

# La médiation et l'arbitrage – comparaison critique

*Daniel Chow*

## Table des matières

I)	<b>Introduction</b> .....	3
II)	<b>La médiation</b> .....	3
A)	Définition de la médiation.....	3
B)	Principales caractéristiques de la médiation.....	4
a.	Le rôle central de la volonté au sein de la médiation.....	4
b.	Le caractère confidentiel de la médiation.....	5
c.	Le caractère non coercitif de la médiation.....	6
III)	<b>L'arbitrage</b> .....	7
A)	Définition de l'arbitrage .....	7
B)	Principales caractéristiques de l'arbitrage.....	7
a.	Le rôle central de la volonté au sein de l'arbitrage .....	7
b.	Le caractère confidentiel de l'arbitrage.....	8
c.	Particularités procédurales de l'arbitrage.....	8
IV)	<b>Les différences clés entre la médiation et l'arbitrage</b> .....	9
A)	La nature différente des dossiers .....	9
B)	La durée et les coûts.....	10
C)	La finalité des modes privés de règlement de différends (ci-après MPRD).....	10
D)	La différence de buts que desservent ces deux types de MPRDs.....	11
V)	<b>Les avantages comparatifs de chaque processus</b> .....	11
A)	Les avantages de la médiation.....	12
a.	Le coût de la médiation.....	12
b.	Le spectre de sujets traitables par la médiation.....	12
c.	Une procédure davantage malléable par les parties.....	13
B)	Les avantages de l'arbitrage .....	13
a.	L'expertise de l'arbitre.....	13
b.	Une sentence personnalisée.....	14
c.	Une procédure sans appel et sans recours postérieurs.....	14
d.	Une tendance en faveur du caractère obligatoire de la clause d'arbitrage? .....	15
VI)	<b>Conclusion</b> .....	15

# La médiation et l'arbitrage – comparaison critique

*Daniel Chow\**

## I) Introduction

La série américaine *Suits*, populaire chez les étudiants en droit a su inculquer chez plusieurs une représentation glorifiée de la tâche quotidienne du professionnel de droit au sein du système judiciaire. Contrairement à ce qui est dépeint par les séries, le premier réflexe de l'avocat et des parties ne devrait plus être de se tourner vers les tribunaux pour régler leurs conflits, mais plutôt d'envisager les MPRDs<sup>1</sup>. En effet, cela s'inscrit au sein d'une nouvelle culture juridique, formalisée par une refonte du Code de Procédure civile (Nouveau Code de Procédure civile<sup>2</sup>, ci-après cpc), prônant un meilleur accès à la justice ainsi qu'une diminution des délais souvent interminables de la procédure judiciaire traditionnelle<sup>3</sup>. C'est donc dans un tel contexte que nous avons décidé d'entreprendre une étude critique et comparative de la médiation et l'arbitrage, deux MPRDs qui se recoupent dans leur application sans nécessairement se confondre<sup>4</sup>. Quels sont leurs rôles et apports respectifs? Pour répondre à cette problématique, nous examinerons dans un premier temps les définitions et caractéristiques de ces deux MPRDs, pour ensuite, dans un second temps, analyser leurs avantages propres. Finalement, nous finirons l'analyse par un examen des différences de ces deux MPRDs.

## II) La médiation

### A. Définition de la médiation

Dans un premier temps, définissons de manière brève ce qu'est la médiation. En termes généraux, elle est définie comme une négociation entre deux parties ou plus, facilitée

---

<sup>1</sup> *Code de Procédure civile*, RLRQ c C-25.01, art 1.

<sup>2</sup> *Code de Procédure civile*, RLRQ c C-25.01.

<sup>3</sup> Luc Chamberlain, *Le Grand collectif — Code de Procédure civile — Commentaires et annotations*, 4<sup>e</sup> éd., 1 vol., Montréal, Yvon Blais, 2019 à la p 4.

<sup>4</sup> Elvire Vignon, « Comment choisir entre l'arbitrage et la médiation? » (25 octobre 2018), en ligne (blogue): *Cabinet Vignon* <<https://cutt.ly/gtFrhSD>>.

par un médiateur. Le médiateur est une tierce partie neutre et impartiale, qui a comme but, non pas de trancher le différend entre les parties, mais simplement de les aider à trouver une entente mutuelle. Il n'impose donc pas un règlement et ne tranche pas le différend. La contribution du médiateur au processus de médiation se fait davantage au niveau de la méthodologie et de la communication, et son degré d'intervention au sein de ces deux axes est variable suivant la forme de médiation qui est utilisée. Quand les négociations débouchent sur un règlement final, cela conduit à la signature d'un protocole d'entente de médiation, un contrat qui a force légale et devient exécutoire une fois qu'il est homologué devant les cours judiciaires, pour en forcer l'exécution (art. 527 et 528 cpc).

