



MEDIATIONSOPHILEX

## MÉDIATION

### **Quelles sont les différences entre la médiation et la conférence de règlement à l'amiable?**

Depuis que la loi a été changée au Québec en 2003 pour autoriser les juges à présider des conférences de règlement à l'amiable (CRA), il est souhaitable, pour l'administration de la justice en général et pour le bénéfice des justiciables en particulier, que des juges des tribunaux de droit commun puissent offrir ce service dans le cadre de leurs fonctions. J'ajouterais même que ce sont ces juges qui, depuis quelques années, ont fait une promotion très active de ce type de rencontres, au point de rendre cette justice participative beaucoup plus populaire au Québec qu'elle ne l'était au début des années 1990, alors que la médiation était déjà très répandue ailleurs au Canada et aux États-Unis.

Que se soit en CRA ou en médiation, l'objectif est de faire participer les parties et leurs avocats à une rencontre qui vise à leur donner la possibilité de régler eux-mêmes le conflit avec l'aide d'un tiers impartial qui préside la rencontre. Ce tiers est un juge dans le cas d'une CRA et un professionnel dans une médiation privée. Dans les deux cas, il s'agit d'un processus volontaire, sans préjudice et confidentiel où le tiers qui administre le processus n'a aucun pouvoir décisionnel sur le litige.

Une première différence entre les deux processus réside dans le fait que la CRA n'est possible que dans le cadre de procédures judiciaires alors que la médiation peut avoir lieu dès qu'il y a un conflit, soit avant l'institution de procédures, soit en tout temps entre l'institution d'une requête introductive d'instance et le procès, et même après celui-ci.

Une CRA ne comporte aucuns frais pour les justiciables (outre ceux de leurs avocats) et fait partie des services rendus par les cours de justice. Également en CRA, l'entente peut être entérinée par le juge et avoir force de jugement. En médiation, les parties paient aussi les honoraires du médiateur au prorata de leur nombre et l'entente est une transaction conclue entre les parties comme tout règlement négocié entre avocats. Cette transaction peut être homologuée selon l'article 2633 du Code civil du Québec.

En CRA, le juge est désigné alors qu'en médiation, les parties et leurs avocats peuvent choisir le médiateur afin qu'il réponde à certains critères qu'ils jugent pertinents : il peut s'agir de son expertise de la médiation, de son modèle et son style de médiation, de sa connaissance du domaine du litige ou de sa réputation.

Ces distinctions faites, à l'heure actuelle et du point de vue pratique, il est impossible de comparer les deux processus de façon systématique. En effet, le modèle et le style d'une médiation ou d'une CRA dépendent de la façon de faire et de la personnalité de ceux qui l'administrent, du modèle et des outils qu'ils privilégient de même que de leur zone de confort face aux émotions qui jouent souvent un rôle dans ces processus. Amener des parties hautement divisées dans un conflit à définir elles-mêmes et, de façon collaborative, comment elles peuvent se faire justice est à la fois une science et un art. C'est un rôle qui n'est réservé ni à une profession ni à une fonction, non plus qu'à un seul modèle théorique.

## **Analyse des modèles théoriques en médiation et en CRA**

Du point de vue de l'analyse des modèles théoriques de ces processus, la littérature nous apprend qu'il existe différents types de médiation :

- 1) classique (axée sur le processus et la résolution de problèmes et basée sur la négociation raisonnée);
- 2) facilitatrice (axée sur la justice participative et la négociation sur positions assistée);
- 3) évaluative (axée sur le droit et/ou l'opinion du médiateur);
- 4) douce (axée sur les personnes et les émotions);
- 5) transformatrice (axée sur la réparation intérieure et relationnelle).

Chacun de ces modèles possède une structure et une dynamique bien définies qui permettent aux utilisateurs de choisir le processus le mieux adapté à leurs besoins. Un modèle n'est pas meilleur qu'un autre puisque l'avantage des modèles alternatifs de règlement des conflits est justement qu'ils sont flexibles et adaptables aux besoins. Les experts de la médiation savent même intégrer différentes composantes de ces modèles à leurs médiations.

Une récente analyse du professeur Jean-François Roberge, parue dans *La Revue de prévention et de règlement de différends* (Éditions Yvon Blais, 2007, vol. 5, no 3), se penche sur la question des modèles théoriques des CRA au Canada et au Québec. Cette analyse révèle que la législation tant au Canada qu'au Québec, telle qu'elle est rédigée, permet aux juges d'utiliser autant le modèle évaluatif que le facilitateur ou le classique. Selon le professeur Roberge, ce sont les textes écrits sur les CRA qui décrivent les paramètres précis du processus préconisé dans chaque juridiction. Au Québec, ces écrits émanent de textes rédigés notamment par les honorables juges Louise Otis J.C.A., Susanne Courteau et Ginette Piché J.C.S. et de documentation conçue pour la formation donnée aux juges. Le modèle théorique qui y est préconisé s'apparente de façon générale aux modèles facilitateur ou classique. Le choix dépendra de l'orientation adoptée par le juge: négociation assistée visant le règlement dans le premier cas ou négociation raisonnée assistée menant au règlement dans le second. Il est possible que ce soit aussi un peu des deux.

