 63 à la p 66.

<sup>202</sup> Voir notamment l'affaire *Khadr : Canada (Premier ministre) c Khadr*, 2010 CSC 3 [*Khadr*] et Radio-Canada, *supra* note 106.

<sup>203</sup> *Multani c Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6 au para 131.

<sup>204</sup> Stéphane Bernatchez, « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel » (2010) 55:3 RD McGill 641 à la p 658.

<sup>205</sup> Pierre-Claude Lafond, *L'accès à la justice civile au Québec : Portrait général*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2012 la p 192 [Lafond, *L'accès à la justice*].

<sup>206</sup> Voir à ce sujet, la protection juridique des excuses prévue à l'article 2853.1 CcQ.

ou « que l'entreprise modifie son comportement futur, qu'elle réécrit ses contrats, ses avis sur ses produits »<sup>207</sup>, etc. De plus, en matière de discrimination, elle favorise la compréhension et la tolérance<sup>208</sup>. La PRD se fonde sur la communication qui permet d'explicitier la situation, de faire valoir un point de vue, d'examiner des pratiques culturelles dans un monde multiculturel, de dissiper des malentendus et de développer de nouvelles pratiques<sup>209</sup>. En ce sens, la PRD favorise la prise en compte d'éléments du différend exclus par la qualification juridique du litige<sup>210</sup>.

D'autre part, comme le rappellent Marc-André Dowd et Jean-Claude Paquet, l'intérêt public milite pour des processus imprégnés de justice qui dépassent les économies temporelles et de ressources, car :

Au-delà de considérations de performance liées à la réduction des délais de traitement et des coûts pour les dossiers qui font l'objet d'un règlement, des missions fondamentales de l'État sont en jeu. On ne négocie pas une plainte de discrimination ou de déontologie policière comme une mésentente commerciale entre un client et un fournisseur<sup>211</sup>.

Par conséquent, l'emploi de la PRD en matière de violation des droits fondamentaux doit dépasser les bienfaits qu'on lui associe souvent afin de s'assurer qu'elle demeure la solution préférable selon le cas d'espèce.

## 2.2.2. L'environnement

L'avenir de toutes les communautés dépend d'un environnement sain<sup>212</sup>. Sa préservation demeure une responsabilité qui nous incombe individuellement et collectivement<sup>213</sup> et sa protection constitue « l'un des

---

<sup>207</sup> Lafond, *L'Accès à la justice*, *supra* note 205 à la p 193. La professeure Suzanne Bouclin indiquait une motivation supplémentaire : « dans les affaires de droits de la personne, les parties peuvent vouloir tourner la page; ainsi, la médiation peut être le moyen le plus rapide de mettre fin à une expérience difficile » (Bouclin, *supra* note 159 à la p 85).

<sup>208</sup> Clément, *supra* note 186 aux pp 1328-1329.

<sup>209</sup> Roberge, *Prévention et règlement des différends*, *supra* note 170 à la p 4.

<sup>210</sup> Roberge, *La justice participative*, *supra* note 118 à la p 60 : « Alors que la justice adjudicative étatique tient son assise de la normativité juridique, la justice participative permet aux parties de se référer à une pluralité de normes et de valeurs afin de construire un cadre de référence élargi à l'intérieur duquel une solution sera déterminée par les parties, avec l'assistance d'un tiers le cas échéant ».

<sup>211</sup> Dowd et Paquet, *supra* note 9 à la p 417.

<sup>212</sup> *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40 au para 1. Le droit à un environnement sain a un statut quasi constitutionnel au Québec : *Charte québécoise*, *supra* note 45, art 46.1. Voir aussi *Loi sur la qualité de l'environnement*, *supra* note 14, art 19.1.

<sup>213</sup> *Ontario c Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 RCS 1031 au para 55.

principaux défis de notre époque »<sup>214</sup>. Pour reconnaître l'importance de cette réalité, le législateur a récemment modernisé la *Loi sur la qualité de l'environnement* afin notamment d'affirmer « le caractère collectif et d'intérêt public de l'environnement, lequel inclut de manière indissociable les dimensions écologiques, sociales et économiques »<sup>215</sup>.

Il en résulte que les lois adoptées pour réaliser la protection, l'amélioration et la restauration de l'environnement doivent être considérées comme étant d'intérêt public<sup>216</sup>, car le législateur québécois veut « impliquer directement la population » dans sa conservation<sup>217</sup>. À titre d'exemple, l'article 19.3 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* prévoit, entre autres, qu'un recours en injonction pour empêcher une activité ou une opération susceptible de porter atteinte au droit à un environnement sain peut être intenté par toute personne physique domiciliée près de l'endroit où l'activité ou opération polluante est exercée. Soulignons que ce type de recours peut d'ailleurs être intenté à l'encontre de l'État lorsqu'il enfreint la *Loi sur la qualité de l'environnement*<sup>218</sup>. Les modes de PRD paraissent disposés à se jumeler aux avancées en matière d'accessibilité promues par le législateur pour accentuer l'agentivité des citoyens dans la lutte contre les méfaits écologiques.

Dès lors, lorsque l'État participe à un différend en la matière, le recours aux modes de PRD dépendra du type de litige en jeu. En effet, s'il s'agit principalement d'une question de droit<sup>219</sup>, telle que l'interprétation des pouvoirs administratifs, le système judiciaire semble le moyen le plus adéquat pour en traiter<sup>220</sup>. Autrement, les tribunaux revêtent un rôle important dans le contrôle de l'administration qui ne peut être ignoré en matière environnementale. Par son pouvoir réglementaire, l'État détient une influence considérable sur divers aspects écologiques (dont

---

<sup>214</sup> *Friends of the Oldman River Society c Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 RCS 3 à la p 16.

<sup>215</sup> *Loi sur la qualité de l'environnement*, *supra* note 14, disposition préliminaire al 4. *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin de moderniser le régime d'autorisation environnementale et modifiant d'autres dispositions législatives notamment pour réformer la gouvernance du Fonds vert*, LQ 2017, c 4, préambule.

<sup>216</sup> *Ibid*; Michel Bélanger et Paule Halley, « Accès à la justice pour protéger l'environnement au Québec : Réflexions sur la capacité à agir des particuliers et des groupes environnementaux » (2017) 62:3 RD McGill 603 à la p 611 [Bélanger et Halley].

<sup>217</sup> Bélanger et Halley, *supra* note 216 à la p 609.

<sup>218</sup> *Ibid* à la p 605.

<sup>219</sup> Matthew Taylor et al, « Using Mediation in Canadian Environmental Tribunals : Opportunities and Best Practices » (1999) 22 Dal LJ 51 aux pp 80, 84 [Taylor et al].

<sup>220</sup> Chinonso Iliya-Ndule et Jason Unger, *Environmental Rights in Alberta. Module 5: Costs in court and regulatory proceedings: a right to a healthy environment*, Environmental Law Centre's Environmental Rights Program, 2017 aux pp 62, 67 [Iliya-Ndule et Unger].

la qualité de l'air ambiant ou de l'eau), l'exercice d'encadrement des activités polluantes doit donc être surveillé par le pouvoir judiciaire<sup>221</sup>. En effet, il importe que l'État interprète et applique de façon rigoureuse les dispositions environnementales. Par conséquent, les tribunaux permettent de reconnaître et de sanctionner les négligences dans le domaine afin d'éviter des effets néfastes au bien collectif<sup>222</sup>.

En revanche, les litiges environnementaux ayant des questions aussi cruciales ne sont pas légion. En pratique, un déclin notable du nombre de recours engagés en cette matière s'observe depuis plusieurs années, et ce, malgré des facteurs qui devraient encourager leur foisonnement comme la conscientisation accrue du public aux enjeux écologiques et l'adoption de lois plus protectionnistes<sup>223</sup>. Selon les professeures Catherine Choquette et Véronique Fraser, les dossiers devant les tribunaux sont rares puisqu' « environmental disputes are in most cases only judicially addressed when the prejudice is considerable or spectacular »<sup>224</sup>. En réalité, la plupart des différends du domaine possèdent une portée plus réduite, soit des conflits d'utilisation, des troubles de voisinage ou de la pollution diffuse, mais dont la prolifération ébranle la vulnérabilité des écosystèmes<sup>225</sup>. À l'heure actuelle, plusieurs facteurs inhérents au système judiciaire limitent la réussite des recours en matière environnementale : les coûts élevés pour intenter l'action et pour réaliser les procédures judiciaires, l'inégalité de ressources entre les parties et la cherté des expertises en raison de la complexité des litiges<sup>226</sup>. À notre avis, pour les dossiers en droit de l'environnement, la complémentarité de la résolution des conflits par les modes de PRD ainsi que par les tribunaux s'avère la solution la plus porteuse pour ce domaine.

