

# COMMENT METTRE FIN À SON DIFFÉREND SANS PROCÈS, SELON LE *CODE DE PROCÉDURE CIVILE* DU QUÉBEC

Sylvette GUILLEMARD

Volume 118, Number 2, 2016

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1043455ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1043455ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

GUILLEMARD, S. (2016). COMMENT METTRE FIN À SON DIFFÉREND SANS PROCÈS, SELON LE *CODE DE PROCÉDURE CIVILE* DU QUÉBEC. *Revue du notariat*, 118(2), 359–382. <https://doi.org/10.7202/1043455ar>

# **COMMENT METTRE FIN À SON DIFFÉREND SANS PROCÈS, SELON LE CODE DE PROCÉDURE CIVILE DU QUÉBEC**

**Sylvette GUILLEMARD\***

INTRODUCTION . . . . .	361
1. La médiation conventionnelle . . . . .	365
1.1 La médiation en matière civile et commerciale . . . . .	365
1.2 La médiation familiale . . . . .	371
2. La Cour du Québec, division des petites créances . . . . .	373
2.1 La médiation générale . . . . .	374
2.2 Les dossiers de consommation . . . . .	375
3. La conférence de règlement à l'amiable . . . . .	377
CONCLUSION . . . . .	379

---

\* Professeure, Faculté de droit, Université Laval.



## INTRODUCTION

Toute vie en société entraîne son lot de désaccords, de différends, de disputes plus ou moins graves, plus ou moins durables. Peu de gens les aiment. Généralement, l'être humain préfère le calme au désordre et mettra tout en œuvre pour rétablir la paix dans son environnement<sup>1</sup>. Il y a différentes voies pour y arriver. Le choix de l'une ou de l'autre dépendra à la fois de la nature du conflit et de la personnalité, des besoins et des compétences de chacun. Des considérations matérielles, psychologiques et culturelles peuvent également intervenir.

La première réaction de l'humain dont la paix est troublée est de s'adresser à la personne par qui la difficulté est arrivée, ou du moins le pense-t-il. Alors qu'à des époques moins civilisées que la nôtre, les échanges étaient parfois musclés, au sens propre du terme, ils sont maintenant verbaux. Les personnes, parties à un conflit, se parlent, tentent de s'entendre. Ce qui s'appelle tout simplement négocier permet souvent d'en arriver à une solution. Le fameux règlement hors cour, intervenu parfois le matin même du procès, n'est rien d'autre que l'aboutissement d'une négociation entre les parties ou leurs avocats.

À l'autre extrémité du spectre, si rien n'aboutit par les échanges entre les parties et que la nature du litige s'y prête<sup>2</sup>, celles-ci s'adresseront à la justice étatique afin qu'elle statue sur les droits en jeu. Cette solution passe par le procès. Pour diverses raisons, principalement liées aux finances publiques, l'État québécois encourage les justiciables à ne pas emprunter cette voie et à se tourner davantage vers des modes privés de règlement des différends (« modes de PRD »). Cette volonté est clairement exprimée dans le nouveau *Code*

---

1. Plusieurs, dans la foulée du sociologue allemand Georg Simmel, estiment toutefois qu'il n'y a pas que du négatif dans les conflits.

2. Philippe Jestaz rappelle l'exemple donné par Pothier d'un père qui promet à son fils un voyage s'il réussit ses examens. « Cet engagement n'a pas de valeur juridique et les tribunaux ne le sanctionneraient pas » (Philippe JESTAZ, *Le droit*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2016, p. 100). Si l'engagement n'est pas tenu, il ne reste au fils que son don de persuasion !

de *procédure civile*<sup>3</sup>, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016, dont l'article premier énumère quelques-uns de ces modes :

[Ce] 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 à ces modes.

Quoique la négociation soit mentionnée d'entrée de jeu, le Code ne l'évoque plus par la suite. Par ailleurs, nous n'aborderons pas l'arbitrage, même s'il fait partie des modes privés et qu'il permette d'éviter le procès. La raison de notre choix tient aux similitudes que l'arbitrage présente avec le système public<sup>4</sup> dont il est en quelque sorte un avatar. Reste les diverses formes de médiation que le Code régit.

Il est habituel de dire que le notaire est le « juriste de l'entente ». En effet, selon la Chambre des notaires, le notaire « travaille sur le terrain de la bonne entente plutôt que sur celui des conflits »<sup>5</sup>, contrairement à l'avocat dont le mandat est de défendre une partie contre l'autre. Sans qu'il soit question d'émettre un jugement de valeur qui serait bien hors de propos, il suffit ici de comparer le rôle de l'un et de l'autre. Pour n'en donner qu'un exemple, l'article 23 du *Code de déontologie des avocats* prévoit : « L'avocat agit en tout temps dans le meilleur intérêt *du client*, dans le respect des règles de droit »<sup>6</sup>, alors que l'article 11 de la *Loi sur le notariat* prévoit pour sa part que « [d]ans le cadre de sa mission d'officier public, le notaire a le devoir d'agir avec impartialité et de conseiller *toutes les parties* à un acte auquel elles doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité »<sup>7</sup>. Ainsi, fondamentalement, l'avocat est le représentant d'une partie, opposée à l'autre, tandis que le notaire est appelé à travailler de concert avec les deux. Peut-être ce dernier est-il donc mieux préparé à entendre des points de vue opposés et à chercher à réconcilier des visions antagonistes que ne l'est le membre du Barreau.

3. RLRQ, c. C-25.01.

4. Tiers adjudicateur, représentation par avocat, audience, décision qui lie les parties, présence de témoins, fondement juridique de la sentence, etc.

5. Chambre des notaires du Québec, [en ligne], <[www.cnq.org/fr/affaires/126-quel-est-le-role-du-notaire-.html](http://www.cnq.org/fr/affaires/126-quel-est-le-role-du-notaire-.html)> (30 avril 2016).

6. *Code de déontologie des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 3.1 (l'italique est de nous).

7. *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3 (l'italique est de nous).

Par ailleurs, toujours selon la Chambre des notaires, « [l']intervention des notaires se distingue de celle des autres juristes par son aspect préventif. Les notaires utilisent leur connaissance du droit pour prévenir les litiges »<sup>8</sup>. En d'autres termes, les notaires doivent, à l'occasion, chercher à apaiser les mésententes, les différends, pour les empêcher de prendre un virage judiciaire, puisque le litige est une « contestation donnant matière à procès »<sup>9</sup>.

