

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

Mémoire présenté à la Commission des Institutions de l'Assemblée Nationale du
Québec
(dispositions relatives à la médiation)

Sylvette Guillemard
Professeure agrégée
Faculté de droit
Université Laval, Québec
Sylvette.Guillemard@fd.ulaval.ca

Novembre 2011

1. Présentation de l'auteure
2. Résumé
3. Exposé général
 - 3.1 La paix sociale ne peut-elle être assurée que par la justice ?
 - a. Diverses mésententes, divers modes de résolution
 - b. La justice
 - 3.2 La médiation
 - a. Pourquoi recourir à la médiation ?
 - b. Les dangers de la Codification de la médiation
 - 3.3 Quelques problèmes relevés dans l'avant-projet de loi
 - a. La structure
 - b. Les dispositions générales sur les modes de PRD
 - c. Des dispositions spécifiques à la médiation

Conclusion

1. Présentation de l'auteure

L'auteure de ce mémoire est professeure agrégée à la faculté de droit de l'Université Laval. Elle y enseigne la procédure civile, le droit international privé, le règlement des différends en matière interne et internationale et des sujets de droit comparé. Elle est également très impliquée à titre de superviseur et de « coach » dans les concours de plaidoirie nationaux et internationaux auxquels participe la faculté de droit de l'Université Laval, qu'il s'agisse de concours en droit civil, droit administratif, droit international ou droit du commerce international.

Elle a été recherchiste juridique pour le juge Charles D. Gonthier, à la Cour suprême du Canada puis a fait des études doctorales dans le cadre d'une cotutelle Québec/Paris. À ce titre, elle détient un doctorat de l'Université Laval et un doctorat de l'Université Paris II Panthéon-Assas. Elle est membre du Barreau du Québec et a suivi la formation de médiatrice en matière civile et commerciale offerte par le Barreau du Québec, ainsi que celle d'arbitre en matière civile et commerciale offerte par le même organisme.

Ses recherches portent principalement sur le droit international privé, notamment en matière contractuelle, et en ce qui a trait au règlement des différends et sur la procédure civile en matière interne.

Elle vient de publier un ouvrage portant sur le *Code de procédure civile* québécois, destiné aux étudiants et aux praticiens du droit (*Comprendre la procédure civile québécoise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, avec S. Menétrey). Au début du mois de novembre 2011, elle a été invitée à Toulouse (France) à participer à la troisième des *Journées phares de la justice civile européenne*, dont le thème était « Médiation, arbitrage : une justice en devenir ? » Le titre de sa présentation était : « Le *Code de procédure civile* du Québec et la médiation ».

2. Résumé

L'avant-projet de loi instituant le nouveau *Code de procédure civile* fait une place aux modes amiables de règlement des différends, ce que l'on nomme maintenant les modes de Prévention et de Règlement des Différends (PRD). À ce titre, il comporte un certain nombre de dispositions soit générales soit plus précises sur la médiation.

La médiation est une façon de résoudre une difficulté survenue entre deux personnes alors qu'elles-mêmes n'y parviennent pas seules. Elle fait intervenir un tiers qui les aide à trouver un terrain d'entente en leur permettant de faire valoir de façon équilibrée leur point de vue, leurs doléances, leurs souhaits, soit directement, soit par son intermédiaire. Il s'agit d'un processus souple, de nature essentiellement privée qui repose et fait appel non pas aux règles du droit mais aux besoins des parties impliquées. La médiation n'est pas un nouveau mode de règlement des différends, elle a toujours existé. Il ne peut en être autrement, les relations humaines, quelle que soit l'époque, étant toujours susceptibles de présenter des accidents de parcours.

Certains présentent la médiation comme une solution de remplacement au recours étatique, à la saisine des tribunaux, ce en quoi elle aurait notamment l'avantage de participer à l'assainissement de l'administration judiciaire en termes d'encombrement. C'est cet esprit que semblent traduire les dispositions envisagées.

À mon avis, ces dispositions ne sont pas à leur place dans un code de procédure civile. En codifiant la procédure de la médiation, les devoirs des parties et du tiers médiateur, l'avant-projet rend rigide un mécanisme qui ne devrait être que souple. En outre, en la désignant comme une sorte de « justice », il la détourne de sa vocation première qui est la recherche d'un accommodement. Et en légiférant sur la matière, l'avant-projet introduit l'État dans ce qui ne devrait appartenir qu'à la sphère privée.

En outre, l'avant-projet de loi instituant le nouveau *Code de procédure civile*, en faisant côtoyer les règles de la médiation avec celles de la justice étatique, place les premières dans une situation de compétition ou de concurrence avec les deuxièmes, en les faisant pratiquement passer pour des options interchangeables dans une même situation, ce qu'elles ne peuvent être.

En officialisant ainsi la médiation, il y a lieu de craindre que le législateur lui fasse perdre sa nature originelle et ne la serve pas adéquatement. Le danger ultime, que l'on ne peut écarter, est que cet encadrement normatif fasse diminuer l'attrait qu'elle présente pour les citoyens.

3. Exposé général

Afin de pouvoir réfléchir efficacement sur les modifications suggérées par l'avant-projet de loi instituant le nouveau *Code de procédure civile* en termes de médiation, il est nécessaire, dans un premier temps, de tracer les grandes lignes de ce mode de règlement des différends, et de le replacer dans le contexte des relations sociales. Plus précisément, dans le contexte « pathologique » des relations sociales puisque lorsque l'on parle de règlement des différends, c'est que la paix sociale est troublée (partie 3.1).

Par la suite (partie 3.2), je vais aborder les avantages de la médiation et les mesurer à l'aune du procédé de codification. Ce faisant, je montrerai que médiation et codification ne sont pas deux termes qui riment !

Dans la dernière partie (partie 3.3), j'examinerai en détails certaines dispositions contenues à l'avant-projet de loi instituant le nouveau *Code de procédure civile*. Cette étude me mène à conclure que l'esprit et la lettre de la réforme projetée risquent de faire plus de tort que de bien à ce mode de règlement des différends et, partant, aux citoyens qu'elle vise.

Dans le cadre de ce mémoire, mes propos et réflexions concernent uniquement la médiation que l'on peut qualifier de « civile et commerciale » et la façon dont l'avant-projet de loi entend l'encadrer. Je n'aborde donc pas les questions liées à la médiation familiale qui répondent à une autre logique, font appel à des considérations différentes et nécessitent des raisonnements propres.

3.1 La paix sociale ne peut-elle être assurée que par la justice ?

À partir du moment où l'on parle de différend, de recours à un tiers, c'est que la paix sociale est troublée, même si ce « désordre » ne concerne que deux citoyens. Pour certains, le rétablissement de l'ordre, de la paix passe forcément par la justice. Je vais d'abord me pencher sur diverses situations conflictuelles pour vérifier si elles appellent toutes les mêmes moyens, les mêmes outils pour trouver une issue. Ensuite, je confronterai, bien que superficiellement par la force des choses, la notion de justice et la démarche de médiation pour évaluer si elles s'accommodent l'une de l'autre.

a. Diverses mésententes, divers modes de résolution

C'est un lieu commun de dire que « [l]e conflit, tout comme notre façon d'y réagir, est une caractéristique persistante de notre vie. Nous connaissons des conflits en famille, au travail, à l'école et dans la plupart des autres volets de notre vie¹. » Ou, comme l'écrit si bien la juge Otis, « au cours des millénaires [...], l'être humain est demeuré, avec la plus parfaite constance, une créature conflictuelle.² »

Toutes les situations conflictuelles ne sont pas de nature juridique et, partant, n'appellent pas forcément de solution juridique. On peut penser ici à un vote qui met fin à un conflit politique, à l'usage de la force qui vient à bout d'un conflit militaire ou à l'autorité d'un parent pour résoudre un conflit familial.

