

SEC.COM.15NOU'11 10:45

**MÉMOIRE PRÉSENTÉ DANS LE CADRE DE LA CONSULTATION DE LA
COMMISSION DES INSTITUTIONS**

**AVANT-PROJET DE LOI INSTITUANT LE NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE
CIVILE**

14 NOVEMBRE 2011

***Me GILLES SIMART, NOTAIRE
MÉDIATEUR ET ARBITRE ACCRÉDITÉ***

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	3
I - PRÉSENTATION DE L'AUTEUR	4
II - RÉSUMÉ	5
III - EXPOSÉ GÉNÉRAL	
1. fin de la médiation.....	6
2. transaction notariée (éléments)	7
3. sécurité juridique.....	12
CONCLUSION	15

INTRODUCTION

Dans le cadre des consultations souhaitées sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile (ci-après désigné : «*l'avant-projet de loi*»), la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec invitait les citoyens à exprimer un point de vue sur une nouvelle culture judiciaire proposée.

Une des avenues proposées par l'avant-projet de loi porte sur des modes privés de prévention et de règlement de différends (ci-après désignés : «*modes privés de PRD*»), notamment sur la négociation entre des parties d'un différend, la **médiation** ou l'arbitrage dans lesquels les parties font appel à l'assistance d'un tiers¹. Le nouveau Code de procédure civile propose aux parties impliquées dans un différend de considérer ces modes de résolution de conflits avant de s'adresser à un tribunal.²

Le présent document se veut une réflexion sur :

«La transaction notariée comme l'aboutissement d'une entente de médiation selon l'article 618 de l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile»

¹ Art. 1, alinéa 1 de l'avant-projet de loi.

² Art. 1, alinéa 3 de l'avant-projet de loi.

I - PRÉSENTATION DE L'AUTEUR

Me GILLES SIMART est notaire, conseiller juridique et membre de la Chambre des notaires du Québec. Il détient un diplôme de 2^e cycle de l'Université de Sherbrooke en prévention règlement des différends (*D.PRD*) et poursuit sa scolarité auprès de cette université dans le programme de maîtrise (*M.PRD*). Il est diplômé en droit notarial de l'Université de Montréal (*D.D.N.*) et en droit de l'Université Laval (*LL.B.*).

Il est médiateur et arbitre accrédité par l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec. Il agit aussi à titre de médiateur familial et médiateur accrédité pour la division des petites créances de la Cour du Québec. Comme juriste «de l'entente» il intervient auprès d'une clientèle provenant du secteur privé et public.

Il est collaborateur au développement de la profession de la Chambre des notaires du Québec et formateur-substitut pour la formation pré-admission : «*Règlement extrajudiciaire des différends*». Il est auteur de chroniques : «*Les conflits en copropriété divise : piste de solutions*» (Repères, Mars 2011) et «*Médiation en copropriété divise et éléments de transaction notariée*» (Repères, Juillet 2011).

II – RÉSUMÉ

Ce document se veut une analyse sommaire de l'art. 618 de l'avant-projet de loi et sur la possibilité de considérer la **transaction notariée** comme l'aboutissement d'une entente de médiation.

La sécurité juridique que pourrait procurer une transaction notariée en application des modalités de l'art. 618 de l'avant-projet de loi mérite d'être étudiée.

Si à la suite des travaux de la Commission des institutions, il appert qu'une transaction notariée pourrait être souscrite comme principe de procédure applicable à la fin d'une médiation, il est suggéré ce qui suit :

- que la **transaction** suite à la fin de la médiation en vertu de l'art. 618 de l'avant-projet de loi pourrait être constituée par **acte notarié**;
- que la procédure d'**homologation** d'une transaction pourrait s'inspirer de celle qui s'applique à la sentence arbitrale selon l'art. 642 de l'avant-projet de loi, en y faisant les adaptations nécessaires.

