

(Re)penser la place de la médiation dans la Justice du 21^{ème} siècle : analyse franco-québécoise

Adeline Audrerie, doctorante en droit privé en cotutelle à l'Université Toulouse I Capitole et l'Université de Sherbrooke¹

Comment expliquer qu'après une multiplication des réformes, une forte promotion des modes amiables de règlement des conflits en France comme au niveau européen, les nombreuses initiatives prises par des praticiens convaincus, peu de pratiques soient répertoriées² et répertoriables³ ? Le rapport de l'inspection générale des services judiciaires parle « d'insuccès de la médiation »⁴. Certains considèrent que c'est en raison de l'inadaptabilité du contexte français, nécessitant un « changement de culture »⁵ voire de « mentalité »⁶. À l'inverse, le Québec est souvent cité en France comme exemple de performance et d'avancement dans le domaine de la prévention et du règlement des différends⁷, sans toutefois que ces constats fassent l'objet de référence rigoureuse.

Il serait intéressant de rechercher si la place accordée à la médiation dans notre système de justice autorise réellement son développement. Alors que le règlement amiable détient une

¹ Thèse de doctorat en droit privé sous la direction de Madame le Professeur Lise Casaux-Labrunée et Monsieur le Professeur Jean-François Roberge. Les travaux de recherche portent sur l'influence des modes alternatifs de règlement des conflits (appelés modes de prévention et règlement des différends au Québec) sur l'évolution de la justice civile en France et au Québec.

² Si les MARD ont donné lieu à une abondante littérature depuis 20 ans, leur développement effectif reste peu important. Sur ce point voir le récent *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, INSPECTION GENERALE DES SERVICES JUDICIAIRES, n° 22-15, avril 2015, p. 13 : « Si, depuis 20 ans, les MARD ont donné lieu à une abondante doctrine, leur développement effectif n'a pas été constaté, faute d'une demande forte des acteurs du procès judiciaire » ; A. GARAPON, « Qu'est-ce que la médiation au juste ? », in *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?*, Lausanne, Publication de l'Institut suisse de droit comparé, 1992, p. 211 : « On ne peut qu'être frappé à cet égard par la disproportion entre la pratique, relativement limitée, de la médiation et sa place dans le discours officiel sur la justice ».

³ L. CADIET, « Construire ensemble une médiation utile », *Gaz. Pal.*, 198-n° 199, 17 juillet 2015, p. 10-16 : « En vérité, l'évaluation de ce déficit est incertaine, à défaut de données chiffrées permettant d'en mesurer la réalité ».

⁴ *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, INSPECTION GENERALE DES SERVICES JUDICIAIRES, n° 22-15, avril 2015.

⁵ M. CASTILLO, « La médiation, un changement de culture juridique ? », in *Rendre (la) justice*, Dir. M. Wieviorka., Ed. Sciences Humaines, Les entretiens d'Auxerre, 2013, p. 207.

⁶ B. BERNABE, « Les modes amiables de résolution des différends et l'office du juge. La tierce voie », *Revue Justice Actualité*, n° 12, Déc 2014, p. 10 : « nécessite non pas un changement de culture car on va voir que le fil culturel n'est pas rompu, mais un changement de mentalité ».

⁷ Rapport MAGENDIE « Célérité et qualité de la justice, la médiation : une autre voie », oct. 2009, p. 5 et p.18 ; Rapport GUINCHARD, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », juillet 2008, p. 163 : « La commission a souhaité expertiser l'expérience menée au Québec pour éventuellement s'en inspirer » ; C. POLI, « Regards comparatifs sur les pratiques de la médiation », *Revue Lamy Droit Civil*, n° 88, 12 janvier 2011, p. 59 : « En matière de MARC, le Québec mérite une attention particulière ».

place historique en France⁸, la médiation semble s'être développée dès la fin du XXe siècle davantage en tant qu'alternative au procès, comme en témoigne l'emploi courant de l'expression « modes alternatifs de règlement des conflits » ou « Alternative Dispute Resolution ». Le terme « alternatif » cultive pourtant une grande ambiguïté, et sous-entend une certaine opposition entre la médiation d'une part et la justice étatique d'autre part.