Par conséquent, le notaire est certainement, parmi les juristes, la personne la mieux placée, par sa formation ainsi que par la nature de sa profession, à agir à titre de médiateur, avec ou sans formation supplémentaire. La formation spécialisée est nécessaire pour pouvoir agir à titre de médiateur familial accrédité. Les couples qui s'adressent au notaire médiateur bénéficient alors de plusieurs séances de médiation gratuites, prises en charge par l'État. Il en va de même en ce qui concerne la médiation à l'occasion d'une réclamation introduite devant la Division des petites créances<sup>10</sup>. Ces processus étaient prévus par le Code avant la réforme. Le nouveau *Code de procédure civile*, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016, en adopte un nouveau, la « médiation conventionnelle », utilisable en matière civile et commerciale, où le notaire peut avoir un rôle à jouer.

Justement, de quoi parle-t-on quand on parle de « médiation » ? Il y a de quoi s'y perdre puisque dorénavant, notre droit privé, suivant le *Code de procédure civile*, en connaît expressément trois types. En réalité, on peut se demander s'il n'en compte pas quatre, en incluant la conférence de règlement à l'amiable (« CRA ») qui ne porte pas le nom de médiation, mais qui présente des points communs avec elle<sup>11</sup>, notamment en permettant d'éviter le procès.

Malheureusement, sous un vocable identique, « mode de préventions et de règlements des différends », ou, de façon plus courante, « médiation », ces diverses façons de tenter d'apaiser les conflits présentent des caractéristiques dont certaines, fondamentales, sont disparates, parfois en totale opposition.

---

8. Chambre des notaires du Québec, préc., note 1.

9. Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, [en ligne], <[www.cnrtl.fr/definition/litige](http://www.cnrtl.fr/definition/litige)> (30 avril 2016).

10. Art. 556 C.p.c.

11. On pourrait même aller jusqu'à cinq modèles différents de médiation puisqu'il y a actuellement un projet pilote dans deux districts judiciaires, Terrebonne et Gatineau visant la médiation obligatoire aux petites créances pour les dossiers en matière de consommation. Nous l'évoquerons en temps utile.

Afin de présenter le portrait le plus complet possible des formes de résolution des différends envisagées par le *Code de procédure civile*, nous décrirons les caractéristiques propres de chacun de ces processus. En outre, au-delà des descriptions, nous nous arrêtons sur certaines considérations juridiques qui prêtent à réflexion.

Étant donné l'enchevêtrement parfois labyrinthique des dispositions du Code, pour les besoins de ce texte, nous traiterons du sujet en trois volets. Le premier portera sur ce que l'on peut désigner comme la médiation conventionnelle (1) et qui comprend, d'une part, la médiation générale, soit la médiation en matière civile et commerciale familiale (1.1) et, d'autre part, la médiation familiale (1.2). Le deuxième volet concerne la médiation dans le cadre des réclamations introduite devant la division des petites créances de la Cour du Québec (2). Ici aussi, il convient de traiter de deux aspects, la médiation générale (2.1) puis le projet-pilote en droit de la consommation instauré dans certains districts judiciaires (2.2). Nous terminerons cette présentation par la conférence de règlement à l'amiable, même si ni notaire ni avocat n'y peuvent jouer aucun rôle direct (3).

Avant d'entrer dans le vif du sujet, précisons que par « médiation », nous entendons un mode de résolution des différends qui repose – ou devrait reposer – fondamentalement sur la volonté des personnes aux prises avec un différend. Celles-ci communiqueront, échangeront leurs points de vue et propositions avec le soutien d'un tiers, le médiateur, ce qui constitue à peu de choses près le seul point commun dans ce paysage hétéroclite. Ce tiers n'a en aucun cas un rôle d'adjudicateur ; sa présence n'a pas pour but d'imposer une solution aux parties, mais de leur permettre d'en arriver à trouver une solution par elles-mêmes. En somme, il les aide à négocier.

Le *Code de procédure civile* contient le terme « conciliation », proche de « médiation ». Certains voient une différence entre ces deux vocables. Alors que l'article 2 du Code définit – à peine – la médiation, il est silencieux en ce qui concerne la conciliation, terme qu'il utilise néanmoins à quatre reprises<sup>12</sup>. On a pu dire, avant le 1<sup>er</sup> janvier 2016,

[l]e Code de procédure civile ne donne pas de définition des divers termes qu'il utilise pour désigner les modes alternatifs, médiation,

---

12. Art. 9, 19, 161 et 561 C.p.c.

conciliation. D'après les articles où il les emploie, on déduit que « conciliation » désigne le fait de parvenir à un accord amiable alors que la médiation est le mécanisme par lequel y parvenir. Ainsi, en matière familiale, l'article 815.2 C.p.c. indique : « À tout moment avant le jugement et avec le consentement des parties, le tribunal peut, pour une période qu'il détermine, ajourner l'instruction de la demande en vue de favoriser soit la réconciliation, soit la conciliation des parties notamment par la médiation. »<sup>13</sup>

Pour nous, la « conciliation » est le résultat, alors que la médiation est le processus par lequel l'atteindre.

## 1. La médiation conventionnelle

Il faut distinguer deux types de médiation reposant sur la volonté des personnes de s'adresser à un tiers pour les aider à résoudre un problème. D'une part, la médiation en matière civile et commerciale, que l'on pourrait décrire comme la médiation portant sur des affaires courantes et d'autre part la médiation en matière familiale à laquelle on a recours lors de la dissolution du couple.

### 1.1 La médiation en matière civile et commerciale

La médiation conventionnelle générale est, à n'en pas douter, la nouveauté principale du nouveau *Code de procédure civile*. Elle fait partie de ce que le législateur a choisi d'appeler les modes de prévention et de règlement des différends. Dans ce registre se côtoient la médiation, la négociation – que le Code ne mentionne qu'à une reprise, justement en donnant des exemples de modes de PRD à son article premier – et l'arbitrage, figure bien connue du paysage procédural québécois depuis son introduction dans l'ancien Code en 1986<sup>14</sup>.

13. Sylvette GUILLEMARD et Séverine MENÉTREY, *Comprendre la procédure civile québécoise*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 8, note 21. Pour un auteur, « [l]a nuance entre la conciliation est la médiation est plutôt mince » (Marc LACOURSIÈRE, « L'accès du consommateur à la justice », (2008) 49 *C. de D.* 97, 118). Pour deux auteurs français, « la conciliation est une notion mère, générique, englobant en son sein le type particulier de la médiation » (Soraya AMRANI MEKKI et Yves STRICKLER, *Procédure civile*, Paris, P.U.F., 2014, p. 264).

