

## RÉFLEXIONS PERSONNELLES SUR LA RÉFORME DU RED<sup>1</sup>

En août 1996, dans notre rapport intitulé *Groupe de travail sur les systèmes de justice civile* à l'Association du Barreau canadien, une de nos principales recommandations était d'encourager la résolution extrajudiciaire précoce et continue des différends afin de régler les litiges plus rapidement. En page 32 du rapport, on peut lire que le Groupe de travail est persuadé qu'une approche consensuelle précoce au règlement du conflit réduit les frais et les retards et, comme nous l'avons dit dans notre première recommandation, nous voulions que tous les ressorts permettent aux plaideurs d'avoir accès à des méthodes extrajudiciaires de règlement des différends dès que possible. Nous imaginions alors que le règlement extrajudiciaire des différends (ou RED) deviendrait une partie intégrante du système de justice civile, que les tribunaux superviseraient les progrès et le flux des causes de manière à encourager le règlement à l'amiable et à voir à ce que tous les participants du système de justice civile aient la formation, les compétences et l'obligation de rendre le RED efficace.

Bien que la grande majorité des causes au civil se règlent sans procès, le Groupe de travail s'inquiétait surtout du pourcentage élevé des causes qui se réglaient tard dans l'instance et par conséquent, il n'y avait alors pas vraiment d'économies ni en temps ni en argent pour les participants (en page 32).

Où en sont ces recommandations dix ans plus tard ? Je n'ai que des hypothèses. Je crois que nous avons fait des progrès, mais le grand objectif d'utiliser couramment le RED pour régler les conflits est loin d'être atteint. Cela ne devrait pas surprendre les réalistes. Le professeur Frank E.A. Sander de Harvard, dont le discours à la conférence de Pound en 1976 est considéré par beaucoup comme marquant le début du mouvement RED, a dernièrement dit <sup>2</sup> que le lundi, le mercredi et le vendredi il était étonné des progrès faits par le RED, mais que le mardi, le jeudi et le samedi, il était tout aussi étonné de ce qui restait encore à faire. J'espère que cette conférence nous permettra d'avancer sérieusement dans le sens du progrès et que le RED précoce et constant deviendra une réalité pour le système de justice civile au Canada.

La médiation et le règlement judiciaire de différends existent dans la plupart des ressorts. Sans entrer dans le détail, je voudrais très brièvement faire référence à ce qui se passe en Colombie-Britannique, en Alberta, en Saskatchewan et en Ontario. En Colombie-Britannique, un programme de médiation a été adopté en 1998 pour les questions de préjudice personnel causé par des accidents automobiles. Le programme a été élargi aux instances au civil. Ce programme remporte un bon succès (75 % - 90

---

<sup>1</sup> Présenté par E. David D. Tavender, c.r. de Fraser Milner Casgrain LLP, Calgary (Alberta) pour la conférence *Vers le futur : ordre du jour de la réforme de la justice civile* du Forum canadien sur la justice civile, ayant lieu à Montréal (Québec) du 30 avril au 2 mai 2006. M. Tavender était le vice-président du *Groupe de travail sur les systèmes de justice civile*. M. Tavender désire remercier Peter Cavanagh du bureau de Toronto de Fraser Milner Casgrain et Noel Rea du bureau de Calgary de Fraser Milner Casgrain pour leur contribution précieuse.

<sup>2</sup> Assemblée annuelle du CPR Institute of Dispute Resolution, New York, janvier 2006.

%), tout comme le taux de satisfaction des participants (82 %), mais la médiation se produit souvent tard dans l'instance.<sup>3</sup> La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a monté un programme pilote de médiation d'une durée de deux ans à Edmonton et à Lethbridge qui a commencé le 1<sup>er</sup> janvier 2005. Ce projet pilote n'est pas un programme de médiation précoce obligatoire, mais se déclenche, tout comme celui de la Colombie-Britannique, lorsqu'une des parties fait une demande de médiation. La Saskatchewan a déjà dix ans d'expérience d'un système de médiation précoce et constant. Il semble<sup>4</sup> que les avocats, les clients et les médiateurs appuient de plus en plus ce programme, bien que le taux de succès en soit relativement faible et que l'étape de la médiation précoce, me dit-on, soit souvent superficielle ou ignorée. En 2001, l'Ontario a mis sur pied un projet pilote pour la région de Toronto et d'Ottawa<sup>5</sup> visant la médiation précoce obligatoire<sup>6</sup> (avec dispositions de non participation) pour toutes les causes au civil à l'exception de quelques-unes. Tout comme c'était le cas pour le Groupe de travail sur la justice civile, le but de cette règle était de « réduire les frais de litige et de faciliter le règlement précoce et équitable des conflits ».