*« L'intervention dans un litige ou dans le processus de négociation d'un tiers neutre et impartial qui sans pouvoir décisionnel, peut quand même aider les parties en litige à s'entendre pour arriver à un règlement mutuel acceptable des questions en litige »<sup>5</sup>*

#### B. Principales caractéristiques de la médiation

##### a) Le rôle central de la volonté au sein de la médiation

Par la suite, maintenant que nous avons défini de manière brève ce qu'est la médiation, examinons successivement ses principales caractéristiques, soit, la place centrale qu'occupe la volonté au sein du processus, sa confidentialité, et finalement son caractère non coercitif. De prime abord, le caractère volontaire de la médiation est d'une grande importance dans le processus de médiation. En effet, ce qui témoigne de cela est le fait que dès la première étape de la médiation, soit la « préparation à la médiation », le médiateur doit s'assurer non seulement du caractère volontaire et libre des parties qui se trouvent devant lui, mais aussi si ces personnes ont réellement la capacité légale et un pouvoir décisionnel. Un exemple classique de cela est le cas où un employé se présente à la séance de médiation en tant que représentant de son patron. Or, chaque fois que l'employé se voit demander une question, il doit faire valider sa réponse auprès de son patron. Ainsi, l'employé dans le cas précis n'aurait pas le droit de se présenter au nom de son patron, car bien que le patron puisse exprimer sa volonté de faire partie du processus de médiation, le critère de la volonté part un cran plus loin pour demander une véritable capacité décisionnelle indépendante provenant de la

---

<sup>5</sup> Association du Barreau canadien, *Rapport du groupe de travail sur les solutions de rechange au règlement des conflits: Une perspective canadienne*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1991 à la p 15.

partie qui exprime sa volonté. Cet exemple illustre donc bien l'importance de la volonté au sein de la médiation, car elle est tenue à un standard si élevé. Similairement à cet exemple, le caractère volontaire du processus est aussi souligné à travers l'explication de la *Mesore* et la *Pisore*<sup>6</sup>. En effet, elles ont lieu au niveau de l'étape de la « préparation à la médiation ». Le médiateur expliquera que la médiation n'est pas dans tous les cas une fin au conflit, mais plutôt une méthode parmi d'autres, qui permet aux parties de trouver une solution qui convient à leur conflit. Expliquer la *Mesore* et la *Pisore* aux parties leur permet de comprendre ce qui se passera si la médiation ne porte pas fruit et ne donne pas « les résultats que nous escomptons ». En effet, une médiation peut se clore de plusieurs manières, dont le simple fait qu'une partie décide de ne plus venir en médiation de leur propre « volonté ». Ainsi, parler de la *Mesore* et la *Pisore* aux parties, leur permet de rendre une décision éclairée par rapport aux conséquences qui découlent d'une participation volontaire à la médiation.

#### b) Le caractère confidentiel de la médiation

Par la suite, la confidentialité est aussi un aspect d'importance capitale au processus de médiation. En effet, cette confidentialité est présente lors de l'entièreté du processus, tant en plénière qu'en caucus. Bien que des exceptions à cette règle existent, la règle générale qui encadre la confidentialité de la médiation se retrouve à l'article 4 cpc. Une des exceptions à cette règle de la confidentialité du processus ressort des clauses que le médiateur aura dans l'entente préalable de médiation. Ce document sert à mettre en place les lignes directrices du processus que les parties s'engagent à respecter. L'entente préalable de médiation peut notamment avoir des dispositions créées du commun accord des parties en médiation, pour limiter certains comportements qui agacent particulièrement les parties, de manière à les empêcher de négocier efficacement. Ce serait notamment l'exemple d'une clause interdisant la coupure de parole. Ainsi, afin de limiter la nature confidentielle de certains propos graves qui sont dévoilés lors de la médiation, le médiateur pourra mettre en place des clauses limitatives dans son entente préalable de médiation. C'est l'exemple de la clause limitative de confidentialité pour des questions d'aveux de meurtre par exemple. Parallèlement, en dehors du cadre de l'entente préalable, la partie peut elle-même limiter la confidentialité des propos qui ont été discutés en caucus, en consentant au dévoilement de ces derniers. Ainsi, il est possible de voir à travers ces nombreux

---

<sup>6</sup> Claude Curchod, *Prévenir et dénouer les conflits dans les relations soignants-soignés*, 2<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, Elsevier, 2018 à la p 281.

exemples, la place privilégiée qu'occupe la confidentialité dans le processus de la médiation.