14. L'article 1, al. 2 C.p.c. indique que les modes privés de résolution des différends sont « principalement » la négociation, la médiation et l'arbitrage. Que peut-on imaginer d'autre ? On peut penser au tirage au sort, prévu par le *Code civil du Québec* en cas de difficulté successorale (art. 850, 853 et 859 C.c.Q.). Pour différentes raisons, la conférence de règlement à l'amiable n'est certainement pas (... à suivre)



Pour des raisons passablement obscures<sup>15</sup>, le législateur a cherché à détourner les justiciables du système de justice public et les incite, si ce n'est à obtenir justice, du moins à parvenir à « restaurer la paix sociale »<sup>16</sup>, en recourant à des systèmes privés, hors de l'appareil étatique. L'intention du législateur se traduit entre autres par la place de choix réservée aux « principes de la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends » par lesquels débute le Code, immédiatement après sa disposition préliminaire. Ces principes régissent tous les types de règlement à l'amiable, notamment ceux dont nous traitons dans ce texte, sauf, vraisemblablement, la conférence de règlement à l'amiable. La structure du Code est éclatée puisque les règles détaillées s'appliquant aux différents modes de PRD se trouvent nettement plus loin<sup>17</sup>, les articles traitant de la procédure « classique » étant intercalés entre elles et les principes.

Bien que cela soit très maladroitement rédigé<sup>18</sup>, tout lecteur du Code comprendra que le législateur souhaite que le recours aux tribunaux devienne un remède de seconde ligne. En cas de problème, le premier réflexe tant pour les justiciables que pour les professionnels du droit doit être d'avoir une pensée pour les modes de PRD. Reléguée au second plan, la justice étatique sera réservée, semble dire l'article premier du Code, à ceux qui, justement, auront « considéré » le recours aux modes non judiciaires. Il semble que le codificateur n'ait pas osé obliger les justiciables à participer à un processus qui est par essence volontaire<sup>19</sup>, ce qui explique le choix de ce verbe

---

(suite...)

visée par les modes PRD et donc les sept premiers articles du code de procédure ne s'appliquent pas à elle.

15. Voir Sylvette GUILLEMARD, « Quelques réflexions autour des sept premiers articles du *Code de procédure civile* », dans *Actes du colloque Le Code de procédure civile : quelles nouveautés ?*, Montréal, Éditions Yvon Blais (à paraître).
16. Anne LEBORGNE, « Le programme gouvernemental de médiation familiale du Québec, ou comment penser le conflit familial à partir de l'intérêt de l'enfant », dans Bernard BEIGNIER, Pascale DEUMIER, Hugues FULCHIRON et Virginie LARRIBAU-TERNEYRE (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Nerinck*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 309, 310.
17. Pour la médiation conventionnelle générale, il s'agit des articles 605 à 615 C.p.c.
18. Voir S. GUILLEMARD, préc., note 15 ; Sylvette GUILLEMARD et Jacinthe PLAMONDON, « L'alinéa 3 de l'article premier du Code de procédure civile québécois : une formule de style ? », *Revue internationale de droit processuel* (à paraître).
19. Qu'il s'agisse de la négociation, de la médiation ou de l'arbitrage, tous ces procédés sont intrinsèquement volontaires. Cela ne veut pas dire que parfois, le principe de la volonté n'est pas mis à mal par les législateurs...

mou, inconsistant et tellement peu juridique – « considérer » – et dont la preuve sera ô combien difficile à faire. En effet, les parties devront attester à l'administration judiciaire qu'avant de saisir le service public, elles ont, non pas tenté, mais pensé à régler leur problème par une autre voie, principalement en faisant appel à un tiers.

Interrogé par une journaliste, le juge Pidgeon, juge en chef associé de la Cour supérieure à Québec, résume ainsi l'article premier :

[s]elon le nouveau système, les parties doivent d'abord « se rencontrer avant d'intenter un recours, tenter de trouver une solution. Si on n'est pas capable de s'entendre, on se présente devant la cour [...] ». <sup>20</sup>

En réalité, où est la nouveauté ? Pour qui prend-on les justiciables québécois ? Des êtres impulsifs, non réfléchis, se précipitant dans les procédures avec délice, insouciance et inconsideration ? Comme nous l'avons mentionné en introduction, sans jouer sur les mots, il y a tout lieu de croire qu'en cas de conflit, intenter une action en justice est certainement le dernier recours des citoyens. Sauf chez les querulents, saisir la justice, avec ce que cela entraîne de stress et de soucis tant psychologiques que financiers, n'est ni un passe-temps ni une partie de plaisir. Il est tout à fait inconvenant et irréaliste de croire qu'un justiciable ordinaire, sur un coup de tête, sans avertissement, sans tentative de joindre la personne avec qui il a un problème, sans discussion, sans tentative de trouver une solution, voire sans mise en demeure, décide d'entrée de jeu de poursuivre en justice une personne avec qui il a maille à partir. Pour le dire autrement, les citoyens n'ont pas attendu le Code pour tenter d'en arriver à un accord avec leur opposant *avant* de « s'adresser aux tribunaux »<sup>21</sup>. C'est justement parce que ces tentatives se sont révélées infructueuses que le demandeur introduit une action en justice. Autant dire que l'obligation insérée en grandes pompes dans le Code et considérée par quelques-uns comme un progrès certain n'en est pas réellement un.

Au-delà des principes contenus aux sept premiers articles du Code de procédure et qui visent tous les modes de PRD, ce sont les

---

20. Laurie RICHARD, « Le juge, leader du dossier », *Le Soleil*, 26 janvier 2016, [en ligne], <[www.lapresse.ca/le-soleil/affaires/zone/le-nouveau-code-de-procedure-civile/201601/20/01-4941840-le-juge-leader-du-dossier.php](http://www.lapresse.ca/le-soleil/affaires/zone/le-nouveau-code-de-procedure-civile/201601/20/01-4941840-le-juge-leader-du-dossier.php)> (1<sup>er</sup> mai 2016).

21. Art. 1, al. 3 C.p.c.

articles 605 à 615 qui régissent précisément la médiation conventionnelle générale. Pour les résumer, disons qu'ils affirment d'emblée le caractère volontaire du processus ainsi que la participation des deux parties, aucune n'ayant un rôle plus important que l'autre. Tous, médiateur et parties, assument des obligations qui visent principalement deux choses : la coopération, peut-être même l'implication, et la confidentialité. Ces obligations perdurent après l'aboutissement final du processus comme, pour ne donner qu'un exemple, le partage égal des frais entre les parties<sup>22</sup>. Ces articles indiquent le rôle neutre du tiers qui est bien un intermédiaire entre les parties, placé entre les deux, afin de les « aide[r] »<sup>23</sup> à dialoguer.

Notons trois particularités sur le plan juridique. En premier lieu, le recours à la médiation n'empêche pas par lui-même de saisir en même temps la justice étatique, sauf indication contraire des parties<sup>24</sup>. Par conséquent, si un contrat comporte une clause de médiation en cas de litige lié à ce contrat, contrairement à ce qui se passe avec l'arbitrage, l'une des parties peut intenter contre l'autre une poursuite en justice sur la même question, la saisine du tribunal pouvant avoir lieu à la place de la médiation ou même simultanément à elle, et ce, en dépit de la clause de médiation.