III – EXPOSÉ GÉNÉRAL

1. fin de la médiation

Un des modes privés de PRD proposé par l'avant-projet de loi est la **médiation**,³ selon lequel des parties conviennent de demander à un tiers, par exemple, un **notaire-médiateur**, de les aider à trouver elles-mêmes des solutions à leur **différend**.⁴

La médiation constitue une démarche souple en ce que les parties conservent le contrôle de son déroulement et du résultat final (**entente**). La médiation est pratiquée dans un cadre privé et confidentiel, selon un processus et des règles qui pourront être établis entre des parties et un médiateur.⁵

La médiation devra au préalable avoir été choisie d'un commun accord par les parties intéressées.⁶ Son processus pourrait avoir été prévu dans une **convention de médiation**, une clause de médiation dans un contrat ou faire l'objet d'une demande particulière des parties.

³ La médiation est un processus par lequel des parties conviennent de demander à un tiers, le médiateur, de les accompagner dans une recherche d'une solution mutuelle à leur conflit; les autres modes privés étant principalement la négociation et l'arbitrage (art. 1 de l'avant-projet de loi).

⁴ Le terme «**différend**» comprend le conflit et le litige. Un «**conflit**» est généralement relié à des rapports interpersonnels, alors qu'un «**litige**» porte sur des rapports juridiques pouvant donner lieu à jugement; art. 1 de l'avant-projet de loi : «dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né».

⁵ Art. 610 à 617 de l'avant-projet de loi.

⁶ Art. 1 al. 1, de l'avant-projet de loi.

Les parties pourront aussi recourir aux principes de la procédure de médiation prévus dans l'avant-projet de loi,⁷ notamment pour l'adhésion libre et volontaire, l'impartialité du médiateur, la confidentialité, l'autodétermination et la bonne foi.⁸

Les modalités d'application de l'art. 618 de l'avant-projet de loi pour la fin de la médiation pourront s'appliquer à titre supplétif.⁹

2. Transaction notariée (éléments)

Selon le *Code civil du Québec* une transaction est un contrat par lequel les parties **préviennent une contestation à naître**, terminent un procès ou règlent des difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de **concessions ou réserves réciproques**.¹⁰

Pour la fin de la médiation, l'avant-projet de loi propose ce qui suit :

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

⁷ Selon l'art. 6 de l'avant-projet de loi, à défaut d'une procédure établie par les parties, la procédure prévue aux art. 607 à 620 de l'avant-projet de loi pourrait s'appliquer.

⁸ Art. 1 à 6 de l'avant-projet de loi; rôles, devoirs des parties et du médiateur (art. 610 à 613) et déroulement de médiation (art. 614 à 617).

⁹ Art. 6 de l'avant-projet de loi (voir note 7).

¹⁰ Art. 2631 C.c.Q. (**transaction**) et art. 1385 C.c.Q. (**contrat**).

Le médiateur veille à ce que les termes et les conséquences de l'entente soient compris par les parties et qu'ils correspondent à leur volonté.»¹¹

L'art. 618 de l'avant-projet de loi permettrait de constituer une transaction que si la **matière** et les **circonstances s'y prêtent** et que la **volonté des parties** à cet égard est manifeste.¹²

Tel que libellé, l'art. 618 de l'avant-projet de loi pourrait favoriser la constitution d'une transaction¹³ sous la forme notariée. Lorsque l'affaire le mérite, il est recommandé que la transaction soit notariée.¹⁴

Actuellement, une **transaction** résultant d'une entente de médiation ne serait pas soumise à une forme de procédure spéciale,¹⁵ sauf pour ses modalités d'exécution.¹⁶ Une transaction n'est susceptible d'exécution forcée qu'après avoir été homologuée.¹⁷

¹¹ Art. 618 de l'avant-projet de loi.

¹² Ces termes pourront nécessiter **interprétation** considérant la disposition introductive de l'avant-projet de loi (4^e alinéa) : «Enfin, le Code s'interprète et s'applique comme un ensemble, dans le respect de la tradition civiliste»; art. 1425 à 1432 C.c.Q. (interprétation du contrat).

¹³ Le terme «**transaction**» provient du mot latin *transactio*, qui signifie «action d'achever, de finir», A. REY, *Dictionnaire historique de langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1992, p. 2153.

¹⁴ Nabil ANTAKI, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 226, note 396.

¹⁵ *Canadian Road Leasing Company/Compagnie de location de crédit Ford du Canada c. Clôtures des moulins inc.*, (2010 QCCQ 11265); *Kielo c. Vekteris*, (1975) C.A. 856.

¹⁶ Art. 2633 C.c.Q.

