

**Mémoire portant sur l'avant-projet de loi instituant
le nouveau Code de procédure civile**

**Plus spécifiquement, concernant les dispositions relatives
à la Conférence de règlement à l'amiable (CRA)
et à la médiation comme mode de justice civile privée**

Présenté par

Louise Lalonde, professeure titulaire
Cotitulaire de la Chaire de droit et gouvernance de la santé
Faculté de droit
Université de Sherbrooke

DÉPOSÉ À

**LA COMMISSION DES INSTITUTIONS
DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC**

Novembre 2011

TABLE DES MATIÈRES

	Page
i. Présentation de l'auteur	2
ii. Résumé	3
iii. Mémoire	4
Introduction	4
I. Les dispositions relatives à la Conférence de règlement à l'amiable (CRA)	7
I.1 Objectifs «d'assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice»	8
I.2 Uniformisation du processus de la CRA dans le système de justice	11
I.3 Clarification du rapport au droit et du rôle des juges dans la CRA	15
I.4 Atténuation des risques associés à certaines pratiques possibles	22
I.5 Précisions relatives à l'objet d'intervention de la CRA	25
II. Les dispositions relatives à la justice civile privée	27
II.1 Opportunité de l'intégration de dispositions spécifiques sur la médiation comme mode de justice civile privée	28
II.2 Survol des dispositions relatives à la médiation privée	31
III. Une synthèse des suggestions proposées	37
III.1 Suggestions relatives à l'encadrement législatif de la CRA	37
III.2 Suggestions relatives à l'encadrement législatif de la médiation privée	38

i. Présentation de la professeure Louise Lalonde et de son expertise relative aux conférences de règlement à l'amiable (CRA) et de la médiation ¹

Louise Lalonde est professeure titulaire et cotitulaire de la Chaire de droit et gouvernance de la santé, à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. De 2000 à 2008, elle a été directrice des Programmes de 2^e cycle de prévention et règlement des différends (PRD) de cette même Faculté. De 2002 à 2008, la professeure Lalonde a participé activement à la conception et à l'enseignement de programmes de formation des juges à la Conférence de règlement à l'amiable (CRA). Actuellement, Louise Lalonde enseigne aux Programmes de PRD un cours portant sur les enjeux fondamentaux de la médiation, et plus spécifiquement sur le rapport au droit entretenu par les modes de PRD. Ses recherches interrogent l'interface entre le droit et les différents modèles participatifs, dont la médiation. Plus largement, ses recherches portent sur la transformation du droit et de la gouvernance, dont celle de la justice et sur l'émergence de dispositifs participatifs tels les modes de prévention et de règlement des différends.

Dès 2001, sous le leadership de la juge Louise Otis, alors juge à la Cour d'appel du Québec, Louise Lalonde a été invitée par le juge en chef du Québec, à analyser la pratique de la CRA sur un plan théorique. Elle a co-élaborer une formation en médiation judiciaire à l'intention des juges du Québec, offerte sous la responsabilité de l'Institut national de la magistrature. De concert avec la magistrature, et s'alliant alors ses collègues Georges A. Legault et Louis Marquis de la Faculté de droit, cette équipe s'est penchée sur la pratique, les processus et les enjeux théoriques et éthiques de la médiation judiciaire. La professeure Lalonde était responsable du volet portant sur les enjeux fondamentaux posés par la Conférence de règlement à l'amiable et plus spécifiquement, sur ceux relatifs à la place du droit et au rôle des juges dans ces pratiques. Louise Lalonde a participé à ces formations aux juges de la Cour supérieure, puis à ceux de la Cour d'appel, de la Cour du Québec et des Tribunaux administratifs de 2002 à 2008.

De plus, la professeure Lalonde a obtenu divers contrats et subventions de recherche portant sur la médiation et la médiation par les juges. Dès 2001, elle a été cochercheure (G.A. Legault) dans un projet financé par la Commission du droit du Canada qui visait à saisir la transformation de la justice liée à l'intégration des modes de prévention et règlement des différends. En 2003, elle fût cochercheure pour l'Institut national de la magistrature (avec G.A. Legault et J.- F. Roberge) dans un projet de recherche portant sur la pratique de la conciliation judiciaire. Cette même année, elle a reçu de la Cour d'appel du Québec, un mandat de recherche portant sur un projet pilote relatif aux conférences pénales. Par ailleurs, ses recherches doctorales ont spécifiquement interrogées la transformation de la justice par les modes de PRD (Sorbonne, 2003).

Au Québec et en Europe, la professeure Lalonde a publié plus d'une dizaine d'articles et de chapitres de livres s'intéressant aux enjeux fondamentaux de la conciliation judiciaire et la médiation et elle a donné de nombreux enseignements et conférences sur ces pratiques, dont des formations aux juges de la Cour d'appel de Versailles et à l'École de la magistrature française. Louise Lalonde est membre associée de la Conférence canadienne de médiation judiciaire.

¹ Articles et chapitres d'ouvrages publiés par Louise Lalonde sur les Conférences de règlement à l'amiable : L. LALONDE (2006) «La médiation judiciaire : nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions?», dans A. Riendeau (dir.) *Dire le droit : pour qui et à quel prix?*, Montréal, Wilson et Lafleur, p. 23-36; L. LALONDE (2008) «Une nouvelle justice de la diversité? CRA et justice de proximité», dans V. Fortier (dir.) *Le droit à l'épreuve des changements de paradigme*, Montpellier, CNRS, 23p.; L. LALONDE (2007) «Valeurs de la justice négociée et processus de médiation», dans V. Fortier, *Le juge, gardien des valeurs*, Paris, CNRS Éditions, p. 184-198; L. LALONDE (2003) «Les modes de PRD, vers une nouvelle conception de la justice», dans *RPRD*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, vol 1, n^o 2, p. 17-43; L. LALONDE (2001). «Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation?», dans *Les récents développements en médiation*, Montréal, Wilson et Lafleur, p. 73-90.

ii. Résumé

Ce mémoire présente une réflexion et propose des suggestions de modifications relatives aux fondements législatifs de la Conférence de règlement à l'amiable (CRA) et à l'encadrement législatif de la médiation privée, comme mode de justice civile privée, énoncés à l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile.

En première partie, les enjeux posés et les questionnements soulevés par la CRA seront formulés, lesquels sont issus de nos recherches et expériences en regard de cette pratique et de son idéal théorique. L'objectif est de suggérer des voies de modification et de clarification qui permettront de bonifier l'encadrement législatif de la CRA, et surtout d'assurer que cette offre de justice ne puisse se confondre à l'offre traditionnelle des tribunaux, qui est de rendre justice en disant le droit. Le mémoire souhaite démontrer que le rapport qu'entretient la CRA avec la justice traditionnelle et le droit, n'est pas suffisamment clarifié dans l'Avant-projet, ce qui limite le potentiel de la CRA, voile la connaissance que doit en avoir le citoyen et surtout, diminue la qualité de la justice offerte par la CRA. Cette démonstration sera étayée par le survol de quatre principaux enjeux que pose l'intégration de la CRA au système public de justice. Ces enjeux requièrent que la réflexion saisisse à la fois la nécessité de l'uniformisation du processus de la CRA dans le système de justice (I.2), le besoin de clarification du rapport au droit et du rôle des juges dans la CRA (I.3), les avenues possibles de l'atténuation de risques associés à certaines pratiques (I.4) et, l'intérêt pour la CRA de préciser l'objet de son intervention (I.5). D'entrée de jeu, nous exposerons d'abord comment les objectifs «d'assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice» peuvent se traduire dans la CRA. (I.1)

En seconde partie, le mémoire abordera l'encadrement législatif de la médiation privée et les conséquences de l'affirmation par l'Avant-projet de son existence comme *justice civile privée*. Les objectifs de cette intégration législative doivent être réinterrogés. Nous soutenons que la notion même de *justice civile privée* à laquelle appartient la médiation, par ailleurs reconnue par l'Avant-projet, impose des limites à son encadrement législatif afin de préserver sa nature à la fois privée et contractuelle. L'encadrement légal de la médiation privée doit essentiellement favoriser sa compréhension par le citoyen, dans une perspective pédagogique. Il doit promouvoir la reconnaissance des grands principes de la médiation sans en restreindre la diversité des approches. Ces dispositions légales ne doivent pas créer des obligations qui soient exorbitantes du droit commun et surtout, de la réalité diversifiée des pratiques. Par ailleurs, les dispositions de l'Avant-projet semblent s'apparenter à un mouvement institutionnel de professionnalisation de la médiation, institué par la procédure civile. Nous saluerions ce mouvement dans la mesure où il était mis en place à la suite d'une réflexion menée par l'ensemble des acteurs de la médiation, issus de toutes les disciplines, et portant sur la finalité et les conditions pratiques de cette professionnalisation. Le Code de procédure civile ne nous semble pas le lieu approprié afin de largement légiférer sur la professionnalisation de la médiation, et ce dans la perspective du respect de sa diversité.

En dernière partie, le mémoire offre en synthèse nos suggestions à l'égard de l'encadrement législatif de la CRA, ainsi que celui de la médiation privée, prévus à l'Avant-projet.

Introduction

«En définitive, ce que nous sommes en train de réaliser au Québec, c'est une synthèse des normativités en présentant au sujet de droit une nouvelle offre de justice», L. Otis²

Dans le cadre de cette vaste réforme du Code de procédure civile du Québec, qu'initie l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile, nous tenons d'abord à saluer la formule juridique de l'Avant-projet de loi, retenue par le Ministre de la Justice. Ce choix permet non seulement d'élargir la réflexion sur la procédure civile à la consultation publique mais il s'inscrit, tout comme les modifications proposées par l'Avant-projet de loi, dans un virage vers la mise en place d'une gouvernance plus participative de la justice, laquelle est souhaitable.

Mon propos sur cet ambitieux projet de réforme de la procédure civile portera essentiellement sur les dispositions afférentes aux modes de règlement des différends que sont la Conférence de règlement à l'amiable (CRA) et la médiation privée. D'une part, je souhaite attirer l'attention de la Commission sur les fondements législatifs de la CRA et sur certaines de ses dispositions spécifiques, et, d'autre part, partager mes réflexions sur une pratique de la justice civile privée, dont l'existence est «affirmée³» par cet Avant-projet de loi, soit celle de la médiation privée.

Dès 1997, la conciliation judiciaire, alors ainsi nommée, fût mise en place à la Cour d'appel du Québec, sous l'initiative de la juge Louise Otis, alors juge de cette cour. En 2001, la Cour supérieure du Québec, sous le leadership du juge en chef adjoint André Deslongchamps, s'est engagée à son tour dans l'intégration d'une offre de conciliation judiciaire. Dès 2001, des formations ont été développées afin de permettre aux juges d'acquérir l'expertise nécessaire à la pratique de cette nouvelle intervention professionnelle, à certains égards antinomique à leur fonction traditionnelle de décideur et à leur mission de trancher les litiges et de dire le droit.

