

Nouveaux Cahiers du socialisme

Nouveaux
Cahiers du
socialisme

La légitimité des modes amiables de prévention et de règlement des différends à l'ère du nouveau Code de procédure civile du Québec

S. Axel-Luc Hountohotegbè

Numéro 16, automne 2016

L'accès à la justice, quelle justice ?

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/82647ac>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Collectif d'analyse politique

ISSN

1918-4662 (imprimé)

1918-4670 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Hountohotegbè, S. A. (2016). La légitimité des modes amiables de prévention et de règlement des différends à l'ère du nouveau Code de procédure civile du Québec. *Nouveaux Cahiers du socialisme*, (16), 34–42.

La légitimité des modes amiables de prévention et de règlement des différends à l'ère du nouveau Code de procédure civile du Québec

S. AXEL-LUC HOUNTOHOTEGBÈ¹

Introduction

La consécration par le nouveau Code de procédure civile du Québec de la place primordiale des modes amiables de prévention et de règlement des différends (PRD) et leur essor incitent à réfléchir quant à la conception qu'il conviendrait d'avoir désormais de la régulation sociale.

Pourquoi recourir aux modes amiables de PRD dans un système démocratique fondé sur la primauté du droit ? Les modes amiables de PRD en tant que système de régulation sociale sont aussi sinon plus anciens que le système juridictionnel de règlement des conflits. Ils sont un fait qu'on ne peut ignorer, une pratique sociale irréfutable. Plus encore, quelque performant qu'il puisse être, le système juridictionnel de règlement des litiges dans les démocraties fondées sur la primauté du droit n'est pas adapté à tous les conflits, et quand bien même il le serait, il ne pourrait absorber tous ceux qui sont susceptibles de naître de la vie en société². Les modes amiables de PRD s'inscrivent à ces égards en complémentarité et en coordination avec le système juridictionnel. Si l'on admet le besoin et la nécessité des modes amiables de PRD, même dans un système démocratique fondé sur la primauté du droit, on peut s'interroger sur leur choix et les garanties de leur processus quant aux droits des protagonistes. La présente étude propose des réponses non équivoques, résultats de démonstrations rigoureuses.

Peut-on considérer que les modes amiables de PRD constituent une menace pour la protection des droits des citoyens et des citoyennes ? Le nouveau Code de procédure civile du Québec fait des modes amiables privés de PRD un passage quasi obligé avant toute saisine des tribunaux³ dans les cas de conflits entre particuliers. Dans ce contexte, la question posée prend une ampleur cruciale.

1 Chercheur au sein du Groupe de recherche en prévention et règlement des différends (G-PRD) et chargé de cours à la faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

2 Seule une infime partie des problèmes ou conflits que les citoyens et les citoyennes connaissent dans leur vie aboutira devant le système judiciaire. Des études avancent des chiffres aux environs de 6,5 % des conflits qui seraient judiciarisés. Voir Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, *L'accès à la justice en matière civile et familiale. Une feuille de route pour le changement*, Ottawa, 2013, p. 9 et 12, notamment la note de bas de page 67.

3 N.C.p.c., disposition préliminaire, art. 1^{er} à 7.

Cela dit, la réponse à la question ne peut relever du mode performatif⁴. Elle doit découler d'une démonstration construite et rigoureuse. La réduction du droit à sa dimension formelle positiviste-étatique⁵ et à son système de justice *contradictoire, formel, procédural* et fondé sur *l'autorité* n'aide pas les praticiens, les praticiennes et les justiciables à concevoir et à accepter d'autres processus de résolution des conflits. Toutefois cette contribution démontrera que loin de faire peu de cas des droits des protagonistes, les modes amiables comportent plusieurs mécanismes qui permettent d'assurer leur intégrité.

Une autre question qui survient régulièrement peut être exprimée de la manière suivante : le caractère informel, confidentiel, souple des modes amiables de PRD favoriserait-il le déséquilibre des acteurs du processus ? L'interrogation concerne cette fois les garanties internes des processus de PRD. Ces craintes, en effet, ne peuvent être balayées d'un revers de la main. En explorant les pratiques et en analysant les principes des modes amiables de PRD, nous démontrerons que la vulnérabilité des personnes et la garantie des droits sont totalement prises en compte avant l'entame et tout au long des processus de PRD par les praticiens et les praticiennes.