¹⁷ Art. 2633 al. 2 C.c.Q.; John E.C. BRIERLEY, «Le code civil du Québec – De la Transaction», dans *La réforme du Code civil*, t. 2 : *Obligations, contrats nommés*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, par. 1, p. 1065.

Une entente de médiation pourrait résulter d'un simple document signé par des parties, d'une entente préparée par un médiateur avec ou sans sa signature, d'un document juridique préparé par les conseillers juridiques des parties, ou par un **acte notarié**. Tous sont acceptables et légaux.¹⁸

À la fin d'une médiation, un médiateur devrait s'assurer ou, le cas échéant, d'informer les parties de la possibilité d'une **entente écrite**.¹⁹

Une **transaction** se compose de trois éléments : mettre fin à un litige, de façon volontaire et par la voie de concessions réciproques.²⁰

i) les modalités d'application de l'art. 618 de l'avant-projet de loi permettront aux parties impliquées dans un différend (litige) d'y **mettre fin** par la voie d'une transaction.²¹

ii) les parties devront manifester leur intention pour ce faire (**volonté**) et ce, même sans le déclarer formellement.²²

¹⁸ Daniel TOUSIGNANT, «La fonction notariale au Québec, fonction préventive des litiges : le conseil et la médiation comme deux de ses instruments», (2001) 103 *R. du N.* 143, 189-191; Hélène de KOVACHICH, Howie CLAVIER, Marisa ESPOSITO et Pierre RENAUD, *Guide pratique de la médiation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, par. 2.2.5.2., p. 80-81.

¹⁹ Pour un **médiateur accrédité**: «Si une entente intervient entre les parties sur l'ensemble ou une partie du différend, le médiateur s'assure que les termes sont consignés dans un écrit», (art. 3.11.2. *Code d'éthique des médiateurs*, IMAQ).

²⁰ Martine LACHANCE, «Le contrat de transaction», dans *Répertoire de droit – Nouvelle série*, Chambre des notaires du Québec, Doctrine, Mode de résolution des conflits, Document 2, février 2010, par. 8, p. 3. Nabil ANTAKI, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, par. 409-415, p. 219-220; J.E.C. BRIERLEY, «Le code civil du Québec – De la transaction», dans *La Réforme du Code civil*, t. 2 Québec, Presses de l'Université Laval, 1993.

²¹ Art. 2631 C.c.Q. (**transaction**) et art. 2819 C.c.Q. (**acte notarié**).

²² Martine LACHANCE, «Le contrat de transaction», dans *Répertoire de droit – Nouvelle série*, Chambre des notaires du Québec, Doctrine, Mode de résolution des conflits, Document 2, février 2010, par. 17, p. 5.

L'application des modalités de l'art. 618 de l'avant-projet de loi permettront aux parties de transiger volontairement.

iii) Pour constituer une transaction, les parties devront faire des **concessions réciproques**.²³ Des clauses contractuelles concernant des engagements ou des renonciations ne pourront être unilatérales.²⁴

La transaction, à titre d'acte notarié, est un écrit rédigé, reçu et attesté par le notaire qui relate des actes, déclarations ou autre faits qu'il a constatés ou qui lui ont été communiqués par des parties.²⁵ Elle est un acte authentique.²⁶

«L'acte notarié, pour être authentique, doit être signé par toutes les parties; il fait alors preuve, à l'égard de tous de l'**acte juridique** qu'il renferme et des **déclarations des parties** qui s'y rapportent directement.»²⁷

²³ John E.C. BRIERLEY, «Le code civil du Québec – De la Transaction», dans *La réforme du Code civil*, t. 2 : *Obligations, contrats nommés*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, par. 3, p. 1064.

²⁴ Commentaires du ministre de la justice sur l'art. 2631 C.c.Q.; art. 618 de l'avant-projet de loi.

²⁵ Alain ROY, «Déontologie et procédure notariale», dans *Répertoire de droit – Nouvelle série*, Chambre des notaires du Québec, Doctrine, Pratique notariale, Document 3, novembre 2002, par 135, p. 52; Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, no 251, p. 142;

²⁶ Art. 2818 et 2819 C.c.Q. (**acte notarié**); Art. 52, *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3; Pierre PEPIN et Sevgi KELCI, «Spicilège de préoccupations déontologiques (guide pratique de survie d'un notaire)», 2008 *C.P. du N.* 107, 114; Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, par. 223-264, p. 74-86; Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, no 266, p. 153; Jean MARTINEAU, «L'acte notarié : sa formation, sa validité, son efficacité et sa libre circulation», (1978) 80 *R du N.* 357.