D'abord introduite par les Règles de pratiques, l'offre de justice de la CRA fût, dès janvier 2003, intégrée au Code de procédure civile par l'ajout des articles 151.14 et s. de ce code. Ces articles ont été adoptés alors que les pratiques étaient naissantes.

² L. OTIS (2004) *La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire – 8^e Conférence Albert-Mayrand*, Montréal, Les Éditions Thémis, p. 22

³ Notes explicatives de *l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, Assemblée nationale, deuxième session, trente-neuvième Législature, 2011.

Au cours des premières années de mise en place de la pratique de la CRA, des enjeux ont été soulevés, des questionnements posés, des critiques se sont élevées, des choix effectués et des souhaits ont été formulés afin d'améliorer la pratique, dont certains reposent toujours sur l'encadrement législatif qui leur sera donné par le Code de procédure civile.

L'Avant-projet de loi est, de ce fait, une occasion unique de réfléchir sur ces conditions législatives et de proposer des dispositions légales qui permettraient d'optimiser l'intégration de cette pratique afin que le processus qu'elle incarne soit susceptible de favoriser «l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice».

Ce court mémoire souhaite d'une part soulever les enjeux et évoquer les questionnements issus de nos recherches et expériences en regard de la pratique de la CRA, afin de proposer des voies de clarification qui permettront d'en bonifier l'encadrement législatif. Notre objectif est de permettre que la CRA soit, tant pour le citoyen que pour l'institution de la Justice, un processus clair, compréhensible et accessible, dont les finalités seront partagées par les acteurs. Nous sommes d'avis que la pratique de la CRA doit être uniformisée, tel que le requiert une offre de justice intégrée à la justice civile publique.

Par ailleurs, en regard de la justice civile privée, dont l'Avant-projet de loi souhaite affirmer l'existence, sa reconnaissance légale par l'Avant-projet se concrétise notamment par l'ajout d'un livre entier à celui-ci (Livre VII). Il nous semble que les objectifs de cet ajout législatif doivent être interrogés en ce qui concerne les pratiques de la médiation privée. L'informalisme et la souplesse de la médiation, valeurs intrinsèques du processus, représentent de grands avantages par rapport au système de justice civile publique. Son encadrement ne doit pas en dénaturer l'essence, sous prétexte d'instituer des protections légales que la loi offre déjà en partie dans ses dispositions concernant les contrats et les obligations.

Ainsi, en première partie, nous survolerons les principaux défis que pose la pratique de la CRA, comme dispositif institutionnel et public de Justice (I.1), offerte par des juges dont la fonction traditionnelle est de décider et de dire le droit (I.2) au départ d'un cadre laissant place à différentes visions de la pratique (I.3) et dont l'objet de l'intervention professionnelle doit être clarifié (I.4).

Nos commentaires interrogeront plus largement l'inscription de la CRA dans les grands objectifs proposés par l'Avant-projet de loi puis, dans l'économie générale du futur Code de procédure

civile. Comment comprendre ces objectifs appliqués spécifiquement à la CRA? Ont-ils le même sens que lorsqu'ils sont appliqués au procès? Doivent-ils être précisés, nuancés, afin de permettre de bien présenter la CRA aux citoyens et son caractère distinctif du procès? Si la CRA constitue une offre de justice distincte de l'offre traditionnelle, comment cette distinction peut-elle être affirmée davantage et encadrée par l'Avant-projet?

En seconde partie, nous réfléchirons à l'opportunité de l'intégration d'un cadre législatif de la médiation privée à l'Avant-projet de loi pour ensuite en survoler les dispositions. Nous commenterons plus spécifiquement les normes énoncées au Livre VII de l'Avant-projet.

La troisième partie sera consacrée à la présentation d'une synthèse, rédigée en deux volets, consacrée d'abord à l'énumération de suggestions et clarifications afin d'optimiser la pratique de la CRA (I) puis, à des suggestions relatives à l'encadrement législatif de la médiation, comme mode de justice civile privée (II).

I Les dispositions relatives à la Conférence de règlement à l'amiable - CRA

Au Québec, la littérature traitant de l'accès à la justice reconnaît majoritairement la nécessité de l'intégration de modes consensuels de règlement des différends dans la perspective d'une réforme de la justice civile⁴, tel que l'Avant-projet le prévoit.

Par ailleurs, l'intérêt pour la CRA est souvent justifié par son efficacité, en termes de coûts et de délais, que semblent traduire les statistiques dénombrant les ententes signées par les parties au terme de la CRA. Ces facteurs sont certes importants et militent en faveur de son usage, mais ils sont insuffisants pour apprécier et assurer la qualité de la justice offerte par la CRA. Certaines littératures explorant la transformation que portent les pratiques de médiation intégrées à la justice civile en termes de participation des acteurs à la justice, font peu état du rapport qu'entretiennent ces pratiques aux modes juridictionnels traditionnels. Le débat est plus fertile en droit public et en regard de certaines pratiques instituées et relevant du droit administratif⁵. Or, il importe de réfléchir à la qualité de la CRA et notamment aux moyens mis en œuvre afin que des ententes soient conclues. Bien que des recherches empiriques indépendantes portant sur le contenu et la nature de l'intervention en CRA mériteraient d'être entreprises, l'encadrement législatif peut permettre, en partie, d'en baliser la pratique. Cette réflexion sur le cadre juridique vise à optimiser l'usage de la CRA et à en assurer la qualité comme offre de justice publique⁶.

L'Avant-projet de loi «vise [notamment] à instituer le nouveau Code de procédure civile ayant principalement pour objectifs d'assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile..»⁷.

Ces objectifs, bien qu'ils puissent être communs à la CRA et à la justice rendue par le juge, ne nous semblent pas posséder le même sens dans l'un et l'autre de ces modes.

⁴ J.-G. BELLEY (2001) «Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile», 46 *R.D. McGill* 317 ; P. NOREAU (1999) « La justice est-elle soluble dans la procédure ? Repères sociologiques pour une réforme de la justice civile», dans *Les cahiers de droit*, vol. 40, no1, p33-56 ; P. NOREAU (2010) *Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives – Les journées Maximilien-Caron*, Montréal, Les Éditions Thémis, 158 p.

⁵ Voir notamment F. HOULE et D. MOCKLE (1998) «Conciliation des litiges et formes alternatives de régulation en droit fédéral», dans 36 *Osgoode Hall L.J.*, 703, p. 741; Y. Bousquet (1998) *La conciliation et l'administration publique – Actes de la XIIIe conférence des juristes de l'État*, Montréal, Éditions Yvon Blais.

⁶ Certains de nos articles portent sur ces questions du rapport entre la CRA et la pratique traditionnelle. Voir notamment *Supra*, note 1.

⁷ *Supra*, note 3

Afin d'éviter toute confusion entre l'un et l'autre des modes d'intervention du juge, il paraît nécessaire d'entrevoir la finalité de l'intervention de chacun afin de gérer la spécificité des rôles et de faire les choix appropriés permettant d'atteindre la finalité arrêtée par le processus.

Rappelons que l'intégration au système public de justice civile d'une pratique apparentée à la médiation, présidée par des juges, soulève des enjeux spécifiques qui ne se retrouvent pas dans les pratiques privées de médiation. Cela s'explique notamment par l'autorité morale des juges reconnue par les auteurs, leur expertise juridique, la cristallisation du conflit en litige par l'institution de procédures et plus fondamentalement, par le fait que les pratiques soient parties d'un service public de justice qui se doit de maintenir l'égalité des citoyens au sein de cette offre de justice.

Dans cette première partie, quatre enjeux fondamentaux et les défis qu'ils dessinent à la pratique de la CRA, seront survolés. Ces enjeux fixent les jalons qui doivent orienter la réflexion sur un cadre juridique adéquat et opportun de cette pratique. L'encadrement législatif proposé par l'Avant-projet sera analysé en fonction de ces enjeux. Le cadre légal est certes un des moyens susceptibles d'assurer la qualité par ailleurs promue de cette offre de justice. Des pistes de réflexion en ce sens seront proposées à l'intérieur de cette partie.

I.1 Les objectifs «d'assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice»

Au Québec, comme plus généralement dans les sociétés occidentales, la littérature étatique et les discours doctrinaux portant sur le système de justice sont abondants sur cette grande problématique de l'accès à la justice⁸. Cette notion *d'accès à la justice* revêt divers sens, d'un sens littéral à un sens plus symbolique, en passant par un sens plus social à cet accès. Cet enjeu de l'accessibilité à la justice a connu, selon le professeur Roderick A. Macdonald, diverses vagues d'évolution successives et par ailleurs cumulatives. Le professeur Macdonald relève cinq vagues *de sens* dont la dernière semble traduire une définition de l'accessibilité dans la perspective d'un accès proactif à la justice que l'on peut associer à l'intégration de la CRA à la justice publique.

⁸ Québec, Rapport du Comité de révision de la procédure civile (2001) *La révision de la procédure civile – une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Ministère de la Justice; Québec, Groupe de travail sur l'accessibilité à la Justice, *Jalons pour une plus grande accessibilité à la Justice*, Québec, Ministère de la Justice, 1991; J.-G. BELLEY (2001) «Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile» 46 R.D.McGill 317; M. CAPPELLETTI (1984) *Accès à la justice et État providence*, Paris, Economica. Canada, Ministère de la Justice du Canada, *Access to Justice : The State of Research and Vision of Future*, Ottawa, 1990;

Macdonald présente ainsi ces cinq vagues, qui s'échelonnent sur plus de 50 ans et irriguent la littérature juridique et les politiques de justice⁹. «On peut identifier cinq vagues distinctes dans la réflexion sur l'accès à la justice et des programmes mis en place pour en promouvoir la réalisation : (1) — l'accès aux avocats et aux tribunaux (2) — améliorer l'administration publique (3) — la démystification du droit (4) — le droit préventif (5) — l'accès proactif à la justice. »¹⁰ Le lieu de convergence de ces vagues peut se comprendre ainsi, selon Macdonald : «(...) [L]a métaphore de « barrières » sert d'image dominante guidant la réflexion sur l'accès à la justice : la justice existe quelque part et le but est d'identifier et d'enlever les obstacles à l'accès aux institutions qui sont les garantes de justice¹¹.»