En outre, quand bien même la difficulté proviendrait de la violation d'une règle de droit, la solution qui pourra rétablir la paix ne sera pas forcément juridique.

Imaginons deux voisins, A et B. Globalement, même si A et B ont peu de contacts, ils s'entendent bien et sont satisfaits de leur relation. A est agriculteur et la passion de B est l'horticulture. Sur le terrain de A poussent des arbres dont les branches surplombent les cultures de fleurs de B. Les branches produisent de l'ombre qui nuit à la croissance des fleurs. Au début de l'été, B décide qu'il faut en finir avec ce problème. Quels sont les scénarios possibles pour mettre fin à cette difficulté? Il y en a principalement trois.

Scénario 1. Logiquement, on peut penser que B va entrer en contact avec A, lui demandant de remédier à la situation. La solution serait que les branches soient coupées. B estime que la tâche revient à A puisque ce sont ses arbres. En outre, B ne possède pas les outils nécessaires. Après quelques échanges, ils en arrivent à un arrangement qui leur convient.

Autre suite possible de ce scénario : A et B se parlent mais pour diverses raisons, n'arrivent pas à trouver une solution ensemble. A est plutôt colérique et ne veut pas

¹ Rapport de la Commission du droit du Canada, <http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection/JL2-22-2003F.pdf>, p. 1.

entendre parler de travail supplémentaire, étant fort pris en été par ses occupations agricoles. Il préférerait que B change la zone de culture de ses fleurs. B ne veut pas, car il se trouve là certaines plantes qu'il a eu du mal à implanter et ne veut pas risquer de les perdre. En outre, B, très sensible, a de la difficulté à s'exprimer lorsque A hausse le ton.

Scénario 2. B, furieux du refus et de ce qu'il considère de la mauvaise volonté de A, décide de s'adresser à un avocat. B veut absolument faire valoir ce qu'il considère son droit, celui de faire pousser ses plantes sans être importuné par (les arbres de) A. Il se doute que l'intervention d'un avocat et peut-être qu'un recours devant le tribunal³ risque de mettre en péril la relation avec son voisin mais la santé et la beauté de ses tulipes, de ses roses et de ses chrysanthèmes compte plus que tout au monde pour lui. De toutes façons, il estime qu'il a un *droit* à faire valoir, celui de faire pousser ses plantes chez lui au soleil et pense que l'autorité d'un juge sera d'une efficacité redoutable pour lui donner raison. La *difficulté*, le *différend*, le *conflit* est en train de donner naissance à un *litige*, soit, comme le dit le dictionnaire *Le Petit Robert*, une « contestation donnant matière à procès ».

L'avocat apprend à B qu'en effet, il a le droit pour lui, l'article 985 du *Code civil du Québec* l'autorisant à demander, voire à forcer, son voisin à couper les branches nuisibles. Un juge pourrait contraindre A à procéder ou à faire procéder à ses frais à la coupe.

Scénario 3. Ce que A et B souhaitent avant tout, c'est de parvenir à une solution qui ne mette pas en péril leur relation, tout en permettant à B

² Louise Otis, *La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire*, « Conférence Albert-Mayrand », Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 7, 9.

³ Dans le cadre d'un tel scénario, il est possible d'envisager le recours à un tribunal étatique ou à un tribunal arbitral. Il n'est pas utile dans le cadre de ce mémoire de faire la distinction entre l'un et l'autre. Ce qui importe dans ce scénario et que l'on retrouve aussi bien dans un recours judiciaire que dans le cadre d'un arbitrage, c'est que ce ne sont pas les parties qui parviennent à une solution mais un tiers extérieur à leur relation, que ce tiers leur impose une solution et que cette solution repose en principe sur la règle de droit.

de continuer ses cultures et ne donnant pas de travail supplémentaire à A. Ils peuvent alors faire appel à un tiers, un autre voisin, par exemple, qui va les aider à trouver une solution. Cette personne, extérieure à la relation et étrangère au problème, va faire l'intermédiaire entre l'un et l'autre et les aider à communiquer. Elle saura contenir la colère de A et aider B à formuler sans émotion sa volonté.

La solution à laquelle A et B parviennent est la suivante : A va prêter à B son matériel de sciage. B qui sait que l'élagage lui prendra quatre précieux jours où il sera privé de son activité horticole, accepte cependant.

On note au passage que la solution n'est pas identique à la celle issue de l'application de la règle de droit puisque c'est B et non A qui va prendre de son temps et peut-être de son argent, s'il emploie quelqu'un pour l'aider, pour permettre au soleil d'illuminer ses plantations. Pour parvenir à la « paix », A et B n'ont pas eu recours au Code civil. Leur souci commun n'était pas de faire valoir ou de combattre des droits, il était de parvenir à une entente qui règle le problème qui se présentait à eux, au mieux de leurs intérêts et capacité, tout en permettant de maintenir une relation acceptable.

Le scénario 1 est la négociation, le scénario 2 est le recours éventuel aux tribunaux étatiques, le scénario 3 est la médiation.

Si le scénario 1 est couronné de succès, les parties parviennent toutes seules à une entente. Dans le cas de la médiation, le résultat serait le même mais il aurait été atteint avec l'aide d'un tiers. Dans le scénario 2, ce ne sont pas les parties qui proposent une solution, c'est un tiers que l'on pourrait qualifier d'adjudicateur qui l'impose à elles.

Dans le scénario 2, la solution passe par la règle de droit et repose sur elle (article 985 du *Code civil du Québec*). La solution obtenue dans les scénarios 1 et 3 ne tient pas compte, on pourrait même dire ignore la règle de droit.

À partir de cet exemple, on constate que les citoyens peuvent rechercher diverses solutions pour mettre fin à leurs difficultés. Toutes les solutions ont un point commun,

elles visent toutes le même but ultime, à savoir le rétablissement de la paix sociale. Cependant, la résolution d'un *litige* (soit un problème judiciairisé) et celle d'un *différend* ne sont pas deux démarches comparables. Si elles ont en commun la recherche de cette paix, l'issue d'une difficulté, elles ne répondent pas exactement aux mêmes besoins, elles n'utilisent pas les mêmes outils, les discussions et les solutions envisagées ou envisageables ne se situent pas sur le même terrain.

b. La justice

Les modes de Prévention et de Règlement des Différends (PRD), dont la médiation, s'inscrivent au Canada et au Québec dans la nouvelle philosophie de la « justice participative », expression provenant d'un rapport de la Commission du droit du Canada⁴. Ce rapport fait la constatation suivante : « les Canadiens et les Canadiennes souhaitent pouvoir choisir entre plusieurs modes de résolution des conflits, et nombre d'entre eux veulent avoir la possibilité de *participer* activement au processus de résolution⁵. »

Participer au processus de résolution des conflits, est-ce faire œuvre de justice ? Il faut se demander si c'est à la *justice* que le citoyen est invité à participer en ayant recours à certains modes de PRD et en particulier à la médiation. Ou, en d'autres mots, la médiation mène-t-elle à la justice ? Sans avoir la prétention de vider la question, contentons-nous d'indiquer quelques pistes de réflexion. Pour cela, il faut peut-être d'abord préciser certains termes, chercher à en définir les contours. L'exercice est plus simple en ce qui concerne la « médiation » que la « justice » !