L'hypothèse centrale de cet article est que les modes amiables de PRD ne constituent pas un danger pour le droit des citoyens et des citoyennes. Ils sont un moyen de remédier aux limites des pratiques traditionnelles du droit formel étatique, notamment leur incapacité à répondre dans certaines circonstances à une démocratisation des processus du droit et de leur application.

Le règlement des différends devrait-il toujours être pensé selon une approche positiviste-étatique⁶? Une réponse affirmative signifierait que seuls les modes judiciaires de règlement des conflits garantiraient les droits des citoyens, ce qui est discutable. Les modes amiables de PRD offrent l'opportunité d'une réponse différente et contextualisée aux conflits que génère la vie en société.

Dans la première partie de l'article seront d'abord évoquées les critiques sur le caractère « antidémocratique » des modes amiables de PRD fondées notamment sur leur manque de légitimité. Il sera démontré que les modes amiables de PRD sont aussi légitimes que la justice formelle étatique traditionnelle. Dans la deuxième partie seront abordées les critiques relatives aux conditions du recours aux processus amiables de PRD. Nous soutiendrons que les conditions préalables qu'ils imposent avant leur entame protègent adéquatement les droits des citoyens et des citoyennes.

4 Ce terme est employé ici dans le sens d'une démarche dépourvue de toute démonstration scientifique rigoureuse. D'un énoncé qui se prétend vrai aussitôt qu'il est exprimé.

5 Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, 2^e éd. revue et augmentée, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1951, p. 154 et s.

6 *Ibid.*

I. Le recours aux modes amiables de PRD, une légitimité discutable ?

I.1. La libre disposition de leurs droits par les acteurs et les actrices des processus amiables de régulation et le pluralisme juridique, fondement de la légitimité des modes amiables de PRD

Une des critiques adressées aux modes amiables de PRD est leur manque de légitimité face au droit formel étatique. Cette critique doit être réfutée. Dans un système démocratique fondé sur la primauté du droit, seule la loi au sens large pourrait limiter la capacité juridique des citoyens et des citoyennes. Le principe est donc que les citoyens disposent de pouvoirs d'agir très étendus⁷. Sous l'angle juridico-légal, les processus de régulation issus des modes amiables de PRD sont légitimes parce qu'ils sont fondés sur ce postulat, comme se trouve être légitime et valide un contrat qui n'est atteint par aucun vice du consentement ni contraire à l'ordre public même s'il n'est pas spécifiquement prévu par une loi. Dans les processus de PRD, on n'impose pas, on rassemble; on ne tranche pas entre des positions antagonistes, on construit. Tant que tout ceci se déroule dans le respect du cadre prédéfini de la normativité juridique étatique, aucune critique sur leur légitimité n'est véritablement recevable ni justifiée.

La conception positiviste-étatique⁸ de la légitimité, du droit et de la régulation sociale est issue du monisme juridique⁹. Si l'on change de cadre de référence, notamment si le pluralisme juridique est retenu, on opère du coup une remise en cause de la vision assimilatrice du droit et de l'État qui caractérise le monisme juridique.

Les théories du pluralisme juridique rejettent la conception hégémonique de l'État comme unique producteur du droit, conception qui ne correspond pas à la complexité de la vie sociale. Synthétiquement, le pluralisme juridique peut être conçu comme un ensemble de théories prônant qu'il existe dans les sociétés humaines une pluralité de cadres sociaux dans lesquels se manifestent

7 Des auteurs estiment à ce propos que « [d]ans la logique de la libre disposition intelligente de leurs droits par les êtres – ou par des personnes morales – c'est le procès qui devient le mode alternatif de résolution des conflits : l'ultime recours, faute de mieux, faute de dialogue ». Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette et Stephen Bensimon, *Art et techniques de la médiation*, Paris, Litec, 2004, p. 123.