Sur le plan juridique, il n'y a ici rien de choquant ni de surprenant, puisque action judiciaire et médiation ne relèvent pas du même registre et, pour tout dire, ne visent pas totalement les mêmes buts. En cas d'arbitrage, autre mode privé de règlement des différends, la clause fait perdre au juge étatique sa compétence en raison de la similitude des recours, de leurs objectifs, etc.<sup>25</sup>. De façon générale, le déroulement d'un arbitrage repose sur les mêmes règles et obéit aux mêmes principes qu'un procès civil ; dans les deux cas, le tiers, magistrat ou arbitre, impose aux parties une solution à la fois contraignante et reposant sur le droit. La différence fondamentale est le caractère privé de l'arbitrage. En revanche, la médiation est essentiellement « une maïeutique »<sup>26</sup> et la présence d'un médiateur ne peut faire concurrence à la compétence d'un juge. D'ailleurs, sur

---

22. Art. 615 C.p.c.

23. Art. 615 C.p.c.

24. Art. 7, al. 1 C.p.c.

25. Le principe est codifié à l'article 7 C.p.c. et pour ce qui est des dossiers comportant un élément d'extranéité à l'article 3148 *in fine* C.c.Q.

26. Catherine KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, Paris, P.U.F., 2013, p. 447.

le plan purement procédural, il n'existe aucun moyen déclinatoire possible.

On pourrait certes parler du non-respect d'une clause contractuelle et :

[...]si l'une des personnes impliquées écartait le recours à la médiation en préférant saisir le tribunal étatique, l'autre pourrait, en théorie, la poursuivre en recherchant sa responsabilité contractuelle puisque « toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés. Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice » [art. 1448 C.c.Q.]. Cependant, en pratique, il nous semble que ce serait passablement vain car les dommages sont à la fois difficiles à prouver et forceraient probablement l'application de la maxime *de minimis non curat lex*.<sup>27</sup>

On peut toutefois être surpris que le législateur n'ait pas trouvé un moyen de limiter les possibilités de saisine des tribunaux étatiques en cas de recours à la médiation. Une telle restriction aurait été motivée non par les questions techniques de compétence, mais par le souci constant de la bonne administration de la justice. L'un des discours accompagnant la réforme du Code n'exprime-t-il pas la volonté de détourner les justiciables des palais de justice ? Il aurait alors été certainement envisageable de limiter temporairement l'exercice du droit d'accès au juge étatique non seulement sous forme d'option contractuelle donnée aux parties, mais également sous forme de principe.

Autre particularité très importante sur le plan juridique et que toute personne prête à s'engager dans une médiation doit savoir : les modes de PRD n'interrompent pas la prescription. Ici encore, la règle de base choisie par le législateur peut être modifiée par les parties, mais dans une mesure très limitée<sup>28</sup>. Attention, donc, en particulier lorsque la prescription d'un droit est proche de son terme.

À cet égard, il faut prendre soin de bien distinguer divers types d'écoulement du temps. En effet, l'article 612 C.p.c. est peut-être

---

27. Sylvette GUILLEMARD, « La médiation dans une approche transfrontalière et judiciaire, Rapport national québécois », dans Carlos EXPLUGUES et Louis MARQUIS (dir.), *New Developments in Civil and Commercial Mediation*, Cham, Springer, 2015, p. 557, 578.

28. Art. 7, al. 2 C.p.c.

trompeur lorsqu'il indique que si une médiation conventionnelle a lieu alors que les parties sont engagées dans une action en justice, celles-ci « doivent accepter de suspendre l'instance jusqu'à la fin de la médiation ». C'est l'instance, soit le déroulement de la procédure liée à la demande en justice devant le tribunal qui est momentanément suspendue, et seulement elle. Cette disposition n'altère en rien ni la prescription ni le délai de six mois pour mettre le dossier en état<sup>29</sup>.

Dernière constatation : la médiation prend fin par une « entente »<sup>30</sup> dont le Code prend soin de préciser qu'il ne s'agit pas, en principe, d'une transaction. Les parties peuvent encore une fois modifier la règle, mais telle qu'elle est envisagée en tant que généralité, il y a, là aussi, de quoi s'étonner. L'accord intervenu met fin au « différend », mais permet toutefois aux parties de continuer ou de reprendre le débat devant la justice étatique ! La ministre de la Justice donne à ce sujet une explication qui n'en est pas une : « [V]u les multiples formes que peuvent revêtir les différends et les engagements, il vaut mieux éviter cette qualification. »<sup>31</sup> Depuis quand la forme est-elle déterminante de ce qui constitue intrinsèquement une institution juridique ? Selon notre tradition en matière de contrat, le Code civil n'impose à ce chapitre aucune forme déterminée. Il n'y a qu'à lire l'article 2631 C.c.Q. pour le constater. La surprise est d'autant plus grande que, dans la foulée, la ministre reconnaît que les formalités et procédures entourant la transaction ne sont pas insurmontables ni lourdes : « la transaction offre la possibilité d'être exécutoire à la suite d'une simple procédure d'homologation par le tribunal »<sup>32</sup>.

En somme, on voit mal l'utilité de promouvoir les modes non judiciaires de règlement des différends dans l'optique de détourner les citoyens des tribunaux si cela ne les en détourne pas ou, pire, si cela ne les oblige pas à s'en détourner ! On aurait pu croire en paraphrasant et en inversant les propos du juge Pidgeon, cités plus haut<sup>33</sup>, que si l'on est capable de s'entendre, on ne se présente pas devant la cour.

---

29. Art. 173 C.p.c.

30. Art. 613, al. 1 C.p.c.

31. *Commentaires de la ministre de la Justice, Code de procédure civile*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, art. 613.

32. *Ibid.*

33. Préc., note 20.

## 1.2 La médiation familiale

Nous avons déjà signalé que le nouveau Code présente des particularités sur le plan de la structure. Rappelons qu'en ce qui concerne les modes non judiciaires de règlement des différends, le Code débute avec sept articles généraux à leur sujet pour ensuite en détailler les règles à partir de l'article 605. La médiation en matière familiale est particulièrement maltraitée à cet égard puisque, à cet écartèlement, s'ajoute une série de dispositions contenues au Livre V concernant « Les règles applicables à certaines matières familiales ». Les articles 417 à 424 C.p.c. portent sur la médiation intervenant en cours d'instance alors que les articles 616 et suiv. C.p.c. régissent celle entreprise en dehors de l'instance ou qui « intervient à titre purement privé »<sup>34</sup>. La première série de dispositions concerne en réalité la séance d'information puis l'effet de la médiation sur le processus judiciaire alors que la seconde s'attache davantage au processus de médiation lui-même. Il faut plaindre le justiciable qui cherche à s'y retrouver...