### c) Le caractère non coercitif de la médiation

Enfin, un troisième et dernier point saillant qui ressort du processus de médiation est son caractère non coercitif. En effet, le médiateur « ne décide pas à la place des parties, mais les aide à prendre leur propre décision »<sup>7</sup>. En effet, le médiateur ne fait qu'accompagner les parties, et leur procure une aide plus globalement avec la négociation de leur problème. Bien qu'il y ait trois types de médiation<sup>8</sup> qui soient offerts au Québec, soit la médiation transformative, évaluative, et facilitative, qui donnent tous au médiateur un niveau variable d'intervention dans le processus de médiation, désormais, le rôle du médiateur se limite à guider la méthodologie et la communication des parties. La médiation étant un processus qui fait intervenir la faculté de négociation des parties, il est important pour le médiateur de connaître les « techniques de communication, de recadrement, de reformulation des propos »<sup>9</sup> les mieux adaptées aux situations auxquelles il fera face. Quelques exemples d'habiletés du médiateur peuvent inclure la faculté de recadrage, l'immédiateté, et finalement la mutualisation. Le recadrage est une technique qui a comme but « de modifier la perception que la personne a d'une réalité, qui la limite, afin de lui permettre de trouver une vision nouvelle plus aidante »<sup>10</sup>. L'immédiateté, c'est simplement la faculté du médiateur à intervenir à l'instant même, en d'autres mots, sa faculté d'être proactif face aux gestes et comportements des parties<sup>11</sup>. Finalement, la mutualisation, c'est une manière que le médiateur peut utiliser pour tisser des liens entre les parties en médiation, à l'aide d'un fait, d'un sentiment, ou d'intérêts qu'elles ont en commun<sup>12</sup>. Ainsi, ces méthodes listées ne sont que quelques-unes parmi plusieurs autres dont le médiateur peut faire appel pour faciliter la recherche d'une entente par les parties, au sein de ce processus non coercitif.

---

<sup>7</sup> Ministère de la Justice du Canada, « Le manuel relatif au règlement des conflits — la médiation » (dernière modification le 4 mars 2015), en ligne : *Gouvernement du Canada* < <https://cutt.ly/7tFrMD2> >.

<sup>8</sup> Stefania Chianetta, *Développement récents en droit de la copropriété divisée — Médiation et arbitrage en copropriété*, 447 vol., Montréal, Yvon Blais, 2018 à la p 282.

<sup>9</sup> *Ibid*, à la p 284.

<sup>10</sup> Marie José Gava, Jean-Luc Cheavanis, *Outils et pratique de la médiation: Dénouer et prévenir les conflits*, 1<sup>e</sup> éd., Paris, InterÉditions, 2019 à la p 28.

<sup>11</sup> Sloan, G., J. Chicanot, *La pratique de la médiation*, 2<sup>e</sup> éd., Vancouver, ADR Education, 2010 aux pp. 74-75.

<sup>12</sup> *Ibid*, à la p 73.

### III) L'arbitrage

#### A) Définition de l'arbitrage

Dans cette seconde partie, définissons de manière brève ce qu'est l'arbitrage. L'arbitrage est un processus habituellement volontaire et confidentiel par lequel les parties ont recours à une tierce partie neutre et impartiale, l'arbitre, qui procèdera à une audience, entend des témoins, ainsi que l'argumentation des parties, et sur foi de cela, rendra une décision écrite et motivée qui lie les parties. Ainsi, le processus de l'arbitrage est comparable au litige, qui est lui aussi fondé sur un modèle accusatoire. Au sein de l'arbitrage, le rôle de l'arbitre est parfois comparé à celui d'un *private judge* car il a comme rôle de trancher, de décider et d'imposer sa décision sur les parties qui se trouvent en arbitrage<sup>13</sup>. L'arbitre prendra sa décision sous la forme d'une sentence arbitrale, une décision légale liant les parties, qui peut ensuite être homologuée auprès des tribunaux (art. 645-647 cpc).