En effet, grâce à la variété des modes que rassemble la PRD, il appert désormais approprié de les considérer pour la plupart des dossiers

---

<sup>221</sup> Lynda Collins, « La négligence réglementaire dans le droit de l'environnement » dans Paule Halley et Allen E Ingelson, dir, *L'Environnement au tribunal*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2021, 195 à la p 196.

<sup>222</sup> *Ibid.* Au surplus, la PRD ne devrait pas être utilisée par les investisseurs pour contourner les tribunaux nationaux et attaquer les États pour leur politique écologique, car cette méthode va à l'encontre de l'intérêt public, voir Paul Fauteux, « Règlement des différends entre investisseurs et États et changements climatiques—Qui protège l'intérêt public ? » (2021) 30:2 J Arb & Med Can 14.

<sup>223</sup> Catherine Choquette et Véronique Fraser, « A New Code of Civil Procedure in Canada and Needs for Further Developments in Environment » dans Catherine Choquette et Véronique Fraser, dir, *Environmental Mediation: An International Survey*, Londres, Routledge, 2017, 84 à la p 98 [Choquette et Fraser].

<sup>224</sup> Choquette et Fraser, *supra* note 223 aux pp 98-99.

<sup>225</sup> *Ibid* à la p 99.

<sup>226</sup> Bélanger et Halley, *supra* note 216 à la p 623.

environnementaux, même lorsque différent.e.s intervenant.e.s antagonistes sont mis.e.s en scène<sup>227</sup>. À ce titre, le processus de facilitation envisagé par le Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE) s'avère une option porteuse, car il permet de tenir compte des préoccupations de nombreux regroupements aux aspirations conflictuelles<sup>228</sup>. Dans sa recension des écrits sur le sujet pour le BAPE, le professeur Mario Gauthier et ses cochercheur.se.s reprennent les apports et les caractéristiques de ce mode : « [L]a facilitation est de nature préventive et plaide en faveur de procédures et de méthodes de discussion justes et ouvertes. Elle permet à des individus, groupes et organisations de travailler et de collaborer efficacement. »<sup>229</sup>

Ainsi, lorsque les parties intéressées à un litige environnemental, comme les groupes pour la préservation de l'environnement, les citoyen.ne.s de la région concernée, les entrepreneur.e.s du projet, la ou le représentant.e de l'État, etc., sont invitées à la table de négociation dans le but de trouver une solution mutuellement satisfaisante, l'intérêt public sera plus susceptible d'y être abordé et prendra une plus grande place dans le débat<sup>230</sup>. En effet, pour obtenir une solution satisfaisante dans la gouvernance, les parties prenantes et les acteur.rice.s concerné.e.s doivent désirer dialoguer et partager pour permettre « le transfert des connaissances entre les acteurs du milieu et les décideurs publics ou privés ainsi que par un espace de dialogue accueillant et inclusif »<sup>231</sup>, des exigences mieux remplies par les modes de PRD que par le recours aux tribunaux.

Par voie de conséquence, la facilitation tout comme les autres options permettant une résolution plus hâtive ne doivent pas être écartées dès que

---

<sup>227</sup> Par exemple, concernant les bienfaits de la médiation environnementale voir : Meinhard Doelle et A John Sinclair, « Mediation in Environmental Assessments in Canada: Unfulfilled Promise » (2010) 33:1 Dal LJ 117 à la p 132 [Doelle et Sinclair].

<sup>228</sup> Voir généralement : Mario Gauthier avec la collaboration de Julie Bibaud et d'Olivier Roy-Baillargeon, *La facilitation en environnement : Recension des écrits, études de cas et principes de « bonnes pratiques »* (rapport de recherche préparé pour le Bureau d'audiences publiques sur l'environnement), Gatineau (QC), Université du Québec en Outaouais, 2011 [Gauthier, Bibaud et Roy-Baillargeon]; Choquette et Fraser, *supra* note 223 aux pp 86-87; Mario Gauthier et Louis Simard, « Le Bureau d'audience publiques sur l'environnement du Québec : genèse et développement d'un instrument voué à la participation publique » (2011) 17:1 *Télescope* 39 à la p 52.

<sup>229</sup> Gauthier, Bibaud et Roy-Baillargeon, *supra* note 228 à la p 8.

<sup>230</sup> Taylor et al, *supra* note 219 à la p 75.

<sup>231</sup> Catherine Choquette et al, « L'adaptation du droit aux changements climatiques en matière d'érosion des zones côtières » (2021) 49:2/3 *RDUS* 409 aux pp 463-464. Voir également : Helen Finn, « Les grands projets de développements—Gestion améliorée des conflits au Québec et ailleurs » (2022) 31:2 *J Arb et Méd Can* 32.

la situation soulève des questions complexes et concernent une pluralité d'acteur.rice.s. Pour suivre cette mouvance proactive, le législateur prévoit des solutions préjudiciaires mises en œuvre par le BAPE<sup>232</sup> ainsi que d'autres options dans des domaines très réglementés comme le zonage agricole où la médiation reste disponible pour « la personne, dont l'exercice actuel ou projeté d'une activité agricole en zone agricole est restreint ou non réalisable en raison de l'application d'un règlement municipal d'urbanisme ou relatif aux nuisances [...] si cette application lui cause un préjudice »<sup>233</sup>.

Au surplus, l'utilisation des modes de PRD semble appropriée pour différents dossiers en la matière notamment afin de déterminer le montant d'une sanction ou d'une compensation financière à la suite de dommages environnementaux<sup>234</sup> et afin de gérer des considérations matérielles de moindre envergure comme déterminer le « choix d'un site ou d'un corridor pour une route, une ligne de transmission ou un tunnel »<sup>235</sup>. Ainsi, en matière environnementale, les économies de ressources générées par le recours aux modes de PRD répondent à des obstacles de la justice traditionnelle.

### 2.2.3. Les contrats publics

Les contrats publics demeurent un contentieux imposant parmi les litiges de l'État. Ce domaine se situe dans notre partie concernant la complémentarité de la résolution des conflits en raison des différentes étapes entourant la contractualisation de l'État. En effet, de la négociation jusqu'à son exécution, des enjeux liés à chaque phase invitent des considérations variées qui militent pour des solutions distinctes. À ce titre, nous examinerons l'apport et les limites de la PRD dans les deux principales étapes des contrats publics, soit dans leur négociation et dans leur réalisation.

L'État déploie un ensemble de mesures afin d'assurer la probité des contrats qu'il conclut. Tout d'abord, puisque l'État emploie des fonds

---

<sup>232</sup> Voir la section concernant la médiation au BAPE au sein des *Règles de procédure du Bureau d'audiences publiques sur l'environnement*, RLRQ c Q-2, r 45.1, art 48 et s; Doelle et Sinclair, *supra* note 227 aux pp 128–129.

<sup>233</sup> *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, RLRQ c P-41.1, art 79.3; Choquette et Fraser, *supra* note 223 aux pp 90-91. Concernant les services de médiation et de conciliation de la Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec, voir : *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche*, RLRQ c M-35.1, art 115 et Laurence Robert, « Judicialisation des conflits dans la mise en marché collective des produits agricoles au Québec » (2023) 28:2 *Lex Electronica* 15 aux pp 19–20.

<sup>234</sup> Iliya-Ndule et Unger, *supra* note 220 aux pp 62, 67.

<sup>235</sup> Houle et Mockle, *supra* note 51 à la p 762.

publics pour accomplir ses obligations contractuelles, l'intérêt général des citoyen.ne.s irrigue l'interprétation de tout le processus allant de la formation à l'exécution du contrat<sup>236</sup>. En vue d'assurer une mise en œuvre conforme, un régime législatif particulier est prévu, en plus des règles du droit commun des contrats<sup>237</sup>, afin de lutter contre la corruption et la collusion. Ainsi, les entreprises voulant faire affaire avec l'État doivent souvent obtenir une autorisation de l'Autorité des marchés publics pour leur permettre de conclure des contrats publics<sup>238</sup>. Le processus d'appel d'offres utilisé par l'État met lui aussi de l'avant l'intérêt public en permettant à toute personne de faire affaire avec l'État, favorisant de ce fait l'égalité des chances et l'équité dans le processus d'octroi des contrats publics<sup>239</sup>. Par cette procédure, l'État peut aussi choisir la soumission au meilleur prix<sup>240</sup>, ce qui lui permet d'être économe dans ses dépenses des fonds publics. En outre, dans le but de promouvoir l'intérêt public, la nullité d'un contrat public est absolue si les formalités légales de sa conclusion ne sont pas satisfaites<sup>241</sup>.