S'il y a bien deux personnes qui doivent maintenir un lien, quoi qu'il arrive et quelle que soit leur disposition d'esprit l'une envers l'autre, ce sont les parents. Même en cas de séparation, il faut que ces deux personnes communiquent, échangent puisqu'elles doivent régler les conséquences de leur séparation. Qu'il s'agisse de questions matérielles, financières ou non, les personnes qui ont un ou des enfants doivent maintenir une certaine sorte de relations afin de prendre des décisions liées à leur enfant. Cependant, comme très souvent une rupture conjugale ou de type amoureux entraîne une dégradation des relations entre les ex-partenaires, ils peuvent avoir de la difficulté à échanger et à prendre en toute sérénité des décisions en tant que parents. C'est pour cela qu'a été instaurée la médiation familiale, l'enfant n'ayant pas à faire les frais des désaccords entre les adultes.

Si la médiation n'est pas obligatoire<sup>35</sup>, en revanche les parents sur le point de se séparer doivent « participer à une séance d'infor-

---

34. Art. 616 C.p.c.

35. C'est généralement le cas des modes amiables de règlement des différends de ne reposer que sur la volonté des intéressés. On pourrait presque dire que, par essence, ces modes sont volontaires. Toutefois, au Québec, comme nous l'exposerons plus bas, l'État, dans certains cas, impose aux personnes impliquées de recourir à un mode amiable.

mation sur la parentalité et la médiation »<sup>36</sup>. Cette participation est un prérequis pour avoir accès au juge, en vertu de l'article 417 C.p.c. Mentionnons que certaines personnes peuvent être exemptées de l'assistance à cette séance d'information, tenue par un médiateur, et remarquons que le nouveau Code est plus strict à cet égard que le précédent. En effet, jusqu'au 31 décembre 2015, la personne qui souhaitait être dispensée n'avait qu'à « déclarer ce fait à un médiateur de son choix »<sup>37</sup> simplement en invoquant des motifs sérieux. Dorénavant, les circonstances d'exemption sont nettement plus encadrées et limitées<sup>38</sup>. Il faut s'être présenté « à un service d'aide aux victimes reconnu par le ministre de la Justice en invoquant être victime de violence conjugale »<sup>39</sup> pour espérer ne pas avoir à assister à la séance. Malgré cette attestation, la personne peut être contrainte par le juge « de participer à une telle séance »<sup>40</sup>.

Lorsque les parents décident, une fois l'information acquise, de recourir à la médiation elle-même, une partie des frais est assumée par l'État aux termes des articles 424 et 619 C.p.c., ce qui constitue évidemment un incitatif. Dans ce cas, si les parties étaient déjà engagées dans une procédure judiciaire, celle-ci est suspendue. Contrairement à la règle générale énoncée à l'article 612 C.p.c. qui prévoit la suspension « jusqu'à la fin de la médiation », en matière familiale, le Code spécifie une durée précise d'au plus trois mois<sup>41</sup>.

Une question intéressante sur le plan pratique et sur le plan juridique est évidemment de savoir ce qu'il advient en cas de succès du processus de règlement amiable, c'est-à-dire lorsque les parties

---

36. Art. 417 et 616 C.p.c. En réalité, il semble que les parties seront quand même entendues par le juge mais si l'une d'entre elles a refusé d'assister à cette séance, elle risque d'être sanctionnée par l'entremise des frais de justice (art. 341 C.p.c.). Il faut noter que le concept de « parentalité » n'est défini nulle part en droit québécois, ni dans le *Code de procédure civile*, ni dans le Code civil ni dans aucune loi.

37. Art. 814.10 ancien C.p.c.

38. Sous l'ancien régime, un trop grand nombre d'exemptions était accordé. Il semble que peu de personnes avaient envie d'assister à la rencontre et pour des motifs qui n'étaient pas ceux initialement envisagés. Par ailleurs, chaque fois que le médiateur signait le rapport attestant l'existence de motifs sérieux, ses « honoraires [...] s'élevaient à 50 \$ alors même qu'il n'y avait eu aucune séance de médiation » (A. LEBORGNE, préc., note 16, p. 319).

39. Art. 417, al. 2 C.p.c.

40. Art. 417, al. 2 C.p.c.

41. Art. 421, al. 1 C.p.c. Il est possible que le codificateur n'ait pas ressenti le besoin de chiffrer le délai de suspension de l'instance dans les matières non familiales car les médiations y sont généralement très courtes, de l'ordre de quelques heures.

réussissent à s'entendre. Qu'il s'agisse de la médiation familiale intervenue « en cours d'instance » ou non, le Code est muet sur cette question. Il y a donc lieu de se tourner vers les règles de la médiation en général. Contrairement à ce qui se passe en matière civile et commerciale, où l'entente peut être entérinée directement par un juge si les parties la considèrent comme une transaction, ici les parents risquent de devoir subir une épreuve supplémentaire : l'entente devra être mise en forme « légale » et être vérifiée par un juriste. « Ensuite, l'entente pourra être entérinée par un tribunal ou encore homologuée par un greffier spécial pour lui donner une valeur légale équivalant à celle d'un jugement. »<sup>42</sup> On imagine sans difficulté l'état psychologique de plusieurs parents au moment de la rupture. Le mécanisme mis en place par le droit québécois ne fait rien pour accélérer le processus de guérison ! D'abord la séance d'information, puis la médiation elle-même, puis la consultation auprès d'un conseiller juridique, puis la procédure d'homologation...

Devant le silence du législateur, on peut se demander si, comme le prévoient les règles générales, les parties ne pourraient pas choisir de considérer l'entente comme une transaction. Attendons de voir ce qu'en dira la jurisprudence.

Est-il utile de préciser qu'en outre, la médiation familiale souffre des mêmes défauts que la médiation générale, dont elle est une émanation, en termes de saisine parallèle des tribunaux étatiques et d'écoulement du temps en vue de la prescription ?

## **2. La Cour du Québec, division des petites créances**

La division des petites créances de la Cour du Québec se distingue principalement par la faible valeur des sommes réclamées. Comme les litiges de consommation y sont donc fréquents, le législateur a trouvé là un terrain particulièrement propice aux modes de règlement amiable.

---

42. Voir le site du ministère de la Justice, [en ligne], <[www.justice.gouv.qc.ca/francais/programmes/mediation/apres.htm](http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/programmes/mediation/apres.htm)> (2 mai 2016). Une auteure a écrit : « Il semble qu'en matière familiale le règlement qui interviendrait ne puisse être qualifié de transaction compte tenu du caractère indivisible de la transaction. On parlera davantage d'une entente ou d'une convention, *mais l'effet est le même* » (Ginette LATULIPPE, *La médiation judiciaire : un nouvel exercice de justice*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 81) (l'italique est de nous).