#### B) Principales caractéristiques de l'arbitrage

##### a) Le libre choix au sein de l'arbitrage

Ensuite, maintenant que nous avons établi la définition de l'arbitrage, examinons ses caractéristiques, soit la place qu'elle consacre au libre choix, suivi de sa confidentialité, et finalement, ses particularités procédurales. D'abord, le libre choix est important au sein du processus d'arbitrage, car pour y avoir accès, il faut passer par une convention d'arbitrage<sup>14</sup>. En effet, le terme de convention d'arbitrage est une expression large qui regroupe la clause compromissoire dans un contrat, et les conventions distinctes. Dans le cas de la clause compromissoire du contrat, c'est l'exemple des clauses de contrats, tels, les « contrats de licence d'utilisateur final » qui demandent d'envoyer toute plainte en arbitrage. Nous les retrouvons souvent lorsque nous installons un nouveau programme sur nos ordinateurs. Si un litige se produisait sur un des éléments prévus par la clause, cela aurait comme effet de court-circuiter le recours offert par les tribunaux judiciaires au profit de l'arbitrage. Ensuite, un exemple de convention distincte serait simplement celui d'une entente faite au moment même où naît le litige, alors qu'il y a absence de clause compromissoire entre les deux parties prévoyant l'arbitrage. Les parties qui signent cette convention s'entendent ainsi pour aller régler

---

<sup>13</sup> Yves Strickler, *L'arbitrage : Questions contemporaines*, 1e éd., Paris, L'harmattan, 2012 à la p 14.

<sup>14</sup> Ministère de la Justice du Canada, « Le manuel relatif au règlement des conflits — l'arbitrage » (dernière modification le 27 juillet 2017), en ligne : *Gouvernement du Canada* < <https://cutt.ly/9tFr9BZ> >.

l'affaire en arbitrage. Dans les deux exemples ci-haut, les parties consentent de porter le litige en arbitrage, respectivement de manière tacite ou expresse. Ainsi la convention d'arbitrage démontre l'importance de la volonté au sein du processus d'arbitrage. Parallèlement, l'arbitrage reconnaît aux parties le choix de décider de l'arbitre, plaçant ainsi encore une fois la volonté au centre du processus. Contrairement à une cour judiciaire, l'arbitre est choisi de commun accord par les parties, normalement selon le critère de l'expertise. Les parties usent donc de leur volonté (ils choisissent celui qu'ils veulent) pour choisir l'arbitre le mieux adapté. Or, contrairement à la médiation, où le tiers est lui aussi choisi de concert, la place donnée à la volonté acquiert une nouvelle dimension, car le tiers va dès lors d'autant plus décider de la finalité du litige, il tranche le litige.

#### b) Le caractère confidentiel de l'arbitrage

Ensuite, en ce qui est du caractère confidentiel de l'arbitrage, en un mot, la règle générale s'appliquant à la médiation l'est aussi à l'arbitrage (voir article 4 cpc). En effet, l'arbitrage est « plus fréquent dans le domaine des affaires et celui des relations de travail »<sup>15</sup>. Ces domaines bénéficient de la confidentialité de l'arbitrage, à cause du « caractère confidentiel de documents et d'informations sensibles pour les parties »<sup>16</sup>. Considérant que la nouvelle tendance en règlement de différend est la forme hybride du *Med-Arb*<sup>17</sup>, qui inclut comme son nom l'indique une séance de médiation, à défaut de quoi, si une entente n'est pas trouvée, l'arbitrage est directement enclenché, la nature confidentielle de l'arbitrage s'avère intéressante, comme alternative comparable à la cour judiciaire qui produit une décision publique.

#### c) Particularités procédurales de l'arbitrage

Finalement, pour ce dernier point, examinons les particularités procédurales de l'arbitrage. En effet, l'arbitrage débouche sur un jugement sans appel de la part de l'arbitre, appelé une sentence arbitrale. Cette dernière est une décision légale qui lie les parties, et qui peut en outre, être homologuée devant les cours judiciaires, pour en forcer son exécution (articles 645-647 cpc). Le fait que la décision soit sans appel est

---

<sup>15</sup> Educaloi, « Conflits : d'autres options que le procès » (2020), en ligne : *Educaloi* < <http://tiny.cc/h9iimz> >.

<sup>16</sup> Jean H. Gagnon, « Les moyens non judiciaires de règlement de conflits juridiques » (dernière modification le 21 février 2020), en ligne : *RJQ* < <https://cutt.ly/utFrL2l> >.