8 Roubier, *op. cit.*

9 Le monisme juridique renvoie à l'État, entité qui se déclare autorisée à ordonner les conduites, de façon unique et exclusive. C'est lui seul qui est détenteur de cet attribut particulier que constitue la souveraineté. Voir Dominique Terré, « Le pluralisme et le droit », dans *Le pluralisme. Archives de philosophie du droit*, tome 49, Paris, Dalloz, 2005 [1952], p. 75; Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 2003.

des phénomènes de droit¹⁰, dont font partie les modes amiables de PRD. Le pluralisme juridique qui se rattache à la sociologie du droit permet une autre analyse des fondements et de l'essor des modes amiables de PRD. Il permet de ne pas réduire l'accès à la justice, qui est le véritable enjeu pour le citoyen et la citoyenne, aux questions d'accès au juge, d'aide juridique.

Les théories du pluralisme juridique incitent à identifier les différents modèles de régulation juridique existant dans une société multiculturelle comme le Canada, à mesurer l'influence respective des modèles étatiques de la loi, du règlement ou encore du procès et des autres modèles extraétatiques dans les groupes sociaux pour repenser l'accès à la justice. Elles permettent l'intégration des ordres juridiques issus de la diversité culturelle pour penser autrement les enjeux de la régulation. Leur pertinence pour la légitimité des modes amiables de PRD se retrouve également dans le fait de remettre le citoyen et la citoyenne au centre des préoccupations liées à la régulation.

Les modes amiables extrajudiciaires de PRD puisent aussi leur légitimité dans la confiance des protagonistes à l'endroit du processus et de leurs vis-à-vis qui y sont impliqués.

1.2. Adhésion aux processus amiables de PRD et confiance dans son vis-à-vis

Que faut-il entendre par confiance dans les processus de PRD et dans son vis-à-vis ? S'engager dans un mode de PRD suppose un acte de confiance¹¹ de la part des acteurs et des actrices du processus. Il faut en effet une bonne dose de confiance dans un processus où la volonté, sinon la bonne volonté, jouent un rôle primordial. On peut être contraint de subir un procès ; par contre, les acteurs des modes amiables de PRD les entament et les poursuivent seulement parce qu'ils le veulent bien. D'aucuns pourraient croire que le caractère volontaire et facultatif de la participation à un mode amiable de PRD est une faiblesse ; au contraire, nous soumettons que ces processus sont une pratique du droit qui relève du phénomène de la justice participative¹². Il faut croire qu'il est possible de régler un différend autrement que par la confrontation pour s'engager pleinement dans les processus amiables de PRD.

Outre la confiance dans le processus, il faut aussi avoir une certaine dose de confiance dans son vis-à-vis, qui, s'il n'est pas d'emblée considéré comme un ou une partenaire, n'est plus non plus tout à fait un ennemi qu'il faut à tout prix

10 Jean-Guy Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et société*, vol. 18, n° 1, 1986, p. 11-32, <<http://id.erudit.org/iderudit/001041ar>>; Roderick A. Macdonald, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *RDUS 2002-2003*, vol. 33, n° 2, p. 133-152.

11 Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette et Stephen Bensimon, *Art et techniques de la médiation*, Paris, Litec, 2004, p. 123.

12 Jean-François Roberge, *La justice participative. Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Yvon Blais, 2011, p. 13.

vaincre. Le simple fait d'accepter de recourir à un mode alternatif en conscience et en connaissance des principes et des valeurs de ces processus est la traduction du fait que les protagonistes acceptent d'essayer de se parler. Si l'autre n'est certainement pas encore perçu ni admis dans son entièreté et sa complexité, il est au moins considéré comme un semblable, un égal, ou à tout le moins un interlocuteur ou une interlocutrice.