## 2.1 La médiation générale

La division des petites créances de la Cour du Québec, dont le seuil de compétence a été haussé à 15 000 \$ en janvier 2015, offre depuis 2002 aux justiciables la possibilité de procéder par voie de médiation. En effet, le défendeur reçoit la demande accompagnée d'un avis qui l'informe qu'il a le droit de « demander que le litige soit soumis à la médiation »<sup>43</sup>. La médiation peut aussi être proposée par le greffier qui « [à] la première occasion [...] informe les parties qu'elles peuvent, sans frais additionnels, soumettre leur litige à la médiation »<sup>44</sup>. La médiation des petites créances n'est donc pas un processus obligatoire, mais repose entièrement sur la volonté des parties.

Si les parties décident de recourir à la médiation, celle-ci sera « présidée par un avocat ou un notaire, accrédité par l'ordre professionnel dont il est membre »<sup>45</sup>. L'article 556 C.p.c. indique bien « la » séance. Il faut donc en déduire qu'il n'y en aura qu'une et le site du ministère de la Justice, à défaut du Code, précise qu'elle sera gratuite. Le même site indique qu'elle durera « environ une heure »<sup>46</sup>.

Ce qui retient l'attention ici est que lorsque la médiation aboutit à une entente, celle-ci doit être déposée au greffe et, par la suite, elle est « entérinée par le greffier spécial ou le tribunal » et « équivaut à jugement »<sup>47</sup>. Cela la distingue de l'entente en matière familiale dont on ne sait ce qu'elle est exactement et de l'entente en matière

---

43. Art. 547, al. 2, §1 C.p.c.

44. Art. 556 C.p.c. Il est difficile de voir comment s'articulent ces articles, le premier permettant au défendeur de demander une médiation, une fois la procédure entamée par la notification de la demande introductive d'instance et le deuxième donnant pouvoir au greffier d'informer les parties de cette option. On ne sait pas trop non plus ce que signifie l'expression « à la première occasion » dont l'imprécision n'est pas de mise dans un Code, en particulier, de procédure. Est-ce que la médiation dont parle le premier article est envisagée de façon générale alors que celle proposée par le greffier est prévue à l'article 556 et administrée par le « service de médiation » des petites créances ?

45. Art. 556, al. 1 C.p.c. On trouve des documents indiquant plutôt de « 30 à 60 minutes », [en ligne], <[www.ajbm.qc.ca/documents/file/documents/pro-bono/regles-du-service-de-mediation-sur-place.pdf](http://www.ajbm.qc.ca/documents/file/documents/pro-bono/regles-du-service-de-mediation-sur-place.pdf)> (6 mai 2016).

46. [en ligne] <[www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/generale/creance.htm#mediation](http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/generale/creance.htm#mediation)> (6 mai 2016). Une seule séance et d'une durée d'une heure peut se comprendre lorsque les réclamations sont de peu d'importance. Peut-on dire que c'est le cas lorsque le montant en jeu avoisine les 15 000 dollars ?

47. Art. 556, al. 3 C.p.c. L'entente intervenue entre les parties est donc contraignante et exécutoire sous peine de sanction.

civile et commerciale dont on sait qu'elle n'est pas de nature juridictionnelle. L'entente aux petites créances acquiert donc un statut immédiatement plus officiel et plus efficace qu'une transaction puisque ce contrat de type juridictionnel, lui, a éventuellement besoin d'une étape supplémentaire, l'homologation, pour valoir jugement. Peut-être cette mesure repose-t-elle sur des considérations d'ordre social, animées par le très à la mode « principe de proportionnalité ». Toujours est-il que cela crée, en termes de cohérence du droit, des disparités difficilement explicables.

Les articles consacrés à la médiation aux petites créances ne prévoient rien sur la prescription ni sur l'exclusivité du recours. Il faut certainement s'en remettre aux règles générales, en particulier aux « principes » contenus aux articles 1 à 7 du Code. Pour ce qui est de l'exclusivité du recours, il semble difficile d'imaginer un cas de litispendance entre deux districts judiciaires – et c'est impossible dans le même district –, mais en théorie, cela pourrait être possible par le jeu des articles portant sur la compétence territoriale des tribunaux de première instance. Autrement dit, des parties qui veulent se prévaloir du service de médiation proposé en vertu de l'article 556 C.p.c. dans un district judiciaire donné, par exemple celui du domicile du défendeur aux termes de l'article 41 C.p.c., ne sont théoriquement pas empêchées par le Code de s'adresser au juge dans un autre district judiciaire, celui du lieu où le contrat a été signé, comme le prévoit l'article 42 par. 1 C.p.c.

## 2.2 Les dossiers de consommation

Il est un domaine où les différends se prêtent particulièrement bien aux offices de la Division des petites créances car les sommes en jeu y sont souvent relativement peu élevées. Il s'agit des dossiers liés aux actes de consommation, même si, en pratique, « [l]a plupart du temps, les gens renoncent à faire valoir leur droit »<sup>48</sup>. Les différends dans ce domaine ne nécessitent peut-être pas réellement le recours à un juge, avec tout ce que cela coûte à l'administration judiciaire. En outre, les parties, surtout le consommateur lorsqu'il est demandeur, souhaitent être dédommagées ou remboursées rapidement. Bien que le Barreau du Québec se soit prononcé contre

---

48. « Contrats de consommation. Vers un projet-pilote de médiation obligatoire aux petites créances », *Le Courrier parlementaire*, 4 avril 2014, [en ligne], <[www.courrierparlementaire.com/article/11623](http://www.courrierparlementaire.com/article/11623)> (6 mai 2016).

une proposition visant à rendre la médiation obligatoire en raison du caractère fondamentalement volontaire de la démarche, le gouvernement a décidé de mettre sur pied un projet pilote de médiation obligatoire à la division des petites créances de la Cour du Québec<sup>49</sup>. Il a été implanté le 15 mai 2015 dans deux districts judiciaires, celui de Terrebonne et celui de Gatineau.

L'article premier du règlement instaurant ce projet en circonscrit le champ d'application : « Un projet pilote de médiation obligatoire pour le recouvrement des petites créances découlant d'un contrat de consommation est institué pour une période de 3 ans dans les districts judiciaires de Gatineau et de Terrebonne. » Rappelons que le « contrat de consommation » est défini à l'article 1384 C.c.Q. Pour le résumer, disons que ce contrat unit une personne physique, le consommateur, à une autre partie, que l'on peut désigner ici comme un commerçant, dans le but de se procurer, d'une façon ou d'une autre, des biens destinés à son usage personnel.