<sup>17</sup> *Ibid.*

une considération importante pour les parties qui s'intéressent à la médiation pour régler leur litige. La seule avenue qui s'offre aux parties face est inscrite à l'article 648 cpc, soit l'annulation de la sentence arbitrale. Or ce recours est limité, car il ne s'ouvre qu'en cas où des dispositions d'ordre publiques ne sont pas respectées :

*« Un tel recours peut seulement être exercé si la convention d'arbitrage est invalide, si l'une ou l'autre des parties n'avait pas la capacité pour conclure la convention, si la convention ou la sentence est contraire à l'ordre public, si les règles de justice naturelle n'ont pas été respectées, si la procédure applicable n'a pas été suivie, si le mode de nomination des arbitres n'a pas été observé, ou si les arbitres ont excédé la compétence qui leur a été attribuée par les parties aux termes de la convention d'arbitrage »<sup>18</sup>*

Ensuite, une autre particularité procédurale de l'arbitrage est codifiée à l'article 7 cpc. En effet, cet article amène une exception à la règle générale de la finalité des modes privés de règlement des différends (ci-après MPRD) en ce qui concerne l'arbitrage. Ainsi, si les parties décident de faire usage de l'arbitrage, à moins que la loi prévoie autrement, cela a comme effet de rendre la voie d'action devant les tribunaux judiciaires irrecevable. En outre, cette règle est reprise à l'article 622 cpc. Cela est notamment confirmé dans la décision *Wolray Hotels Ltd. C. Quebec City Hotel Partner-Ship*<sup>19</sup> de la Cour d'appel du Québec.

#### IV) Les différences clés entre la médiation et l'arbitrage

Par la suite, examinons quatre différences clés entre la médiation et l'arbitrage. Pour ce faire, nous examinerons successivement la nature différente des dossiers, la durée et les coûts, le tiers neutre et impartial, la finalité des processus respectifs, et finalement, la différence de buts que desservent ces deux types de MPRD.

##### A) La nature différente des dossiers

D'abord, la première différence entre ces deux MPRD est la nature différente des dossiers qu'ils vont traiter. En effet, contrairement à la médiation, l'arbitrage est limité dans son application à certains domaines, car elle est interdite notamment en matière

---

<sup>18</sup> Vincent Piazza, « Avantages et inconvénients des clauses d'arbitrage » (avril 2012), en ligne (blogue) : *Degrandpré Chait* < <https://cutt.ly/ttD5g5i> >. ; *Code de Procédure civile*, RLRQ c C-25.01, art 645 et 646.

<sup>19</sup> *Wolray Hotels inc. c. Quebec City Hotel Partner-Ship*, 1992 QCCA 3830.

familiale et en matière de capacité des personnes, comme ça serait l'exemple de l'ouverture d'un régime de protection<sup>20</sup>. Cette règle est en outre prévue à l'article 2639 du Code Civil du Québec (ci-après ccq)<sup>21</sup>. Contrairement à l'arbitrage, de telles règles limitatives de la portée de la médiation n'existent pas.

### B) La durée et les coûts

Ensuite, parallèlement au premier point sur la nature différente des dossiers, un commentaire peut être fait sur la durée procédurale de ces MPRD. En effet, en principe :

*« En médiation, les délais pour conclure un accord peuvent aller d'un jour à 30 jours assez souvent, et plus parfois suivant la complexité de l'affaire ou le degré de détérioration des relations en jeu. Une sentence arbitrale peut être rendue dans un délai de 6 à 15 mois. »<sup>22</sup>*

Ainsi, il est possible de voir que la nature différente des dossiers influe en pratique sur le temps qu'il faut pour y trouver une solution/entente. Cela a en outre un effet direct sur le coût de la procédure, car plus le processus prend longtemps, plus grande sera la part à payer par chaque partie. En règle générale, les parties se partagent les coûts. Or, contrairement à la voie judiciaire, dans le cas de MPRD, il faut aussi rémunérer le tiers neutre et impartial, une considération qui est souvent oubliée par les parties. Ainsi, comme la médiation dure normalement moins longtemps que l'arbitrage, elle est normalement aussi moins coûteuse.

### C) La finalité des MPRD

Par la suite, sur le thème de la finalité des MPRD qui a déjà fait l'objet d'un paragraphe entier, la médiation donne droit de recourir aux cours judiciaires si jamais les parties ne retrouvent pas une entente mutuelle. Or, une fois que les parties commencent l'arbitrage, ce droit d'aller chercher remède devant les cours judiciaires est irrecevable, comme le souligne les articles 7 et 622 cpc. L'arbitrage est le seul MPRD qui rend irrecevable une telle action. Il s'agit en outre une caractéristique qui est un couteau à double tranchant.