Pourquoi la confiance dans les processus de PRD et dans son vis-à-vis fonde-t-elle la légitimité de ces modes ? Au plan théorique, des auteur-es¹³ établissent un lien entre la crise actuelle du système judiciaire et l'insuffisance de légitimité du droit pour réguler l'ensemble des rapports sociaux. Or, la légitimité fonde l'adhésion à la norme. Recourir à un mode amiable de PRD est un acte de confiance, y demeurer et y participer de bonne foi s'avère encore un acte de confiance. Sans exagérer, on pourrait affirmer que dans les modes amiables de PRD, la confiance dans le processus est constamment remise en cause et renouvelée. Ce principe fonde leur légitimité. On aboutit de la sorte à une conception de la régulation qui prend en compte les institutions auxquelles le citoyen et la citoyenne adhèrent le plus. L'acteur des modes amiables de PRD a confiance dans un processus auquel il recourt notamment parce qu'il contribue à la construction de la normativité qui y est appliquée, qui répond donc à son besoin d'implication et à son attente de justice.

Au-delà des éléments qui fondent la légitimité des modes amiables de PRD abordés, le déclenchement de ces processus requiert des conditions préalables qui ne sauraient être escamotées.

II. Quelles conditions préalables au recours aux modes amiables PRD ?

II.1. La protection de l'intégrité du consentement des protagonistes, une obligation pour les praticiens et les praticiennes en PRD

Le libre-choix d'un mode amiable de PRD pour résoudre un différend ne mettrait-il pas en danger les droits des personnes vulnérables¹⁴ ? Cette inquiétude présuppose que l'accord de certaines personnes pour participer à un processus de règlement amiable d'un conflit pourrait être influencé par une situation d'inégalité, de dépendance, de violence, de pression sociale ou d'oppression.

13 Louise Lalonde, « Une nouvelle justice de la diversité ? CRA et justice de proximité », *Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke. Le droit à l'épreuve des paradigmes*, Montpellier, CNRS, 2008, p. 121-141; Louise Lalonde, « La médiation judiciaire : nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions ? », dans André Riendeau (dir.), *Dire le droit : pour qui et à quel prix ?* Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 23-36.

14 Voir le Mémoire de la Commission des droits de la personne à propos de *l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile du Québec*, <www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/documents-deposes.html>.

L'équilibre des forces et la protection des plus vulnérables sont l'un des objectifs fondamentaux de l'instauration des procédures juridictionnelles.

Comment les modes amiables de PRD protègent-ils la volonté des acteurs du processus ? Évoquons d'abord l'hypothèse où un processus amiable de PRD est mené directement par les protagonistes sans recours à l'intermédiation d'une tierce partie. Ils devront s'assurer eux-mêmes de l'intégrité de leur consentement mutuel avant d'entamer véritablement des échanges sur le fond de leur différend. Autrement dit, il faut un consentement libre et éclairé, exempt de vice. Le non-respect de ces exigences fait peser sur le processus d'importants risques d'échec.

Dans l'hypothèse où les protagonistes choisissent d'être accompagnés dans leur démarche par un tiers, les principes des modes amiables de PRD exigent que ce tiers vérifie qu'il existe avant tout une volonté réelle chez chaque protagoniste de s'y engager.

Pour éviter qu'un déséquilibre de pouvoir ne vicie l'intégrité du consentement à entamer le processus, le praticien ou la praticienne doit vérifier qu'il n'y a eu aucune pression ou invitation trop pressante du juge par exemple pour régler le litige par un mode amiable de PRD. Cette vérification s'avèrera nécessaire notamment dans les cas où un règlement amiable du conflit est entamé concomitamment à une instance judiciaire. Le praticien ou la praticienne s'assurera par ailleurs qu'un des protagonistes n'a pas forcé la main à l'autre en coulisse pour l'amener à la table de négociation, en particulier dans les cas où les rapports entre ceux-ci sont teintés par une situation d'inégalité, de dépendance, de violence, de pression sociale ou d'oppression. Un entretien séparé avec les protagonistes permettra dès l'entame du processus au tiers de s'enquérir de la situation¹⁵. Il s'interrogera par exemple sur les raisons et les motivations qui ont pu inciter le ou la protagoniste auquel le rapport de force est favorable ou défavorable à se tourner vers les modes amiables de PRD. Le tiers devra également vérifier que le consentement des protagonistes n'est pas vicié par une vision erronée des modes amiables de PRD et de ce qu'ils peuvent leur apporter. Le tiers, professionnel-le aux compétences reconnues, sait capter les indices presque imperceptibles pour d'autres qui traduisent une vulnérabilité d'un ou d'une des protagonistes ou une domination dissimulée.