Les réformes récentes de la procédure civile en France, comme au Québec, requièrent des réflexions innovantes concernant la place de la médiation afin d'assurer la coordination des formes de justice, des formes de régulation des différends dans nos sociétés. Si le législateur français et québécois semble détenir un objectif similaire de promotion et de diversification des modes amiables, et notamment de la médiation, le « degré d'alternativité »⁹ entre la médiation et la Justice semble moins prégnant dans le contexte québécois. Dans la mesure où le Québec est souvent cité en modèle de réussite outre-Atlantique, notre contribution cherchera à comparer la place de la médiation dans les politiques françaises et québécoises d'accès à la justice ainsi que dans les réformes de la procédure civile.

I. La place de la médiation dans les réformes de la procédure civile

Si le droit français et québécois ont en commun d'encourager et de promouvoir le recours à la médiation, aux modes amiables de règlement des différends, l'approche retenue diffère s'agissant de la façon de nommer ces procédés comme de la place qui leur est accordée.

Le recours à la médiation encouragé en France comme au Québec. On observe actuellement un mouvement d'encouragement et de promotion des modes amiables de règlement des conflits, et plus particulièrement de la médiation, au niveau mondial¹⁰. En France comme au Québec, les réformes récentes de la procédure civile mettent davantage en avant ces modes au sein desquels prend place la médiation. En France, la réforme J21 a été un accélérateur

⁸ B. BERNABE, « Les chemins de l'amiable résolution des différends », *Les cahiers de la justice*, n° 4, 2014, p. 636 : l'auteur parle d'une « tradition française d'une justice pacificatrice ». Il voit « une longue tradition dont la raison s'est perdue au moment où l'exigence de vérité, magnifiée par la conception moderne – et en dernier lieu positiviste – de la loi, a supplanté l'exigence de concorde. Les MARD ne seraient donc que le retour dans nos codes d'une longue tradition interrompue, qu'accompagnerait un abandon, encore progressif, de la conception positiviste de la loi » ; J. POUmarede, « La conciliation, la mal-aimée des juges », *Les cahiers de la justice*, janvier 2013.

⁹ Cette notion a été employée par le Professeur Louise Lalonde à plusieurs reprises : Louise LALONDE, « La médiation, une approche "internormative" des différends ? Analyse comparative des approches de G. A. Legault et de R. A. Macdonald », *R.D.U.S.*, n° 33, mars 2002 p. 100.

¹⁰ M. SCHONEWILLE et F. SCHONEWILLE (éd.), *The variegated landscape of mediation. A comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the world*, Eleven international publishing, 2014 ; C. ESPLUGUES et S. BARONA VILAR, *Global perspectives on ADR*, Cambridge, Intersentia, 2014.

dans la promotion des modes de PRD en exigeant pour tout citoyen souhaitant saisir le juge de justifier d'une « tentative de règlement amiable »¹¹, ainsi qu'en rendant obligatoire la conciliation devant le juge d'instance¹². Au Québec, le nouveau Code de procédure civile souhaite favoriser un changement de culture dans le monde juridique et judiciaire¹³. Le procès n'y est plus le mode privilégié de règlement par défaut, mais l'accent est mis sur la prévention et le règlement en amont. Les parties ont alors l'obligation de « considérer les modes de prévention et règlement des différends » avant de saisir le juge¹⁴.

Des choix sémantiques différents. La médiation, comme les MARC, souffre en France d'ambiguïtés sémantiques récurrentes¹⁵. Le terme « alternatif », couramment employé, cultive une opposition importante entre la médiation et la Justice formelle. Dans la période contemporaine, le terme « amiable » a été davantage employé, notamment pour désigner les processus de nature conventionnelle¹⁶. Toutefois, de façon surprenante, la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle emploie de nouveau le terme « alternatif » s'agissant de processus conventionnels¹⁷. Pour une partie de la doctrine, ces changements terminologiques ne sont pas sans conséquence¹⁸. Au Québec, le comité de terminologie juridique du ministère

¹¹ Art. 18 du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends : « Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ».

¹² Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice du XXI^{ème} siècle.

¹³ CABINET DU MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUEBEC, communiqué, « Le ministre de la Justice veut une justice civile plus accessible », 30 avril 2013 : « Avec ce nouveau Code de procédure civile, je souhaite insuffler un changement de culture chez tous les intervenants du système judiciaire (...) Nous allons, par cette réforme, moderniser la procédure devant nos tribunaux de manière à ce que la justice civile québécoise passe du 20^e au 21^e siècle. »

¹⁴ Nouveau Code de procédure civile, Art. 1 al. 3 : « Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux ».

