

Comment mettre fin à
 son différend sans
 procès, selon le *Code de
 procédure civile* du
 Québec
 ou
 Ce que tout législateur
 devrait éviter de faire
 Sylvette Guillemard

Table des matières

Introduction

1. La médiation conventionnelle
 - 1.1 La médiation en matière civile et commerciale
 - 1.2 La médiation en matière familiale
 2. La Cour du Québec, division des petites créances
 - 2.1 La médiation générale
 - 2.2 Les dossiers de consommation
 3. La Conférence de Règlement à l'Amiable
- Conclusion

Résumé

La médiation est un mode de résolution des différends bien connu au Québec, encadrée par le législateur dans certaines situations depuis quelques années. La très récente réforme du *Code de procédure civile*, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016, y ajoute, en faisant une place d'honneur à la médiation conventionnelle.

Tant et si bien que le droit québécois offre maintenant aux justiciables cinq façons différentes d'éviter le procès en matière civile et commerciale, selon la matière concernée par le différend. Malheureusement, cette panoplie est loin d'être harmonieuse et engendre des disparités de régimes difficilement compréhensibles.

· Professeure, Faculté de droit, Université Laval, Québec.

Ce texte qui a fait l'objet d'une présentation orale dans le cadre du colloque *Le droit des Procédures judiciaires : perspectives comparative et transnationale*, Faculté des sciences juridiques de l'UCAD, Dakar, Sénégal, a été publié à l'origine à la *Revue du Notariat* en 2016.

Introduction

Pour diverses raisons, principalement liées aux finances publiques, l'État québécois cherche à encourager les justiciables aux prises avec des difficultés à ne pas se rendre jusque au procès 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 de procédure civile*¹, entré en vigueur le 1^{er} 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 ». Je vais m'intéresser ici à la médiation, médiation sous toutes ses formes, comme vous allez le voir.

Justement, de quoi parle-t-on quand on parle de « médiation » ? Il y a de quoi s'y perdre puisque dorénavant, notre droit privé, par le biais du *Code de procédure civile*, connaît expressément trois types de médiations. En réalité, on peut se demander s'il n'en compte pas quatre, en incluant la Conférence de règlement à l'amiable (« CRA ») qui n'en porte pas le nom mais qui présente des points communs avec ce mode non judiciaire de règlement des différends, notamment en permettant d'éviter le procès. J'irais même jusqu'à cinq modèles différents de médiation puisqu'il y a actuellement un projet pilote dans deux districts judiciaires, visant la médiation obligatoire

aux petites créances pour les dossiers en matière de consommation.

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, disparates, parfois en totale opposition.

Afin de présenter le portrait le plus complet des formes de résolution des différends envisagées par le *Code de procédure civile*, je vais décrire les divers processus, avec, pour chacun, ses caractéristiques propres, en attirant votre attention sur ce qui fait sa particularité ou ce qui constitue des difficultés. En outre, au-delà des descriptions, je vais m'arrêter sur certaines considérations juridiques qui prêtent à réflexion.

Je vais commencer par 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 (1.1) et d'autre part la médiation familiale (1.2). Je vous présenterai ensuite la médiation dans le cadre des réclamations portées à la Division des petites créances de la Cour du Québec (2), avec ses deux aspects, la médiation générale (2.1) puis le projet-pilote instauré dans certains districts judiciaires en droit de la consommation (2.2). Et je terminerai cette présentation par la Conférence de règlement à l'amiable (3).

1. La médiation conventionnelle

¹ Chapitre C-25.01.

1.1 La médiation en matière civile et commerciale

La médiation conventionnelle générale est, à n'en pas douter, la nouveauté principale du *Code de procédure civile* entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016, à côté de la négociation et de l'arbitrage.

Bien que cela soit très maladroitement rédigé², tout observateur du nouveau 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 justement qui auront « considéré » le recours aux modes non judiciaires.

J'attire votre attention sur trois particularités. En premier lieu, le recours à la médiation conventionnelle n'empêche pas par lui-même de saisir en même temps la justice étatique, sauf indication contraire des parties³. Par conséquent, si un contrat est rédigé comportant 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. Le recours au tribunal étatique aura lieu en dépit de la clause de médiation, la saisine du tribunal pouvant avoir lieu à la place de la

médiation ou même simultanément à la 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 pas les mêmes buts. En cas d'arbitrage, la clause fait perdre au juge étatique sa compétence en raison de la similitude des recours, de leurs objectifs etc.⁴ notamment le fait que, dans les deux cas, le tiers, magistrat ou arbitre, impose une solution à la fois contraignante aux parties et reposant sur le droit. En revanche, la médiation est fondamentalement « une maïeutique⁵ » et la présence d'un médiateur ne peut faire concurrence à la compétence d'un juge.

On pourrait certes parler du non-respect d'une clause contractuelle, avec ce que cela entraîne en termes de responsabilité mais cette hypothèse est bien théorique puisque les « les dommages [seraient] à la fois difficiles à prouver et forceraient probablement l'application de la maxime de *minimis non curat lex*⁶. »

Il est quand même surprenant 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

² 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?*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2016, p. 123 ; Sylvette GUILLEMARD et Jacinthe PLAMONDON, « L'alinéa 3 de l'article premier du Code de procédure civile québécois : une formule de style? », *Revue de droit processuel* (à paraître).

³ Article 7 al. 1 *C.p.c.*

⁴ 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.*

⁵ Catherine KESSEDIAN, *Droit du commerce international*, Paris, PUF, 2013, p. 447.

⁶ 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, à la page 578.

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, sous forme de principe, et non seulement sous forme d'option contractuelle donnée aux parties. 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, toutefois dans une mesure très limitée⁷.