Étymologiquement, la médiation est le « fait de servir d'intermédiaire entre deux ou plusieurs choses⁶ », l'entremise – *mediare* : être au milieu -- en étant en effet la clé de voûte. Le médiateur occupe donc la position centrale, entre deux personnes « ayant

⁴ Rappelons que la Commission du droit du Canada était un organisme fédéral créé en 1996, « ayant pour mission de fournir, sur la base des connaissances et de l'expérience d'un large éventail de groupes et d'individus, des conseils indépendants sur l'amélioration, la modernisation et la réforme du droit du Canada. » Elle a été dissoute en 2006.

⁵ Commission du droit du Canada, <http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection/JL2-22-2003F.pdf>, p. xv-xvi.

⁶ Trésor de la Langue Française informatisé, en ligne, <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

des différends pour tenter de les faire parvenir à un accord ou à un accommodement⁷. » C'est exactement le rôle attribué au voisin dans le scénario 3.

Les personnes impliquées, pensons à A et B, veulent-elles réellement que « justice soit faite » ou souhaitent-elles tout simplement que leur différend soit aplani, que leur relation puisse se poursuivre en toute sérénité ? Alors que le différend est perturbateur, n'aspirent-elles pas à retrouver ce que l'on pourrait décrire comme un confort social ou relationnel ? Bien sûr, l'on peut gloser à l'infini sur le terme « justice ». Contentons-nous de remarquer d'abord que l'étymologie force le rapprochement entre la justice et le droit⁸. Ensuite, la notion de règles, qu'il s'agisse de règles de droit, de règles de morale, semble indissociable de la justice. Comme l'a fait remarquer Anatole France, « [l]a justice est sociale. Il n'y a que de mauvais esprits pour la vouloir humaine et sensible. On l'administre avec des règles fixes et non avec les frissons de la chair et les clartés de l'intelligence. Surtout, ne lui demandez pas d'être juste, elle n'a pas besoin de l'être puisqu'elle est justice⁹. » Tendre vers la justice implique nécessairement rechercher l'application ou le respect de règles, quelle qu'en soit la nature. Est injuste – ou tricheuse ! – la personne qui ne respecte pas les règles.

Dans l'exemple des deux voisins, on voit que la paix peut être rétablie sans recours à la notion de justice. Un accommodement est au moins aussi efficace que l'application de la règle de droit.

En conclusion, la paix sociale peut être atteinte par diverses voies, en utilisant différents outils selon la nature du problème et les circonstances de l'affaire. Le droit est l'un de ces outils, bien évidemment, mais il en existe d'autres. J'ai déjà mentionné le vote, l'usage de la force, l'autorité. On peut y ajouter le hasard : il n'y a qu'à penser au tirage au sort¹⁰.

Le droit et la justice, intimement liés, sont les attributs du pouvoir judiciaire. Si un citoyen veut faire valoir un droit, il doit saisir le pouvoir judiciaire, seul habilité à trancher

⁷ *Idem.*

⁸ Le mot latin « *jus* » signifiant « droit ».

⁹ Anatole France, *L'affaire Crainquebille*, Paris, Édouard Pelletan, 1901, p. 62.

¹⁰ Que le *Code civil du Québec* consacre d'ailleurs en matière de composition des lots dans le cadre du partage des successions (art. 853, 859, 865)

les litiges par voie juridique¹¹. On peut renverser la proposition en disant que lorsque le tribunal est saisi, il ne peut statuer qu'en droit. Comme l'a fait remarquer le rapport du ministère de la Justice à l'occasion de ce qui allait être la réforme du Code de procédure entré en vigueur en 2003, c'est au tribunal « de faire apparaître le droit et d'en assurer la sanction¹². » D'ailleurs, l'avant-projet de loi actuel dit très clairement : « Les tribunaux ont pour mission de trancher les litiges dont ils sont saisis en conformité avec les règles de droit qui leur sont applicables et, à cet égard, de dire le droit¹³ ».

3.2 La médiation

Après avoir brossé à grands traits les caractéristiques de la médiation, j'exposerai pourquoi sa nature la rend intrinsèquement incompatible avec la notion de codification.

De façon générale, légiférer dans ce domaine éminemment privé est une intrusion de l'État dans la sphère intime des citoyens, intrusion difficilement acceptable dans notre société.

a. Pourquoi recourir à la médiation ?

Les doléances adressées au système de justice étatique au Canada et au Québec ne sont pas très originales. Il est trop lent, trop cher, trop complexe, trop souvent inaccessible et fait preuve d'indifférence face aux besoins humains des justiciables. D'ailleurs, les citoyens semblent faire de moins en moins confiance au système judiciaire et à ses acteurs. En 2011, 63% des Canadiens font confiance aux juges, 30 % aux avocats, alors que les pompiers remportent 97 % des suffrages et les ambulanciers 93%¹⁴. Certains prônent, pour éviter ces inconvénients, d'avoir recours aux modes de PRD, Prévention et Règlement des Différends, dont fait partie la médiation.

¹¹ À vrai dire, la proposition n'est pas parfaitement exacte puisqu'il est également du ressort des arbitres de trancher les litiges en fonction des règles de droit.

¹² Ministère de la Justice, *La révision de la procédure civile – Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, 2001, p. 40.

¹³ *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, art. 9.

¹⁴ Sondage Léger Marketing, voir <http://www.legermarketing.com/documents/SPCLM/119131FR.pdf>. La cote de popularité des juges et des avocats a nettement baissé depuis presque une décennie

Rappelons que la médiation est somme toute une négociation assistée¹⁵. En d'autres termes, il s'agit d'un processus par lequel deux personnes échangent des points de vue, des souhaits, des propositions dans le but d'arriver à une solution et ce, avec l'aide ou par le biais d'une tierce personne. Ce tiers n'est là que pour faciliter le dialogue, en quelque sorte. Il ne donne pas son opinion et surtout, il n'impose pas la solution. Celle-ci émane uniquement des personnes qu'oppose le différend ou la difficulté.

Le processus est informel et se déroule dans les bureaux du médiateur. On est loin du formalisme du palais de Justice, de ses décideurs perchés sur des estrades, de son personnel revêtu de la toge, du décorum inévitable et souvent déroutant, voire impressionnant, sans parler de la fréquente présence de policiers et autres gardes de sécurité dans les couloirs.

Au cours de la médiation, chacun s'exprime avec ses mots, son vocabulaire et personne n'utilise un jargon technique, les termes juridiques étant par nature difficiles à comprendre pour les profanes.

Par conséquent, le cadre et les conditions dans lesquelles se déroule la médiation sont moins intimidants que dans le cas du processus judiciaire.

Certains mettent également de l'avant la rapidité du processus qui peut se dérouler sur quelques semaines ou même quelques jours. Parfois, on parle même en terme d'heures. On évoque aussi l'économie du processus. En le comparant au règlement judiciaire, on conclut qu' « il évite d'avoir à défrayer le coût des timbres judiciaires, les frais relatifs à la rédaction de procédures, les frais de procureurs, de significations, d'interrogatoire, etc.¹⁶. » Notons à ce chapitre que l'assistance d'un avocat n'est pas interdite. Il faudrait presque dire la présence, plutôt que l'assistance, car dans le cours de la médiation, l'avocat n'a théoriquement pas droit au chapitre. Ce

puisqu'en 2002, elle était respectivement de 80 et de 54% (Léger marketing, *La perception des Canadiens à l'égard de certaines professions*, Rapport, <http://www.legermarketing.com/documents/spclm/020225FR.pdf>).