¹⁵ Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, « Le seul moyen de sauver la médiation, c'est de la sortir du piège terminologique », *Affiches Parisiennes*, n° 39, mai 2016, p. 12 ; Fabrice VERT, « La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement », *Gaz. Pal.*, 31, 30 janvier 2015, p. 8-11 ; A. AUDRERIE, « Relever le défi de l'accessibilité au règlement amiable en France », in *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour des processus de qualité*, L. CASAUX-LABRUNEE, J.-F. ROBERGE (Dir.), L.G.D.J., 2017, à paraître.

¹⁶ Livre V du Code de procédure civile intitulé « La résolution amiable des différends ».

¹⁷ D. n° 2016-514 du 26 avril 2016 relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges et à la déontologie des juges consulaires.

¹⁸ S. AMRANI-MEKKI, « La codification de l'amiable », in *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, Dir. I. Pétel-Teyssié, C. Puigelier., Editions Panthéon Assas, 2016, p. 97 : « Le projet J21 parle à nouveau de « modes alternatifs de règlement des litiges » alors que le livre V traitait utilement des modes amiables. Le changement de terminologie n'est pas neutre. L'amiable souligne qu'il n'y a pas alternative, mais alternance. L'amiable s'inscrit dans la procédure civile et pas en dehors » ; Georges A. LEGAULT, « Les nouveaux modes de règlement des différends et la transformation de la fonction de juger : vers une justice renouvelée ? », *Ethique publique*, vol. 3-2, 2001 : « L'évolution des sigles indique, en surface, une modification du caractère alternatif ou contestataire des nouveaux modes de règlements, mais cette transformation correspond à un changement plus profond dans la manière de penser la portée des pratiques des RD ou des MARC ».

de la Justice a recommandé d'éviter l'emploi du terme « alternatif » pour désigner ces modes¹⁹. Tenant compte de cette recommandation, le législateur québécois a choisi d'employer un seul acronyme « mode privé de Prévention et Règlement des Différends » (PRD) permettant ainsi une harmonisation du vocabulaire employé et l'évitement de débats inutiles.

La recherche de complémentarité affichée au Québec. La réforme de la procédure civile cherche à favoriser un changement de culture²⁰. Pour la ministre de la Justice, l'article 1^{er} du nouveau Code de procédure civile²¹ « établit dès le départ que les modes privés de PRD sont inclus dans la notion de justice civile »²². Si les modes de PRD, et en particulier la médiation, ont longtemps été perçus comme des alternatives s'opposant à la justice judiciaire, étatique, il semble que le législateur québécois souhaite renforcer la complémentarité entre ces deux modèles de justice. Le nouveau Code de procédure civile du Québec participe à l'avènement d'une justice participative²³. Or la justice participative est un modèle « renouvelé et intégrateur »²⁴ de justice qui vise à rassembler et articuler deux modèles qui sont apparus pendant longtemps comme opposés²⁵.

¹⁹ C. PICHE, *Droit judiciaire privé*, notes et questions sous l'extrait « Les modes alternatifs de règlement des litiges » de Jean Morin, Les éditions Thémis, p. 50.

²⁰ « Avec ce nouveau Code de procédure civile, je souhaite insuffler un changement de culture chez tous les intervenants du système judiciaire (...) Nous allons, par cette réforme, moderniser la procédure devant nos tribunaux de manière à ce que la justice civile québécoise passe du 20^e au 21^e siècle » Cabinet du ministre de la Justice du Québec, communiqué, « Le ministre de la Justice veut une justice civile beaucoup plus accessible », 30 avril 2013 ; Voir le communiqué du 15 décembre 2015 et les propos de la ministre Stéphanie Vallée : « Par la réforme du Code de procédure civile, nous réalisons une avancée considérable en matière d'accès à la justice. Dans ce changement, nous souhaitons voir les Québécoises et les Québécois passer de la culture du procès à celle de l'entente. En effet, le nouveau Code de procédure civile privilégiera le recours aux modes de prévention et de règlement des différends (PRD), comme la médiation, la négociation, la conférence de règlement à l'amiable et l'arbitrage ». En ligne : <<http://www.fil-information.gouv.qc.ca/Pages/Article.aspx?idArticle=2312168988>>.

²¹ Nouveau Code de procédure civile, Art. 1 : « Les modes privés de prévention et de règlement des différends sont choisis d'un commun accord par les parties intéressées, dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né. (...) Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux ».

²² *Commentaires de la ministre de la Justice*, Code de procédure civile C-25.01, Wilson & Lafleur Ltée, 2015, p. 19.