Or, la principale limite à l'emploi des modes de PRD dans les conflits survenant dans les relations contractuelles de l'État concerne les différends impliquant l'intégrité lors de la conclusion de contrats. En effet, la lutte contre la corruption et la collusion concerne l'intérêt public<sup>242</sup> et les questions de droit qui en découlent siéent davantage à la compétence de l'arène judiciaire que des intervenant.e.s provenant des modes de PRD. De plus, il importe d'informer les citoyen.ne.s sur les manquements au devoir d'intégrité des fonctionnaires de l'administration publique. À notre avis, la confiance de la population envers la gestion étatique des fonds publics appuie une plus grande transparence de l'État dans ses relations contractuelles et une utilisation parcimonieuse de la confidentialité lors des processus de PRD.

À l'inverse, la PRD demeure une option envisageable pour la majorité des dossiers concernant la réalisation des contrats. Ces derniers portent

---

<sup>236</sup> Patrice Garant, *Droit administratif*, 7<sup>e</sup> éd, Montréal, Yvon Blais, 2017 [Garant]; Martine Valois, « L'intégrité dans les contrats publics : de nouveaux outils dans la lutte contre la corruption au Québec » (2016) 50:3 RJTUM 745 à la p 756 [Valois]. De plus, l'État doit maintenir la confiance des contribuables dans les institutions publiques, un objectif d'intérêt public qui est prévu à l'article 2 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ c C-65.1 [*Loi sur les contrats des organismes publics*].

<sup>237</sup> Valois, *supra* note 236 à la p 753.

<sup>238</sup> Voir *Loi sur les contrats des organismes publics*, *supra* note 236, art 21.27.

<sup>239</sup> Garant, *supra* note 236 aux pp 405 et s.

<sup>240</sup> Valois, *supra* note 236 à la p 756.

<sup>241</sup> Garant, *supra* note 236 aux pp 405 et s.

<sup>242</sup> Notons d'ailleurs que la corruption et la collusion s'avèrent « hautement attentatoires à l'intérêt public » : *Poirier c R*, 2018 QCCA 1803 au para 67.

bien souvent sur des enjeux qui ne dépassent pas les intérêts des parties et dont la confidentialité d'une entente ne risque pas d'ébranler la réputation de l'État. De plus, la majorité des conflits qui surviennent ne porte pas sur des éléments juridiques. Ainsi, les professeurs Denis Lemieux et Pierre Issalys notaient avec justesse les motifs en faveur de la PRD :

les discussions entre l'État et l'administré achopperont généralement sur des points d'ordre technique plutôt que strictement juridique. La résolution de bon nombre de conflits nécessitera l'intervention de spécialistes en la matière (ingénieurs, comptables, etc.). C'est pour cette raison et en fonction de considérations pragmatiques que l'État misera au premier plan sur la négociation (conciliation), la médiation et, en certains cas, l'arbitrage<sup>243</sup>.

Plusieurs aspects peuvent impliquer davantage les modes de PRD, par exemple, au moment d'établir le montant d'une indemnité à la suite d'une prolongation des travaux imprévue au contrat, une idée promue par les professeur.e.s Houle et Mockle :

[C]'est probablement le contentieux de la responsabilité contractuelle et quasi-délictuelle de l'État qui devrait se prêter le mieux aux exigences de la logique transactionnelle. Lorsque l'objet du litige repose exclusivement sur la fixation d'une indemnité pécuniaire, la médiation peut être appelée à jouer un rôle important afin d'éliminer des procédures longues et onéreuses<sup>244</sup>.

L'État soutire des bienfaits considérables à résoudre à l'amiable ses différends en matière de contrats publics. Il économise des ressources et du temps en plus de favoriser la préservation de ses relations avec ses cocontractant.e.s, surtout lorsque les parties prévoient un rapport à long terme<sup>245</sup>. L'autre partie n'est pas désavantagée par le recours aux modes de PRD, selon les professeurs Issalys et Lemieux, il peut même être dans son intérêt :

Dans la mesure du possible, il sera d'autant plus approprié pour le cocontractant de préférer un règlement négocié ou à la limite arbitré, car l'équilibre entre les parties au contrat administratif ne sera jamais absolu. La partie privée recherchera toujours la protection de ses propres intérêts alors qu'à l'opposé l'Administration poursuivra sa mission de gardienne de l'intérêt public<sup>246</sup>.

---

<sup>243</sup> Issalys et Lemieux, *supra* note 25 au n° 13.34.

<sup>244</sup> Houle et Mockle, *supra* note 51 à la p 753.

<sup>245</sup> Peter R Steenland, Jr et Peter A Appel, « The Ongoing Role of Alternative Dispute Resolution in Federal Government Litigation » (1996) 27:4 U Toledo L Rev 805 à la p 814; The Honorable Warren K Winkler, « Access to Justice: Panacea or Pariah » (2007) 16:1 Can Arb & Mediation J 5.

<sup>246</sup> Issalys et Lemieux, *supra* note 25 au n° 13.34.

Pour les protagonistes en droit de la construction, la fréquence des conflits peut entraver l'accomplissement des travaux. Par conséquent, les tribunaux peuvent envenimer les différends plutôt que les tempérer, comme le notaient les avocat.e.s Marc-André Landry et Alex-Anne Trudeau :

Ce report systématique du règlement des différends peut entraîner des conséquences notables pour les intervenants à un projet de construction. En effet, il est possible qu'il en résulte une escalade des conflits, une détérioration des relations entre les parties, des retards préjudiciables ainsi que des contraintes financières substantielles. Ces difficultés sont d'autant plus préoccupantes qu'elles peuvent affecter la viabilité même des projets de construction et la réputation des intervenants impliqués<sup>247</sup>.

Afin de simplifier la résolution de conflits, les contrats publics devraient contenir des clauses prévoyant la gestion de conflits qui émergent lors de leur réalisation<sup>248</sup>. Hormis les clauses compromissaires, il importe de noter les options disponibles à l'heure actuelle. À ce titre, le législateur intègre la possibilité de recourir à la PRD dans la *Loi sur les contrats des organismes publics* et ses règlements afférents<sup>249</sup>. De plus, le domaine de la construction se conscientise à la vaste offre des modes de PRD<sup>250</sup> et l'État

---

<sup>247</sup> Marc-André Landry et Alex-Anne Trudeau, « Le traitement alternatif des différends en chantier : s'adapter à la réalité et recherche de l'efficacité » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la construction (2024)*, vol 555, Montréal, Yvon Blais, 2024, 151 à la p 153 [Landry et Trudeau].

<sup>248</sup> Sur l'effet de ce type de clause, les professeurs Issalys et Lemieux [*supra* note 25 au n° 13.34] indiquaient que « [l']insertion au contrat d'une clause compromissoire complète liera les parties à l'avance et tout litige à survenir entre elles devra être résolu selon les termes de la clause, sans que celles-ci puissent en contester le résultat devant les tribunaux de droit commun ».

<sup>249</sup> *Loi sur les contrats des organismes publics*, *supra* note 236, art 23(16); *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*, RLRQ c C-65.1, r 2, art 41; *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, c C-65.1, r 5; *Règlement sur certains contrats de service des organismes publics*, RLRQ c C-65.1, r 4, art 54.

<sup>250</sup> Le droit de la construction recèle de modes de PRD adaptables à différents contextes. Par exemple, l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) présente un continuum allant de la prévention au décisionnel qui contient notamment le *partnering*, la négociation, le ou la facilitateur.trice/médiateur.trice de projet, le comité de règlement des différends, la médiation et l'arbitrage : Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, *Guide des modes de prévention et de règlement des différends pour la construction*, Montréal, IMAQ, 2017 à la p 2 [IMAQ]. Pour différents contextes et d'autres analyses, voir notamment : Landry et Trudeau, *supra* note 247; Sophie Truesdell-Ménard, « L'arbitrage intérimaire et les modes de prévention et règlement des différends ("PRD") » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la construction (2022)*, vol 514, Montréal, Yvon Blais, 2022, 1 [Truesdell-

s'assure de suivre cette mouvance proactive. De même, le Secrétariat du Conseil du trésor a mis en place un projet pilote par arrêté ministériel le 3 juillet 2018 pour contrer les problématiques de délais de paiement dans le secteur<sup>251</sup> qui s'est terminé le 1<sup>er</sup> août 2021<sup>252</sup>. Succinctement, le but de ce processus consistait « à tester un calendrier de paiements obligatoire et un mécanisme de règlement des différends rapide selon le modèle anglais de l'*adjudication* »<sup>253</sup>. Ainsi, le processus prévoyait que tout différend n'ayant pas pu se régler à l'amiable qui découle d'un contrat public visé par le projet pilote (ou d'un contrat public lié à un tel contrat) pouvait être soumis à un.e intervenant.e expert.e<sup>254</sup>.