---

<sup>20</sup> Chianetta, *supra* note 8, à la p 299.

<sup>21</sup> Code civil du Québec, RLRQ 1991, c CCQ, art 2639.

<sup>22</sup> Vignon, *supra* note 4.

#### D) La différence des buts que desservent ces deux types de MPRD

Enfin, la dernière grande différence entre la médiation et l'arbitrage est le fait que ces deux MPRD desservent des buts et objectifs différents. En effet, à ce sujet, comme l'énonce la CMAP, leader français en gestion et résolution des conflits commerciaux :

*« La médiation se distingue fondamentalement de l'arbitrage en ce qu'elle a pour objet de parvenir à un accord amiable entre les parties, grâce à l'intervention d'un tiers qualifié dont le rôle se limite à organiser les débats en laissant aux parties toute liberté pour former un accord mutuellement acceptable sur le fond, sauf en médiation de la consommation où le médiateur peut rendre un avis. Au contraire, l'arbitrage consiste à trancher le litige par une sentence qui, comme un jugement, s'impose aux parties. »<sup>23</sup>*

Suivant cette optique, la différence fondamentale entre ces deux MPRD se base sur la place que nous donnons à la voix des parties, et à leurs intérêts propres. En d'autres mots, en médiation, le tiers neutre et impartial cherche les intérêts des parties pour arriver à une entente, de sorte que les parties en ressortent gagnant-gagnant. À l'inverse, en arbitrage, il y a nécessairement une partie qui va perdre, et une autre va gagner, car c'est un processus accusatoire. Vue d'une autre manière, cette dichotomie d'approches peut aussi être résumée comme suit :

*« À la différence de la médiation qui s'emploie davantage à respecter les intérêts respectifs des parties plutôt qu'à appliquer le droit applicable, l'arbitre, quant à lui, tranche le litige dans le respect des principes du droit applicable ou en amiable composition selon les termes de la clause compromissoire ou de l'accord des parties. »<sup>24</sup>*

#### V) Les avantages comparatifs de chaque processus

Enfin, finissons notre analyse par un examen des principaux avantages qu'offre chaque MPRD, en fonction de leurs caractéristiques (parties II et III du texte) et différences (partie IV du texte) respectives. L'analyse sera divisée en deux sous-catégories, soit

---

<sup>23</sup> Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, « Quelle est la différence entre la médiation et l'arbitrage ? » (2020), en ligne : CMAP < <https://cutt.ly/mtFrfl3> >.

<sup>24</sup> Richard Clarisse, « Médiation et arbitrage : quelles différences ? » (19 avril 2019), en ligne : Eurojuris < <https://cutt.ly/GtD7JSX> >.

d'abord une partie sur les avantages du processus de médiation, et par la suite, ceux de l'arbitrage.

A) Les avantages de la médiation

a) Le coût de la médiation

D'abord, en termes de considérations pécuniaires, entre l'arbitrage et la médiation, il s'avère que la dernière est plus avantageuse pour les parties. Bien que ces deux types de MPRD soient des « modes de règlement à risques maîtrisés »<sup>25</sup>, donc qu'entre autres, les coûts sont connus d'avance par les parties, le simple fait que la médiation prenne moins de temps pour aboutir à une entente le rend un choix idéal si l'argent est une préoccupation pour les parties<sup>26</sup>. Contrairement à la cour judiciaire, compte tenu du fait que la médiation ainsi que l'arbitrage sont des MPRD, le fardeau additionnel et souvent oublié de la rémunération des tiers facilitateurs/décideurs est une préoccupation non négligeable qui rend d'autant plus l'économie de la médiation intéressante :

*« Notre expérience indique par ailleurs que les parties ont souvent tendance à sous-estimer les coûts liés à un arbitrage. (...) Il n'est pas exagéré de dire qu'en bout de piste, le taux horaire combiné des arbitres, procureurs et experts se chiffrera souvent en milliers de dollars. »<sup>27</sup>*

b) Le spectre de sujets traitables par la médiation

Ensuite, le spectre de sujets traitables par la médiation n'est pas limité comme elle l'est dans l'arbitrage, ce qui en constitue un avantage pour les parties. De par son vaste spectre de sujets traitables, les particuliers qui veulent faire appel à un MPRD peuvent choisir la médiation sans cligner des yeux et sans crainte de se trouver dans un des cas d'exception de l'article 2639 ccq. Cela vient en outre répondre à la préoccupation toujours croissante de l'accès à la justice, de la même façon que la TAQ, avec sa procédure souple aide à rendre le cheminement administratif plus fluide pour l'administré.