---

<sup>3</sup> Voir McHale, *The Role of Government Policy in Shaping DR Futures in B.C.*, 25 avril 2002.

<sup>4</sup> Voir Macfarlane and Keet, *Civil Justice Reform and Mandatory Civil Mediation in Saskatchewan: Lessons from a Maturing Program*, (2005) 42 Alta. L Rev. 677. À la note 42, p. 687, les auteurs rapportent que les médiateurs en Saskatchewan ont obtenu un taux de réussite de 13 % à 16 % et un taux de 13 % à 19 % pour des « règlements probables ». Ces données font contraste aux données que j'ai examinées indiquant un taux de réussite plus élevé ailleurs, variant de 40 % à 90 %. Je fais référence à une compilation détaillée de données statistiques de Camilla Witt de Alberta Justice du 10 novembre 1997 indiquant des taux de réussite de 40 % à 81 %. Le juge Chadwick a émis un rapport le 11 mai 1998 sur le projet pilote RED Ottawa-Carleton qui a fait état d'un taux de réussite uniforme de 64 %. La docteure Julie Macfarlane a signalé un taux de réussite de 54 % pour le projet pilote RED de Toronto et 15 % supplémentaires des cas se réglant avant le début des séances de médiation prévues. Un mémoire du 29 juin 1998 a fait état d'un taux de réussite du projet pilote de médiation à la Cour provinciale d'Edmonton. Le règlement judiciaire des différends (RJD) à Calgary et Edmonton avait un taux de réussite de 75 % en 1998. Dans une mise à jour de janvier 2004 au *A Handbook on Judicial Dispute Resolution for Canadian Lawyers* du juge Agrios, le taux de succès du RJD se situait à entre 73 % et 83 %. Dans le numéro 25 (juin 1998) de son Issue Paper, la Law Reform Commission de l'Australie a donné un taux de succès de 73 %. Dans son article intitulé « ADR Provides Solid Second Year Results » du 12 mai 2003, la Alberta Energy and Utilities Board, a indiqué un taux de réussite record de 82 % dans ses médiations en 2001 et de 81 % en 2002. En 2003, à l'occasion d'une conférence du ICC et ABC à Calgary intitulé « International Commercial Arbitration & Energy Disputes - a Global Perspective », j'ai fait une enquête sur les récentes expériences de 16 sociétés d'énergie impliquant 32 différends arbitrés non réglementés dont 52 % ont abouti directement à un règlement et 16 % ont abouti indirectement à un règlement donnant un taux de réussite général de 68 %.

<sup>5</sup> La règle 24.1.01 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario a été prorogée au Compté d'Essex pour les causes déposées après le 31 décembre 2002.

<sup>6</sup> Dans les 90 jours qui suivent le dépôt de la première défense, sauf si la cour en décide autrement.

Une instruction relative à la pratique<sup>7</sup> a été émise en novembre 2004 qui a eu pour effet d'éliminer les exigences de médiation précoce obligatoire pour les poursuites intentées à Toronto après le 1<sup>er</sup> février 2005. L'avis de pratique stipulait que la règle 24.1 « les causes civiles instruites à Toronto cesseront d'être automatiquement affectées », mais ajoutait que « Les parties doivent tenir une séance de médiation le plus tôt possible, lorsqu'elle a le plus de chances de réussir et, dans tous les cas, au plus tard 90 jours après que l'action est inscrite au rôle. » L'avis de pratique donnait l'explication suivante de l'élimination de cette obligation de médiation précoce à Toronto :

« Les magistrats et les avocats s'inquiètent des graves retards qui entravent le fonctionnement du système de justice civile à Toronto. Les délais d'attente pour obtenir une date de requête interlocutoire et de procès sont beaucoup trop longs et ne cessent de s'allonger. On s'inquiète aussi des frais croissants dus à la multiplication des mesures et comparutions formelles exigées (particulièrement au début du processus) et de la difficulté accrue pour les avocats et les parties de déterminer au cas par cas comment et quand instruire leurs dossiers. »

Si les médiations précoces ne fonctionnent pas aussi efficacement que prévu en Saskatchewan et à Toronto, alors la grande question à se poser est de savoir si oui ou non le Groupe de travail de 1996 était naïf de se pencher sur la résolution à l'amiable. Si la médiation précoce en Saskatchewan et à Toronto avait produit les bons résultats indiqués à la note 4, je comprendrais difficilement pourquoi la médiation obligatoire précoce, dans son ensemble, ne produit pas des économies de temps et d'argent au lieu de faire hausser les frais, de prolonger les temps d'attente et d'ajouter des étapes officielles, ou pire, de devenir superficielle ou être ignorée.