¹⁵ Pour tout savoir sur la médiation, voir le site Web de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, <http://www.imaq.org/quels-modes-de-prevention-et-de-reglement-des-differends/la-mediation/>.

¹⁶ *Idem*.

sont les parties qui s'expriment, uniquement elles, et directement, au médiateur. Toujours est-il qu'aux honoraires du médiateur, habituellement assumés également par chacune des parties s'ajoutent éventuellement ceux du conseiller juridique.

On évoque fréquemment la confidentialité du processus :

Souvent, les parties n'ont aucun intérêt à faire en sorte que leur conflit se retrouve sur la place publique. C'est le cas notamment dans le domaine des affaires où peu d'entreprises ont intérêt à ce que les concurrents aient connaissance des litiges vécus au sein de l'entreprise. Il est donc très avantageux dans ces circonstances d'avoir accès à un processus qui garantisse la totale confidentialité à la fois du litige lui-même et de ce qui se dit dans le cadre de la médiation et de l'entente qui est conclue¹⁷.

Devant les tribunaux étatiques, le principe fondamental est au contraire la publicité des procès. L'article 13 du *Code de procédure civile* actuel « dispose que “les audiences des tribunaux sont publiques, où qu'elles soient tenues, mais le tribunal peut ordonner le huis clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public”. Bien que seules les audiences soient visées par cette disposition, le caractère public de la justice ne se réduit pas aux débats, au procès, elle s'étend à toute la procédure, c'est à dire qu'elle touche également les dossiers¹⁸ ».

Rappelons qu'en recourant à la médiation, les citoyens sont encouragés à adhérer à la philosophie de la « justice participative », soit, pour reprendre l'intitulé d'un rapport de la Commission du droit du Canada, à œuvrer à la « transformation des rapports humains par la justice participative¹⁹ ». Ce faisant, la Commission oppose les modes de PRD à la justice traditionnelle, froide, inhumaine et aveugle.

Malheureusement, les arguments ou avantages en faveur de la médiation énoncés ci-dessus, tels qu'ils sont proposés par certains promoteurs de la médiation, ne résistent pas à un examen sérieux. En effet, ils tiennent tous pour acquis que la médiation constitue *une forme de substitut* aux recours judiciaires. Autrement dit, certains font croire que pour arriver au même résultat, la paix sociale, la résolution du différend, il y a deux options comparables, soit la saisine des tribunaux étatiques soit l'aide d'un médiateur. Et, comparant les deux options, ils vantent les qualités de l'une

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Sylvette Guillemard et Séverine Menétrey, *Comprendre la procédure civile québécoise*, Cowansville, Yvon Blais, 2011, p. 24.

aux dépens de l'autre. C'est d'ailleurs en se fondant sur ces prémisses totalement fausses, à mon avis, que les citoyens sont invités à délaisser la justice étatique au profit d'un système privé de résolution des différends. Faisant appel à un médiateur plutôt qu'à un juge, les citoyens vont permettre de désengorger les tribunaux, leur dit-on. Le problème, c'est que ce discours constitue en quelque sorte une publicité trompeuse.

Oui, il y a effectivement un moyen d'avoir accès à une justice peut-être plus rapide, peut-être plus efficace, certainement plus discrète et indubitablement moins formaliste que la justice étatique : il s'agit de l'arbitrage. Le parallèle entre le recours aux tribunaux étatiques et celui aux tribunaux arbitraux s'impose sans difficulté dans certaines situations²⁰ parce que dans les deux cas, les opposants cherchent à faire valoir des droits, que la conclusion émane non pas des parties elles-mêmes mais d'un tiers et que celui-ci, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un arbitre, rend sa décision en s'appuyant sur la règle de droit²¹.

Au risque de nous répéter, les raisons de recourir au système public de justice ou à la médiation, les buts recherchés ne sont pas du tout identiques. Comme l'écrit la juge Otis, « [l]e système de justice contradictoire [est] investi de la mission de *dire le droit*, et celui de justice médiatoire [est] chargé de *régler le problème*²² ». Pour cela, les deux processus ne sont pas systématiquement interchangeables.

Les personnes qui ont recours à la médiation ne recherchent pas la *justice*, elles souhaitent retrouver un certain confort social. Pour le dire autrement, l'objectif et la raison d'être de la médiation sont de rétablir les relations humaines, « en marge du droit

¹⁹ <http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection/JL2-22-2003F.pdf>.

²⁰ Dans la mesure où la question litigieuse peut faire légalement l'objet d'un arbitrage (voir art. 2639 du *Code civil du Québec*).

²¹ Il n'est pas nécessaire ici de s'attarder aux motifs qui poussent des contractants – le plus souvent l'arbitrage est utilisé en matière commerciale – à privilégier le mode privé de règlement des différends par rapport au système public.

²² Louise Otis, *La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire*, « Conférence Albert-Mayrand », Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 7, p. 17. [Nous soulignons]

Même si nous sommes intimement convaincue que le discours « médiatoire » n'est pas et ne doit pas être juridique, cela ne signifie pas pour autant que les parties impliquées dans une médiation ne doivent pas ou ne peuvent pas être averties de leurs droits en lien avec la querelle qui les oppose.

applicable²³ ». Comme l'affirme le juriste belge Pierre-Yves Monette, professeur au Collège d'Europe: « [N]e nous leurrions pas – La médiation n'a nullement vocation à remplacer la justice²⁴. » Lorsqu'une personne entend obtenir justice, si le tiers adjudicateur, juge ou arbitre, lui donne raison, elle « gagne » sa cause, son procès. Comme dans un match sportif ou dans un litige armé, lorsque l'un gagne, par définition, l'autre perd. Cela fait dire à certains que la résolution des différends par voie judiciaire – ou arbitrale – aboutit à un résultat « gagnant-perdant ». Alors que, disent-ils, l'intérêt des autres modes est qu'ils aboutissent à un résultat « gagnant-gagnant ». À mon avis, c'est utiliser des termes accrocheurs puisque lorsque les personnes décident de recourir à la médiation, ce n'est justement pas pour rechercher une victoire ni se placer dans un mode belliqueux ou même compétitif que ce vocabulaire suggère, mais bien tout simplement pour sortir d'une situation relationnelle difficile.

En résumé, nous proposons l'illustration suivante : imaginons deux automobilistes X et Y qui sont en panne au bord de la route, chacun avec sa voiture, aucun des deux véhicules ne pouvant plus avancer. Les deux personnes vont faire appel à des dépanneurs, mécaniciens ou autres garagistes, X et Y souhaitant ultimement exactement la même chose, la réparation de leur voiture afin de continuer leur route. Il se trouve que la cause des pannes n'est pas du tout la même, X n'ayant plus d'essence alors que Y a un problème d'alternateur qui ne recharge pas la batterie. Est-ce que de changer l'alternateur du véhicule X va résoudre son problème et est-ce que de mettre plus d'essence dans le réservoir du véhicule Y va lui permettre de redémarrer ? La réponse évidente illustre qu'il n'est pas question ici de choix personnel ou de croyance mais bien de nature du problème. En fonction du problème, le moyen de le résoudre est différent et les façons d'y parvenir non interchangeables. Nous pensons qu'il en va de même avec les modes de règlement des différends.