Dernière constatation, la médiation prend fin par une « entente⁸ » 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!

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!

1.2 La médiation familiale

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 vont avoir à n'en pas douter des sujets à régler qui les touchent toutes les deux. 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 des décisions en tant que parents en toute sérénité. 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. Ce type de médiation est réservé aux personnes avec enfant.

Si la médiation est non obligatoire⁹, en revanche les parents sur le point de se séparer doivent « participer à une séance d'information sur la parentalité et la médiation¹⁰. » Cette participation est un prérequis pour avoir accès au juge, en vertu de l'article 417 *C.p.c.*

Lorsque les parents décident, une fois l'information acquise, de recourir à la médiation elle-même, s'ils étaient déjà engagés dans une procédure judiciaire, celle-ci est suspendue mais avec une durée limitée, d'au plus trois mois¹¹.

⁹ 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, l'État, dans certains cas, impose aux personnes impliquées de recourir à un mode amiable. (Voir *infra*)

¹⁰ Articles 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 risquera d'être sanctionnée par le biais 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.

¹¹ Article 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

⁷ Article 7 al. 2 *C.p.c.*

⁸ Article 613 al. 1 *C.p.c.*

Une question intéressante sur le plan pratique et sur le plan juridique est évidemment ce qu'il advient à la fin du processus de règlement amiable s'il donne un résultat positif. Qu'il s'agisse de la médiation familiale intervenue « en cours d'instance » ou non, le Code est lacunaire sur cette question. Il y a donc lieu de se tourner vers les règles de la médiation en général et on suppose donc qu'en cas de succès de la médiation, les parties en viennent à une entente. En matière familiale, la pratique démontre que, 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. Donc, chemin de croix pour les parents : d'abord la séance d'information, puis la médiation elle-même puis la consultation auprès d'un conseiller juridique puis la procédure d'homologation...

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

2.1 La médiation générale

La Division des petites créances de la Cour du Québec, dont le seuil de compétence a été haussé à 15000 dollars en janvier

matières non familiales car ici les médiations sont généralement très courtes, de l'ordre de quelques heures.

2015, offre depuis 2002 aux justiciables la *possibilité* de procéder par voie de médiation.

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 ¹². » L'article 556 *C.p.c.* parle de « 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 heure¹³ ».

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 ¹⁴. » Cela la distingue de l'entente en matière familiale dont on ne sait ce qu'elle est exactement et de l'entente en matière 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

¹² Article 556 al. 1 *C.p.c.* On trouve des documents parlant plutôt de « 30 à 60 minutes ». En ligne, www.ajbm.qc.ca/documents/file/documents/probono/regles-du-service-de-mediation-sur-place.pdf (consulté le 6 mai 2016).

¹³ En ligne, www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/generale/creance.htm#mediation (consulté le 11 mai 2017). 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 ?

¹⁴ Art. 556 al. 3 *C.p.c.* L'entente intervenue entre les parties est donc contraignante et exécutoire sous peine de sanction.

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.

Aucune mention n'est faite, aux articles consacrés à la médiation aux petites créances, ni de la prescription, ni de l'exclusivité du recours.

2.2 Les dossiers de consommation

Il est un domaine où les différends se prêtent particulièrement bien à être portés devant les petites créances car les réclamations y sont souvent d'un montant financier relativement peu élevé. Il s'agit des dossiers liés aux actes de consommation. 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 et en outre, les parties, surtout le consommateur lorsqu'il est demandeur, souhaitent être dédommagées ou remboursées rapidement. Le gouvernement a décidé de mettre sur pied un projet pilote de médiation obligatoire, implanté en 2015 dans deux districts judiciaires.

C'est le greffier qui désigne le médiateur, parmi une liste de médiateurs accrédités dans les districts concernés. Les frais de la médiation sont pris en charge par le ministère de la Justice.

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 ne sera-t-elle pas équivalente à un jugement, comme celle qui intervient

dans le cadre de la médiation volontaire aux petites créances ?

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. Elle a lieu à l'occasion d'une instance judiciaire. Chez nous, la séance est présidée par un juge. 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, elle 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.

Si la médiation conventionnelle intervenant alors que les parties sont engagées dans une instance judiciaire suspend l'instance, la CRA produit l'effet opposé¹⁵.

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. Et le code dit en

¹⁵ 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).

toutes lettres, à l'article 165 *C.p.c.*, que cette entente, contrairement à celles dont j'ai parlé jusqu'ici, 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 posent 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

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^{er} janvier 2016, le codificateur propose une palette de processus qui permettent aux citoyens d'éviter le procès.

En ce qui concerne la médiation, 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? Je ne le crois pas, tous les modes amiables présentés ici ayant les mêmes fondements, les mêmes principes de fonctionnement et les mêmes objectifs. À une exception près, mais qui, faut-il le rappeler, est un projet-pilote dont on n'a pas encore le résultat, dans tous les cas, ils reposent sur la participation volontaire des personnes concernées. 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. 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 personnes 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. 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, affecter le déroulement du temps de celle-ci.

Les plus grandes divergences et, à mon 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 figures, 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 différends¹⁶. Une institution peut sans problème présenter des variations, mais il me 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 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 déjà¹⁷. Cette modernisation de la justice, largement annoncée et publicisée, n'est peut-être en réalité qu'une opération esthétique, presque une opération de relation publique, 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 justice¹⁸ »? J'ajoute, 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.

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.

¹⁶ Avec ici aussi, une exception en ce qui concerne la CRA.

¹⁷ Le constat du « décrochage judiciaire » semble bien établi. Voir S. GUILLEMARD, préc., note 2.

¹⁸ Soraya AMRANI MEKKI et Yves STRICKLER, *Procédure civile*, Paris, PUF, 2014, p. 263.