Autrement, d'autres processus internes mis en œuvre par l'État pour faciliter l'emploi de la négociation et le consensus aux niveaux provincial et fédéral constituent des apports substantiels qui « fourni[ssent] une table de négociation appropriée, où chacune des parties peut, sans embarras, exposer ses vues »<sup>255</sup>. Par exemple, les professeurs Issalys et Lemieux retiennent la Direction des réclamations du ministère des Transports du Québec<sup>256</sup> et son homologue fédéral, le Conseil consultatif de règlement des différends contractuels (C.C.R.D.C.), soit une procédure mise en œuvre par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux<sup>257</sup>.

---

Ménard]; Raphaëlle Mignault et Ian Gosselin, « Démystification de certains modes de prévention et de règlement des différends à privilégier pour éviter la guérilla judiciaire dans le domaine de la construction » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la construction* (2021), vol 495, Montréal, Yvon Blais, 2021, 189.

<sup>251</sup> *Projet pilote visant à faciliter le paiement aux entreprises parties à des contrats publics de travaux de construction ainsi qu'aux sous-contrats publics qui y sont liés*, RLRQ C-65.1, r 8.01 [*Projet pilote*].

<sup>252</sup> Québec, Secrétariat du Conseil du trésor, « [Règlement sur les paiements et le règlement rapides des différends](https://tinyurl.com/bdh4dsbh) », en ligne : <<https://tinyurl.com/bdh4dsbh>>. Voir généralement : Québec, Secrétariat du Conseil du trésor, [Rapport sur la mise en œuvre d'un Projet pilote sur les délais de paiement dans l'industrie de la construction](#), Québec, Secrétariat du Conseil du trésor, mars 2022, en ligne : <<https://tinyurl.com/yftkf386>>.

<sup>253</sup> Truesdell-Ménard, *supra* note 250 à la p 28.

<sup>254</sup> *Projet pilote*, *supra* note 251, art 20.

<sup>255</sup> Issalys et Lemieux, *supra* note 25 au n° 13.34.

<sup>256</sup> *Ibid.* Selon les professeurs Issalys et Lemieux, la Direction des réclamations est « une unité administrative indépendante de celle qui prend part au contrat ». Ils notent que par sa priorisation du dialogue ainsi que par la prise en compte de l'opinion d'expert.e.s, la Direction parvient « à filtrer, à l'intérieur de délais relativement courts, un bon nombre de réclamations ».

<sup>257</sup> Les professeurs Issalys et Lemieux [*ibid.*], promeuvent les bienfaits de cette procédure : « L'efficacité de cette instance s'est avérée telle ces dernières années que certains autres ministères peuvent au besoin y recourir (Défense, Transports, Affaires indiennes, Environnement). Le C.C.R.D.C. comporte un avantage sur son homologue québécois : un expert étranger à l'Administration, plutôt qu'un fonctionnaire, en assume la présidence. »

Un autre mode de PRD fréquemment utilisé dans le domaine de la construction demeure l'arbitrage, car celui-ci comporte de nombreux bienfaits. Sa célérité, des coûts moindres et la discrétion de la procédure permettent de conserver la réputation des protagonistes contrairement aux décisions judiciaires publiques<sup>258</sup>.

Par ailleurs, un mode en pleine effervescence dans le secteur de la construction s'avère le partenariat préventif (*le partnering*), mis en place notamment pour l'aménagement du nouveau campus de l'École des Hautes Études Commerciales (HEC), le Quartier international de Montréal et la Place des spectacles<sup>259</sup>. Ce procédé, qui mise sur la souplesse, se déroule généralement ainsi selon la professeure Catherine Régis :

Ce mode a pour objectif premier de développer une stratégie de collaboration entre des parties prenantes à un projet afin de les aider à atteindre leurs objectifs. Il agit donc d'abord, en prévention, et ce, afin de favoriser l'efficacité et l'efficience des projets et éviter la survenance de conflits. Le partenariat préventif se décline généralement en quatre grandes étapes, soit celle visant à préparer les parties à la tenue d'un atelier de travail, la réalisation d'un atelier de travail, la rédaction d'une charte de partenariat préventif et le « *monitoring* » de cette charte afin de s'assurer du bon déroulement du processus<sup>260</sup>.

Aussi, concernant la confidentialité de la PRD relative aux contrats publics, il est intéressant de souligner que dans son rapport, la Commission d'enquête sur la gestion de la modernisation des systèmes informatiques de la Société de l'assurance automobile du Québec (SAAQ) recommande que les transactions intervenant dans le cadre de contrats publics conclus à la suite d'un appel d'offres soient rendues publiques pour satisfaire à l'obligation de reddition de comptes et de transparence dans la dépense de fonds publics<sup>261</sup>.

En bref, les contrats publics exemplifient les diverses avenues regroupées dans la vaste offre des modes de PRD, tout comme ils

---

<sup>258</sup> *Ibid.*

<sup>259</sup> Catherine Régis, « Le partenariat préventif (*le partnering*) » dans Lafond, dir, *Régler autrement les différends*, *supra* note 4, 213 à la p 218 [Régis]. Voir également : IMAQ, *supra* note 250 aux pp 2-3.

<sup>260</sup> Régis, *supra* note 259 à la p 236; voir également Truesdell-Ménard, *supra* note 250 aux pp 8 et s.

<sup>261</sup> Commission d'enquête sur la SAAQ, *supra* note 126 aux pp 529-531. La recommandation 21 se lit comme suit : « Ajouter à la *Loi sur les contrats des organismes publics* ou à sa réglementation l'obligation de publier l'existence, la date et la valeur pécuniaire d'une transaction intervenue dans le cadre de l'exécution d'un contrat conclu à la suite d'un appel d'offres public lorsque la valeur de l'objet du litige excède le seuil de la dépense supplémentaire soumis à l'obligation de publication. »

témoignent des barrières inhérentes à une utilisation plus enthousiaste. Ils illustrent également que l'emploi des modes de PRD appert porteur en l'absence de questions de droit, un aspect qui sera approfondi dans la section subséquente.

### **2.3. Intérêt public à teneur variable : un emploi fécond des modes de PRD**

Les domaines où la PRD s'avère la plus féconde demeurent ceux qui concernent le moins l'intérêt public ainsi que ceux qui se révèlent mieux desservis par le dialogue et la communication. Par conséquent, à titre illustratif, cette dernière section examine deux secteurs où l'apport de la PRD est établi et prometteur : lors des contestations des décisions des organismes administrant les régimes d'indemnisation (2.3.1) et lorsque la responsabilité de l'État n'est plus en jeu (2.3.2). Enfin, nous abordons les conflits impliquant les Premiers Peuples et les gouvernements dans lesquels la PRD pourrait favoriser une potentielle réconciliation (2.3.3).

#### **2.3.1. Les contestations des décisions des régimes d'indemnisation de l'administration**

Selon les résultats de notre recherche documentaire, un des secteurs qui se révèle le plus favorable à un emploi plus ambitieux de la résolution hâtive réside dans la contestation des décisions de l'organisme administratif, notamment les indemnisations allouées. Puisque dans cette matière les principaux intéressés s'avèrent les personnes victimes, les décisions de l'administration revêtent une portée amoindrie. Elles ne visent que la partie demanderesse. Afin de parvenir à diminuer le volume de dossiers devant les tribunaux administratifs, la *Loi sur la justice administrative* (LJA) privilégie la conciliation<sup>262</sup>. De plus, en vertu de l'article 119.6 LJA, la réception d'une copie d'un dossier en matière d'indemnité ou de prestation au Tribunal administratif du Québec entraîne, si la matière et les circonstances le permettent, une invitation à une séance de conciliation<sup>263</sup>.

Toutefois, les personnes insatisfaites de la décision de l'administration à leur égard doivent surmonter plusieurs obstacles limitant la réussite de leur contestation<sup>264</sup>. Dans son article à propos des difficultés rencontrées par les personnes aux prises avec une lésion professionnelle souhaitant

<sup>262</sup> *Loi sur la justice administrative*, RLRQ c J-3, arts 119.6-124 [*Loi sur la justice administrative*]; Dowd et Paquet, *supra* note 9 à la p 414.

<sup>263</sup> *Loi sur la justice administrative*, *supra* note 262, art 119.6; Dowd et Paquet, *supra* note 9 à la p 415.