²⁷ Art. 2819 al. 1 C.c.Q.

L'acte notarié contiendrait en soi des éléments constitutifs de la transaction prévue à l'art. 618 de l'avant-projet de loi ²⁸.

- **acte juridique** : «engagements précis des parties et met un terme au différend»;

- **déclarations des parties** : «que les termes et conséquences de l'entente soient compris par les parties et qu'ils correspondent à leur volonté».

Conséquemment, un notaire instrumentant une transaction notariée se doit d'agir avec impartialité et conseiller toutes les parties à un acte auquel elles doivent ou veulent faire donner un caractère d'authenticité.²⁹

L'obligation d'agir avec un désintéressement total et la plus grande intégrité implique également pour un notaire instrumentant d'agir avec la plus grande objectivité.³⁰

L'art. 3 de l'avant-projet de loi propose, entre autres, que les parties qui font appel à un tiers s'assurent, avant de lui donner un mandat d'agir, qu'il est impartial à leur égard et qu'il soit en mesure d'agir avec **impartialité**.

²⁸ Voir note 11 (art. 618 de l'avant-projet de loi).

²⁹ *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-2, art. 11; *Code de déontologie des notaires*, R.R.Q., c. N-3, r. 0.2, art. 13, 29, 29.1. 31 et 64; Patry «*in trust*» c. *Campbell*, 500-09-002293-967; Pierre PEPIN et Sevgi KELCI, «Spicilège de préoccupations déontologiques (guide pratique de survie d'un notaire)», 2008 *C. P. du N.* 107, 120 et 121; Francine PAGER, «Le devoir d'impartialité du notaire», (1996) 98 *R du N.* 378; Jean MARTINEAU, «L'impartialité du rédacteur d'acte», (1982) 85 *R. du N.* 184.

³⁰ Alain ROY, «Déontologie et procédure notariale», dans *Répertoire de droit – Nouvelle série*, Chambre des notaires du Québec, Doctrine, Pratique notariale, Document 3, nov. 2002, par 40 à 42, p. 23 et 24; Pierre PEPIN et Sevgi KELCI, «Spicilège de préoccupations déontologiques (guide pratique de survie d'un notaire)», 2008 *C.P. du N.* 107, 120 et 121.

Un **notaire-médiateur** doit éviter toute situation où il serait en conflit d'intérêts. Dès qu'il constate qu'il se trouve dans une situation de conflit d'intérêts, il doit aviser sans délai les parties et cesser d'exercer, à moins que les parties en aient été dûment informées et y consentent.³¹

L'art. 610 de l'avant-projet de loi abonde dans le même sens à l'effet que le médiateur est tenu de dénoncer tout conflit d'intérêts ou situation qui pourrait laisser croire à un conflit ou mettre en doute son impartialité.³²

Un notaire qui agit à titre de médiateur demeure assujetti aux dispositions du *Code des professions* (L.R.Q., c. C-26) et à *Loi sur le notariat*.³³

Pour la Chambre des notaires du Québec : «Il est clair que dans la mesure où le notaire continue d'agir de manière à se conformer à son Code de déontologie, ainsi qu'à la Loi sur le notariat et ses règlements, la question de son indépendance ne soulève aucune difficulté particulière.»³⁴

3. sécurité juridique

Il ressort de la présente analyse que la **transaction notariée** pourrait permettre de souscrire aux objectifs de l'avant-projet de loi, notamment pour les modalités d'application de l'art. 618. Les éléments correspondant à sa sécurité juridique sont les suivants :

³¹ *Code de déontologie des notaires*, R.R.Q., c. N-3, r. 0.2, art. 30.

³² Art. 3 de l'avant-projet de loi.

³³ L.R.Q., c. N-2, art. 18; *Code de déontologie des notaires*, R.R.Q., c. N-3, r. 0.2, art. 3.