En cas de doute sur l'intégrité du consentement, le devoir éthique et professionnel du praticien et de la praticienne est de ne pas entamer de processus amiable de PRD, car le risque d'échec de celui-ci est important. Comme grand est le risque de produire des engagements qui ne seront pas exécutés ou un accord qui sera remis en cause devant les instances judiciaires. Une fois les conditions préalables à l'entame d'un mode amiable de PRD remplies, le tiers pourra dire avec force aux protagonistes sa confiance en ceux qui ont déjà montré *la plus grande des forces* : celle d'être prêts à accepter les règles d'un jeu à somme non nulle sur lequel « par des concessions mutuelles et d'autres formes de moyens

15 Bourry d'Antin et coll., *op. cit.*, p. 88.

[...], tous les joueurs peuvent trouver des avantages qu'aucun d'eux n'aurait obtenus individuellement »¹⁶. Il pourra désormais mettre en œuvre les outils, les techniques et les compétences des modes amiables de PRD.

II.2. Des obligations professionnelles pour le praticien et la praticienne des modes amiables de PRD : maîtrise des outils, apprentissage des techniques et acquisition des compétences

Il serait excessif de restreindre la pratique des modes amiables de PRD aux seuls spécialistes. Mais il serait aussi inadéquat de réduire les modes PRD à un art qui ne nécessite aucune formation. Dans un cercle familial ou amical, pour des différends aux enjeux restreints, il est possible de s'improviser tiers ou de tenter de régler directement son différend avec l'autre protagoniste. Mais dès que le niveau de complexité du différend n'est plus élémentaire, dès que les données de la situation conflictuelle sont complexes, la pratique des modes de PRD nécessite des compétences particulières. De plus, le passage d'un recours restreint à un usage généralisé des modes de PRD impose que leur pratique soit sécurisée par la formation du tiers ou des acteurs du processus.

La question de la protection des droits des citoyens et des citoyennes se posera avec moins d'acuité et de pertinence par la construction d'un cadre d'intervention des professionnels des modes amiables de PRD et par la vulgarisation de ce cadre d'intervention. Sans être achevée, la construction des cadres d'interventions théoriques et pratiques des modes amiables de PRD est bien avancée¹⁷. Le défi de leur vulgarisation demeure encore à relever d'où certaines interrogations et un scepticisme latent. Remarquons toutefois qu'il est plus aisé de maîtriser une compétence qu'un art. Si bien qu'aujourd'hui les outils stratégiques, les techniques spécifiques et les compétences en matière de résolution de conflits des professionnels des modes amiables de PRD remettent clairement en cause la pertinence des scepticismes et des interrogations sur la protection des droits des citoyens et des citoyennes qui font appel à ces modes de régulation.

Un auteur¹⁸ soutient qu'un professionnel des modes amiables de PRD doit notamment savoir avec précision « diagnostiquer le meilleur intérêt du client et ses motivations », « choisir le mode approprié de PRD », « stimuler la collaboration », « maîtriser un processus intégratif de règlement des différends », « reconnaître l'éthique de la négociation ». Comment ces compétences protègent-elles les droits des acteurs et des actrices ? L'acteur d'un processus amiable de PRD qui sait diagnostiquer son meilleur intérêt ou celui de son client renforce

¹⁶ *Ibid.*, p. 94.

¹⁷ Voir S. Axel Hountohotegbè, *Repenser la procédure civile. Les enjeux théoriques de l'accès à la justice et l'hypothèse de la régulation sociale par l'intégration des modes extrajudiciaires de prévention et de règlement des différends (PRD)*, Thèse de doctorat, Université de Sherbrooke, non publiée, 2016.

¹⁸ Roberge, *op. cit.*, p. 37 et s.

sa capacité d'agir durant le processus sans mettre ses droits en danger ou ceux de son client. Le praticien ou la praticienne qui sait choisir le mode amiable approprié de PRD économise du temps en ne soumettant pas le différend à un processus inapproprié. Il augmente ainsi les chances d'une intervention adéquate. S'il sait stimuler la collaboration, il minimise les risques de blocage et maximise les chances d'atteindre un accord assurant une plus-value optimum.