La thèse de cet article, c'est qu'il y a un bon nombre de raisons pour lesquelles la médiation obligatoire n'a peut-être pas réussi aussi bien, et qu'il y a sans doute des leçons pratiques à en tirer. Mon argument principal est que nos systèmes de justice civile devraient institutionnaliser la médiation précoce au moyen d'incitatifs et de sanctions, sans toutefois nécessairement la rendre obligatoire.

Je voudrais commencer par explorer quelques raisons pour lesquelles la médiation précoce ne fonctionne pas toujours. La discussion qui suit est influencée par ma propre expérience, bien que j'aie aussi été inspiré par les articles de la docteure Julie Macfarlane, dont son rapport sur la médiation civile en Saskatchewan, mentionné à la note 4, et son article sur le projet de Toronto et d'Ottawa intitulé *Cultural Change? A Tale of Two Cities and Mandatory Court - Connected Mediation*, 2002 J. Disp. Resol. 241. Les raisons suivantes peuvent parfois expliquer pourquoi la médiation précoce ne fonctionne pas toujours :

---

<sup>7</sup> (2004) 71 O.R. (3d) 97 (qui réserve la médiation obligatoire précoce aux causes de licenciement abusif et aux procédures simplifiées).

1. La médiation est prématurée – D'après mon expérience, la médiation ne fonctionne pas bien si les parties ne sont pas prêtes. Les parties doivent s'engager et être tout à fait préparées. Il est important que suffisamment d'information pertinente ait été échangée. Les parties doivent avoir fait une analyse préliminaire et avoir évalué les risques et les avantages de sorte à pouvoir négocier efficacement et à ce que le médiateur puisse faire des contributions utiles. Si un conflit n'est pas prêt pour la médiation, alors la médiation obligatoire précoce peut devenir une étape coûteuse et inutile ayant peu de chances de succès.
2. Le manque de compétences et de connaissances spécialisées – La médiation, surtout dans les cas complexes, bénéficie énormément de médiateurs compétents, expérimentés et proactifs. D'après mon expérience, un médiateur qui agit simplement en animateur, sans donner un petit coup de coude, intervenir et même parfois, doucement évaluer, peut difficilement aboutir à un règlement dans les cas complexes. De même, les avocats qui ne sont pas des négociateurs efficaces ou qui n'y croient pas vraiment créent des obstacles à une médiation fructueuse.
3. Les tactiques et le préjudice éventuel – Dans certains cas, la médiation sert de tactique ou d'effet d'influence. Il arrive qu'une des parties veuille simplement obtenir des divulgations précoces sur la cause de l'autre partie. Il n'est pas rare qu'une des parties, dont le cas est mal préparé, se serve de la médiation dans l'espoir d'obtenir un règlement relativement important pour « nuisance ». Puis, il y a des cas où une des parties hésite, pour des raisons légitimes, à divulguer trop tôt des éléments clés de sa stratégie, de la preuve ou des arguments. Les contre-interrogatoires sont parfois nécessaires pour établir la crédibilité des témoins. Parfois, l'autre partie n'avait pas bien saisi un élément essentiel de la cause. Dans ces cas-là, les avocats hésitent souvent à céder trop tôt.
4. La résistance des avocats – Dans certains cas, cette résistance peut être fondée sur des raisons légitimes dont je parlerai un peu plus loin. Cependant, cette résistance est parfois attribuable au fait que certains n'ont pas la préparation, ni le désir, de participer à une médiation précoce, surtout si elle leur est imposée. Il existe sûrement encore des avocats qui estiment que la médiation défie fondamentalement leur opinion du système accusatoire, surtout si elle leur est imposée. Et il y a sans doute aussi des avocats qui ne se sentent pas à l'aise ou qui n'ont pas les compétences pour mener une médiation et qui y résistent pour cette raison.