²³ L. CHAMBERLAND, *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Commentaire de Jean-François Roberge, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2014, p. 6 : « Le Québec retient une conception moderne de l'accès à la justice qui ne se réalise plus seulement par l'intervention d'un juge pour trancher le litige, mais également à l'extérieur de l'enceinte des tribunaux par l'entreprise de processus (...) » ; J.-F. ROBERGE, *La justice participative. Fondements et cadre juridique*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2017.

²⁴ M. THERIAULT, « Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative », *Revue du Barreau*, Tome 74, 2015, p. 16.

²⁵ *Ibid.* p. 16 : « Grâce à l'idée d'un système fondé sur la justice participative, ces deux mondes (l'auteur parle de la justice traditionnelle et de la justice alternative) ne font plus qu'un, sous un seul concept organisé et judiciairement reconnu : celui où le recours aux modes consensuels de résolution des conflits (telles la médiation, la négociation, etc.) est envisagé tout autant que le recours aux tribunaux, selon les besoins, les intérêts et ressources de chacune des parties ».

À l'inverse en France, les modes alternatifs sont présentés dans le projet de modernisation de la Justice du XIX^{ème} siècle non pas comme élément favorisant l'accès à la justice, inclus dans la justice civile, mais comme méthode pour en améliorer le fonctionnement.

L'étude de la place de la médiation dans les politiques d'accès à la justice va également révéler une recherche plus grande de complémentarité dans le modèle québécois de justice.

II. La place de la médiation dans les politiques d'accès à la justice

L'étude des rapports de travail remis au ministère de la Justice en France et au Québec, ainsi que l'abondante littérature sur le concept d'accès à la justice laisse apparaître des disparités importantes entre le modèle français et québécois. Le concept d'accès à la justice a connu des évolutions importantes au cours des dernières décennies. S'il est difficile d'en apporter une définition, certains auteurs ont tout de même tenté de baliser ce concept²⁶ et de décrire les tendances de cette évolution²⁷. Le Professeur Marc Galanter, dont les recherches sont reconnues au niveau international, identifie trois phases dans les politiques (l'aide juridique, les procédures collectives et les PRD) et réformes de l'accès à la justice²⁸. Les modes de PRD représentaient la troisième et dernière phase. Toutefois, il convient de se demander si au cours de cette troisième phase la place des modes de PRD a évolué.

1^{er} temps : la médiation comme palliatif aux maux de la justice. Les modes de PRD, la médiation plus spécialement, ont été mobilisés en premier lieu en réponse au dysfonctionnement du système judiciaire. Ils devaient ainsi permettre un règlement des différends plus rapide, moins complexe, plus efficace et moins coûteux. Cette idée a d'abord émergé aux États-Unis à la fin des années 1960. Les « *Alternatives Dispute Resolution* » sont apparus du fait de l'encombrement des tribunaux, des retards excessifs et de la montée en flèche des frais judiciaires. Les modes de PRD répondaient à l'origine à une insatisfaction générale

²⁶ S. A.-L. HOUNTOHOTEGBE, *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 en droit de l'Université de Laval, Université de Sherbrooke (Qc), Canada, sous la dir. du Pr J.-F. ROBERGE, 2017.

²⁷ R. A. MACDONALD, « L'accès à la justice aujourd'hui au Canada - étendue, envergure et ambitions », in *L'accès à la justice pour le nouveau siècle. Les voies du progrès*, Dir. J. Bass, W.A. Bogart, F. H. Zemans., Barreau du Haut Canada, 2005, p. 23 ; M. CAPELLETTI, *Accès à la justice et État-providence*, Paris, France, Economica, 1984.

²⁸ M. GALANTER, « La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux », in *Accès à la justice et État-providence*, Dir. M. CAPELLETTI, Trad. R. DAVID, Paris, Economica, 1984, p. 167.

vis-à-vis de l'administration de la justice²⁹. À la fin du 19^{ème} siècle au Canada, et plus particulièrement au Québec, nous retrouvons également cette idée. L'étude des rapports officiels remis au ministère de la Justice relève un besoin de simplifier, de rendre plus rapide et moins coûteux l'accès à la justice³⁰. Enfin, en France les MARC ont également été perçus comme un moyen d'alléger la charge des tribunaux³¹, cependant à la différence du Canada ce discours reste d'actualité³².