L'accès au juge par la voie du procès, dans lequel le juge dira le droit à la suite de l'audition des parties, et selon la normativité juridique, correspond à un accès à la justice traditionnelle. L'accès à un juge qui préside une CRA matérialise un tout autre accès à la justice, à la fois théoriquement partie de la seconde et de la cinquième vague d'accès à la justice. Ce n'est alors pas une justice rendue par le juge, par laquelle il dira le droit. Comme le précisait la juge Louise Otis¹², les deux systèmes de justice ont des missions différentes; «[l]e système de justice contradictoire, [est] investi de la mission de *dire le droit*, et celui de la justice médiatoire, chargé de *régler le problème*»

L'un et l'autre système proposent un type différent de solutions à un problème, mais ils ne peuvent être confondus. Le citoyen doit clairement comprendre que la justice de l'un n'est pas la justice de l'autre. L'un et l'autre système concourent à rendre justice autrement et ils doivent demeurer entièrement hermétiques l'un à l'autre, tant au niveau processuel que formel. Comme le souligne la juge Otis, il «... coexiste, dans la même enceinte, deux systèmes de résolution des litiges qui collaborent harmonieusement à une vocation commune : rendre justice». ¹³

Outre qu'il faille alors distinguer l'un et l'autre comme des offres de justice distinctes, il paraît nécessaire, eu égard aux principes, de poser d'entrée de jeu cette distinction. Le citoyen ne doit

⁹ R.A. MACDONALD (2004) «Access to Justice in Canada today – Scope, Scale, Ambitions», dans J. Bass. *Access to Justice for a New Century : The Way Forward*, Toronto, Law Society of Upper Canada, p. 19

¹⁰ La notion de barrière fût présentée Roderick Macdonald lors de sa communication introductive dans le cadre d'un colloque sur la justice et la diversité, tenu à l'Université McGill au printemps 2006.

¹¹ *Supra*, note 9

¹² *Supra*, note 2, p. 17

¹³ *Ibidem*, p. 18

pas formuler l'attente de la même justice, celle qui tranche et dit le droit, lorsqu'il s'engage dans une CRA. Le juge doit lui aussi bien distinguer ces deux interventions.

La formulation proposée par l'Avant-projet de loi ne souligne explicitement aucune distinction permettant de saisir, dès le LIVRE I, la nature de l'accessibilité favorisée lorsqu'il s'agit de la justice civile publique et de la CRA, alors que l'Avant-projet distingue clairement les principes applicables aux modes privés de prévention et règlement des différends dès le Titre I du Livre I.

Ainsi, bien que l'Avant-projet régisse de manière spécifique la CRA aux articles 157 à 161 et 378 et 379, le reste de l'Avant-projet semble ignorer le caractère distinctif de ces deux offres de justice en regard de leurs principes. Tout au plus, le dernier alinéa de l'article 157 précise que «la charge de présider une conférence de règlement à l'amiable entre dans la mission de conciliation du juge». Nous y reviendrons spécifiquement.

Par conséquent, pourquoi ne pas intégrer, pour plus de clarté et ce faisant d'accessibilité, un troisième titre au livre I, intitulé le cadre général de la procédure? Ainsi, le LIVRE I présenterait successivement :

TITRE I : Les principes de la procédure applicable aux modes privés de prévention et règlement des différends

TITRE II : Les principes de la procédure applicable à la Conférence de règlement à l'amiable

TITRE III : Les principes de la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire

Cet ajout permettrait de reconnaître la distinction de principe entre les offres de justice et les principes applicables à la CRA, en les distinguant explicitement de ceux de l'offre de justice traditionnelle des tribunaux de l'ordre judiciaire, comme c'est le cas pour les principes applicables aux modes privés de prévention et règlement des différends. Dans cette perspective, l'art 157 nous semble largement insuffisant. Les articles que l'on retrouverait dans ce nouveau titre préciseraient la mission des juges, opposée à celle de dire le droit et de trancher les litiges et présenterait en un seul titre la CRA, qui est à ce moment partie de l'actuel TITRE 2, intitulé *Les principes de la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire*. Ce nouveau TITRE II attesterait sans équivoque de la distinction entre la mission et les pratiques exercées par les juges au sein de la justice publique.

Suggestion I - Ajouter au LIVRE I un titre distinctif (TITRE II) présentant les principes et la mission des juges dans le cadre de la CRA, et intégrant les arts. 157 à 161 et les arts. 378 et 379, sous réserve des modifications à ces articles suggérées dans le présent mémoire

I.2 Uniformisation du processus de la CRA dans le système de justice

L'intégration de la CRA à la justice civile publique, offerte par les tribunaux au sein du système étatique de justice, fixe des limites inhérentes à toute offre publique de justice, à tout service public. Alors que les pratiques privées de la médiation proposent plusieurs types de pratiques, au gré des convictions et des choix d'intervention du médiateur privé et des parties, allant de la médiation transformative à la médiation évaluative, la pratique de la CRA ne peut se permettre cette diversité dans la pratique. Nous croyons que la CRA doit se limiter à un seul modèle d'intervention encadré par le législateur. Il y a nécessité d'arrêter un choix collectif d'une pratique uniforme de laquelle le législateur doit rendre compte par son encadrement législatif et ce, pour trois motifs principaux : **(1) éviter l'arbitraire de la pratique et maintenir la crédibilité du processus, (2) s'assurer que le citoyen puisse comprendre cette pratique, son déroulement, le rôle du juge ainsi que le sien, (3) assurer une réelle accessibilité à la CRA.**

Un des objectifs de l'encadrement législatif d'une offre publique de justice, d'une pratique publique offerte aux citoyens, nous semble être son uniformisation, d'autant lorsque cette pratique relève de la justice offerte par les tribunaux. Dans la perspective de l'accessibilité à la justice, l'égalité de traitement demeure un enjeu de taille qui devient ici processuel. Le citoyen qui s'engage dans une CRA doit savoir ce qu'est cette conférence, peu importe le juge qui la préside. De la même manière que lors du procès, le citoyen doit connaître les règles du jeu dans la CRA. Il doit pouvoir maîtriser le processus par lequel il construira sa solution à son différend. Ces paramètres nous semblent fondamentaux afin de concrétiser l'accès proactif à la justice, qu'incarne la CRA.

Le défi est alors celui de conserver la souplesse de la CRA tout en s'assurant que son cadre d'intervention soit suffisamment délimité pour garantir cette uniformité de la pratique. L'enjeu est d'autant plus grand que les juges qui la pratiquent sont experts d'un autre processus. La pratique de la CRA étant relativement jeune, le citoyen associe le juge à une pratique juridictionnelle traditionnelle, qui à bien des égards, est à l'opposé de la pratique de la CRA.

Une offre de justice publique ne peut se transformer au gré des visions et aptitudes de ceux qui la pratiquent. Il serait impensable d'imaginer des règles de preuve et de procédure appliquées par certains juges et non par d'autres. De la même manière, la CRA doit être une pratique dont le citoyen et le juge doivent bien cerner la finalité, les objectifs et les moyens, de même que le rôle de chacun des acteurs à l'intérieur de ce processus.

Réflexions sur l'encadrement législatif proposé par l'Avant-projet

Eu égard à la forme, que l'on pourrait par analogie comprendre comme les règles de procédures de la CRA, qui sont d'ailleurs parties du Livre II de l'Avant-projet portant sur la procédure en matière contentieuse, la voie première de cette uniformisation de la pratique de la CRA doit être tracée par son encadrement processuel.

La médiation appartient à l'univers du processuel, dans lequel le médiateur est l'expert d'un processus qui permet idéalement aux parties de s'approprier leur différend afin de le régler. La qualité et l'uniformisation de la CRA reposent d'abord sur la nécessité d'un processus clairement défini, lequel est seul garant de ce type de justice.

Ce processus existe et a été défini, comme le rappelle la juge Suzanne Courteau, juge à la Cour supérieure et qui a été membre de l'équipe de formation des juges¹⁴. La juge Courteau le présente ainsi : outre la communication initiale du juge avec les parties ou leurs procureurs, le processus de la CRA comporte cinq étapes essentielles à son bon déroulement, à savoir **l'ouverture, la communication, la négociation, l'entente et la clôture**. Chacune de ces étapes comporte des objectifs distincts et appelle une intervention spécifique du juge et un rôle des parties et de leurs avocats.

Nous reprenons ici en synthèse les objectifs et le contenu de chacune de ces étapes rapportées par la Juge Suzanne Courteau dans son article précité¹⁵.

L'ouverture permet de bien situer le rôle du juge et le rôle des parties, la coopération nécessaire au bon déroulement de la CRA, et de présenter les étapes.

¹⁴ S. COURTEAU (2005) «La conciliation judiciaire à la Cour supérieure» dans L. Lalonde (dir.) *Revue de prévention et règlement des différends – numéro spécial – la médiation judiciaire*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, p. 51-64

¹⁵ *Ibidem*, p. 59-63

La communication consiste d'abord en un exposé sommaire des événements par chacune des parties, la détermination des intérêts et valeurs communs des parties, et ensuite, en une discussion, idéalement en plénière, pour développer des options et des pistes de solution.

La négociation est la phase de l'analyse et de la précision des options par les parties. Elle permet la discussion de nouvelles options afin de choisir celle qui sera la plus satisfaisante pour les parties.

L'entente, est le moment pendant lequel il importe de bien s'assurer que l'entente est complète.

La clôture vise à valider le consentement des parties et à s'assurer de leur satisfaction.

Non seulement il n'est pas question dans ce processus de communiquer les prétentions des parties, mais la juge Courteau précise que lors de la négociation, «[i]l faut s'en tenir aux solutions de faits, aux solutions pratiques proposées. Nous ne sommes pas en procès, devant un tribunal qui aura à trancher en droit. Il faut éviter les questions de droit»¹⁶

En première instance, l'art. 158 de l'Avant-projet de loi édicte que les buts de la CRA sont «d'aider les parties à communiquer en vue de mieux comprendre et évaluer leurs intérêts, leurs positions et leurs prétentions, ainsi qu'à négocier de façon à trouver une solution mutuellement satisfaisante au litige. » (Les soulignés sont de nous)

Rappelons que les termes *évaluer* et *prétention*, signifient respectivement dans leurs acceptions communes, porter un jugement de valeur et revendiquer en vertu d'un droit que l'on affirme.

L'article 158 ne présente pas le processus de la CRA mais il énonce des buts à la CRA, lesquels sont de mieux comprendre et évaluer les intérêts, les positions et les prétentions des parties. Il présente une intervention ancrée dans une vision passée du différend entre les parties, à savoir leurs positions et leurs prétentions. La médiation est tout le contraire d'un processus inscrit dans une évaluation du passé pour trouver une solution au futur. Cet article ne fait aucunement place à un déplacement des perceptions du différend alors que ce déplacement est, selon la littérature, au cœur de la médiation et de son potentiel. Au niveau processuel, ce déplacement se traduit par la construction d'un problème commun et la création d'options. Ces étapes sont impératives à la plupart des modèles de médiation et, surtout, au modèle de la CRA auquel réfère la juge Courteau.

¹⁶ *Id.* p. 61

Ainsi, l'usage du terme «évaluer» associé aux termes «positions» et «prétentions», expose le processus à un «jugement» de la validité des positions et prétentions juridiques, d'autant que le litige est construit en référence à la norme juridique et fait l'objet d'une demande en justice. Or, en ce sens et dans ce contexte, les prétentions appartiennent à l'univers de la justice traditionnelle, et sont directement associées à une position juridique.

Il pourrait être aisé d'assimiler la CRA à un processus d'évaluation des prétentions, qui devant un juge, du moins pour le citoyen, pourrait glisser vers l'attente d'une évaluation de la validité des raisonnements juridiques. Plus encore, en révisant ses prétentions, le citoyen ne serait pas en mesure de bien préparer sa participation à la CRA. L'accessibilité par la clarté et la proactivité de cette justice ne semblent pas pouvoir être atteintes de cette manière.