Il n'est pas question de jugements de valeur, d'évaluations morales ou de concours de qualité : il n'est pas plus noble de devoir se réapprovisionner en essence

²³ Marie-France Chabot, « Des raisons et des manières d'intégrer la médiation dans le système de justice civile », (1999) 40 *Les Cahiers de Droit* 91, 98.

²⁴ Pierre-Yves Monette, « De la médiation comme mode de résolution de conflits et ses différentes applications », democratie.francophonie.org/IMG/pdf/bamako.301.pdf, p. 54.

que de devoir changer son alternateur !! Il n'est pas *meilleur* de recourir aux tribunaux étatiques qu'à un médiateur.

En outre, attention : à vouloir faire des modes de PRD, en particulier de la médiation, une forme de justice, le danger est grand de la comparer à l'autre forme de justice connue, la justice étatique. Il faut absolument, pour la sauvegarde des qualités et de l'efficacité intrinsèques de la médiation, ôter toute tentation de comparaison avec ce à quoi elle...n'est pas comparable. Il faut l'éloigner de la justice publique et surtout se garder de la présenter comme une alternative à celle-ci.

Ceux qui voient dans la médiation un moyen de désencombrer les tribunaux étatiques font souvent appel aux statistiques. Ils citent notamment celles établies il y a peu à propos de la médiation judiciaire, soit la conférence de règlement à l'amiable, prévue actuellement par les articles 151.14 et suivants du *Code de procédure civile*. En ce qui concerne les matières civiles et commerciales, le taux de succès est d'environ 80%. Autrement dit, sur 100 affaires portées devant les tribunaux, 80 sont retirées du rôle pour cause de règlement « hors-cours », par voie de médiation. Il n'en faut pas plus pour conclure à l'efficacité de la médiation.

On ne saurait le nier mais la façon dont l'argument est utilisé est fallacieuse, proche du sophisme. En réalité, ce chiffre tend plutôt à démontrer, à mon avis, qu'au départ, toutes ces affaires ainsi réglées par la médiation avaient emprunté la *mauvaise voie*. Il y a tout lieu de croire que sur toutes ces affaires réglées par la médiation, une très grande majorité d'entre elles l'aurait été exactement de la même façon en choisissant dès le départ le bon véhicule²⁵.

b. Les dangers de la codification de la médiation

Codifier, c'est élaborer des règles de droit qui s'inscrivent dans un « système complet et cohérent de législation²⁶ ». Ainsi, un Code de procédure civile comporte « l'ensemble des règles à suivre et des formalités à accomplir pour faire apparaître le

²⁵ Le Québec n'échappe pas à la tendance nord-américaine de l'hyperjudicialisation. Donnons-en pour preuve le nombre d'avocats. En 2008, on en comptait un pour 344 habitants. (À la même époque en France, la proportion était de un pour 1330.)

²⁶ Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, s.v. Code.

droit et en assurer la sanction²⁷ ». Immédiatement, lorsque l'on comprend l'objet de la procédure civile, on déduit que les règles régissant la médiation telle que je viens de la présenter – si elle doit être encadrée par des règles, ce que je vais aborder ci-dessous – ne peuvent s'inscrire dans ce registre. À mon avis, les parties ne recherchent absolument pas à faire sanctionner un droit. Au contraire, elles veulent délibérément échapper à un tel objectif.

De façon plus générale, il me semble que toute tentative de légiférer en matière de médiation, que ce soit dans le cadre d'un code ou d'une loi, met en péril la souplesse et la nature intrinsèquement privée de ce mode de résolution des différends.

La médiation ne peut être que souple puisqu'elle fait fondamentalement partie de la famille de la négociation, soit des échanges de vues, des entretiens, des communications entre individus. En somme, la médiation est un dialogue. Quoi de plus libre, de plus souple que cela ? Et personne ne peut s'opposer à ce que le dialogue entre deux personnes puisse relever de la sphère privée, s'y insérer. Il ne viendrait certainement pas à l'idée du législateur d'encadrer par des normes contraignantes la façon dont les citoyens peuvent communiquer entre eux, échanger des opinions !

En incorporant des règles destinées à ce mode amiable de règlement des litiges au carcan même flexible qu'est un *Code de procédure civile*, le législateur donnerait un cadre rigide à ce qui ne devrait être que souple.

L'un des spécialistes français des règlements des différends donne ainsi son opinion sur la « juridicisation » et la « judiciarisation » de la médiation :

[...] le droit appréhende la médiation, en ce sens que se développent les premiers [balbutiements] d'un droit de la médiation. Il conviendra sans doute de ne pas développer ce droit outre mesure, *sauf à risquer de faire perdre à la médiation son intérêt*. [...] la médiation s'organise assez largement sur la base de la volonté des parties et bénéficie donc de la liberté contractuelle²⁸.

Pour ce qui est justement de l'analogie entre les règles « procédurales » de la médiation et celles encadrant le recours aux tribunaux, il ajoute :

²⁷ *Idem*, s.v. Procédure.

²⁸ Charles Jarrosson, « Médiation », *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 1009, 1011. [Je souligne]

La question de l'application de certains des principes du procès à la médiation est parfois posée. C'est le cas pour le principe du contradictoire ; en réalité, la médiation n'étant pas le procès, les règles du procès ne s'y appliquent pas. Toutefois, des règles voisines, reposant sur les mêmes fondements, comme celui du traitement loyal et égal des parties suffisent à assurer la valeur de la médiation, sans recours artificiel à la catégorie des règles processuelles²⁹.

Je partage en tous points ces opinions et je souhaite que ceux qui peuvent avoir une influence sur la médiation, sa pratique, sa promotion, ne perdent pas de vue ces différences fondamentales, au risque de dénaturer ce mode amiable de règlement des différends.

Certains s'élèvent contre de telles propositions en argumentant qu'on ne peut laisser les médiateurs en dehors de toute surveillance juridique. Si cela est nécessaire, il faut faire une différence entre encadrer les agissements professionnels de certaines personnes, dans la mesure où il faut professionnaliser l'activité de médiateur³⁰, et légiférer sur l'ensemble du processus, son déroulement, la conduite des parties etc. L'encadrement législatif des tiers qui agissent comme médiateurs peut, encore une fois si cela s'avère nécessaire, passer par d'autres voies. D'abord, il ne faut pas oublier le droit commun, contenu au *Code civil du Québec* et en particulier à l'article 1457, qui régit la responsabilité civile et s'applique à tous :

Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

[...]

Une personne agissant comme intermédiaire entre deux personnes en difficulté et engagée par elles dans le but de les aider est sans l'ombre d'un doute tenue de ne pas causer de tort à autrui. Il en va de même des parties impliquées dans la médiation.

Éventuellement, si la nécessité s'en fait sentir, pourquoi ne pas adopter une loi sur la médiation qui vise spécifiquement les médiateurs, leurs agissements, le cadre de l'exercice de la « profession », etc. comme il existe une *Loi sur les infirmières et*

²⁹ *Idem.*

*infirmiers*³¹ ou une *Loi sur le courtage immobilier* qui régit l'activité de courtier³² ? Mais là doit s'arrêter l'encadrement normatif. Il ne viendrait à personne l'idée d'insérer dans un Code de procédure civile le *déroulement* d'une séance chez un professionnel de la santé ou celui de la visite d'une maison avec un courtier immobilier³³.

Pour ce qui est de la médiation elle-même, inclure des règles la régissant dans un Code de procédure civile, c'est en outre « publiciser » une démarche qui ne devrait relever que de la sphère privée.