2^{ème} temps : la diversification des objectifs dans la promotion de la médiation. Il est intéressant d'observer que les limites du système judiciaire ne sont pas les seules finalités du développement de la médiation et des modes de PRD. Rapidement, les politiques québécoises d'accès à la justice ont assigné d'autres objectifs au développement de ces modes. Ils correspondent à une nouvelle vision de règlement des conflits et apparaissent comme plus accessibles, mieux adaptés et donnant de meilleurs résultats. Les PRD sont perçus comme « une solution ayant une valeur intrinsèque » et non pas seulement comme « une solution aux problèmes, aux lacunes du système judiciaire »³³. Dès la fin des années 1980, on observe une réelle reconnaissance de la plus-value de la médiation dans le règlement d'un différend. Comment expliquer cette évolution si rapide au Québec ? Il est essentiel de distinguer le contexte canadien et européen. Le Canada, et le Québec, ne souffre pas d'un engorgement excessif des tribunaux comme c'est le cas pour de nombreux pays européens. Si la rapidité, le coût et l'efficacité de la justice sont des problématiques importantes, les statistiques de l'activité judiciaire au Québec montrent un système qui ne semble pas « à bout de souffle »³⁴. Les

²⁹ COMITE PERMANENT DE L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, *Le règlement des conflits parallèle*, Ontario, 1990, p. 4 : « En raison de l'insatisfaction généralisée quant à l'administration de la justice aux États-Unis, les efforts de réforme ont porté sur des solutions de rechange. L'un des buts principaux du mouvement consistait à réduire l'encombrement des tribunaux, ainsi que les retards et les frais excessifs » ; GROUPE DE TRAVAIL SUR L'ACCESSIBILITE A LA JUSTICE, *Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice*, 1991, p. 163 : Aux États-Unis, « l'insatisfaction générale que suscitait le système judiciaire, l'encombrement des tribunaux, les coûts élevés des frais judiciaires et les longs délais semblent en majeure partie avoir été à la base de l'élaboration des modes alternatifs de règlement des litiges ».

³⁰ ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Solutions de rechange au règlement des conflits : une perspective canadienne*, Ottawa, 1989, p. 2 : « Les solutions de rechange au règlement des conflits apparaissent comme des solutions en vue d'obtenir une justice équitable, efficace, rapide et point trop coûteuse » ; BARREAU DU QUEBEC, *Mémoire sur le rapport de la justice civile au Canada*, 1998 : Les modes de prévention et règlement des différends visent à « permettre un règlement des différends résolu efficacement, rapidement et à un coût raisonnable ».

³¹ Rapport GUINCHARD, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », juillet 2008, p. 22 et 23.

³² INSPECTION GENERALE DES SERVICES JUDICIAIRES, n° 22-15, avril 2015, p. 17 : « La médiation judiciaire tend à se développer, non en raison de l'identification d'un besoin ou d'une demande, mais plutôt lorsque les délais de jugement et les stocks sont importants ».

³³ ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Solutions de rechange au règlement des conflits : une perspective canadienne...*, *op. cit.*

³⁴ Expression couramment reprise en doctrine française pour décrire le système de justice : Olivia DUFOUR, « Le système d'accès au droit est à bout de souffle », *L.P.A.*, n° 22, 30 janvier 2013, p. 4 ; « La juridiction prud'homale à bout de souffle », *S.S.L.* n° 1575, mars 2013, p. 2 ; Voir également les articles de presse suivant : « Urvoas : la justice "à bout de souffle" », *Libération*, 3 avril 2016, disponible en ligne : <

données récentes montrent même une diminution constante du recours aux tribunaux³⁵, malgré une augmentation de la population québécoise. Dans la majorité des cas, les dossiers ne se rendent pas jusqu'au juge³⁶, mais fond l'objet d'un règlement amiable (surtout de négociations entre avocats)³⁷. Cependant, ce règlement intervient souvent peu de temps avant la date de l'audience, les parties sont tout de même confrontées aux problématiques de coût et de lenteur de la procédure.