À la lecture de l'article premier du règlement, on comprend que ce ne sont pas tous les dossiers de consommation, ni même tous les dossiers de consommation relevant des petites créances, qui sont admissibles à la médiation obligatoire. Sont exclus tacitement ceux qui visent « la résolution, la résiliation ou l'annulation » d'un contrat. Ajoutons que même si le règlement, à l'instar de l'article 536 du Code établissant la compétence de la Division des petites créances, à l'article 536, parle du « recouvrement d'une créance », dans un cas comme dans l'autre, il ne faut pas interpréter l'expression au sens strict mais plutôt y voir la réclamation d'une somme d'argent, quel que soit le fondement de la réclamation du moment qu'elle s'inscrit dans le cadre d'un contrat de consommation, on serait tenté de dire d'une opération de consommation.

C'est le greffier qui désigne le médiateur à partir d'une liste de médiateurs accrédités dans les districts concernés. Les frais de la médiation sont pris en charge par le ministère de la Justice, selon les mêmes tarifs que pour la médiation habituelle aux petites créances.

---

49. *Règlement établissant un projet pilote de médiation obligatoire pour le recouvrement des petites créances découlant d'un contrat de consommation*, RLRQ, c. C-25.01, r. 1. Dans certains cas, prévus aux articles 2 à 5, les parties pourront être exemptées de cette obligation.

En ce qui concerne les droits et devoirs du médiateur et des parties, le règlement reprend les dispositions générales du *Code de procédure civile*, aux articles 605 et suivants.

Quant à la fin de la médiation, le droit québécois ne manque pas de réserver des surprises. En l'espèce, si les parties ont réussi à s'entendre, l'article 20 prévoit : « Les parties déposent alors au greffe soit un avis que le dossier a fait l'objet d'un règlement à l'amiable, soit l'entente signée par celles-ci. » Rien de plus. Pourquoi l'entente ne vaudrait-elle pas jugement, comme celle qui intervient dans le cadre de la médiation volontaire aux petites créances ? Le Barreau avait souligné lui aussi cette incohérence et avait proposé « d'arrimer »<sup>50</sup> les libellés des dispositions pour y mettre fin. Il n'a pas été entendu !

Pas un mot, là non plus, sur la prescription, ni sur l'exclusivité du recours.

### 3. La conférence de règlement à l'amiable

Parfois familièrement appelée « médiation judiciaire », la conférence de règlement à l'amiable (CRA) a été introduite dans le *Code de procédure civile* entré en vigueur en 2003. Elle est l'une des grandes originalités du système judiciaire québécois, même si d'autres, comme la France ou la Belgique, connaissent un processus qui porte le même nom mais qui s'en distingue par la qualité du médiateur. Chez nous, la séance est présidée par un juge :

Le juge en chef peut, à tout moment de l'instance mais avant la date fixée pour l'instruction, désigner un juge pour présider une conférence de règlement à l'amiable si les parties le lui demandent [...] ou si lui-même recommande la tenue d'une telle conférence [...].

La charge de présider une conférence de règlement à l'amiable entre dans la mission de conciliation du juge.<sup>51</sup>

50. *Position du Barreau, Projet de Règlement établissant un projet pilote de médiation obligatoire pour le recouvrement des petites créances découlant d'un contrat de consommation*, 12 mars 2015, [en ligne], <[www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2015/20150312-mediation.pdf](http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2015/20150312-mediation.pdf)> (6 mai 2016).

51. Art. 161 C.p.c. Le point commun avec les médiations judiciaires française et belge est temporel. Les trois interviennent alors qu'une procédure judiciaire est en cours. En dehors de chez nous, la médiation judiciaire est présidée par un médiateur, non par un magistrat en exercice. La CRA existe également en appel : art. 381 et 382 C.p.c.

Il n'est peut-être pas inutile de préciser que le magistrat appelé à titre de médiateur ne doit avoir aucun lien avec le dossier de la Cour, ni en amont, ni en aval.

Comme tout mode de PRD, la CRA est privée, dans le sens de confidentielle. Même si le Code est silencieux à cet égard, elle se déroule dans l'enceinte du palais de justice, dans une salle non accessible au public, et elle est gratuite. Ainsi, les « frais liés à la présence d'un juge médiateur, à l'occupation d'une salle etc. [...] sont [...] à la charge de l'ensemble des contribuables »<sup>52</sup>.

Rien n'interdit aux justiciables de ne pas profiter de la « gratuité » du processus.

Certains font valoir à cet égard qu'il n'est pas impossible que parfois, au lieu d'avoir recours à une médiation extrajudiciaire dont les frais doivent être assumés par eux, des justiciables préfèrent déclencher des procédures étatiques pour ensuite immédiatement demander des séances de médiation judiciaire.<sup>53</sup>

Le caractère volontaire de la CRA est affirmé à l'article 161 C.p.c. mais nous émettons quelques réserves à cet égard. Le Code prévoit que, outre une demande des parties elles-mêmes, le juge en chef peut *proprio motu* « recommander[r] la tenue d'une telle conférence ». Nombreux sont les justiciables prêts à s'opposer à l'ascendant et à l'autorité morale d'un juge en chef et qui refuseront d'« agré[er] sa recommandation » ?

La CRA est caractérisée par la souplesse propre aux modes non judiciaires de règlement des différends en termes de procédure, théoriquement décidée d'un commun accord par les parties et le magistrat.

Si la médiation conventionnelle intervenant alors que les parties sont engagées dans une instance judiciaire suspend l'instance, la CRA produit l'effet opposé<sup>54</sup>. Il est toutefois loisible au juge qui

52. S. GUILLEMARD et S. MENÉTREY, préc., note 13, p. 301.

53. S. GUILLEMARD, préc., note 27, p. 562-562. Pour mémoire, au 1<sup>er</sup> janvier 2016, les tarifs judiciaires de la demande introductive d'instance imposés à une personne physique varient de 170 à 680 dollars, selon le montant du litige.

54. Et bien sûr, la CRA n'a aucune influence sur le délai de mise en état : « Le fait que les parties aient décidé de se soumettre à une CRA n'était pas une excuse » pour ne pas avoir inscrit la cause dans le délai de 180 jours (*Divincenzo c. Glazer*, 2011 QCCQ 11521, § 27).

agit à titre de médiateur de décider du contraire aux termes de l'article 163, al. 2 C.p.c.