Je me dois de signaler que dans quelques pays, le Code de procédure civile renferme des dispositions sur la médiation. En prenant le code français comme modèle, on constate que ce code de procédure civile s'attache plus au rapport entre la médiation, ses acteurs, son déroulement et l'administration judiciaire qu'aux conditions mêmes de la médiation comme le fait l'avant-projet québécois, qui entend régir les « rôles et [...] devoirs des parties et du médiateur³⁴ », les détails du « déroulement de la médiation³⁵ » et donne des précisions liées à « la fin de la médiation³⁶. » En somme, le code français s'intéresse plus aux effets de la médiation sur l'instance que son homologue québécois qui régit carrément la procédure de la médiation.

3.3 Quelques problèmes relevés dans l'avant-projet de loi

Adopter les dispositions sur la médiation contenues dans l'avant-projet de loi, au-delà du principe même qui s'y oppose, serait une erreur. D'abord, elles sont mal structurées et ensuite, elles ne servent pas les justiciables parce que plusieurs d'entre elles adoptant un vocabulaire à la limite de la démagogie sont ambiguës, obscures. En outre, on peut relever des contradictions au sein même de ces dispositions.

³⁰ Certains s'y opposent. Je n'entrerai pas ici dans ce débat qui se situe hors des travaux de la Commission.

³¹ L.R.Q., chapitre I-8.

³² L.R.Q., chapitre C-73.1.

³³ Même si elle risque d'aboutir à un acte qui a des conséquences juridiques, l'offre d'achat.

³⁴ Art. 610 à 613.

³⁵ Art. 614 à 617.

³⁶ Art. 618 à 620.

Finalement, plusieurs articles sont totalement inutiles, voire carrément nuisibles à ce recours amiable.

a. La structure

L'architecture du projet de Code en ce qui a trait aux modes de PRD est pour le moins étrange. On comprend qu'il y a urgence à annoncer d'entrée de jeu sa modernité, peut-être son avant-gardisme mais ce n'est pas une raison pour en faire un édifice bancal. Le Code débiterait par sept articles consacrés aux « principes de la procédure civile applicables aux modes privés de prévention et de règlement des différends ». Nettement plus loin, les articles 607 à 653 constituent le Livre VII, consacré aux « modes privés de prévention et de règlement des différends ». De façon très classique, ce livre VII débute par trois « dispositions introductives », soit des généralités concernant les modes de PRD. Pourquoi donc ne pas avoir inséré là les sept premiers articles du Code, qui énoncent eux aussi des principes généraux ? Il me semble que la structure y aurait gagné en harmonie et en équilibre. Prenons l'exemple de la confidentialité. L'article 4 du projet indique :

Les parties qui choisissent de prévenir ou de régler leur différend par un mode privé, de même que le tiers qui y participe, s'engagent à préserver la confidentialité de ce qui est dit, écrit ou fait dans le cours du processus, sous réserve de leurs ententes sur le sujet ou des dispositions particulières de la loi ou de leur propre recours aux tribunaux.

Et c'est l'article 609 dans le livre consacré aux « Modes privés de prévention et de règlement des différends », soit six cents articles plus loin, qui prévoit une exception à l'obligation de confidentialité.

Pourquoi cet autre écartèlement entre l'article qui permet aux parties soit de prévoir elles-mêmes la procédure de leur mode de règlement soit de recourir aux règles du Code, taillées exprès sur mesure à titre supplétif pour ces modes privés (art.6), et les articles régissant précisément cette matière (articles 614 à 620) ?

b. Les dispositions générales sur les modes de PRD

Comme je viens de le mentionner, les sept premiers articles de l'éventuel *Code de procédure civile* sont consacrés aux « principes de la procédure applicable aux modes

privés de prévention et de règlement des différends ». Ils prennent donc place en tête du Code, *avant* les articles énonçant « Les principes de la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire ». D'un point de vue tout à fait formel, il serait surprenant que le législateur donne priorité à la « justice privée » et relègue au second plan la justice étatique.

Il faut souligner que ces sept articles constituent le Titre I du Livre I intitulé « Le cadre général de la *procédure civile* »³⁷. Il y a encore lieu d'être étonné car, comme je l'ai déjà mentionné, la « procédure civile » et le « droit » sont intimement liés³⁸, on pourrait même dire indissociables l'un de l'autre. Or, par essence, la médiation ne fait pas appel au droit et en plus, l'avant-projet prévoit justement cette distance entre la règle juridique et ce mode de PRD, par l'article 5³⁹.

- Le premier article se lit ainsi :

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

Ces modes privés sont principalement la négociation entre les parties au différend de même que la médiation ou l'arbitrage dans lesquels les parties font appel à l'assistance d'un tiers. Les parties peuvent aussi recourir à tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquat, qu'il emprunte ou non aux modes indiqués.

Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux.

Si ce texte était adopté tel quel, la médiation extrajudiciaire ferait donc partie intégrante de la *justice* québécoise⁴⁰, ce qui, à mon avis, est assez déplacé. Jusqu'à preuve du contraire, la justice – du moins celle régie par le législateur – fait partie du pouvoir régalién de l'État et ne peut donc être « privée ». En outre, sans jouer plus qu'il ne faut sur les mots, la notion de « justice privée » est assez mal venue, ne serait-ce

³⁷ Je souligne.

³⁸ Voir *supra* p. 17.

³⁹ Voir *infra* p. 23.

⁴⁰ L'avant-projet de Code conserve la médiation judiciaire, la Conférence de règlement à l'amiable, dont les règles sont identiques à celles actuellement en vigueur.

que dans sa désignation⁴¹. Qu'un Code de procédure civile étatique, élaboré par le législateur puis adopté par l'Assemblée nationale, débute par cette expression très ambiguë serait plus que maladroit.

Pour continuer sur cet article premier, il énonce que la médiation fait partie des trois, peut-être plus, « modes privés » de PRD, les deux autres nommés étant, toujours selon cet article premier, la négociation et l'arbitrage. En premier lieu, l'article est imprécis lorsqu'il prévoit que les parties peuvent recourir à « tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquat, qu'il emprunte ou non aux modes indiqués ». Que désigne « tout autre mode » ? L'expression est trop vague pour être utile. Ensuite, cet alinéa 2 est effectivement inutile sur un autre plan : faut-il réellement une règle de droit, car on peut supposer que c'est ce que contient ce code, pour autoriser des personnes en difficultés à négocier entre elles ?? Ou à procéder au tirage au sort, par exemple, ce qui serait un autre mode privé ?