3^{ème} temps : la médiation comme réponse aux besoins de justice des citoyens. Les études québécoises récentes laissent transparaître une prise de conscience : pour garantir l'accès à la justice, il convient d'identifier les besoins des citoyens, et les modes de PRD peuvent permettre de répondre à ces besoins³⁸. Une étude américaine montrait en 2009 que 70 à 90% des besoins juridiques dans la société ne sont pas satisfaits³⁹. La médiation apparaît alors comme un moyen de répondre aux attentes nouvelles et aux besoins des citoyens. Au-delà des considérations purement financières et juridiques, les citoyens détiennent des besoins de justice qui tiennent compte d'intérêts plus globaux⁴⁰. De l'étude de ces rapports ressort différents besoins de

http://www.liberation.fr/france/2016/04/03/urvoas-la-justice-est-a-bout-de-souffle_1443655 > ; « La justice française est "à bout de souffle" », Le Figaro, 3 avril 2016, disponible en ligne : < <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2016/04/03/01016-20160403ARTFIG00027-la-justice-francaise-est-a-bout-de-souffle.php> >.

³⁵ P.-Cl. Lafond, *L'accès à la Justice civile au Québec. Portrait général*, Cowansville (Qc), Ed. Yvon Blais, 2012, p. 33 ; J.-F. ROBERGE, *La justice participative. Fondements et cadre juridique*, Ed. Yvon Blais, 2017 ; C. COULOMBE, « Portrait statistique de l'activité judiciaire en matières civiles à la Cour supérieure et à la Cour du Québec », in A. Riendeau (Dir.), *Dire le droit : pour qui et à quel prix ?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 99 ; H. REID, « Le justiciable est-il toujours au centre des réformes de la justice civile ? », in P. Noreau, *Révolutionner la justice – Constats, mutations et perspectives*, Les journées Maximilien-Caron 2009, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 49.

³⁶ Il s'agit davantage d'une problématique de confiance dans le système judiciaire que d'engorgement des tribunaux. À ce propos voir P. NOREAU, « Accès à la justice et démocratie en panne : constats, analyses et projections », In *Révolutionner la justice. Constats, mutations et perspectives*, Les journées Maximilien-Caron 2009, Les éditions Thémis, p. 41 : « tenté de comprendre la désaffection des tribunaux. L'absence de confiance dans le système appelle une diversification des formes de justice dans la société ».

³⁷ *La justice : une responsabilité à partager*, Québec, Gouvernement du Québec, ministre de la Justice, coll. « Sommet de la Justice du 17 au 21 février 1992 », 1993.

³⁸ ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*, Ottawa, 2013 ; COMITE D'ACTION SUR L'ACCES A LA JUSTICE EN MATIERE CIVILE ET FAMILIALE, *L'accès à la justice en matière civile et familiale - Une feuille de route pour le changement*, Ottawa, 2013.

³⁹ R. ENGLER, « Connecting Self-Representation to Civil Gideon : What Existing Data Reveal about when Counsel is Most Needed », *Fordham Urban L.J.* n°37, 2010, p. 40.

⁴⁰ J.-F. ROBERGE, *La justice participative. Fondements et cadre juridique*, Ed. Yvon Blais, 2017, p. 23 : « Identifier et comprendre ces différents besoins nécessite d'adopter une vision élargie de l'accès à la justice ».

justice : la prévention des différends⁴¹, la participation⁴², l'information et l'aiguillage parmi les différentes options existantes pour régler un litige⁴³.

III. Reconsidérer la place de la médiation dans la Justice du XXI^e siècle : alternatifité ou complémentarité ?

À partir de l'étude de la place de la médiation dans les réformes de la procédure civile et les politiques d'accès à la justice semblent se dégager deux modèles : un modèle alternatif et un modèle complémentaire de justice. Au cours de son intervention, Louis Otis a décrit le modèle québécois comme un « système hybride intégré » c'est-à-dire un modèle global de justice qui rassemble les différentes façons d'envisager le règlement des différends⁴⁴.

A. Les limites de l'alternativité

Résistances des praticiens. L'alternativité sous-entend une opposition entre la justice alternative (la médiation) et la justice judiciaire qui peut justifier des résistances importantes chez les praticiens du droit (avocats, magistrats, etc.). Pour le juge, il peut être difficile de proposer, de recommander une médiation si c'est à la condition de reconnaître le manque de moyen de l'institution judiciaire⁴⁵. Par ailleurs, lorsque la médiation reste un élément extérieur au système de justice, elle ne bénéficie pas de garanties équivalentes, de principes directeurs pouvant inspirer confiance aux professionnels du droit⁴⁶. Enfin, dans un tel modèle, l'avocat

⁴¹ COMITE D'ACTION SUR L'ACCES A LA JUSTICE EN MATIERE CIVILE ET FAMILIALE, *L'accès à la justice en matière civile et familiale - Une feuille de route pour le changement*, Ottawa, 2013, p. 9 ; ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*, Ottawa, 2013, p. 14.