<sup>264</sup> À titre d'exemple, Lafond, *L'accès à la justice*, *supra* note 205 à la p 56 indique qu'au Tribunal administratif du Québec, environ 30% des personnes se représentent seules.

obtenir une indemnisation, Maxine Visotzky-Charlebois énumère notamment les barrières suivantes : pour les personnes non couvertes par l'aide juridique, le coût des expertises, souvent astronomique, combiné aux honoraires onéreux des avocat.e.s<sup>265</sup> peut mener les parties à devoir choisir « entre une preuve médicale ou une représentation par avocat-e »<sup>266</sup> et même parfois effectuer un emprunt<sup>267</sup>. De plus, si les personnes non représentées profitent de coûts monétaires peu élevés comparativement aux personnes qui retiennent les services d'un.e avocat.e, « les coûts humains et d'opportunité étaient alors disproportionnés. En effet, le temps passé à préparer son dossier en vue d'une audience, à tenter de comprendre la loi, semblait considérable chez tous les justiciables non représentés rencontrés »<sup>268</sup>.

Enfin, il importe de mentionner les impacts émotifs du procès dans plusieurs secteurs responsables de l'indemnisation des personnes victimes. À titre d'exemple, pour les demandresses victimes de violence sexuelle et conjugale, le témoignage en salle d'audience peut devenir une expérience stressante et éprouvante<sup>269</sup>. Bien qu'il puisse parfois posséder un effet thérapeutique, le témoignage dans le cadre d'un procès contradictoire, dont un contre-interrogatoire agressif, peut « avoir des effets pervers sur la victime »<sup>270</sup>. Il demeure que l'échec de l'action peut être perçu par la personne victime comme « le rejet public de l'histoire »<sup>271</sup>. Ainsi, la répétition du témoignage devant diverses instances doit être évitée. Les modes de PRD offrent des solutions attrayantes pour pallier les limites répertoriées. À ce titre, la conciliation demeure un véhicule prometteur et répandu pour contester les décisions prises par un ministère ou un organisme public<sup>272</sup>. À titre d'exemple, en 2022-2023, le Tribunal

---

<sup>265</sup> Maxine Visotzky-Charlebois, « Les coûts humains et financiers de la justice : quelle incidence sur l'accès à la justice des personnes accidentées ou malades du travail » (2021) 51:2 RGD 483 à la p 500 [Visotzky-Charlebois, « Les coûts humains et financiers »].

<sup>266</sup> Maxine Visotzky-Charlebois, « [“Je comprends pas pourquoi on est obligé de se battre de même” : quand le processus judiciairisé de réparation des lésions professionnelles induit la précarité](#) » (2021) 23:1 Pistes aux pp 5–6, en ligne : <<https://doi.org/10.4000/pistes.6982>> [Visotzky-Charlebois, « Lésions professionnelles »].

<sup>267</sup> Visotzky-Charlebois, « Les coûts humains et financiers », *supra* note 265 aux pp 501–502.

<sup>268</sup> Visotzky-Charlebois, « Lésions professionnelles », *supra* note 266 à la p 10.

<sup>269</sup> Louise Langevin et Nathalie Des Rosiers en collaboration avec Marie-Pier Nadeau, *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, 2<sup>e</sup> éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2012 à la p 466.

<sup>270</sup> *Ibid* à la p 451.

<sup>271</sup> *Ibid*.

<sup>272</sup> Gouvernement du Québec, « [Conciliation](#) » (3 août 2023), en ligne : <<https://tinyurl.com/ycdr3jvh>>.

administratif du Québec (TAQ) a fermé 1046 dossiers par conciliation<sup>273</sup> et en 2021–2022, son rapport annuel affirmait qu'« annuellement, environ 20% des dossiers sont fermés à la suite d'un accord de conciliation »<sup>274</sup>. Bien que ces statistiques démontrent l'apport de la conciliation à l'heure actuelle, il importe de noter que dans certains domaines, son utilisation s'avère davantage marquée. Auprès de la Direction générale de l'indemnisation des victimes d'actes criminels (IVAC), avant la réforme de la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*<sup>275</sup>, l'organisme énonçait qu'« [u]n pourcentage de 70,5 % des litiges trouvent leur règlement à la suite d'une démarche de conciliation entre la personne qui conteste et le procureur général »<sup>276</sup>.

Toutefois, l'utilisation de la PRD ne signifie pas toujours une économie de coûts. L'avocate Maxine Visotzky-Charlebois rappelait que lors de la conciliation auprès des personnes accidentées ou malades du travail (PAMT), la présentation d'une preuve convaincante ou concluante entraînait des coûts d'expertise onéreux<sup>277</sup>. Par contraste, une autre facette dispendieuse s'avère les coûts humains, une dimension qui peut agir le plus dans la décision de régler à l'amiable<sup>278</sup>. Pour les PAMT, Visotzky-Charlebois retient les dommages suivants :

[C]ertaines PAMT peuvent vouloir régler leur dossier à l'amiable, en raison du stress lié à l'audition, des délais qui s'étirent ou encore des relations tendues avec l'employeur. Un répondant a évoqué le stress généré par l'idée même de se présenter devant le tribunal. Il espérait être en mesure de régler son dossier sans avoir à y aller physiquement. D'autres personnes rencontrées naviguaient dans ce processus depuis plusieurs mois, voire des années<sup>279</sup>.

Enfin, d'autres domaines qui impliquent des dimensions humaines non négligeables, comme les prestations d'aide sociale et les baux résidentiels, conviendraient davantage à la conciliation, mode priorisé par les tribunaux

---

<sup>273</sup> Tribunal administratif du Québec, *Rapport annuel de gestion 2022-2023*, Québec, TAQ, 2023 à la p vii.

<sup>274</sup> Tribunal administratif du Québec, *Rapport annuel de gestion 2021-2022*, Québec, TAQ, 2022 à la p 21.

<sup>275</sup> RLRQ c I-6, abrogée par la *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, RLRQ c P-9.2.1.

<sup>276</sup> Québec, Indemnisation des victimes d'actes criminels, *Rapport annuel d'activité 2020*, Québec, Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail, 2021 à la p 34.

<sup>277</sup> Visotzky-Charlebois, « Les coûts humains et financiers », *supra* note 265 à la p 512.

<sup>278</sup> *Ibid.*

<sup>279</sup> *Ibid.*

administratifs, qui donne une plus grande place à la communication et au dialogue.

Toutefois, certaines exceptions dans les dossiers de location pourraient être revues pour compenser la procédure du Tribunal administratif du logement qui peut délaisser l'aspect humain, comme les auteurs Gallié, Brunet et Laniel le rappellent :

(...) la conciliation n'est pas offerte en matière de non-paiement de loyer ou de fixation du loyer (deux des principaux contentieux à la Régie), à moins que le propriétaire en fasse la demande. Une telle exclusion peut paraître *a priori* paradoxale, alors que le recours à la justice participative est l'une des priorités du ministère de la Justice et que la conciliation est considérée comme une priorité par l'administration de la Régie. Pour justifier cette exclusion, la Régie invoque « la nature » et les « délais » propres à ces contentieux. De fait, les demandes en non-paiement bénéficient déjà d'une priorité d'audience et sont entendues en moins d'un mois et demi. Le recours à la conciliation, dont l'une des principales qualités est de réduire les délais, apparaît dès lors largement inutile pour l'administration<sup>280</sup>.

Dans ce contexte, le recours aux modes de PRD dépasse les économies de coûts et la réduction des délais. Il importe donc de tenir compte de tous les enjeux afférents aux conflits lors du choix de la meilleure option de résolution.

### **2.3.2. En l'absence de contestation de la responsabilité de l'État**

Lorsque la responsabilité de l'État n'est plus contestée et que seule la question du quantum de l'indemnité de réparation demeure, peu d'éléments limitent le recours aux modes de PRD puisqu'il ne s'agit plus d'interprétation législative ou encore de pondérer des éléments liés au bien collectif. En l'absence de question de droit, il importe de vérifier si le recours aux tribunaux reste pertinent. En pratique, les juges doivent s'assurer du respect du principe directeur de la proportionnalité<sup>281</sup> à l'intérieur du dossier « tout en assurant une utilisation efficiente des ressources judiciaires »<sup>282</sup>. Comme le rappelait la Cour suprême du Canada : « L'intérêt de la justice ne saurait être limité aux caractéristiques

<sup>280</sup> Martin Gallié, Julie Brunet et Richard-Alexandre Laniel, « Les expulsions pour arriérés de loyer au Québec : un contentieux de masse » (2016) 61:3 RD McGill 611 à la p 632.

<sup>281</sup> Art 18 Cpc.

<sup>282</sup> Antoine Guilmain, « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique » (2015) 61:1 RD McGill 87 à la p 132 [Guilmain]; *Hryniak*, *supra* note 147 au para 32.

avantageuses du procès conventionnel et il doit tenir compte de la proportionnalité, de la célérité et de l'accessibilité économique. »<sup>283</sup> En effet, la proportionnalité, pour certains un principe général de droit<sup>284</sup>, dépasse le contexte du procès civil et irrigue tout processus empreint d'esprit de justice<sup>285</sup>.