---

<sup>25</sup> Elvire Vignon, « Est-ce que la médiation coûte cher ? » (31 octobre 2017), en ligne (blogue) : *Cabinet Vignon* < <https://cutt.ly/QtFrcun> >.

<sup>26</sup> Vignon, *supra* note 4.

<sup>27</sup> Piazza, *supra* note 18.

### c) Une procédure davantage malléable par les parties

Enfin, comme le médiateur ne tranche pas, mais facilite plutôt les parties à retrouver, de leur propre gré, une entente à leur problème, les parties ont ainsi un plus grand contrôle sur l'issue du processus.

*« Ainsi, dans une négociation ou une médiation, les parties peuvent décider de modifier leurs ententes, d'en terminer certaines, d'en conclure de nouvelles, de convenir de certaines compensations portant sur des aspects de leurs relations autres que ceux faisant l'objet du différend ou, encore, de faire intervenir au règlement des personnes qui ne sont pas impliquées directement dans le litige.*

*Il s'agit là d'autant de possibilités auquel un arbitre n'a pas accès puisqu'il doit décider en fonction de la loi, des contrats en vigueur et des circonstances qui ont amené les parties devant lui. »<sup>28</sup>*

L'entente qui sera développée de concert par les parties aura donc des effets durables et positifs sur leurs relations futures, car les parties quittent la médiation gagnant-gagnant, ayant rempli leurs intérêts communs<sup>29</sup>.

### B) Les avantages de l'arbitrage

Examinons dès lors les avantages du processus d'arbitrage, et pourquoi il est mieux adapté dans les cas de figure suivants :

#### a) L'expertise de l'arbitre

Tout d'abord, l'expertise de l'arbitre peut-être un avantage pour les parties qui font face à un litige compliqué et technique qui cause une impasse en médiation. En effet, le litige qui porte sur une question trop pointue et spécialisée peut souvent être la source d'une impasse en médiation. Si les parties décident de cesser la médiation, car elle ne porte pas fruit, elles feront probablement face à un similaire dilemme devant une cour civile généraliste, car cette dernière ne serait probablement pas mieux placée pour trancher

---

<sup>28</sup> Jean H. Gagnon, « Les outils et mécanismes de prévention et de règlement des différends au sein d'un réseau » (20 novembre 2014), en ligne (blogue) : *edilex* < <https://cutt.ly/htD5tT6> >.

<sup>29</sup> Roy, S., A. Schneebalg et E. Galton, *La médiation : préparer, représenter, participer*, Cowansville, Yvon Blais, 2005 aux pp. 125-129.

le litige. C'est donc dans un tel contexte que les parties peuvent chercher l'aide d'un arbitre, car ce dernier est sélectionné pour son expertise dans le domaine en question et serait dès lors la personne la mieux placée pour trancher le litige de manière efficace. Connaissant bien « les lois, usages et pratiques du milieu »<sup>30</sup>, il pourra dès lors rapidement cerner les « enjeux, tenants, aboutissants et conséquences du différend qu'il devra trancher »<sup>31</sup>.

#### b) Une sentence personnalisée

Par la suite les sentences arbitrales « n'ont pas valeur jurisprudentielle »<sup>32</sup>, et ne sont pas non plus liées par la règle du précédent. Ce dernier point peut être avantageux pour les parties au litige, dans la mesure où elles voient à ce que leur litige soit tranché de manière créative par l'arbitre. Bien que cela soit le cas, il est important de ne pas oublier que plusieurs arbitres sont aussi juristes, et ainsi, sont au courant des tendances jurisprudentielles. Ainsi, comme l'avait affirmé le Prof. Paul Fauteux de l'Université d'Ottawa, cette connaissance des tendances est normalement reflétée dans la sentence rendue par l'arbitre. Tout compte fait, considérant que la prise en compte de la jurisprudence n'est pas une obligation écrite, cela laisse désormais place à une certaine créativité de la part de l'arbitre. Cette position est en outre confirmée dans la décision *Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. c. Empire, compagnie d'assurance-vie*<sup>33</sup> de la Cour d'appel du Québec qui confirme que l'inobservance des précédents par l'arbitre rendant sa sentence ne rend pas nécessairement cette dernière invalide :