L'acquisition de la maîtrise des processus intégratifs de règlement des différends rend apte le tiers ou les acteurs à mettre en œuvre la méthodologie et les différentes étapes des modes amiables de PRD susceptibles de conduire à une issue consensuelle « gagnant gagnant » du différend. Savoir reconnaître l'éthique de la négociation est nécessaire, car les modes amiables de PRD sont des processus qui misent sur une certaine équité dans la résolution des conflits. Les acteurs, les actrices et le tiers doivent bien se rendre compte qu'ils ne peuvent pas faire ce qu'ils veulent dans les modes de PRD et qu'un niveau élevé de préoccupation éthique est attendu d'eux.

Ces compétences sont indispensables pour une bonne pratique des modes amiables de PRD et démontrent, si besoin était, que ces processus sont loin de constituer des cadres où règne « l'à-peu-près » et « l'approximation ». D'ailleurs, le développement actuel dont ils sont l'objet, l'intérêt du législateur¹⁹, des praticiens et des universitaires participent à ce que leurs processus garantissent les droits des citoyens et des citoyennes à travers notamment la maîtrise des outils, l'apprentissage des techniques et l'acquisition des compétences en matière de résolution de conflits.

Conclusion

La crainte de la mise en danger des droits par le recours accru aux modes amiables de PRD est-elle réelle ? Nous soutenons que ces modes sont l'antithèse de processus de régulation qui mettent en danger les droits des citoyens et des citoyennes. Nous suggérons un double dépassement de l'idée que les modes amiables de PRD menaceraient les droits des citoyens.

Dans un premier temps, si l'on adopte une conception moniste²⁰ du droit, il faut admettre que même dans ce cadre théorique, il ne peut être reproché aux modes amiables de PRD de mettre en danger les droits des citoyens. L'analyse objective ne permet pas de les qualifier de zones de non-droit ou de pratique « hors le droit ». Dans la plus pure tradition moniste, il est admis que les libertés et droits des citoyens et des citoyennes constituent la règle et les limitations de leurs libertés et droits sont l'exception. Dans ce contexte, il ne peut être affirmé sans confiner à la volonté d'infantiliser les citoyens que dans l'exercice de leurs libertés et droits, ils sont incapables d'agir dans leur meilleur intérêt. Et qu'un système de régulation mettant en avant le principe de la libre disposition de leurs

19 Voir le nouveau *Code de procédure civile du Québec*.

20 Roubier, *op. cit.*

libertés et droits pourrait constituer un danger pour leurs droits. Ceci ne signifie nullement qu'on ne peut attendre des modes amiables de PRD qu'ils offrent des garanties relatives aux droits des protagonistes. Ils offrent déjà nombre de garanties, et d'autres viendront sans doute s'ajouter. Il ne faut ni avoir peur des évolutions sociétales ni y être réfractaire, mais les accueillir avec bienveillance, lucidité, responsabilité et sans euphorie.

Dans un deuxième temps, nous soumettons qu'il faut remettre en cause la conception moniste²¹ du droit et de la régulation sociale et lui substituer une conception pluraliste qui nous paraît plus en adéquation avec l'évolution sociétale, les attentes et les besoins de justice des citoyens et des citoyennes.

Les formes de régulation qui diffèrent de la régulation judiciaire ne devraient pas être considérées comme du non-droit. De même qu'il n'échappe à personne que les modes amiables de PRD ne peuvent constituer un remède universel aux conflits sociaux. En effet, malgré leurs apports certains en tant que processus de régulation sociale, ils n'offrent qu'une forme de réponse au problème de l'accès à la justice qui est en fait le véritable enjeu de la régulation sociale. Ils essaient de porter une nouvelle culture de règlement des différends; cette démarche a ses aspects positifs, mais aussi ses enjeux et ses défis qu'il faudra surmonter. Mais leur place est désormais acquise dans la nouvelle architecture de la régulation sociale.

21 *Ibid.*