- L'article 2 impose à toutes les personnes concernées par la médiation, médiateur et parties, un engagement: « Les parties qui s'engagent dans une procédure de prévention et de règlement des différends [...] doivent, de même que les tiers auxquels elles font appel, veiller à ce que les démarches qu'elles entreprennent demeurent proportionnelles quant à leur coût et au temps exigé, à la nature et à la complexité de leur différend ». Cet engagement est le pendant de celui imposé aux parties – ainsi qu'aux juges – dans le cadre d'une « procédure étatique », comme en fait foi l'article 18 : « Les parties à une instance doivent respecter le principe de proportionnalité et s'assurer que leurs démarches, les actes de procédure, y compris le choix de contester oralement ou par écrit, et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au

⁴¹ Bien sûr, on pourra faire un rapprochement avec l'arbitrage que certains désignent par l'expression maladroite – et fâcheuse – de justice privée (Voir le site de l'équipe de recherche de l'Université McGill, intitulée « Justice privée et État de droit », https://secureweb.mcgill.ca/pjrl/sites/mcgill.ca.pjrl/files/information_document_0.pdf.) La justice en matière commerciale, l'une des matières de prédilection de l'arbitrage, n'est pas privée. C'est son mode d'exercice ou de règlement qui est privé, dans la mesure où ce n'est pas l'État qui rétribue ni choisit les décideurs, les adjudicateurs, que les séances ne sont pas ouvertes au public et qu'à ce titre, les décisions, les sentences appartiennent aux parties. En matière d'arbitrage, il n'est pas déplacé de parler de « justice » puisque les tiers, pour rétablir la paix sociale, fondent la plupart du temps leurs décisions sur des règles.

temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande. » L'article 18 se comprend fort bien et le principe fait d'ailleurs déjà partie du code actuel, à l'article 4.2 C.p.c. En 2001, le Comité de révision de la procédure civile avait recommandé l'inclusion d'un principe de proportionnalité en le justifiant ainsi :

Pour que la justice civile demeure un service public accessible, il y a lieu de veiller à ce que les coûts et les délais en soient raisonnables. Dans la poursuite de cet objectif, il importe que les dispositions du code et de l'action des parties et des tribunaux soient inspirées par une même préoccupation de proportionnalité entre, d'une part, les procédures prises, le temps employé et les coûts engagés et, d'autre part, la nature, la complexité et la finalité des recours⁴².

Dans l'avant-projet de loi, il y a une proximité regrettable, peut-être même dangereuse, entre « justice privée » et regard de l'État. C'est bien parce que « [l']État, les justiciables et les différents intervenants judiciaires partagent la responsabilité sociale de l'administration de la justice civile⁴³ » que le codificateur peut imposer à chacun de ne pas user de façon déraisonnable, disproportionnée, de ce *service public* qu'est l'institution judiciaire, en termes de temps, de coûts etc. Après tout, il s'agit de la protection des justiciables, contribuables la plupart du temps, et, très fondamentalement, ce sont aussi les deniers de l'État dont il est question. Que vient faire une telle règle dans des démarches de nature intrinsèquement privée ? Quand le législateur va-t-il imposer aux conducteurs une proportionnalité entre le prix et la taille de leur voiture et l'usage qu'ils en font, par exemple ? Pourquoi ne pas codifier le nombre de calories que chaque citoyen devrait absorber en fonction de sa taille, de son âge, de sa condition et de ses activités ??

- Dans les dispositions générales, le projet ne manque pas d'affirmer :

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.

Une première lecture de cet article laisse passablement perplexe. Notamment que sont les « normes et critères » ? Par ailleurs, pour ce qui est de la médiation, il est plus qu'heureux que cet article 5 spécifie qu'elle puisse être non juridique. Insérer la

⁴² Ministère de la justice, *La révision de la procédure civile – Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, 2001, p. 91-92.

⁴³ *Idem*, p. 36.

médiation, son existence, sa procédure dans un code de procédure civile, c'est déjà la dénaturer, c'est lui faire perdre totalement sa nature intrinsèquement privée. Si en plus on n'avait pas reconnu sa distance avec la norme, en particulier celle posée par l'État, c'en était fini de sa spécificité.

- La lecture combinée de l'article 7 et de l'article premier entraîne la confusion. Ainsi, l'article 7 prévoit : « Les parties peuvent s'adresser aux tribunaux si elles ne réussissent pas à régler leur différend par la voie privée, sous réserve des dispositions particulières à l'arbitrage. » Rappelons que l'article premier invite les citoyens à « considérer » la médiation, par exemple, avant d'intenter un recours devant les tribunaux étatiques : « Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux ». L'idée ici semble être la même que celle qui prévaut en médiation familiale actuellement⁴⁴. Les parties n'ont pas *l'obligation* d'avoir tenté de parvenir à un accord par un processus amiable. Elles doivent seulement avoir eu connaissance de l'existence d'une telle possibilité. Cependant l'article 7 jette le trouble ; ne réserve-t-il pas l'accès aux tribunaux à celles qui ont essayé, sans succès, de trouver un terrain d'entente par une autre voie ?

c. Des dispositions spécifiques à la médiation

- L'article 611 énonce le principe de la non-contraignabilité. En soit, l'idée d'une cloison étanche entre ce qui est dit ou communiqué durant la médiation et les procédures judiciaires, arbitrales ou administratives est louable. Cependant, pourquoi tous les médiateurs ne sont-ils pas protégés par ce principe ? Seuls le sont ceux qui ont reçu « une formation auprès d'un organisme reconnu par le ministère de la Justice ». Que donnera la règle en cas de médiation internationale ? De plus, on parle à cet article des exigences pour le médiateur d'être assujetti à des règles déontologiques. Tel que l'article est actuellement rédigé, cette exigence ne serait-elle nécessaire que pour pouvoir jouir du privilège de non-contraignabilité ?

- Les articles 614 à 617 décrivent le « déroulement de la médiation ». À défaut d'être de véritables règles de droit, ils ne décrivent généralement que des évidences

⁴⁴ Art. 814.3 C.p.c.

comme, par exemple, « [a]vant d'entreprendre la médiation, [...] le médiateur [...] informe [les parties] sur son rôle⁴⁵ ». À mon avis, c'est faire injure à l'intelligence et au discernement des Québécois. N'oublions pas que la médiation extrajudiciaire ne peut être que volontaire, acceptée par les parties impliquées. Dans ces conditions, il serait très étonnant qu'elles ignorent son rôle. D'autant plus que c'est uniquement en raison de son rôle qu'elles décident de faire appel à lui !!

L'avant-projet indique également qu' « [a]vant d'entreprendre la médiation, les parties précisent leurs engagements et leurs attentes ». D'abord, on aurait pu croire que ces renseignements qui sont vraisemblablement importants seraient communiqués au début du processus de médiation et non « avant ». À qui ces précisions sont-elles adressées ? Il y a tout lieu de croire que c'est au médiateur. Si on parle du médiateur, c'est donc que les parties sont engagées dans le processus de médiation.

Ensuite, il faut bien reconnaître qu'on a plus l'impression de lire dans ces articles les instructions d'un cours de formation pratique à l'usage des futurs médiateurs qu'une norme juridique, qu'une règle de procédure civile.

- L'article 618, débutant le chapitre sur la fin de la médiation, poserait de nombreux problèmes puisqu'il annonce que l'accord de médiation n'est pas une transaction, ce qui, en passant, est différent de la fin de la médiation judiciaire, autrement appelée Conférence de règlement à l'amiable⁴⁶. Rappelons qu'en droit québécois, une « transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques⁴⁷. » Selon l'avant-projet, l'accord final pourra être qualifié de transaction mais à condition seulement que « la matière » s'y prête – seront donc exclues les questions liées à l'état et à la capacité des personnes, ainsi que celles intéressant l'ordre public⁴⁸ –, ainsi que « les circonstances » – que faut-il entendre par cette précision...imprécise ? Qu'il y a eu au cours des échanges des concessions ou des

⁴⁵ Art. 615.

⁴⁶ Voir l'article 151.22 C.p.c. qui est repris à peu près mot à mot par l'avant-projet, à l'article 161§1.

⁴⁷ Art. 2631 C.c.Q.