⁴² F. GELINAS, C. CAMION, K. BATES, S. ANSTIS, C. PICHE, M. KHAN, E. GRANT, *Foundation of Civil Justice. Toward a Value-Based Framework for Reform*, Springer, 2015, p. 107.

⁴³ ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*, Ottawa, 2013, p. 14.

⁴⁴ Louise Otis, « La médiation par les juges. La refondation de la Justice », IX^e conférence du Forum Mondial de la Médiation, Saint-Sauveur (Qc), 17 et 18 mai 2017.

⁴⁵ J. M. VON BAGEN, « In-court mediation in Germany : Function of the judiciary », in *The future of civil litigation. Access to Courts and Court-annexed mediation in Nordic Countries*, Dir. L. Eno, A. Nylung., Springer, 2014, p. 77 : L'auteur explique que si les juges recommandent peu l'utilisation des ADR aux parties c'est en raison de difficultés à expliquer que les autres procédures sont plus efficaces que le traitement judiciaire.

⁴⁶ Le manque de confiance dans ces procédés de règlement des conflits est pourtant un des freins les plus importants : INSPECTION GENERALE DES SERVICES JUDICIAIRES, n° 22-15, avril 2015, p. 17 « Malgré les discours volontaristes sur le développement des MARD, leur mise en œuvre reste peu incitative pour les magistrats, greffiers, avocats et surtout les justiciables. Le manque de lisibilité et d'harmonisation des dispositifs existants, l'absence de confiance mutuelle des acteurs concernés, et des freins qui entravent leur intérêt à y recourir ou à s'en faire prescripteur expliquent ce constat » ; Jean-François ROBERGE, S. Axel-Luc HOUNTOHOTEGBE et Elvis GRAHOVIC, « L'article 1er du Nouveau Code de procédure civile du Québec et l'obligation de considérer les

peut avoir des difficultés à trouver sa place et considérer les modes de PRD comme une perte de marché récupérée par les médiateurs. À l'inverse un modèle complémentaire de justice sous-entend une évolution des pratiques juridiques et de l'identité des professionnels du droit⁴⁷.

Mise en concurrence des modes de PRD. Dans un modèle prônant l'alternativité entre les formes de justice, les modes de PRD s'opposent entre eux. Cela participe au développement d'un marché du règlement des conflits, sur lequel les praticiens se positionnent et tentent de détenir la part la plus intéressante. Avec la promotion des modes amiables assurée par le législateur, ce marché va probablement s'accroître au cours des prochaines années⁴⁸. L'articulation des différents modes de PRD est alors rendue plus difficile. Les professionnels pratiquant les modes de PRD (conciliateur, médiateur, arbitre, avocat en procédure participative...) se spécialisent dans une technique en particulier et peu de cabinets proposent un service complet de règlement amiable. Dans la culture française, il est encore très difficile de concevoir que, malgré l'échec d'une tentative de règlement amiable, d'autres techniques puissent être mises en place. Ce constat est particulièrement visible au sein des palais de justice. Une médiatrice relevait que lorsque le juge propose aux parties de recourir à la médiation judiciaire, l'avocat s'y oppose souvent en raison de l'échec des négociations entre les parties⁴⁹. Cette réaction démontre que la confusion entre les procédés amiables rend plus difficile leur articulation.

Forte opposition entre les formes de justice. Enfin, l'alternativité suppose une opposition entre la médiation et les modes classiques de règlement des différends. Dans ce modèle, la médiation ne serait légitime qu'en réaction, ou en opposition, aux modes processuels de règlement des litiges⁵⁰. Ce modèle suppose une certaine supériorité du droit sur les modes

modes de PRD : des recommandations pour réussir un changement de culture », *RJTUM*, Vol. 49-2, 2015, p. 487 ; S. Axel-Luc Hountohotegbè, « 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*, n°16, Automne 2016, p. 6.

⁴⁷ J. F. ROBERGE, « Douze compétences à développer pour devenir un véritable maître en solution », *Journal du Barreau*, mars 2017 ; J.-F. ROBERGE, V. FRASER, T. MANUELLO, « Maître en solutions. Propositions et stratégies de négociation pour une pratique à valeur ajoutée », *Revue d'arbitrage et de médiation*, n° 5/2, 2015.