Quant au processus qui sera mis en place pendant la conférence, l'art. 160 de l'Avant-projet, concernant la CRA en première instance, stipule :

«De concert avec les parties, le juge établit le calendrier des rencontres et définit les règles applicables à la conférence et les mesures propres à en faciliter le déroulement.»

En somme, aucun processus n'est mis en place par l'Avant-projet. L'imprécision et la confusion pouvant émaner de l'art. 158 s'ajoutent à l'absence de règles processuelles prédéfinies, et toutes concourent à un encadrement légal laissant place à la diversité des pratiques, et par voie de conséquence, à leur méconnaissance pour le citoyen.

Parallèlement, les règles applicables à la procédure de l'instance, ne serait-ce qu'eu égard à l'instruction, précisent par plus de 38 articles le processus. Il nous semble impératif que quelques articles additionnels viennent clarifier le processus de la CRA.

Par ailleurs, **en appel**, la CRA est encadrée par les arts. 378 et 379. Outre le fait que ces dispositions réfèrent au terme différend, qui paraît plus adéquat que le terme litige utilisé pour la CRA de première instance, ces articles ne précisent en rien le déroulement de la CRA, autrement qu'en d'édicant qu'elle a lieu sans formalité. Aucune raison ne nous paraît justifier que les dispositions afférentes à la CRA en appel soient différentes de celles en première instance. A fortiori, compte tenu spécifiquement du rôle du juge et de son rapport au droit, le litige est plus encore cristallisé en appel puisque désormais fondé sur un jugement de première instance. Il est d'autant plus important que le même encadrement législatif soit donné à la CRA en appel.

Ainsi, nous sommes d'avis que l'Avant-projet laisse libre cours à des pratiques non uniformes, non encadrées au niveau de leur processus. De surcroît, il expose ces pratiques à l'évaluation des prétentions des parties, laquelle évaluation est l'objet de la fonction traditionnelle du juge et non celle de la CRA.

SUGGESTION II – Modifier l'art 158 afin qu'il intègre toutes les étapes de la CRA et exclure les termes évaluer et positions des buts de la CRA.

SUGGESTION III – Modifier l'art 160 en enlevant les dispositions concernant la définition des règles applicables.

SUGGESTION IV – Appliquer *mutatis mutandis* les dispositions modifiées de la CRA en première instance à la CRA en appel.

1.3 Clarification du rapport au droit et du rôle des juges dans la CRA

Dans le domaine du droit public et de l'administration publique, la littérature juridique doctrinale s'intéressant au rapport au droit entretenu par les dispositifs publics de médiation intégrés à des pratiques administratives de droit public, envisage généralement la problématique sous l'angle de l'ordre public et du respect de l'égalité de traitement des justiciables. Cette littérature entrevoit les risques liés à des compromis sur des règles de droit qui peuvent résulter de ces modes ¹⁷. Or, la littérature portant sur des dispositifs publics de médiation en matière de justice civile, soulève peu ces préoccupations. Pourtant, ces inquiétudes peuvent être tout à fait justifiées dans le système de justice civile. L'attention doit être portée sur les processus instaurés puisque l'existence ou non de compromis sur le droit relève du type de processus mis en place et de la nature de l'intervention du juge. Il est donc impératif que la réflexion sur la CRA s'amorce sur le processus et les contenus de la CRA, puisque l'intégration et la pratique de la CRA à elles-seules ne peuvent permettre de présumer de la nature de l'intervention, du traitement que le processus accorde aux différends des parties, non plus que sur l'objet sur lequel porte la négociation.

Comme nous l'avons précisé, la réflexion sur la CRA du point de vue de l'offre de justice qu'elle porte est impérative afin de bien ancrer la distinction entre les deux offres de justice. Le mode judiciaire traditionnel rend une justice qui est celle du droit et de la décision. Que signifie «rendre justice» dans le contexte de la CRA ? Quelles sont les conditions que doit respecter

¹⁷ Voir notamment F. HOULE et D. MOCKLE (1998) «Conciliation des litiges et formes alternatives de régulation en droit fédéral», dans *36 Osgoode Hall L.J.*, 703, p. 741; Y. Bousquet (1998) *La conciliation et l'administration publique – Actes de la XIIIe conférence des juristes de l'État*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 741;

cette offre de justice afin d'éviter de glisser dans le piège de la simple négociation du droit, du compromis, et du jugement consenti plutôt qu'imposé, qui est à cent lieux d'une quelconque appropriation du différend par les parties et de la construction de leur solution à leur conflit?

Outre la clarification processuelle dont nous venons de traiter et qui aurait pour effet d'amoinrir les risques d'évaluation des prétentions juridiques des parties au sein du processus, la présidence de la CRA par un juge, dont la mission première est de «dire le droit», présente un second défi fondamental à l'intégration de la CRA dans la justice civile publique.

Rappelons que l'intégration de la CRA n'est initiatrice d'aucune transformation de la justice puisqu'elle peut continuer, par un processus informel et communicationnel, à proposer la même solution au même problème, hors les garanties procédurales du procès. En ce cas, elle présente une option à la décision imposée, et son seul mérite semble relever de la légitimation consensuelle d'une solution qui, à toutes fins pratiques, règle de la même manière le problème des acteurs¹⁸. Ce consensualisme est certes plus satisfaisant à certains égards, ne serait-ce que par l'acceptation qu'il présuppose. Par contre, cette satisfaction permet-elle d'induire une nouvelle offre de justice, considérant que la seule satisfaction communicationnelle soit un idéal de justice?

Entre dire le droit et régler le différend¹⁹, l'intervention en médiation judiciaire vaut d'être interrogée, cernée et comprise dans son potentiel transformateur de la justice civile.

Comme la CRA s'apparente à la médiation, il importe d'abord d'en présenter les grands traits pour ensuite identifier les lieux spécifiques de transformation du rôle des juges qu'elle soutend, à des intensités qui peuvent toutefois varier selon les modèles de pratiques retenus. La médiation est, dans quasi tous les modèles, un processus de résolution de conflits, dans lequel un tiers, que l'on nomme médiateur, intervient afin de permettre aux parties par le biais d'un processus, de construire leur problème commun afin de le solutionner. Dans cette vision de la médiation, **le médiateur n'a pas de pouvoir décisionnel.**

¹⁸ M. Van KERKOVE (1992) «Médiation et législation», dans *La médiation, un mode alternatif de résolution des conflits*, Zurich, Institut suisse de droit comparé, p. 334.

¹⁹ L. LALONDE (2001) «Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation?», dans *Les récents développements en médiation*, Montréal, Wilson et Lafleur, p. 73-90.

Bien que certains modèles de médiation, comme la médiation évaluative, accordent au tiers un pouvoir plus vaste, le modèle théorique adopté par les CRA semble unanime à reconnaître que le juge, lors d'une CRA, n'a pas de pouvoir décisionnel.

Les propos de la juge Suzanne Courteau j.c.s. sont, à cet égard, sans équivoque :

«Il n'est plus question pour le juge de dire le droit, plus question pour les parties et leurs procureurs de compromettre sur des arguments juridiques²⁰. (Les soulignés sont de nous)

La juge Louise Otis affirme quant à elle que :

«[l']originalité est de le faire (se réapproprier le litige par les parties) au sein même de l'enceinte judiciaire et avec le concours du juge qui se dépossède de son pouvoir de dire le droit afin de laisser aux parties un espace normatif pour qu'elles déterminent leur propre décision»^{21/22}.

L'absence du pouvoir décisionnel, du moins formel, est certes la caractéristique la plus transformatrice du rôle du juge dans les CRA. En corollaire, cette absence de pouvoir décisionnel initie potentiellement un déplacement du rapport à la norme juridique dans la solution construite théoriquement par les parties. Au plus faible de ce déplacement, le rapport à la norme juridique risque de passer de la norme imposée par la décision, à une norme consentie ou acceptée, par la solution des parties, sous l'autorité morale du juge²³. Au plus fort de ce déplacement, dans le modèle qui semble choisi par la Cour, la norme juridique pourrait être mise de côté par les parties et le problème serait alors construit au départ de leur normativité et de leur vision de leur problème. D'ailleurs, il est intéressant de noter que dans les principes de procédures applicables aux modes privés de prévention et règlement des différends, énoncés au Livre I, Titre1 de l'Avant-projet, l'article 5 prévoit expressément ce choix normatif pour les parties :

²⁰ *Supra*, note 14, p. 55

²¹ *Supra*, note 2 p. 20

²² Voir notamment certains de nos articles concernant les CRA et les enjeux qu'elles posent en regard du droit : L. LALONDE (2007) «Le juge et la médiation judiciaire, un sens nouveau à la valeur de justice», dans V. Fortier (dir.) *Le juge, gardien des valeurs*, Paris, Éditions CNRS, p. 184-198; L. LALONDE (2005) «La médiation judiciaire : nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions?», dans A. Riendeau (dir.) *Dire le droit : pour qui et à quel prix?*, Montréal, Wilson et Lafleur, p. 23-36

²³ L. LALONDE (2005) «La médiation judiciaire : nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions?», dans A. Riendeau (dir.) *Dire le droit : pour qui et à quel prix?*, Montréal, Wilson et Lafleur, p. 23-36

art. 5 «Les parties peuvent prévenir ou régler leur différend en faisant appel à des normes et à des critères autres que ceux du droit, sous réserve du respect qu'elles doivent aux droits et libertés de la personne et aux autres règles d'ordre public».

Compte tenu de la position prise de ne pas dire le droit, réaffirmée notamment par les juges Otis et Courteau, on peut s'interroger sur les causes justifiant l'absence de cet article, qui devrait se retrouver, *mutatis mutandis*, dans l'encadrement légal de la CRA. Cette absence risque de conforter une vision juridique du processus de la CRA. Ainsi, selon J.-F. Roberge, la conciliation judiciaire peut être pratiquée «selon un raisonnement judiciaire ou selon un raisonnement de résolution de problème» et «les juges semblent avoir la possibilité de privilégier le «raisonnement judiciaire ou le raisonnement de résolution de problème en Conférence de règlement à l'amiable.»²⁴

Si le rôle des juges est transformé dans la CRA à deux niveaux fondamentaux, à savoir dans son rôle de dire le droit et dans son pouvoir décisionnel, il est primordial que l'encadrement législatif soit sans équivoque à cet égard.