Par conséquent, il importe de réfléchir à la voie la plus appropriée pour solutionner le différend, par exemple, au moment de dédommager une personne victime d'une violation de ses droits fondamentaux par l'État. En fait, l'exécutif peut déterminer de manière discrétionnaire la forme de réparation acceptable et le montant de l'indemnité<sup>286</sup>, car comme l'exprime la Cour suprême du Canada : « [C]e sont des droits, et non pas des formes de réparation, qui sont garantis »<sup>287</sup>. Le recours aux tribunaux pourrait alors être mis de côté au bénéfice de la PRD, car en plus d'économiser des ressources pour les parties, elle permet d'obtenir une réparation individualisée pour la personne victime qui tient compte de ses besoins relationnels et émotifs.

L'utilisation de la PRD peut également s'importer dans des situations où plusieurs personnes victimes réclament une réparation pour des gestes préjudiciables commis par l'État. À ce titre, on peut mentionner le *Hepatitis C Settlement* intervenu lors d'un recours collectif pour obtenir une réparation des dommages causés par des transfusions de sang contaminé ayant infecté des milliers de personnes à l'hépatite C (aussi appelé le « *tainted blood disaster* » ou « scandale du sang contaminé »)<sup>288</sup>.

<sup>283</sup> *Hryniak*, *supra* note 147 au para 56.

<sup>284</sup> Guilmain, *supra* note 282 aux pp 120 et s. Voir généralement Antoine Guilmain, *Le principe de proportionnalité procédurale*, Montréal, LexisNexis, 2018.

<sup>285</sup> Outre le rappel à la disposition préliminaire du *Code de procédure civile* et son statut de principe directeur à l'article 18 Cpc, certaines analyses investiguent la portée de la proportionnalité dans différents domaines à la suite de la réforme de la procédure civile entrée en vigueur en 2016. Voir en matière arbitrale : Pierre E Moreau et Farhad Shayegh, « L'article 18 du *Code de procédure civile* et le principe de proportionnalité: quel impact pour les arbitres de grief? » dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec, Développements récents en droit du travail (2018)*, vol 443, Montréal, Yvon Blais, 2018, 225 aux pp 236 et s; en droit administratif : Edith Charbonneau, « Genèse et application du principe de proportionnalité en droit administratif québécois, particulièrement par le tribunal compétent en matière de santé et de sécurité du travail » dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec, dir, Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail (2019)*, vol 453, Montréal, Yvon Blais, 2019, 177 aux pp 191 et s.

<sup>286</sup> *Khadr*, *supra* note 202; *Charte canadienne des droits et libertés*, art 24(1), partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

<sup>287</sup> *R c Rahey*, [1987] 1 RCS 588 à la p 621.

<sup>288</sup> *Parsons v Canadian Red Cross Society*, [1999] OJ No 3572 (SC) [*Canadian Red Cross Society*].

Ce règlement à l'amiable pancanadien portait sur des problèmes de santé pouvant survenir dans les années suivant sa conclusion<sup>289</sup> et a permis d'indemniser les victimes dans un court délai<sup>290</sup>. Conformément à la loi, son approbation fut soumise au tribunal<sup>291</sup> qui, pour déterminer si ce règlement était juste, raisonnable et dans l'intérêt supérieur des membres du groupe de demandeur.resse.s, a évalué les facteurs suivants :

- 1) Likelihood of recovery, or likelihood of success;
- 2) Amount and nature of discovery evidence;
- 3) Settlement terms and conditions;
- 4) Recommendation and experience of counsel;
- 5) Future expense and likely duration of litigation;
- 6) Recommendation of neutral parties if any;
- 7) Number of objectors and nature of objections; and
- 8) The presence of good faith and the absence of collusion<sup>292</sup>.

En somme, seules deux modifications ont été nécessaires afin que le règlement obtienne l'aval de la cour<sup>293</sup>.

Un exemple plus récent illustre la valeur d'une résolution extrajudiciaire dans ces situations : le règlement à l'amiable concernant la Gendarmerie royale du Canada (GRC) conclu pour indemniser les femmes, employées par la GRC entre 1974 et 2017, victimes de discrimination et de harcèlement<sup>294</sup>. À son terme, l'entente visait trois objectifs :

- a) rétablir la confiance envers la GRC à titre d'organisation qui valorise l'équité et l'égalité;
- b) mettre en œuvre des mesures visant à éliminer le harcèlement et la discrimination en milieu de travail au sein de la GRC; et

---

<sup>289</sup> *Ibid* au para 75.

<sup>290</sup> Warren K Winkler, « Class proceedings and ADR: Synergies in a civil action » (2001) 20:3 *Advocates Soc J* 3 à la p 3.

<sup>291</sup> *Ibid*.

<sup>292</sup> *Canadian Red Cross Society*, *supra* note 288 au para 71.

<sup>293</sup> *Ibid*.

<sup>294</sup> *Merlo c Canada*, 2017 CF 533.

c) régler les réclamations des membres du groupe principal qui ont fait l'objet ou qui continuent de faire l'objet de harcèlement ou de discrimination en milieu de travail à la GRC durant la période visée par le recours collectif, en raison de leur sexe ou de leur orientation sexuelle (définitions ci-dessous)<sup>295</sup>.

Conforme à l'ordre public et approuvée par la Cour fédérale le 30 mai 2017, elle exemplifie l'efficacité de la PRD pour résoudre des situations d'une grande envergure, notamment en ce qui concerne la santé et la sécurité publique.

D'autres cas semblables, où plusieurs personnes souffrent d'un même préjudice causé par l'État, pourraient profiter des mesures facilitant la réparation comme un fonds d'indemnisation ou un programme global d'indemnisation dans le cadre d'un règlement à l'amiable<sup>296</sup>. En limitant la responsabilité des fautif.ve.s potentiel.le.s ou le montant alloué par personne, ces options évitent « la multiplication ou la prolongation des litiges, les délais et les frais judiciaires et extrajudiciaires qui y sont associés »<sup>297</sup>. Pour parvenir à ses fins, la mesure de globalisation de l'indemnisation pourrait recourir à un.e avocat.e et/ou un.e médiateur.trice pour prévoir le fonctionnement du fonds et « évaluer l'admissibilité des milliers de réclamations présentées selon des critères déterminés à l'amiable par les parties »<sup>298</sup>. Cette solution fut notamment déployée aux États-Unis pour gérer l'indemnisation aux États-Unis des personnes victimes des attaques du 11 septembre 2001 et a permis d'octroyer près de 7 milliards de dollars à 5 560 victimes et à leurs familles lors des activités du fonds<sup>299</sup>.

Enfin, les mesures d'indemnisation globales pourraient également s'inspirer de la solution utilisée à la suite de la Commission Charbonneau, soit le programme de remboursement volontaire (PRV) administré par l'ancien juge en chef de la Cour supérieure François Rolland. Comme le professeur Amissi Melchiade Manirabona le résume, le programme

reçoit et analyse « de façon impartiale les propositions de remboursement de la part d'entreprises qui auraient perçu des sommes en trop dans le cadre de contrats publics au cours des 20 dernières années » [...] le PRV est basé sur le modèle de la justice participative « apparenté aux conférences de règlement à l'amiable ». La formule propose une solution « gagnant-gagnant » dans la mesure où, d'une

<sup>295</sup> *Ibid* au para 10.

<sup>296</sup> Shana Chaffai-Parent et Catherine Piché, « La primauté de l'efficacité dans l'administration d'une justice en crise : solutions judiciaires dans une perspective nord-américaine » (2021) 51:1 RGD 161 à la p 184.

<sup>297</sup> *Ibid* à la p 184.

<sup>298</sup> *Ibid* à la p 185.

<sup>299</sup> *Ibid* à la p 185.

part, « le gouvernement s'assure de la récupération plus rapide des sommes en cause, dans l'intérêt des contribuables québécois » et, d'autre part, la viabilité d'entreprises est assurée à travers un remboursement rapide de leur dû et une réforme de leur gouvernance<sup>300</sup>.

En somme, les différends délivrés des questions de droit permettent d'allouer une plus grande place à la créativité afin de concevoir un processus de résolution des conflits particularisé.

### 2.3.3. Les conflits entre l'État et les Premiers Peuples<sup>301</sup>

Mode de PRD par excellence du domaine, la négociation demeure une étape essentielle de la résolution des conflits entre la Couronne et les communautés autochtones ainsi que le processus de prédilection pour reconnaître les droits des Premiers Peuples, surpassant le procès, car comme le rappelle le professeur Felix Hoehn :

Recognition of the rights of Indigenous peoples in Canada has come through negotiation, especially in the form of treaties, and through litigation, in the form of court judgments. Of these two approaches, only negotiation is consistent with the objective of reconciliation. Successful negotiation ends with agreements that draw on common interests and that are conducive to improving and nurturing relationships. Litigation ends with one side's interests dominating or defeating those of the other, and a weakened or even acrimonious relationship<sup>302</sup>.