⁴⁸ Voir art. 2632 C.c.Q.

réserves réciproques, comme le veut l'article 2631 C.c.Q. ? – et, condition supplémentaire, que les parties aient eu l'intention de voir dans leur entente finale une transaction.

Pour Nabil Antaki, dans le cadre de modes amiables de résolution des litiges, le principe s'énonce de façon inverse de ce que prévoit l'avant-projet : « [I]e contrat qui concrétisera les termes de l'entente et mettra fin au litige sera, le plus souvent, un contrat nommé de transaction [...]»⁴⁹. » Il rappelle les trois éléments d'une transaction, la situation litigieuse, la réciprocité des concessions et l'intention de mettre fin au litige. Il faudrait donc, pour que l'accord ne soit pas de la nature d'une transaction, qu'au moins l'un de ces éléments soit défaillant. Il nous semble que la réciprocité des concessions, ce que Nabil Antaki appelle « consentir des sacrifices réciproques⁵⁰ » est inhérente au processus. Si ce n'est pas le cas, il n'y aura peut-être pas de transaction mais on pourra aussi difficilement parler de médiation ! Quant à l'intention de mettre fin au litige, tous les adeptes de la médiation expliquent que c'est le moyen doux et amiable de mettre fin à un différend ou d'éviter un litige.

Par ailleurs, si l'on ajoute que l'avant projet permet aux parties *déjà engagées* dans une procédure judiciaire de recourir à la médiation extrajudiciaire⁵¹, il semble difficile de comprendre pourquoi, sauf expressément envisagée par elles, leur accord à l'issue de la médiation ne viserait pas à terminer le procès, un des effets de la transaction, selon l'article 2631 C.c.Q. ?

Ce projet d'article 618 semble en totale contradiction avec la volonté du législateur de vouloir faire de la médiation un acte de justice. En outre, alors que ce que souhaitent l'administration judiciaire et le législateur, c'est la diminution des recours aux tribunaux, que faire si cet accord qui ne jouit pas de l'autorité de la chose jugée et qui ne peut faire l'objet d'une procédure d'homologation⁵² doit être exécuté de force ? Évidemment,

⁴⁹ Nabil N. Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 218.

⁵⁰ *Idem*, p. 220.

⁵¹ L'article 143 permet au défendeur de proposer au demandeur « une médiation ou une conférence de règlement à l'amiable ».

⁵² Rappelons que la procédure d'homologation fait actuellement partie des « matières non contentieuses » et à ce titre jouit d'une procédure simplifiée. L'esprit de l'avant-projet de loi est similaire à cet égard.

comme il s'agit « d'un simple contrat innomé⁵³ », le seul recours possible sera une poursuite en justice, un recours devant les tribunaux pour inexécution du contrat...

Conclusion

La principale raison pour encourager le recours aux modes amiables de résolution des différends est le désengorgement des tribunaux. Ainsi, si le système de justice étatique est purgé de ce qui peut l'être, l'administration de la justice sera plus accessible aux citoyens dans les cas qui nécessitent réellement l'intervention d'un tiers décideur qui statue en se fondant sur les règles de droit. Si l'on veut désencombrer les tribunaux, on doit donc faire la distinction, le tri, entre les affaires ne pouvant s'exempter de l'application de la règle de droit et les autres, entre celles qui ne peuvent trouver une issue qu'avec l'intervention d'un tiers qui impose la solution aux parties et celles où les parties, directement ou non, sont les maîtres du jeu.

Ainsi, alors que certains problèmes ne peuvent être soumis qu'au système de justice étatique, d'autres devront trouver une résolution par d'autres voies. Parmi celles-ci, la médiation.

Il s'agit donc, par l'éducation, la promotion etc. d'apprendre au citoyen à utiliser la bonne voie pour résoudre son problème. Si l'on veut efficacement alléger les tribunaux étatiques, c'est l'arbitrage qu'il faut promouvoir, rendre accessible, etc. car il constitue effectivement par ses fondements, ses règles, ses outils et ses objectifs une réelle solution de remplacement aux cours de justice « traditionnelles ».

La médiation, tout comme la négociation, répond à d'autres besoins. Ces deux modes de résolution des litiges, qualifiés à juste titre de modes amiables, sont nécessaires pour aider les citoyens à sortir de difficultés où l'élément relationnel est primordial. C'est la relation qui unit ces personnes en difficulté, que la relation soit personnelle, professionnelle, par exemple, c'est elle qui constitue la toile de fond de l'histoire commune de ces personnes et c'est elle qu'elles veulent maintenir. Un incident vient-il la mettre en péril ? Les personnes vont vouloir la rétablir de la façon la plus

⁵³ Nabil N. Antaki, *supra* note 49, p. 236.

harmonieuse possible. Il ne s'agit pas d'engager une guerre où il faudra nécessairement un tiers externe pour les départager mais bien de trouver un terrain d'entente qui permette à l'une et à l'autre de trouver son compte.

Ce faisant, la médiation est un mode de résolution des différends essentiellement, intrinsèquement privé. Il ne regarde que les personnes aux prises avec la difficulté. Elles peuvent choisir de résoudre cette difficulté seules, juste en se parlant. De quoi vont-elles se parler ? Pour reprendre la mise en situation présentée au début de ce mémoire⁵⁴, elles vont parler d'ensoleillement, d'horticulture, de temps passé à faire pousser des fleurs, de l'occupation d'un agriculteur, des heures nécessaires pour couper des branches, des possibilités de transplantation des fleurs, de matériel de sciage, de leur relation passée, de la nécessité d'entretenir des bons rapports entre voisins, etc... Si pour une raison ou pour une autre, elles ne sont pas capables d'échanger, elles vont avoir besoin d'une tierce personne pour les aider. On ne voit pas pourquoi elles s'adresseraient à un juge – on dirait en termes exacts qu'elles « mettraient en branle l'administration de la justice » – pour parler de ce qui vient d'être évoqué. Si elles souhaitent le faire ou si elles sont encouragées à le faire, ce serait déplacé, inapproprié. Si leur différend devait faire l'objet d'une procédure judiciaire, il serait effectivement impératif de le faire sortir de ce circuit.

La médiation étant de nature privée, l'État n'a pas à intervenir en la matière. Tout au plus est-il peut-être nécessaire de surveiller, voire d'encadrer, les agissements du tiers appelé à la rescousse mais rien de plus. Il faut laisser aux parties qui choisissent cette voie la latitude et la souplesse qui lui sont justement inhérentes. Il faut garder à l'esprit que tous les jours, des milliers de personnes se parlent et résolvent des problèmes entre elles. Même dans le monde du commerce, par exemple, des milliers, des millions de contrats se font et se défont, se modifient, s'adaptent aux besoins des contractants sans l'intervention des juristes ni du droit. Et personne ne peut soutenir que les relations commerciales en souffrent !

Au-delà du principe qui milite en faveur de la non-codification de la médiation, l'avant-projet de Code de procédure civile apporte en la matière plus de difficultés qu'il n'en résout. Il comporte trop d'ombres et d'incertitudes, il propose d'introduire à titre de

règles de droit des mesures qui ne peuvent prétendre à cette qualification, il présente des contradictions.

En voulant absolument faire de la médiation une sorte de « justice », en lui administrant pour les besoins de la cause la même médecine qu'aux modes judiciaires, on la dénature et on ne la sert pas adéquatement. Le danger ultime, que l'on ne peut écarter, est que cet encadrement normatif fasse diminuer l'attrait qu'elle présente pour les citoyens.

⁵⁴ Voir *supra* p. 6.