Sans encadrement législatif clair, dans la pratique de la CRA, le degré de transformation à ces deux niveaux risque d'être conséquent de la perception que le juge aura de son rôle et puis, de son agir dans les faits lors de l'intervention, au-delà de sa perception de cet agir. La place que le juge attribue à son expertise juridique dans l'intervention et la représentation qu'il se fait des diverses formes de la décision, en regard de son autorité morale, seront déterminantes²⁵. Plus le juge saisira son intervention liée à son rôle traditionnel comme expert du droit et décideur, plus la médiation se rapprochera d'un dispositif soit de consentement au droit et à la décision, soit de compromission. Par ailleurs, plus le juge percevra et actualisera son rôle en CRA, dans la vision d'une médiation de type non évaluatif, plus il délaissera son rôle traditionnel afin de permettre un rapport différent à la normativité constitutive du conflit, construite par les parties, à qui il permettra de décider de leur solution en ces lieux et places. Face à ces possibles qui révèlent des postures d'interventions différentes pouvant être adoptées par les juges, seul un encadrement législatif clair pourra permettre une pratique uniforme en regard de ces enjeux fondamentaux.

²⁴ J.-F. ROBERGE (2005) «La conférence de règlement à l'amiable : les enjeux du raisonnement judiciaire et du raisonnement de résolution de problème», L. Lalonde (dir.) *Revue de prévention et règlement des différends – numéro spécial – la médiation judiciaire*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, p.27 et 43.

²⁵ *Supra*, note 23

L'enjeu de la diversité de la pratique en regard du droit est d'autant plus présent que la CRA porte une transformation fondamentale du rôle des juges dans leur rapport au droit et à la décision qui caractérise leur rôle traditionnel.

Par ailleurs, la transformation souhaitée du rôle du citoyen dans la justice civile, vers une plus grande participation, est directement proportionnelle au degré de transformation du rôle des juges dans la CRA. Plus les juges délaissent leur pouvoir décisionnel et la construction du problème au départ de la normativité juridique dont ils sont des experts, et plus alors la solution construite redonne pouvoir aux citoyens, tant dans sa formulation que dans le consentement qu'elle nécessite. L'*empowerment* ou la capacitation des acteurs à construire leur problème et leur solution, est une des caractéristiques principales de la plupart des visions de la médiation et semble être un idéal de la CRA.

Comme le rappelle la juge Otis, [d]ans une salle de médiation, le juge favorise le consensus, à titre de négociateur neutre, en permettant l'expression des normativités, des valeurs et des intérêts des parties. Il permet aux parties, à toutes fins utiles, d'écrire leur propre jugement. Il remet entre leurs mains la saisine de leur litige»²⁶.

Cette «saisine», remise aux parties, est dans quasi toutes les conceptualisations et modèles de la médiation non évaluative et transforme le modèle de la délégation de l'autorité dans le règlement des conflits²⁷. Elle préconise la remise de la délégation du pouvoir décisionnel au tiers, au départ de sa réappropriation par les parties. La notion de l'*empowerment* des parties est un fondement quasi paradigmatique des différents modèles de médiation.

En regard de cette spécificité de l'*empowerment* des parties et de son corollaire, c'est-à-dire la reprise du pouvoir par les parties, la médiation est un processus diamétralement opposé au mode judiciaire de règlement des litiges à l'égard du rôle du tiers. La justice traditionnelle est une justice rendue, décidée par un juge, dans laquelle les parties confèrent au tiers, dans le cadre du contrat judiciaire ou de la juridiction de ce tiers, le pouvoir de la décision. Ce rappel est fondamental puisqu'il met en lumière l'un des enjeux majeurs de la transformation de l'intervention que sollicite la pratique de la CRA.

²⁶ *Supra*, note 2, p. 20

²⁷ J.-P. BONAFÉ-SCHMITT (1992) «La médiation: une autre justice?», dans J.P. Bonafé-Schmitt *La médiation, une justice douce*, coll. Alternatives sociales, Paris, Syros, p. 179.

Le procès, comme processus, a pour finalité de donner aux juges l'éclairage nécessaire à l'exercice de la fonction de juger, tant en regard de la procédure que des règles de preuve. Tout le procès vise à circonscrire le litige et à permettre que soit rendue, à son aboutissement, une décision judiciaire qui le règle.

En médiation, non seulement le juge doit-il remettre aux parties le pouvoir décisionnel, mais, plus encore, son intervention comme juge médiateur a pour finalité, non pas de l'éclairer lui-même dans un processus décisionnel qui serait sien, mais de permettre aux parties de s'éclairer dans leur construction décisionnelle. De surcroît, cette construction décisionnelle doit se faire au départ de leur propre qualification du conflit, et non de celle du médiateur. Par ailleurs, toute cette intervention visant l'*empowerment* des parties devra être réalisée par un médiateur juge, lequel pour nombre de citoyens, fait figure d'autorité, ce qui confèrera parfois un effet amplifiant à son agir professionnel, notamment en regard des modes d'expression ou d'intervention qu'il utilisera et qui pourront aisément être interprétés comme étant une opinion, une direction ou un aval donnés à certaines positions des parties.

Dans cette perspective, l'intervention du juge exige le passage de l'autorité décisionnelle à une autorité processuelle qui permettra cette remise du plein pouvoir aux parties, non seulement eu égard à la décision, mais aussi à la qualification du problème, jusqu'à la construction de leur solution.

Le processus, même non formellement décisionnel, risque autrement de glisser vers une pratique dans laquelle la décision du juge se manifesterait par l'acceptation des parties à la perception ou à la solution construite par ce dernier, ce qui va à l'encontre de la notion fondamentale de l'*empowerment* en médiation et risque d'être assimilable à l'offre de justice traditionnelle.

Réflexions sur l'encadrement législatif proposé par l'Avant-projet

Le rapport au droit qu'entretient le juge dans la CRA - si l'on souhaite qu'il ne soit pas de dire le droit par la décision - mérite d'être clarifié relativement à son encadrement législatif proposé par l'Avant-projet de loi. La perspective que des objections pourraient s'élever à cette clarification paraît en soi inquiétante.

Soulignons en premier lieu que ce n'est que par le biais du dernier alinéa de l'art. 158 de l'Avant-projet de loi, partie du chapitre portant sur la CRA, que l'on apprend que «la charge de présider une conférence de règlement à l'amiable entre dans la mission de conciliation du juge». Cette mission de conciliation du juge, se retrouve au chapitre I, du Titre II, du Livre I, dont le TITRE est la mission de conciliation des tribunaux. Cet article édicte trois missions attribuées aux juges, lesquelles sont cumulatives lorsque les tribunaux agissent dans leur fonction traditionnelle et sont saisis d'un litige.

Une certaine confusion se profile. De la mission «du juge» à celle «des tribunaux», qu'en est-il? Est-ce le juge qui préside la CRA ou est-ce le tribunal? Plus encore, où est-il précisé que lors d'une CRA, le tribunal ou le juge n'a pas la saisine du litige?

Par ailleurs, le fait de ramener la mission du juge lors de la CRA à celle de «favoriser la conciliation» prévue à l'art. 9, mission toujours présente lors des instances décisionnelles, ne minimise-t-il pas la pratique de la CRA et son processus spécifique? Comment le citoyen peut-il comprendre, sans dispositions expresses, non seulement dans le chapitre consacré à la CRA, mais dans la mission des «tribunaux», que le juge n'a en ce cas pas mission de dire le droit? De fait, lorsque le juge favorise la conciliation en cours de procès, rien ne semble l'empêcher d'user d'arguments juridiques, de référer au droit, dans la limite souhaitée de ne pas rendre jugement hors de l'audition de la preuve et de l'enquête.

Le législateur, s'il aspire à clarifier les offres de justice proposées par le système de justice, doit s'assurer qu'elles ne peuvent être confondues par ses acteurs.

SUGGESTION V - Préciser, dès le premier alinéa de l'art. 9, après la première phrase sauf lorsqu'il préside une conférence de règlement à l'amiable. Ou alors, intégrer un autre alinéa à cet article qui viendrait délimiter la mission du juge lors d'une conférence de règlement à l'amiable, en édictant ce qu'il ne fait pas alors, c'est-à-dire dire le droit et trancher le litige.

Relativement aux dispositions spécifiques de la CRA, prévues aux articles 157 à 161, nous réitérons nos commentaires sur le processus dans la perspective de clarifier le rapport au droit qui pourrait être inféré des termes évaluer et prétentions des parties. (art. 158)

SUGGESTION VI - Le citoyen risquant de lire le chapitre afférant à la CRA lorsqu'il souhaite s'engager dans cette offre de justice, ajouter un article clair précisant la mission du juge de ne pas dire le droit ou trancher le litige, et y intégrer, un choix de normativités comme c'est le cas pour les modes privés à l'art. 5 de l'Avant-projet.

L'art. 157 nous semble devoir être modifié puisqu'il prévoit que les parties doivent exposer sommairement les questions en litige, si elles requièrent la tenue d'une conférence de règlement à l'amiable. Les questions en litige sont nécessairement construites au départ des normes juridiques. Ainsi, en quoi ces questions peuvent-elles éclairer la poursuite d'une CRA demandée par les parties? Existents-ils des litiges dans lesquels, nonobstant la demande des parties, une CRA ne sera pas offerte? Le juge président la conférence aura accès au dossier de la cour lors de la CRA et sera bien à même de connaître le litige, s'il croit nécessaire de le faire pour présider une CRA. Cette formalité de l'art. 157 tend à ramener le litige au cœur de la CRA.

SUGGESTION VII – Retirer de l'art. 157 l'obligation faite aux parties d'exposer sommairement les questions en litige

I.4 Atténuation de risques associés à certaines pratiques possibles

Cette section souhaite d'abord rappeler les justificatifs du choix posé de ne pas dire le droit lors d'une conférence de règlement à l'amiable, et plus largement, hors du procès. Puis, dans un second temps, soulever le risque d'intégrer la mission de conciliation à la gestion d'instance, sans glisser dans ce qui peut ressembler à une CRA, hors son cadre processuel, notamment en regard des rôles du juge et des parties.

Dire le droit, ou autrement démontrer aux parties une position juridique, ou une évaluation de leur position juridique, risque de résulter en un discrédit du processus judiciaire traditionnel pour le justiciable. Comment justifier qu'un juge puisse, hors du processus judiciaire, sans audition et sans enquête, décider en droit? Le procès, ses règles de preuve et de procédure seraient-ils inutiles afin de rendre jugement?

Le spectre de l'arbitraire réapparaît alors et un retour aux jugements d'équité est à craindre hors les garanties de l'ordre juridique et du processus judiciaire. Discrédit possible aussi, d'une «décision» éventuellement renversée par suite d'une enquête et d'une audition devant le tribunal, après l'échec d'une CRA.

La perspective d'efficacité de la justice et la visée de réduction des coûts associés à la justice traditionnelle ne peuvent justifier qu'une justice soit rendue, dans la mission traditionnelle du tribunal, lors d'une CRA.

L'autorité morale des juges exige que leur pratique à cet égard soit sans reproche et ne puisse permettre au citoyen d'induire quelque position juridique que ce soit lors de la CRA.

La juge Courteau résume ce choix et ses fondements.