⁴⁸ Sur le marché de la justice voir : Loïc CADIET, « L'accès à la justice. Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », *D.*, 2017, p. 522 ; Loïc CADIET, « Ordre concurrentiel et justice », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'A. Pirovano*, Dir. L. Boy, Frison-Roche, 2004, p. 109. L'auteur distingue « marchandisation » de la justice et « marchandisation » de la justice.

⁴⁹ M. BOITELLE-COUSSAU, « Comment choisir entre la conciliation et la médiation ? », *Gaz. Pal.*, n° 164, 6 décembre 2015, p. 9 : « Lorsqu'un magistrat propose à l'audience d'envisager un médiateur, l'avocat lui répond souvent qu'il la pratique puisqu'il effectue des conciliations, des négociations et des transactions avec ses clients ».

⁵⁰ S.A.-L. HOUNTOHOTEGBE, *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)...*, op. cit, p. 35.

amiables de règlement des différends⁵¹. Le Professeur Jean-Guy Belley recommande de dépasser ce modèle relevant de la première modernité, et de reconnaître la valeur propre de ces modes⁵².

B. Pour une offre diversifiée et complémentaire de justice

La place de la médiation, son degré d'alternativité avec le système judiciaire, va finalement dépendre de la conception qu'un pays adopte de la justice⁵³. Avec cette contribution, nous souhaitons montrer que la justice a connu une évolution importante, et qu'elle correspond davantage aujourd'hui à une « justice plurielle »⁵⁴. La justice se diversifie pour répondre aux mieux aux besoins des citoyens. À une justice hiérarchique et centrée sur le juge se succède aujourd'hui une justice proposant un continuum de procédés de résolution des différends. Toutefois, cette vision de la justice pose de nouveaux défis à relever.

Relever le défi de la crédibilité. À partir du moment où l'on admet que la prévention et le règlement des différends judiciaire, amiable, juridictionnel forme un tout, un même ensemble, il faut penser la qualité de la justice au pluriel, dans toutes ses composantes.

Relever le défi de l'accessibilité. Une telle évolution de la justice suppose de s'interroger sur les moyens mis en place pour assurer une information complète sur les mécanismes de résolution des conflits existants, ainsi que sur l'orientation des justiciables, des citoyens.

Relever le défi de l'articulation. Le concept de justice plurielle permet de percevoir les modes de PRD comme une palette d'outils sélectionnables, combinables, et permettant aux professionnels du droit d'offrir un service complet de prévention et de règlement des différends s'ajustant à chaque dossier ainsi qu'aux besoins de leurs clients. La classification des modes de

⁵¹ Georges A. LEGAULT, « Les nouveaux modes de règlement des différends et la transformation de la fonction de juger : vers une justice renouvelée ? », *Ethique publique*, vol. 3-2, 2001 : « parler d'alternatif implique la supériorité sur le mode du droit, voire la volonté de remplacer un mode par l'autre ».

⁵² Jean-Guy BELLEY, « Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile », *Revue de droit de McGill*, vol. 46, 2001, p. 317.

⁵³ Gérard CORNU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, coll.« Doctrine juridique », 1998, p. 187.

⁵⁴ Notion employée à plusieurs reprises par le Professeur Cadiet : Loïc CADIET, « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », in *La médiation*, Société de législation comparée., Dalloz, 2009, p. 25 ; Loïc CADIET, « Pour une "Théorie générale du procès" », *RLR (Ritsumeikan Law Review)*, n° 28, 2011, p. 127 ; Loïc CADIET, « Construire ensemble une médiation utile », *Gaz. Pal.*, 198-n° 199, 17 juillet 2015, p. 10-16 ; Loïc CADIET, « L'accès à la justice. Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », *D.*, 2017, p. 522.

PRD doit alors être modulable pour permettre d'articuler, combiner voire mêler les modes entre eux.

Toutefois, une telle approche de la justice connaît également des limites qu'il ne faut pas nier. Est-ce que la complémentarité entre les formes de justice signifie nécessairement leur institutionnalisation ? Est-ce que l'institutionnalisation des modes de prévention et règlement des différends est nécessairement négative parce qu'elle entraînerait un encadrement excessif et une perte de flexibilité ? Il convient aujourd'hui de repenser la place de la médiation dans notre système de justice pour trouver un équilibre permettant à la fois relever les défis de la justice du 21^{ème} siècle, tout en préservant la flexibilité de ces procédés amiables qui peuvent être adaptés, combinés, mixer pour coller à la situation des parties, sans toutefois qu'ils ne deviennent qu'une simple étape préjudiciaire formalisée.