³⁴ Chambre des notaires du Québec, *Rapport sur les associations multidisciplinaires*, Montréal, mars 2001, p. 4.

a) complémentarité³⁵

La transaction notariée résultant d'une entente de médiation pourrait être complémentaire à l'art. 618 de l'avant-projet de loi. Elle pourrait répondre aux objectifs de l'avant-projet de loi pour l'utilisation de procédés de justice civile adéquats, efficaces et empreints d'esprit de justice.³⁶

b) mode privé de PRD³⁷

La transaction notariée résultant d'une médiation selon l'art. 618 de l'avant-projet de loi permettrait aux parties impliquées dans un différend d'y recourir pour son efficacité,³⁸ de façon confidentielle³⁹ et en application du principe de **justice civile privée** :⁴⁰

«La justice civile privée repose sur les modes privés de prévention et règlement des différends qui sont choisis d'un commun accord par les parties intéressées, dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né.»

³⁵ Art. 2631 C.c.Q. et art. 618 de l'avant-projet de loi (**transaction**); art. 2819 al. 1 C.c.Q. (**acte juridique et déclarations des parties**).

³⁶ Disposition introductive de l'avant-projet de loi, 2^e alinéa.

³⁷ Art. 1 de l'avant-projet de loi.

³⁸ Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux : art. 1 al. 3 de l'avant-projet de loi.

³⁹ Art. 4 de l'avant-projet de loi (confidentialité).

⁴⁰ Art. 1, al. 1 de l'avant-projet de loi.

c) authenticité⁴¹

Par son **authenticité** et sa **force probante**,⁴² la transaction notariée procure une sécurité juridique pour des parties impliquées dans un différend. Dans le cadre de l'avant-projet de loi, les parties pourraient aussi y recourir à titre supplétif,⁴³ comme procédure applicable à la fin d'une médiation.

d) homologation⁴⁴

Tenant compte du caractère authentique d'une transaction notariée, l'existence juridique du document sera présumée valide pour son homologation.⁴⁵

La procédure d'homologation d'une transaction pourrait s'inspirer de celle qui s'applique pour la sentence arbitrale, en y faisant les adaptations nécessaires.⁴⁶

⁴¹ Dans le sens d'un avantage de l'utilisation de l'acte notarié (art. 2814 et 2819 C.c.Q.) et de la volonté des parties selon l'art. 618 de l'avant-projet de loi (**volonté des parties**).

⁴² Art. 2818 et 2819 C.c.Q. (**acte notarié**); art. 618 de l'avant-projet de loi (**entente**).

⁴³ Art. 1 et art. 6 de l'avant-projet de loi.

⁴⁴ Art. 2633 C.c.Q., art. 885 a) et art. 946 C.p.c. (procédure).

⁴⁵ Art. 2634-2637 C.c.Q. (nullité).

⁴⁶ Art. 642 de l'avant-projet de loi; Martine LACHANCE, *Le contrat de transaction en droit comparé et en droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 162-164; Joëlle THIBAUT, *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 287-295; Nabil ANTAKI, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, par. 440, p. 229-230.

g) jugement

La transaction n'est pas un jugement, mais pourrait être considérée comme son équivalent.⁴⁷ La transaction notariée pourrait constituer une solution alternative à l'encombrement des tribunaux et ainsi répondre aux objectifs de l'avant-projet de loi quant à une **célérité** de la justice civile.⁴⁸

CONCLUSION

L'utilisation de la transaction notariée, notamment pour sa sécurité juridique, mérite d'être reconnue dans le domaine de la prévention et des règlements des différends.

Il pourrait y avoir corrélation entre les modalités d'application de l'art. 618 de l'avant-projet de loi et la constitution d'une transaction notariée.

En rapport avec les objectifs de l'avant-projet de loi, une analyse approfondie de la finalité de l'art. 618 de l'avant-projet de loi pourra nécessiter une consultation des documents préparatoires, des commentaires ou des consultations à venir.

⁴⁷ Martine LACHANCE, «Le contrat de transaction», dans *Répertoire de droit – Nouvelle série*, Chambre des notaires du Québec, Doctrine, Mode de résolution des conflits, Document 2, février 2010, par. 51-53, p. 14 (chose jugée de l'accord transactionnel et notion de chose transigée).

⁴⁸ Disposition introductive de l'avant-projet de loi, 3^e alinéa.