«Le juge qui préside la conférence de règlement n'exerce pas une fonction judiciaire. Il ne préside pas un procès, n'a pas à rendre jugement, ni même à donner quelque indice de ce que pourrait être un jugement éventuel si cette affaire devait aller à procès. Tout contre-indiqué qu'il soit pour un juge de donner des opinions en droit, il l'est d'autant de donner une opinion quant au sort du litige, avant qu'il aille à procès, sans qu'aucune règle de preuve ou de procédure ne soit appliquée. Ce premier principe est fondamental²⁸. »

Par ailleurs, les dispositions relatives à la **gestion particulière d'instance**, prévues aux arts. 154 à 156 de l'Avant-projet de loi, précédant celles de la CRA, et celles relatives à la **Conférence de gestion**, édictées aux arts. 149-153, de même que les **mesures de gestion** prévues aux arts. 155-156 de l'Avant-projet, présenteront très certainement de grands avantages en termes de délais, de célérité et de réduction des coûts de la justice civile publique. Nous saluons le fait qu'elles puissent intervenir au tout début de la judiciarisation du litige, avant même le dépôt du protocole d'instance par le biais de la gestion particulière d'instance. Toutefois, l'intervention du juge en regard de la gestion d'instance semble étendue et l'art. 149 prévoit expressément que «le tribunal procède à un premier examen des questions de fait ou de droit en litige», ce qu'un juge ne pourrait faire dans une CRA. Cela mérite une attention particulière sur l'hermétisme de l'un et l'autre des processus.

Il est intéressant à cet égard de faire état d'un projet pilote, initié à la Cour du Québec, dans le district de Longueuil au cours de l'année 2009, qui instaurait une *Conférence de conciliation et de gestion judiciaire (CCGJ)*. Le rapport de recherche préparé par le professeur Pierre Noreau²⁹ conclut que «Dans ses grandes lignes, le projet pilote a atteint les objectifs fixés à l'origine du

²⁸ *Supra*, note 13, p. 56

²⁹ P. NOREAU (2010) *Les conférences de conciliation et de gestion judiciaire – Cour du Québec – Projet pilote de Longueuil 2009*, Montréal, CRDP- Observatoire de droit à la Justice, 68 p.

projet»³⁰ et que «le projet apparaît avoir largement atteint les poursuivis par la Cour»³¹. Ces objectifs se résumaient ainsi :

1) Rendre la justice plus accessible 2) Prendre les dispositions pour que soit respectée la règle de proportionnalité 3) Mettre en place un mécanisme de conciliation et de gestion judiciaire tôt dans l'instance 4) Favoriser ainsi la rencontre des avocats et des parties au moment propice dès le début de l'instance 5) Réduire le temps d'audience en cernant le débat de sorte que, à moyen terme, l'investissement en ressources juges/greffiers/secrétariat soit compensé par la diminution du nombre de causes entendues³².

Lors de ce projet pilote, les deux processus étaient distincts et, comme le souligne le professeur Noreau, [i]l apparaît clairement que la Conférence de conciliation et de gestion judiciaire favorise l'orientation des parties vers la Conférence de règlement à l'amiable et que, dans une perspective de complémentarité des procédures, elle constitue un puissant incitatif sinon un outil de promotion de la conciliation judiciaire»³³. (Les soulignés sont de nous)

La perspective de complémentarité de la Conférence de gestion et de la CRA doit être rigoureusement préservée. En termes clairs, la Conférence de gestion ne doit pas permettre au juge de faire ce qu'il ne peut faire en CRA afin de «forcer» le règlement des dossiers sur un «jugement», à savoir une évaluation juridique portant sur les prétentions des parties, hors du procès. La ligne paraît mince entre «procède à un premier examen des questions de fait ou de droit en litige» et dire le droit. Ces dispositions, et de leur influence potentielle sur la tenue d'une CRA, nous inquiètent. Cela milite d'autant en faveur de la nécessité de bien distinguer les différentes interventions du tribunal et la nature particulière de la CRA. Il faut s'assurer que la Conférence de gestion ne puisse être convertie en une CRA, comme cela est le cas d'une CRA en Conférence de gestion. Le juge président une Conférence de gestion ne devrait jamais présider une CRA dans le dossier qu'il gère, compte tenu des informations et évaluations qu'ils donnent aux parties.

SUGGESTION VIII - Prévoir expressément le principe que la Conférence de gestion ne puisse être convertie en CRA et que le juge ayant présidé la Conférence de gestion ne puisse présider la CRA

³⁰ *Ibidem*, p. 1

³¹ *Ibidem*, p. 2

³² *Ibidem*, p.1

³³ *Ibidem*, p. 21

I.5 Précisions relatives à l'objet d'intervention de la CRA

L'objet traité par le processus de la justice traditionnelle est le litige. Le litige restreint le conflit à sa traduction juridique, rejetant de grands pans du problème vécu par les parties. Il suffit de peu d'expérience de la justice traditionnelle et de connaissance de la rationalité du droit pour saisir toutes les perceptions, valeurs, référents normatifs et faits non qualifiables juridiquement mis de côté par la seule traduction juridique du conflit. Le droit ne retient, théoriquement, que les faits qui permettent cette traduction juridique aux fins de construire le syllogisme juridique duquel découle la réponse du droit, écartant ainsi un ensemble de normativités constitutives des conflits.

Or, l'une des principales caractéristiques de la médiation est de remettre aux parties la qualification de leur conflit et la construction de leur solution, dans l'amplitude de leur perception du conflit qui les oppose. Pour les parties, le conflit se limite rarement à sa qualification juridique traduite par la seule normativité juridique. La qualification est fondamentale puisqu'elle constitue l'objet au départ duquel le processus permettra l'élaboration des options et la construction des solutions, dans la mesure de l'amplitude de l'objet que le processus autorisera.

Au départ de la qualification du conflit par les parties, la normativité de référence risque fort de ne plus être la seule normativité juridique, mais une pluralité de normes constitutives du problème pour les parties, comme le reconnaît d'ailleurs l'art. 5 de l'Avant-projet relatif aux modes privés de prévention et de règlement des différends. De même, les options construites embrasseront la conjonction de ces normes, et la solution pourra potentiellement être élargie et construire une réponse au conflit dans toute son amplitude.

Ainsi, il faut «sortir» le problème traité de la seule qualification juridique et permettre aux parties de construire une solution qui, comme le rappelle la juge Otis, permet «l'expression des normativités, des valeurs et intérêts des parties.³⁴»

L'Avant-projet de loi semble utiliser diverses terminologies afin de nommer l'objet traité par les différentes offres de justice : conflit, différend, litige. Ces multiples termes prêtent à confusion

³⁴ *Supra*, note2, p. 20

et ne permettent pas de bien clarifier les interventions en regard de leur objet. Il faut noter que le texte du Ministre présentant l'Avant-projet réfère quant à lui au terme conflit, en traitant des différentes étapes judiciaires et à la procédure civile en général :

«La procédure civile est l'ensemble des règles à suivre lorsqu'une personne fait appel au système de justice pour régler un conflit ou une situation qui n'est pas de nature criminelle ou pénale. ³⁵»

Ainsi, lorsqu'il légifère sur les modes privés, l'Avant-projet utilise la terminologie de «différend» et il parle de «litige» dans l'art.9 qui consacre la mission des juges en matières juridictionnelles. On peut aisément saisir la nuance d'objet entre l'un et l'autre de ces modes de justice. Pourquoi parler à l'art. 158 des dispositions applicables à la CRA, de *litige* alors que les dispositions applicables à la CRA en Cour d'appel parlent de trouver une solution à leur *différend* (art. 378) ?

Comme nous l'avons précisé, d'une part les dispositions de la CRA, tant en première instance qu'en appel, devraient être uniformes, et en ce cas, l'usage du terme différend devrait être privilégié puisqu'il permet de donner une amplitude à l'intervention en CRA, au-delà du litige. Nous comprenons que le terme conflit puisse sembler trop vaste dans son amplitude.

SUGGESTION IX – Utiliser dans les dispositions relatives à la CRA, le terme différend au lieu du terme litige

³⁵ Ministère de la Justice (2011) *Nouveau Code de procédure civile – une justice plus rapide et plus économique*, en ligne

II. Les dispositions relatives à la justice civile privée

Le document de présentation de l'Avant-projet de loi définit la *procédure civile* comme «l'ensemble des règles à suivre lorsqu'une personne fait appel au système de justice pour régler un conflit ou une situation qui n'est pas de nature criminelle ou pénale»³⁶. Les dispositions préliminaires de l'Avant-projet énoncent que :

«Le code de procédure civile établit les principes de la justice civile et régit, ... la procédure applicable aux modes privés de prévention et règlement des différends lorsque celle-ci n'est pas autrement fixée par les parties, ...»

Cette disposition témoigne du choix effectué par le législateur d'inclure à la procédure civile de modes qui relèvent du domaine privé, d'en affirmer l'existence et de les nommer comme étant des pratiques de la justice civile privée. Ce mouvement législatif est novateur puisque le Code de procédure civile actuellement en vigueur précise, en son article 2, que «[L]es règles de procédure édictées par ce code sont destinées à faire apparaître le droit et à en assurer la sanction». L'univers des modes privés de prévention et règlement des différends (MPPRD) n'était alors pas celui de la justice civile privée. Ainsi, la justice civile comprendrait la justice civile privée dont les MPPRD seraient les véhicules et la justice civile publique, offerte par le procès ou la CRA. (Art. 1)

Nous saluons la place que le législateur reconnaît aux MPPRD et à l'existence de la justice civile privée. Toutefois, ce choix de légiférer sur la médiation privée par la voie de la procédure civile mérite d'être interrogé dans la perspective de l'intégration de la diversité des pratiques de médiation et surtout, dans l'optique de la préservation de leurs caractéristiques. D'abord, l'opportunité de ce choix sera questionnée et l'impact sur les pratiques de cet encadrement législatif proposé par l'Avant-projet sera ensuite présenté.

³⁶ *Supra*, note 35, p. 3

II.1 Opportunité de l'intégration de dispositions spécifiques sur la médiation, comme mode de justice civile privée

Le cadre législatif que l'Avant-projet dresse à la médiation privée, bien plus que de manifester la reconnaissance d'une pratique privée de justice, encadre son processus et ses finalités, et dessine les obligations des parties. Ces dispositions législatives paraissent construire les premiers jalons d'une professionnalisation de la médiation, effectuée par la voie de la procédure civile.

Bien que, comme nous le verrons à la section II.2, certaines dispositions soient appropriées, d'autres ne nous paraissent pas devoir régir avec tant de force la médiation privée et la transformer en un *contrat nommé* et formel, largement exorbitant du droit contractuel commun. Des dispositions semblent édictées afin de professionnaliser la médiation et d'ériger les paramètres de cette pratique professionnelle. Ces diverses finalités ne nous apparaissent pas nécessairement devoir être atteintes par le véhicule de la procédure civile, pour deux motifs principaux qui tiennent à la nature volontaire non décisionnelle de la justice civile privée rendue par la médiation et au processus de professionnalisation arrêté par le législateur.