Abondant dans le même sens, la Cour suprême du Canada avisait que les tribunaux s'avéraient rarement l'arène adéquate pour assurer la guérison entre les communautés autochtones, la population canadienne et l'État :

On ne parvient que rarement, voire jamais, à une véritable réconciliation dans une salle d'audience. Un recours judiciaire peut tendre à corriger des atteintes passées à des droits ancestraux ou issus de traités, mais une consultation adéquate

---

<sup>300</sup> Amissi Melchiade Manirabona, « Avons-nous besoin des *deferred prosecution agreements* au Canada ? » (2016) 50:3 RJTUM 651 à la p 679.

<sup>301</sup> Bien que l'article 75 Cpc réfère à l'utilisation de modes de PRD « [d]ans le règlement des différends qui l'opposent à des personnes physiques ou morales », nous préférons ne pas nous prononcer sur la qualification des communautés autochtones, des conseils de bande ou de tout autre regroupement. Les articles consultés en la matière indiquent que la question reste irrésolue. Voir à ce sujet Geneviève Motard, « Les dimensions collectives des ententes sur les répercussions et les avantages : bémol sur le discours du contrat privé » (2020) 61:1 C de D 395 à la p 409. Nous croyons toutefois nécessaire d'inclure ce pan de la réflexion concernant l'État et les modes de PRD.

<sup>302</sup> Felix Hoehn, « The Duty to Negotiate and the Ethos of Reconciliation » (2020) 83:1 Sask L Rev 1 aux pp 1–2 [Hoehn].

par la Couronne *avant* que le projet ne soit approuvé est toujours préférable à des remontrances judiciaires formulées après le fait, au terme d'une procédure contradictoire<sup>303</sup>.

Ainsi, pour les conflits mettant en scène les Premiers Peuples et l'État, l'intérêt public milite pour la priorisation de la négociation sur les tribunaux. Sous l'effet des droits constitutionnels des Premiers Peuples<sup>304</sup>, la négociation peut devenir primordiale pour que l'État s'acquitte de son obligation de consultation<sup>305</sup>. Ce devoir s'applique lorsque « la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci »<sup>306</sup>. Bien que l'épineuse question concernant l'aspect impératif de la négociation pour remplir cette obligation demeure sans réponse<sup>307</sup>, il importe de souligner sa raison d'être et de saisir son importance pour une mise en œuvre concrète. À ce sujet, la Cour suprême du Canada rappelait que :

L'obligation constitutionnelle de consulter les Autochtones vise donc trois objectifs : à court terme, assurer la protection « provisoire » ou « interlocutoire » des droits constitutionnels des peuples autochtones; à moyen terme, favoriser la négociation des modalités d'exercice de tels droits plutôt que leur définition par

---

<sup>303</sup> *Clyde River (Hameau) c Petroleum GeoServices Inc*, 2017 CSC 40 au para 24.

<sup>304</sup> L'obligation de consultation comporte deux volets. D'une part, une dimension constitutionnelle découle de l'honneur de la Couronne (*R c Kapp*, 2008 CSC 41 au para 6 [*Kapp*]), principe qui « imprègne chaque traité et l'exécution de chaque obligation prévue au traité » [*Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69 au para 57]. Le principe est consacré par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, qui reconnaît et confirme les droits issus des traités. D'autre part, une dimension légale provient de la souveraineté de la Couronne sur les terres et ressources traditionnellement occupées par les Autochtones (*Kapp, supra* note 304 au para 6).

<sup>305</sup> *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44 au para 17 : « La Cour a reconnu un continuum de consultation. L'obligation de la Couronne de consulter les Autochtones et de trouver des accommodements aux droits qu'ils revendiquent « dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre » (par. 39). Ainsi, la notion de mise en balance proportionnée qui ressort implicitement de l'arrêt *Delgamuukw* est reprise dans *Nation haïda*. Dans ce dernier arrêt, la Cour a indiqué que la Couronne n'avait pas seulement une obligation morale, mais une obligation légale de négocier de bonne foi dans le but de régler les revendications territoriales (par. 25). Le principe directeur ne repose pas sur les intérêts opposés mais sur la conciliation. »

<sup>306</sup> *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73 au para 35.

<sup>307</sup> Concernant l'étendue du devoir de négociation de l'État envers les communautés autochtones, voir généralement : Hoehn, *supra* note 302.

les tribunaux; enfin, à plus long terme, permettre la réconciliation des intérêts respectifs des Autochtones et des autres parties concernées<sup>308</sup>.

Pourtant, la promotion de la négociation pour résoudre les différends entre les Premiers Peuples et la Couronne ne peut s'effectuer sans une reconnaissance simultanée des obstacles et des défauts observés dans la pratique. Premièrement, bien qu'elles permettent une approche particularisée qui répond aux besoins d'une communauté<sup>309</sup>, les négociations requièrent souvent de déboursier des sommes faramineuses et d'endurer des délais imposants pour parvenir à un résultat, car comme l'indiquait la professeure Walqwan Metallic : « The vast majority of negotiations take over 15 years to conclude and cost millions on both the government and Indigenous sides. »<sup>310</sup>

Deuxièmement, considérant que les négociations se déroulent fréquemment dans un vide législatif sans cadre procédural imposé, les rapports de pouvoirs entre les communautés autochtones et l'État souffrent d'un déséquilibre qui accorde aux gouvernements « extensive latitude to deny rights and obligations, take problematic positions, and drag their feet, with little to no recourse for Indigenous parties »<sup>311</sup>.

Au surplus, les efforts étatiques doivent s'intégrer dans une démarche active plutôt qu'une réalisation factice, car dans la mouture actuelle, « the negotiation process provides broad discretion to federal and provincial governments to engage (or not) depending on political will »<sup>312</sup>. Dans son étude de la mise en œuvre des consultations auprès d'une communauté innue, la professeure Doris Farget relevait que « [l]es processus de consultation fondés sur l'écoute, sans accommodement significatif, semblent ainsi se délier du processus de (ré)conciliation devant être fondé sur le respect et la réciprocité »<sup>313</sup>. Pourtant, comme le rappelle le juge Jamal, au nom de la Cour suprême du Canada dans un arrêt unanime, il importe que les négociations soient menées de bonne foi sans laisser le dossier s'empoussiérer pendant des années :

---

<sup>308</sup> *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53 au para 103.

<sup>309</sup> Naomi S Walqwan Metallic, « Aboriginal Rights, Legislative Reconciliation, and Constitutionalism » (2023) 27:2 *Rev Const Stud* 1 à la p 23.

<sup>310</sup> *Ibid* à la p 16.

<sup>311</sup> *Ibid* à la p 22.

<sup>312</sup> *Ibid* à la p 16; Carrie Mendel-Meadow, « Unsettling the Lawyers: Other Forms of Justice in Indigenous Claims of Expropriation, Abuse, and Injustice » (2014) 64:4 *U Toronto LJ* 620 aux pp 634-635 [Mendel-Meadow].

<sup>313</sup> Doris Farget, « "On peut pas rien faire, même si on crie, il nous écoute même pas" : une expérience du droit à la consultation pour la communauté innue d'Ekuanitshit » (2020) 61:4 *C de D* 913 à la p 932.

(...) je ne suis pas d'accord avec l'argument de l'Ontario selon lequel l'obligation de diligence dans la mise en œuvre n'impose que des obligations procédurales [...] J'estime plutôt que la Couronne est tenue, et a en fait toujours été tenue, d'agir de manière honorable et en temps utile pour réaliser l'objet de la promesse faite par traité<sup>314</sup>.

(nos soulignements)

Troisièmement, en tant que véhicule de dialogue, la négociation avec l'État telle qu'elle s'effectue à l'heure actuelle peut limiter l'agentivité des communautés autochtones et recentrer leurs aspirations sur les référents occidentaux. Comme l'expliquait la chercheuse Évelyne Jean-Bouchard :

(...) l'obligation de négocier cette autonomie avec l'État aboutit généralement à des arrangements institutionnels analogues aux structures de l'État [...] D'autre part, il est souvent difficile de sortir d'un cadre de pensée libéral qui conçoit les institutions politiques occidentales comme le seul ordre naturel des choses<sup>315</sup>.