*« the fact that the arbitral tribunal did not follow Court of Appeal precedents on the interpretation to be given to public order provisions does not necessarily entail that the award is contrary to public order. »*<sup>34</sup>

#### c) Une procédure sans appel et sans recours postérieur

Ensuite, un avantage stratégique peut être retiré du fait que la sentence arbitrale est sans appel, et les cours civiles, hors d'accès quand nous choisissons la voie d'action de l'arbitrage. En effet, bien que nous ayons évoqué le revers de cet argument plus haut

<sup>30</sup> Chianetta, *supra* note 8, à la p 296.

<sup>31</sup> Chianetta, *supra* note 8, à la p 296.

<sup>32</sup> Ministère de la Justice du Canada, *supra* note 14.

<sup>33</sup> *Laurentienne-vie, Cie d'assurances inc. c. Empire, Cie d'assurance-vie*, 2000 RJQ 1708.

<sup>34</sup> Frédéric Bachand, « Consensual Arbitration in Quebec » (dernière modification le 17 octobre 2013), en ligne : *McGill Faculty of Law* < <https://www.mcgill.ca/arbitration/law> >.

dans le texte, cette caractéristique propre à l'arbitrage est un argument à double tranchant. Dans le cas présent, si une partie pense avoir monté un excellent dossier à l'appui de ses enjeux et intérêts, choisir l'arbitrage peut lui permettre d'obtenir une sentence arbitrale en sa faveur, qui n'est ni appelable ni recevable par les tribunaux civils. Cette méthode peut permettre de retrouver l'équivalence d'un jugement judiciaire de manière plus rapide, et à moindre coût.

d) Une tendance en faveur du caractère obligatoire de la clause d'arbitrage ?

Enfin une dernière parenthèse peut être faite sur le caractère obligatoire de la clause d'arbitrage au sein de la clause *Med-Arb*. En effet, dans la décision *Corporation Inno-Centre du Québec c. Média Opti Rythmix*<sup>35</sup> de la Cour du Québec, le juge affirme que la présence d'une clause *Med-Arb*, permet aux parties de recourir directement à l'arbitrage, sans devoir passer par la médiation :

« a defendant may rely on a *Med-Arb* clause to seek the referral of an action to arbitration despite that no mediation has occurred between the parties. »<sup>36</sup>

Ainsi, il est possible de voir que les tribunaux ont une certaine réticence quant à la reconnaissance du caractère obligatoire de la clause de médiation, alors que la portion arbitrage et médiation était dans la même clause. C'est donc cette reconnaissance privilégiée du caractère obligatoire de l'arbitrage au sein de la clause *Med-Arb* qui constitue l'avantage de ce MPRD.

## VI) Conclusion

Pour conclure, suite à cette analyse exhaustive des rôles et apports respectifs de ces deux MPRD, il est enfin possible d'affirmer qu'ils se recoupent sans se confondre dans leur application. En effet, ces deux MPRD desservent des rôles différents, car l'arbitrage se fondant sur un modèle accusatoire est différent du processus à suivre pour retrouver le protocole d'entente de la médiation, fruit de la négociation des parties. Se basant sur des philosophies différentes, ces deux modèles apportent avec eux leurs forces et faiblesses respectives, qui peuvent ensuite être traduites en différentes stratégies dont les parties peuvent faire usage pour trouver une solution à

<sup>35</sup> *Corporation Inno-Centre du Québec c. Média Opti Rythmix*, 2012 QCCQ 8980.

<sup>36</sup> Bachand, *supra*note 34.

leur conflit. Par exemple, le fait que l'arbitrage est généralement sans appel est une considération propre à l'arbitrage que les parties peuvent soit favoriser ou dévaloriser au sein du processus de résolution de conflit. À l'opposé, comme nous avons pu le voir, certaines caractéristiques sont retrouvables dans les deux MPRDs. C'est notamment le cas de la confidentialité. Ainsi, ces deux MPRD semblent se converger sur certains points et non sur d'autres, ce qui rend encore plus attrayant le potentiel d'un troisième système complémentaire qui intégrera à la fois les bienfaits de la médiation et de l'arbitrage. En effet, cela est une tendance à suivre se nommant *Med-Arb*, qui tente de concilier les différences et inconvénients de l'arbitrage et de la médiation pour finalement retrouver une solution hybride dans le respect des principes du nouveau Code de Procédure civile.