Un encadrement parfois antinomique à la nature de la justice civile privée. La notion même de *justice* évoquée dans l'expression *justice civile privée* présuppose un déplacement du sens de la justice qui ne peut plus être entendu comme référant au système de justice, à l'institution de justice, laquelle s'entend de la justice publique. Le sens est alors juridictionnel, comme le nomme Jarrosson, il est «celui qu'on l'on utilise dans l'expression «rendre la Justice», pour parler de la recherche de la solution juste»³⁷, et non de la sanction d'un droit ou d'une position, comme nous venons de le préciser. La justice est en ce cas entendue comme un mode de règlement des différends certes, mais privé.

L'usage dans cette même expression du terme *privée* se justifie par opposition à *publique*, voire à l'enceinte publique où la justice est rendue au terme du procès, par la voix du juge. Hors le cadre de la justice étatique, publique, la justice devenue privée peut *être rendue*, par les parties,

³⁷ C. JARROSSON (2003) «La contractualisation de la justice : jusqu'où aller?», dans L. Cadiet et L. Richer (dirs.) *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, PUF - Droit et justice, p. 185

par le biais de l'institution contractuelle, d'où la référence, pour parler de cette justice civile privée, à l'idée de contractualisation de la justice³⁸.

Ces précisions issues de l'usage même de l'expression *justice civile privée*, qualificative des modes privés de prévention et de règlement des différends, n'est pas sans conséquence. D'abord, elle présuppose des choix effectués par les parties dans l'exercice de ces modes, puis elle nous semble imposer des limites à l'amplitude et à la rigidité de l'encadrement que la loi doit leur donner.

Outre les diverses explications du phénomène de la contractualisation de la justice qui peuvent être construites, l'option d'avoir recours à la médiation traduirait la recherche de l'accord pour rendre justice, et elle est très certainement «révélatrice de la volonté des justiciables de se réapproprier leur litige qui avait pu leur paraître confisqué par les juristes»³⁹. L'alternative choisie paraît être «non seulement au judiciaire, mais également dans une certaine mesure au droit⁴⁰». La littérature, comme nous le savons, abonde en ce sens d'une réappropriation du conflit par les parties au sein des MPPRD, tout particulièrement de la médiation⁴¹. Le sociologue Genard, parlant des pratiques de médiation, situe l'intérêt qu'elles suscitent, «précisément dans la mesure où elles placent, bien d'avantage que les procédures classiques, les acteurs dans la position du participant⁴².»

L'affirmation de l'existence de ces modes comme justice civile privée se concrétise particulièrement par la place qui leur est donnée dans l'économie générale de l'Avant-projet, notamment par l'art. 1, dernier alinéa, qui édicte que «les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux.» Bien que l'obligation de *considérer* nous semble nébuleuse, cette disposition avalise l'importance de la justice civile privée et situe le procès comme dernier recours dans le règlement des conflits.

³⁸ *Ibidem*

³⁹ *Ibidem*, p. 187

⁴⁰ *Ib.*

⁴¹ G.A. LEGAULT (2002-03) «La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit», dans RDUS, vol. 33, no 2, p. 153-194; G.A. LEGAULT, L.LALONDE, et L. MARQUIS (2001) *Les modes non judiciaires de règlement des différends : nouveau rôle professionnel pour une meilleure justice?*, Commission du droit du Canada, Rapport de recherche; J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation, une justice douce*, coll. «Alternatives sociales», Paris, Syros/Alternatives, 1992 ; BOULLE, L. et KELLY, K. *Mediation, Principle, Process, Practice*, Toronto et Vancouver, Canadian Edition, 1998

⁴² J.-L. GENARD (2000) *Les dérèglements du droit*, Bruxelles, Castells/Labor, p. 75

Toutefois, concernant l'encadrement de la pratique de la médiation, rappelons que parce que le système de justice est un service public, comme Noreau le précise, en comparant la reconnaissance institutionnelle des sages-femmes à la reconnaissance institutionnelle de la médiation, le «recours à la médiation en matière civile, (qui) ne pourra apporter ce que l'on en attend que dans la mesure où l'on ne le soumet pas en même temps à des contraintes institutionnelles sans rapport avec les conditions nécessaires à son apport effectif à la résolution des conflits»

La justice civile privée, partie d'un mouvement de contractualisation de la justice, est par nature, avalisée par le droit dans sa reconnaissance contractuelle. Ainsi, le droit veille sur ces pratiques par le droit civil et plus spécifiquement, par le droit commun des contrats. Les objectifs de son encadrement législatif doivent être réfléchis aux fins de favoriser le développement des MPPRD et de permettre au citoyen de connaître les processus, dans une vision plus pédagogique qu'impérative de leur contenu.

La professionnalisation de la médiation, hors du cadre de la procédure civile. Comme pour tout mouvement de professionnalisation, qui est d'abord social, la professionnalisation de la médiation mérite d'être construite par et avec les acteurs de la pratique. Les médiateurs peuvent être issus de diverses disciplines, membres ou non d'ordres professionnels. Cette interdisciplinarité est riche et peut véritablement permettre à la médiation d'offrir une intervention distincte de celles des autres professions.

Il ne paraît pas approprié de procéder globalement à cette professionnalisation par le biais de la procédure civile, avant que ce consensus ne soit construit. L'Avant-projet risque de voiler de grands pans des pratiques de médiation, inscrites en d'autres lieux, par exemple dans les organisations, et de mettre en place des dispositifs de prévention et de règlement des différends qui n'ont rien en commun avec une quelconque justice civile, mais plutôt avec la régulation des organisations.

Ainsi, nous sommes d'avis que l'introduction de certaines dispositions sur la médiation privée démontre la méconnaissance de l'ampleur des pratiques, de la diversité de leurs interventions et en restreignent le potentiel.

La voie de la professionnalisation est certes garante de qualité pour cette profession en émergence, mais elle mérite que tous les acteurs soient conviés à cette réflexion qui dépasse largement le cadre de «ce qui pourrait autrement être entendu par les tribunaux».

Dans la perspective d'une gouvernance véritablement participative de la justice, un groupe de travail devrait être mis en place, regroupant des acteurs concernés par la médiation dont des praticiens issus de tous les milieux de la médiation, des universitaires, des corporations professionnelles, des représentants d'entreprises et des citoyens, afin de réfléchir aux conditions de possibilité d'une certaine professionnalisation de la médiation, qui en permettent le développement et la réalisation du plein potentiel, dans toutes ses sphères d'activités.

SUGGESTION X – Créer et mandater un groupe de travail interdisciplinaire, devant rendre compte à l'Assemblée nationale, et composé de représentants de tous les acteurs de la médiation, et le charger de réfléchir aux conditions de la professionnalisation de la médiation et de recommander le cadre légal opportun au développement et à la qualité de cette pratique

II.2 Survol des dispositions relatives à la médiation privée

Dans ce survol des dispositions législatives portant sur la médiation privée, nous décrivons celles dont l'intégration à l'Avant-projet nous semble devoir être maintenue et celles qui devraient être déplacées vers le Titre I du Livre I, pour constituer les principes de la procédure et en permettre la connaissance par le citoyen.

Puis, sous réserve de nos commentaires précédents, nous examinerons les autres dispositions législatives de l'Avant-projet afin de démontrer que certaines de celles-ci vont à l'encontre de la nature de la médiation, ou encore constituent des normes professionnelles qui devraient faire l'objet d'une réflexion plus large et dont l'intégration dans la procédure civile s'avère à ce stade inappropriée.

D'entrée de jeu, l'Avant-projet consacre le Titre 1 de son Livre I aux principes de la procédure applicable aux modes privés de prévention et règlement des différends (MPPRD). L'importance qu'il accorde à ces modes est alors affirmée clairement, et l'Avant-projet consacre ces modes de MPPRD comme constitutifs de la justice civile privée.

L'art. 1 édicte l'obligation de «considérer» ces modes avant de s'adresser aux tribunaux, il précise le but des MPPRD, puis énumère les principaux modes que sont la négociation, la médiation et l'arbitrage. Quant à l'art. 2, il énonce que l'engagement dans ces modes est

volontaire et que les parties sont tenues d'y participer de bonne foi. Bien que la bonne foi soit un principe gouvernant le droit des contrats, son rappel aux principes ne semble pas inapproprié.

Toutefois, par cet article 2, l'Avant-projet pousse d'un cran certaines obligations dont celle de la transparence. L'art. 2 précise «tenues ... de faire preuve de transparence l'une envers l'autre, à l'égard notamment de l'information qu'elles détiennent.. » Cette obligation concernant les informations détenues est non seulement exorbitante mais elle présente un risque pour les parties et elle dénature la progression de la communication dans une médiation. La médiation est un processus communicationnel et elle peut se solder par un échec. On ne peut exiger de la part des parties, une transparence portant sur l'information détenue et en faire une obligation. Le processus pourvoira à la nécessité de la transparence. Il ne nous semble pas que ce soit à la procédure civile de le faire. Est-ce à dire que des poursuites pourraient être instituées afin qu'un juge statue sur la transparence dont les parties ont fait preuve l'une envers l'autre lors d'une médiation, au-delà de l'obligation contractuelle de la bonne foi? Ne sommes-nous pas alors en voie de complexifier et juridiciser le processus de la médiation qui offre la solution de mettre fin à la médiation, de s'en retirer, simplement? Le médiateur, officier de cette justice privée, interviendra au processus en ce cas et cet office doit lui être laissé afin de permettre à la médiation de se dérouler.

Plus encore, l'exercice par une partie de son droit de se retirer en tout temps d'une médiation, expressément prévu à l'art. 619, ne pourrait-il pas lui être opposé et assimilé à un manque de coopération? Quelles seraient les conséquences d'un jugement qui, concluant à l'absence de transparence, obligerait pareille transparence ou offrirait une compensation? Cette partie de l'art. 2 ne nous semble pas appropriée.

Par ailleurs, l'Avant-projet semble réaffirmer à l'égard des pratiques privées de MPPRD le principe de la proportionnalité des coûts et du temps exigé (art. 2 alinéa 2). Pareille disposition risque encore de soulever des débats judiciaires sur cette proportionnalité, et des recours contre les médiateurs privés pourraient être institués, sinon des contestations de leurs honoraires, les forçant à porter sur la place publique leur intervention professionnelle. Nous rappelons qu'en médiation, les parties peuvent se retirer en tout temps du processus, et qu'elles peuvent convenir des honoraires aussi précisément qu'elles le souhaitent. Ce principe

de proportionnalité, qui paraît opportun à la justice civile publique, ne nous semble pas devoir être exporté vers la justice privée.

SUGGESTION XI – Modifier l'art. 2 de l'Avant-projet afin que le premier paragraphe se termine au terme *bonne foi* et supprimer le second alinéa de cet article.