Les problèmes répertoriés pour la négociation peuvent s'imposer dans l'accomplissement de plusieurs modes de PRD<sup>316</sup>. En réalité, les principes fondateurs de la plupart des options, dont l'impartialité et la confidentialité, reflètent un contexte nord-américain parfois inadapté aux intérêts des Premiers Peuples<sup>317</sup>. Les auteures Suzanne Bouclin et Patricia Harewood soulevaient les risques liés à perpétuer ces valeurs pour les communautés autochtones :

Ces principes ne sont pas adaptés aux dynamiques des communautés autochtones et peuvent même être incompatibles avec les valeurs culturelles, les croyances et les pratiques des Premiers Peuples, telles que le respect, l'honnêteté et la vérité, qui constituent la base des interactions lors de la résolution d'un conflit. À titre d'exemple, la confidentialité peut se voir impossible à respecter (en raison des modalités de vie et du niveau d'interconnectivité sociale des communautés autochtones) et aller à l'encontre de la vision réparatrice des processus, notamment

---

<sup>314</sup> Le juge Jamal, écrivant pour la majorité de la Cour suprême du Canada dans *Ontario (PG) c Restoule*, 2024 CSC 27 au para 253.

<sup>315</sup> Évelyne Jean-Bouchard, « La culture institutionnelle et les droits sociaux : une critique féministe du nouveau management public en contexte autochtone » (2020) 61:2 C de D 285 à la p 307.

<sup>316</sup> La professeure Mendel-Meadow, *supra* note 312 à la p 635, notait l'utilisation d'un langage juridique et des concepts légaux qui complexifiaient inutilement le déroulement du processus de PRD.

<sup>317</sup> Suzanne Bouclin et Patricia Harewood, « L'incidence des préjugés inconscients sur les processus de négociation et de médiation » (2022) 100:3 R du B can 515 à la p 536.

la volonté de guérir la collectivité (les individus engagés dans le processus de médiation ainsi que la communauté entière)<sup>318</sup>.

En somme, recourir aux modes de PRD lors d'un conflit entre l'État et les communautés autochtones n'est pas le cœur du problème, puisque son emploi demeure de mise et justifié dans la plupart des circonstances. L'enjeu réside plutôt dans le cadre, trop souvent entaché de valeurs et d'attitudes colonialistes, prévu pour sa réalisation qui empêche la PRD d'exaucer son potentiel en la matière. Pour limiter les frictions créées par les valeurs contradictoires véhiculées par les parties, les processus sélectionnés ou inventés doivent s'imbiber du contexte particulier de chaque communauté autochtone et répondre davantage à leurs besoins spécifiques. Il importe également de ne pas uniformiser les processus de PRD et les solutions d'une nation à l'autre puisque les méthodes de résolution de conflits autochtones regroupent plusieurs modes possédant un caractère distinct<sup>319</sup>. Les parties prenantes peuvent s'inspirer de l'article 1 du *Code de procédure civile* qui ne limite pas la PRD qu'à la médiation, la négociation et l'arbitrage puisqu'il regroupe « tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquat, qu'il emprunte ou non à ces modes »<sup>320</sup>. Comme le rappelait la Commission canadienne des droits de la personne en 2007 :

Que l'on fasse appel à une formule autochtone ou occidentale, ou à une combinaison des deux, il est nécessaire de traiter de questions de pouvoirs, de différences culturelles, d'obstacles linguistiques, et des incidences et répercussions du colonialisme<sup>321</sup>.

En somme, l'une des barrières à la guérison demeure le manque de reconnaissance des savoirs des communautés autochtones, comme l'affirme à juste titre Suzanne Boulin :

en ce qui concerne les différends dans lesquels les individus et les collectivités autochtones sont engagés, il est temps pour le Canada de reconnaître ce que les juristes, dirigeants et chercheurs autochtones soutiennent depuis des décennies : les moyens de gérer et d'aborder les conflits existent déjà dans les traditions et les systèmes de justice autochtones. De surcroît, les collectivités elles-mêmes sont

---

<sup>318</sup> *Ibid* à la p 536.

<sup>319</sup> Commission canadienne des droits de la personne, *Règlement extrajudiciaire des différends (RED) dans les contextes autochtones : un examen critique* (rapport), par Wenona Victor, Ottawa, CCDP, 2007 à la p 3 [Commission canadienne des droits de la personne]; Bouclin, *supra* note 159 aux pp 476, 478.

<sup>320</sup> Art 1 Cpc.

<sup>321</sup> Commission canadienne des droits de la personne, *supra* note 319 à la p 3.

les entités les mieux placées pour concevoir et mettre en œuvre les processus de résolution dans leurs collectivités s'il n'en existe aucun<sup>322</sup>.

Par conséquent, lorsque des conflits impliquent l'État, la population canadienne et les Premiers Peuples, la créativité des communautés autochtones pour concevoir des processus de résolution doit occuper une position prépondérante dans l'arsenal des dispositifs ainsi que de solutions disponibles afin de reconnaître leur rôle crucial à titre de protagonistes<sup>323</sup>.

## Conclusion

La réforme de la procédure civile mise en vigueur en 2016 accorde une place plus ambitieuse à la PRD et lui attribue un rôle crucial dans la résolution des conflits. Cette révision législative a également réévalué la façon d'utiliser la PRD par l'État. En fait, l'article 75 enchâsse certaines limites dont l'intérêt public qui orchestre le traitement des différends étatiques. Les différentes disciplines juridiques et les conflits qu'elles arborent entraînent divers problèmes qui militent pour diverses solutions. Par voie de conséquence, l'emploi des modes de PRD par l'État se répartit sur un continuum sur lequel s'inscrivent les multiples domaines de droit.

À l'une des extrémités se situent les dossiers où le recours à la PRD se révèle à éviter, voire presque impossible dans certains cas, comme les litiges qui interpellent des questions de validité des lois ou celles liées à l'administration de la justice. Dans ces domaines, les décideur.se.s demeurent les mieux placé.e.s pour pondérer la mission des diverses institutions interpellées.

Au centre du continuum se trouvent les domaines où la complémentarité entre les modes de PRD et le système juridique s'avère de mise. À ce titre, les dossiers qui concernent les violations des droits et libertés fondamentaux, le droit de l'environnement ou les contrats publics démontrent les apports de ce dualisme.

---

<sup>322</sup> Bouclin, *supra* note 159 à la p 485.

<sup>323</sup> Voir l'obligation de participation de la communauté à la recherche impliquant des Autochtones exigée par les organismes suivants : Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie du Canada et Institut de recherche en santé du Canada, *Énoncé de politique des trois conseils : Éthique de la Recherche avec des êtres humains—ETPC 2 2022*, n° de catalogue RR4-2/2023F-PDF, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2022 aux pp 173 et s. L'énoncé de politique prévoit entre autres à l'article 9.2 que « [l]a nature et l'étendue de la participation de la communauté à un projet de recherche doivent être déterminées conjointement par le chercheur et la communauté concernée, et être adaptées aux caractéristiques de la communauté et à la nature de la recherche ».

Enfin, à l'autre bout du continuum, une implantation marquée des modes de PRD par l'État dans les conflits qui l'impliquent pourrait représenter une solution idéale. En ce sens, les conflits entre les Premiers Peuples et l'État doivent fréquemment recourir à la négociation et ce processus conserve son importance pour les parties au différend. Cependant, il importe de repenser, dans le respect et la réciprocité, ses modes d'exécution afin de s'assurer qu'il ne se déroule pas selon les référents occidentaux et en vérifiant que les besoins des communautés autochtones façonnent les choix des processus ainsi que les modalités des échanges plutôt que d'être facticement pris en compte.

En fait, la malléabilité de la notion d'intérêt public lui permet de regrouper diverses missions, valeurs et orientations. Toutefois, dans le dénouement des conflits, la notion d'intérêt public emporte d'autres aspects liés à la fonction de l'appareil étatique qui peuvent parfois militer pour ou contre une résolution hâtive tels que la protection de l'ordre public et des deniers publics, l'application égale et équitable des décisions administratives et de la loi envers les citoyens, la préservation de la réputation de l'État, etc. Le concept regroupe également des objectifs propres à la saine administration de la justice tels que la célérité, la simplicité, la proportionnalité et l'accessibilité qui sous-tendent le recours à la PRD. Ainsi, l'État doit pondérer ces divers facteurs dans la sélection de la voie optimale pour résoudre les conflits qui l'impliquent. À ce titre, toute intervention en prévention et règlement des différends doit être éclairée, en tenant compte des particularités des secteurs d'activités, tout en gardant à l'esprit les valeurs d'intérêt public qui doivent dominer pour

éviter d'occulter les spécificités afférentes à l'État dans l'élaboration des critères décisionnels, des processus et des procédures de la résolution de conflit<sup>324</sup>.

---

<sup>324</sup> À ce sujet, le lectorat peut consulter la section « Développer une vision globale du problème » du livre de Roberge, *Prévention et règlement des différends*, *supra* note 170 aux pp 33 et s.