## **Analyse des différences quant au modèle évaluatif en médiation et en CRA**

Un sujet de discussion qui a cours dans les milieux juridiques et universitaires est de savoir si le juge d'une CRA peut utiliser le modèle évaluatif et donner son avis sur le fond du dossier ou sur l'issue du litige. Bien que, dans les textes mentionnés ci-dessus, les tribunaux québécois aient pris clairement la position voulant que les juges ne se prononcent pas sur ces questions, on constate l'existence d'écoles de pensée contradictoires sur le terrain. Cette situation amène à mon avis une certaine confusion chez les utilisateurs.

Ces différentes écoles de pensée émanent peut-être de l'expérience de la médiation depuis une quinzaine d'années. L'expérience sur le terrain nous montre qu'en médiation, les parties et leurs avocats désirent cette rétroaction d'un médiateur parce qu'ils veulent profiter de la position privilégiée et du recul de ce tiers impartial, et bénéficier de ses impressions. En effet, ce dernier est la première personne neutre qui a l'occasion d'entendre, de vive voix, les deux côtés de la médaille. Ses impressions peuvent être précieuses sans être compromettantes puisqu'il n'a aucun pouvoir décisionnel. Bien que son rôle ne soit pas d'émettre une opinion juridique ou de se substituer aux avocats des parties, il peut aisément donner une rétroaction pertinente sur certaines questions qui ont été discutées devant lui et sur leurs difficultés propres. Il doit offrir cette rétroaction de façon éthique, professionnelle et respectueuse des positions des parties. Puisqu'il n'est qu'un simple professionnel du droit, sa rétroaction aura le poids que les parties et leurs avocats voudront bien lui donner et leur servira uniquement d'outil d'analyse supplémentaire parmi l'ensemble des outils que leur offre le processus. C'est pourquoi, en médiation privée, on privilégie souvent l'utilisation du modèle évaluatif ou d'un hybride qui ajoute la rétroaction au modèle classique.

On peut donc imaginer que cette même attente existe en CRA. L'utilisation du modèle évaluatif soulève cependant



des questions délicates dans le contexte des CRA. Dans son analyse, Me Roberge nous apprend qu'il y a de profondes divergences de vues sur ce sujet à la fois dans les modèles théoriques et dans la pratique. En effet, en Alberta et en Colombie-Britannique, les modèles théoriques autorisent l'utilisation du modèle évaluatif alors qu'au Québec, ils ne le recommandent pas. Par contre, une étude empirique menée par Me Roberge révèle paradoxalement qu'en pratique, dans l'Ouest, on privilégie plutôt les modèles facilitateur ou classique alors qu'au Québec, on privilégie le modèle évaluatif. Me Roberge invite à d'autres recherches sur ces différences et ces paradoxes, notamment à travers l'examen des motivations des juges et/ou des utilisateurs face à ces processus.

Selon moi, cette question mérite d'être analysée tant par le législateur que par les tribunaux, le Barreau et les utilisateurs en raison des questions éthiques qu'elle soulève. En effet, la fonction première du juge, telle qu'elle a toujours existé et telle qu'elle est perçue par les justiciables, est de trancher le litige après avoir entendu la preuve au procès. En CRA, en raison de cette fonction des juges, une rétroaction de la part de ceux-ci sur le mérite des positions des parties ou l'issue du litige pourrait exercer une grande influence sur celles-ci, sans qu'elles aient eu l'occasion de faire entendre leur cause comme elles le feraient au procès. Même si le juge n'est pas le même que celui qui entendra la cause, il y a là un danger de créer une confusion des rôles ou un risque de donner au justiciable une impression de justice expéditive sur la base de l'équité et non conforme au modèle établi. Or, l'idée de ce processus est de redonner aux parties non seulement le contrôle sur le résultat de leur litige, mais aussi le sentiment que le processus leur a fait justice. À mon avis, ce risque est encore plus grand au Québec où, en raison de son histoire et de sa culture, l'impact d'une personne représentant l'autorité et ayant force morale est resté gravé dans l'inconscient collectif.

Mais il existe de toute évidence différentes écoles de pensée tant chez les juges que chez les utilisateurs. En effet, il est courant d'entendre un avocat dire qu'il va en CRA pour faire bénéficier son client de l'opinion du juge. Tout aussi réel est le malaise rapporté par certains avocats face aux commentaires que le juge a faits sur le mérite du dossier. Il faudra donc des analyses plus poussées pour bien cerner, comprendre et mesurer à la fois les besoins individuels des utilisateurs et les intérêts systémiques de la fonction judiciaire. Actuellement, le fait que circulent différentes définitions ou attentes à l'égard des CRA crée une situation qui doit être réglée pour assurer la cohérence et la constance du service proposé par les tribunaux et pour donner aux utilisateurs des points de repère précis sur les différents modèles qui s'offrent à eux. Une histoire à suivre.