L'art. 3 de l'Avant-projet prévoit notamment que le médiateur doit être impartial. Or, la notion d'impartialité en médiation est tout à fait différente de celle applicable aux juges, laquelle implique l'apparence d'impartialité entendue comme le traitement égal des parties. En médiation, le processus doit être mené de manière impartiale mais le médiateur peut intervenir au plan communicationnel afin d'aider une partie affaiblie, ce qui peut avoir pour l'autre partie, l'effet d'une certaine forme de partialité. L'impartialité en médiation ne peut être que processuelle puisque le médiateur n'exerce pas une fonction décisionnelle. Ici encore, pourquoi affirmer ce principe en risquant des conséquences qui pourraient compromettre et remettre en cause la nature de l'intervention en médiation? L'exportation d'obligations imposées aux juges tend à dénaturer leur fonction. En ce cas aussi, les dispositions civiles afférentes au contrat permettent à une partie lésée dans l'exécution du contrat de s'en remettre à la justice publique, si telle est sa volonté. L'art. 616 qui prévoit que le médiateur doit agir équitablement à l'égard des parties, nous paraît mieux convenir à la nature de la médiation. Il devrait être déplacé au Titre 1, afin de constituer une disposition non supplétive puisqu'il représente un principe de la médiation.

SUGGESTION XII – Retirer le second alinéa de l'art. 3 de l'Avant-projet et le remplacer par l'art. 616.

SUGGESTION XIII - L'art. 5 devrait être maintenu comme principe dans une perspective purement pédagogique bien que le législateur n'ait pas à préciser aux parties qu'elles peuvent prévenir ou régler leur différend en faisant appel à des normes et des critères autres que ceux du droit.

Notons que les dispositions que nous venons de survoler sont parties des principes applicables aux MPPRD. L'encadrement substantiel de la médiation privée se retrouve aux arts. 607 à 620 (nous excluons les articles relatifs à la médiation familiale de notre propos). L'art. 6 prévoit expressément que ces dispositions contenues au livre VII, s'appliquent à titre supplétif. Dans les faits, compte tenu de la pratique non formaliste de la médiation, il importe de noter que nombre de ces articles risquent de s'imposer aux parties.

Soulignons de plus que l'Avant-projet encadre la négociation, en intégrant des obligations aux parties, qui paraissent lourdes de conséquences pour un mode aussi informel et souple que la négociation.

L'art. 607 requiert des parties qu'elles doivent «veiller à circonscrire adéquatement leur différend.., et s'engagent à présenter une proposition de solution et à en vérifier la compatibilité avec les besoins et les intérêts de l'autre partie.»

Ces dispositions nous semblent non seulement irréalistes et lourdes pour une négociation, mais plus encore, elles sont déraisonnables et risquent de mener à une judiciarisation ou à l'évitement de la négociation par les parties. Comment peut-on, réalistement, en consentant à une négociation, s'engager à présenter une proposition de solution et s'assurer de sa compatibilité avec les besoins et intérêts de l'autre partie? Pareilles obligations dénaturent entièrement tout type de négociation et le législateur ne peut l'ignorer. Les négociations sont rarement précédées d'un contrat de négociation qui exclurait l'application de cet article.

SUGGESTION XIV – Retirer de l'art. 607 l'engagement à présenter une proposition de solution et au niveau du processus, la partie prévoyant de «s'entendre sur l'information qu'elles doivent échanger.

Le titre II de l'Avant-projet porte spécifiquement sur la médiation. Nous poursuivons notre survol de ses dispositions spécifiques.

Le premier alinéa de l'art. 610 répète à toutes fins pratiques l'art. 3 : le médiateur est «choisi de concert» ou «d'un commun accord, de ce fait et à ce titre, il paraît inutile.

SUGGESTION XV – Retirer le premier alinéa de l'art. 610 de l'Avant-projet

L'art 611 pourvoit à la non-contraignabilité du médiateur, ce qui est tout à fait opportun. Par ailleurs, pourquoi limiter le privilège de non-contraignabilité aux médiateurs qui ont suivi une formation auprès d'un organisme reconnu par le ministère? La médiation est un processus qui permet aux parties de choisir leur médiateur. Tous les médiateurs choisis par les parties devraient recevoir le même traitement légal. De plus, l'assujettissement des médiateurs à des règles déontologiques mérite d'être précisé. Exigera-t-on que les médiateurs soient membres d'ordres professionnels régis par le Code des professions? Qu'ils soient soumis à des règles déontologiques énoncées par ces Ordres ou alors à des règles prescrites par un regroupement de médiateurs? Quels seront alors les critères de reconnaissance de ces règles?

Cette disposition traduit bien l'ingérence de la procédure civile dans la professionnalisation de la médiation. Ces questions déontologiques doivent être réfléchies par les acteurs et l'avenue d'une approche éthique devrait être explorée. L'incidence sur les praticiens issus de divers milieux, non professionnels, doit être prise en considération dans cet encadrement de la profession. Par ailleurs, la question de l'assurance responsabilité nous semble tout à fait pertinente mais ici encore, elle ne relève pas de la procédure civile.

SUGGESTIONS XVI – Modifier l'art. 611 de l'Avant-projet afin que tous les médiateurs, choisis par des parties, soient non contraignables et exclure les dispositions concernant l'assujettissement à des règles déontologiques afin que cette question soit réfléchie par le groupe de travail portant sur la professionnalisation de la médiation privée.

SUGGESTION XVII - Quant aux arts. 612 et 613, ils contiennent des dispositions tout à fait pertinentes qui devraient être exportées dans les principes de la médiation, au Titre I. Elles traduisent plus des principes de la médiation qu'elles n'énoncent des rôles des parties.

Les articles 614 à 617 encadrant le déroulement de la médiation apparaissent, pour un processus de justice privée, non seulement trop contraignants, mais ils ne reflètent pas la diversité des pratiques de médiation. Il nous semble que des articles supplétifs devraient tenir compte des pratiques, à moins qu'ils ne souhaitent instituer de toutes nouvelles pratiques, en ce cas plus formelles.

L'art. 614 édicte que la médiation peut débiter sur l'initiative de l'une des parties. L'article précise ensuite que dans ce dernier cas, le défaut de l'autre partie de répondre constitue un refus de participer à la médiation. Le libellé nous semble confus. Puisque la médiation est un processus volontaire, comment une partie peut-elle imposer à l'autre le choix du jour du début de la médiation, avec pour conséquence qu'un refus d'y participer mette fin à la médiation? En général, le début de la médiation est convenu entre les parties et le médiateur ou par l'intervention d'un tiers, puisque la communication est souvent rompue entre les parties.

SUGGESTION XVIII – Modifier l'art. 614 afin qu'il se lise «au moment où les parties conviennent, avec le médiateur, d'engager le processus.

SUGGESTION XIX - Les arts. 615, 616 et 617 pourraient être déplacés au Titre I puisqu'ils contiennent des principes et ont une vocation pédagogique afin de permettre au citoyen de mieux comprendre le processus de la médiation privée, et éventuellement, de le distinguer de la CRA. Il en est de même des articles 618 à 620 de l'Avant-projet.

Rappelons que ces dispositions, bien que supplétives, risquent de régir la médiation privée, à moins que les parties, pour en éviter l'application, ne concluent des ententes tout aussi précises que ces articles, ce qui constitue une exigence pour le moins paradoxale à la pratique de la médiation.

III. Une synthèse des suggestions proposées

III.1 Suggestions relatives à l'encadrement législatif de la CRA

SUGGESTION I - Ajouter au LIVRE I un titre distinctif (TITRE II) présentant les principes et la mission des juges dans le cadre de la CRA, et intégrer les arts. 157 à 161 et les arts. 378 et 379, sous réserve des modifications à ces articles suggérées dans le présent mémoire.

SUGGESTION II – Modifier l'art 158 afin qu'il intègre toutes les étapes de la CRA et exclure les termes évaluer et positions des buts de la CRA.

SUGGESTION III – Modifier l'art 160 en enlevant les dispositions concernant la définition des règles applicables.

SUGGESTION IV – Appliquer mutatis mutandis les dispositions de la CRA de première instance à la CRA en appel.

SUGGESTION V - Préciser, dès le premier alinéa de l'art. 9, après la première phrase, sauf lorsqu'il préside une conférence de règlement à l'amiable. Ou alors, intégrer un autre alinéa à cet article qui viendrait délimiter la mission du juge lors d'une conférence de règlement à l'amiable, en édictant ce qu'il ne fait pas, c'est-à-dire dire le droit et trancher le litige.

SUGGESTION VI – Préciser la mission du juge de ne pas dire le droit ou trancher le litige, et y intégrer, un choix de normativités comme c'est le cas pour les modes privés à l'art. 5 de l'Avant-projet.

SUGGESTION VII – Retirer de l'art. 157 l'obligation faite aux parties d'exposer sommairement les questions en litige.

SUGGESTION VIII - Prévoir expressément le principe que la Conférence de gestion ne puisse être convertie en CRA et que le juge ayant présidé la Conférence de gestion ne puisse présider la CRA.

SUGGESTION IX – Utiliser dans les dispositions relatives à la CRA, le terme différend au lieu du terme litige.

IV. 2 Suggestions relatives à l'encadrement législatif de la médiation privée

SUGGESTION X – Créer et mandater un comité consultatif interdisciplinaire, devant rendre compte à l'Assemblée nationale, et composé de représentants de tous les acteurs de la médiation, et le charger de réfléchir aux conditions de professionnalisation de la médiation et de recommander le cadre légal opportun au développement et à la qualité de cette pratique.

SUGGESTION XI – Modifier l'art. 2 de l'Avant-projet afin que le premier paragraphe se termine au terme *bonne foi* et supprimer le second alinéa de cet article.

SUGGESTION XII – Retirer le second alinéa de l'art. 3 de l'Avant-projet et le remplacer par l'art. 616.

SUGGESTION XIII - L'art. 5 devrait être maintenu comme principe dans une perspective purement pédagogique bien que le législateur n'ait pas à préciser aux parties qu'elles puissent prévenir ou régler leur différend en faisant appel à des normes et des critères autres que ceux du droit.

SUGGESTION XIV – Retirer de l'art. 607 l'engagement à présenter une proposition de solution et au niveau du processus, la partie prévoyant de «s'entendre sur l'information qu'elles doivent échanger.

SUGGESTION XV – Retirer le premier alinéa de l'art. 610 de l'Avant-projet.

SUGGESTIONS XVI – Modifier l'art. 611 de l'Avant-projet afin que tous les médiateurs, choisis par des parties, soient non contraignables et exclure les dispositions concernant l'assujettissement à des règles déontologiques afin que cette question soit réfléchié par le groupe de travail portant sur la professionnalisation de la médiation privée.

SUGGESTION XVII - Quant aux arts. 612 et 613, ils contiennent des dispositions tout à fait pertinentes qui devraient être exportées dans les principes de la médiation, au Titre I. Ces dispositions traduisent plus des principes de la médiation qu'elles n'énoncent les rôles des parties.

SUGGESTION XVIII – Modifier l'art. 614 afin qu'il se lise «au moment où les parties conviennent, avec le médiateur, d'engager le processus.

SUGGESTION XIX - Les arts. 615, 616 et 617 pourraient être déplacés au Titre I puisqu'ils contiennent des principes et ont une vocation pédagogique afin de permettre au citoyen de mieux comprendre le processus de la médiation privée, et éventuellement, de le distinguer de la CRA. Il en est de même des articles 618 à 620 de l'Avant-projet.