En cas de succès de la conférence de règlement à l'amiable, il n'y a plus lieu de poursuivre l'action ; l'entente met fin à la procédure judiciaire. L'article 165 du Code prévoit en toutes lettres que cette entente, contrairement à celles dont nous avons parlé auparavant, est une *transaction* : « Si un règlement à l'amiable intervient, le juge peut, sur demande, homologuer la transaction. »

La question de l'écoulement du temps et de la prescription ne se pose pas ici, la saisine préalable du tribunal faisant son œuvre en la matière, comme le prévoit l'article 2892 C.c.Q. Celle du parallélisme des processus, amiable et judiciaire, non plus, puisqu'il est inhérent à cette institution.

## CONCLUSION

Tous les différends entre les humains n'ont pas forcément à être judiciarisés. Certains ne justifient pas de mettre en branle la machine judiciaire, que ce soit du fait d'un manque de fondement juridique, étant donné la somme peu élevée en jeu, ou encore à cause de circonstances particulières, etc. Dans certains cas, ce sont les personnes impliquées dans le conflit qui préfèrent ne pas recourir à la justice publique pour des raisons qui leur sont propres.

Tenant compte à la fois de ces données sociales et de considérations financières, notamment le souci actuel d'économies de l'État, le législateur a introduit dans la procédure civile québécoise des moyens pour que les citoyens trouvent une voie menant à la paix en dehors de la sphère publique. Depuis quelques années et de façon plus retentissante depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, le codificateur propose une palette de mécanismes qui permettent aux citoyens d'éviter le procès.

Parmi ces processus, notre présentation s'est concentrée sur la médiation pour plusieurs raisons. En premier lieu, par défaut, nous avons éliminé la négociation, car même si le Code la mentionne à une reprise, il s'en désintéresse par la suite ; nous n'avons pas non plus traité de l'arbitrage à cause de sa très grande similitude avec le processus étatique.

Ensuite, la médiation a été sur toutes les lèvres qui ont commenté la réforme au début de l'année 2016<sup>55</sup>. De plus, le Code en propose maintenant différents types. Si cette variété fournit un sujet d'étude fertile, en revanche, elle présente de nombreux défauts, le principal étant l'incohérence, notamment sur le plan juridique.

Peut-on croire que le législateur a attribué le même nom à des institutions juridiques différentes ? Nous ne le pensons pas, tous les modes amiables que nous avons étudiés ayant les mêmes fondements, les mêmes principes de fonctionnement et les mêmes objectifs. Dans tous les cas, ils reposent sur la participation volontaire des personnes concernées<sup>56</sup>, et ce, tant pour le déclenchement du processus que tout au long de son déroulement. Autre similitude importante, les personnes sont assistées d'un tiers, ce qui est d'ailleurs l'essence même de ce type de négociation. Également, la procédure est souple, souvent déterminée par les personnes impliquées, les parties et le médiateur, sans solennité ni formalisme et le discours est théoriquement non juridique. En effet, on y parle de besoins et d'intérêts, non de droit ou de droits. Pendant les rencontres, les parties échangent, soit directement soit par l'intermédiaire d'un tiers, sans l'assistance d'avocats. Ces modes de résolution des différends sont confidentiels et « privés ». C'est dire qu'ils ne font pas partie de la justice publique, soit la justice administrée par l'État, la conférence de règlement à l'amiable se distinguant à cet égard. Tous ces modes qui évitent de participer au procès ont comme but de rétablir la paix entre des citoyens, à défaut d'obtenir justice. Les parties ayant participé avec succès à une médiation en viennent ensemble à élaborer la solution pour résoudre leur problème. Elle émane réellement d'elles et ne leur est pas imposée par une personne étrangère à leur litige.

Au-delà de ces similitudes qui permettent de faire relever ces « médiations » d'une même famille, on note de nombreuses disparités sur des points importants. Les liens que les unes et les autres entretiennent avec la procédure judiciaire sont flous et variables.

---

55. Voir les dossiers contenus dans la presse généraliste : Portfolio Droit, *La Presse*, 26 janvier 2016, [en ligne], <affaires.lapresse.ca/portfolio/droit/> (9 mai 2016) ; « Le nouveau Code de procédure civile », *Le Soleil*, 26 janvier 2016, [en ligne], <www.lapresse.ca/le-soleil/affaires/zone/le-nouveau-code-de-procedure-civile/> (9 mai 2016).

56. À une exception près, la médiation obligatoire aux petites créances pour les contrats de consommation

Dans certains cas, ces modes de règlement des différends peuvent se dérouler en même temps que les actions judiciaires, dans d'autres, ils s'inscrivent obligatoirement dans le cours d'un processus judiciaire, alors que parfois, ils y sont forcément préalables. Par ailleurs, lorsque les parties recourent à la médiation alors qu'elles sont engagées dans une procédure étatique, cela peut, ou non, influencer sur le déroulement du temps de celle-ci.

Les plus grandes divergences et, à notre avis, les plus problématiques concernent la qualification juridique de la fin des échanges, dans la situation où les parties ont réussi à s'entendre : transaction dans un cas, équivalent d'un jugement dans un autre, le plus souvent simple accord ou entente.

Ces différences, voire ces divergences, s'expliquent mal alors que le souhait du législateur, dans tous les cas de figure, est le même : éviter aux justiciables d'aller au procès. Ces disparités rendent difficile la compréhension générale de ce que le législateur regroupe sous une même dénomination, les modes de prévention et de règlement des différends<sup>57</sup>. Une institution peut sans problème présenter des variations, mais il nous semble que pour qu'elle soit efficace – ajoutons viable –, les régimes ne doivent pas contenir trop de contradictions, en particulier sur des points essentiels.

Une conclusion s'impose. Le législateur n'a pas choisi, selon nous, des moyens très convaincants pour inciter les justiciables à délaisser les tribunaux ou pour paver la voie de la paix à ceux qui les délaissent déjà<sup>58</sup>. Cette modernisation de la justice, largement annoncée et publicisée, n'est peut-être en réalité qu'une opération esthétique, presque une opération de relations publiques, qui, fondamentalement, ne sert malheureusement pas réellement le justiciable. Quel incitatif y a-t-il, en effet, à recourir à un mode privé de règlement des différends si « l'accord obtenu [n'] évite [pas] l'exercice d'une action en justice »<sup>59</sup> ? Ajoutons « si le fait de participer à un processus privé ne l'évite pas non plus ». Sans oublier le fait que l'entente finale elle-même peut être ignorée, voire bafouée... sans que cela porte à conséquence.

---

57. Avec, ici aussi, une exception en ce qui concerne la CRA.

58. Le constat du « décrochage judiciaire » semble bien établi. Voir S. GUILLEMARD, préc., note 15.

59. S. AMRANI et Y. STRICKLER, préc., note 13, p. 263.



Alors que les modes non judiciaires de règlement des différends semblent donner de bons résultats dans certaines situations, il est dommage que leur encadrement juridique ne soit pas à la hauteur.