Je pense que ces inquiétudes se gèrent dans un système de médiation précoce et constant qui fonctionne correctement. À mon avis, un tel système présenterait les éléments suivants :

1. La résistance des avocats à une médiation précoce peut, à mon avis, se régler en veillant à ce que le système judiciaire repose sur la solide assise que les avocats demeurent libres d'évaluer dans quelle mesure la médiation doit avoir

lieu et, le cas échéant, dans quelles conditions. La médiation a le plus de chance d'aboutir si les bonnes conditions sont en place, et ce sont les avocats concernés qui doivent veiller à ce que les bonnes conditions soient en place. Si les avocats acceptent leur responsabilité professionnelle de prendre en considération le RED et, si indiqué, de conclure à l'amiable, et si chaque ressort fournit, comme le recommande le Groupe de travail dans son rapport, *des occasions* aux plaideurs de régler à l'amiable dès que possible, alors la médiation précoce *obligatoire*, qui impose le fardeau de la preuve à une partie non désireuse de participer à cette étape, peut aller plus loin que nécessaire. Vu dans ce contexte, la décision de Toronto de se retirer de la règle 24.1.01 présente plus de bons que de mauvais côtés. Le programme de médiation de la Colombie-Britannique et le projet pilote de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, qui s'enclenchent automatiquement lorsqu'une des parties fait une demande de médiation, redonne plus de contrôle aux parties et à leurs avocats, et peut être considéré comme un modèle plus favorable que celui de la Saskatchewan et les dispositions de non participation de la règle 24.1.01 de l'Ontario.

2. L'institutionnalisation de la médiation précoce, si elle n'est pas obligatoire, à mon avis, nécessitera des incitatifs et des sanctions pour renforcer l'importance sous-jacente d'envisager la médiation précoce et, si elle est indiquée, de l'utiliser. La cour d'appel de l'Angleterre<sup>8</sup> vient d'aborder la question de savoir si un plaideur qui a gagné sa cause et qui a refusé le RED doit être privé de ses coûts. La cour a décidé que son rôle n'était pas d'obliger les parties à participer au RED, mais plutôt de les encourager à le faire, et a prévenu que « la forme d'encouragement pouvait être robuste ». Dans ce cas-là, la cour a encouragé le recours aux ordonnances de gestion des causes selon lesquelles les parties doivent examiner si une cause donnée convient au RED avec l'instruction que les considérations de coûts soient réglées après le procès si le juge décide que le RED aurait convenu.
3. Si les avocats reprennent plus de contrôle sur la médiation précoce et constante, alors ils doivent pleinement adopter leur obligation professionnelle « d'envisager le règlement extrajudiciaire des différends (RED) pour chaque conflit, et si indiqué, ils doivent informer le client des options RED et, s'ils reçoivent des instructions à ce sujet, prendre les mesures à cet égard ».<sup>9</sup> L'affaire *Halsey*, à savoir si un plaideur qui a gagné sa cause et qui avait refusé de participer au RED doit être privé de ses coûts, stipule que :<sup>10</sup>

[Traduction] La valeur et l'importance du RED ont été démontrées en remarquablement peu de temps. Tous les

---

<sup>8</sup> *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] 4 All E.R. 920 (C.A.).

<sup>9</sup> Règle 2.02(3) du *Code de déontologie du Barreau du Haut-Canada*; voir aussi chapitre 9, commentaire 8, *Code de Déontologie Professionnelle de l'Association du Barreau canadien*.

<sup>10</sup> *Ibid* à 924.

membres de la profession juridique qui s'occupent de litiges devraient dorénavant toujours examiner, avec leurs clients, si le différend convient au RED.

À mon avis, les avocats ne peuvent plus résister au RED par préférence ou manque de compétence ou encore parce qu'ils ne se sentent pas à l'aise avec le mécanisme. Selon moi, ce serait une inconduite professionnelle pour un avocat de passer outre cet aspect important et en voie d'évolution.

4. La décision d'avoir recours à la médiation précoce pour une cause précise se prend habituellement après avoir soigneusement analysé un certain nombre de facteurs. Certaines causes, comme l'a fait remarquer l'affaire *Halsey*, ne conviennent pas au RED. Parmi celles-ci, il y a celles qui établissent des précédents, qui comportent d'importants éléments du droit et l'établissement d'ententes pouvant avoir une incidence sur les relations futures, celles qui impliquent des allégations de fraude et de comportement de mauvaise réputation ainsi que celles qui demandent des mesures injonctives ou autres mesures essentielles à la protection de la position de la partie. Dans *Halsey*, la cour a reconnu les dangers des plaideurs qui utilisent « la menace des sanctions de coûts pour obtenir un règlement d'un défendeur même si la cause est sans mérite », et lorsque « de grandes organisations, surtout des organismes publics, sont vulnérables à la pression des plaideurs, dont la cause est mal préparée, qui invitent la médiation en tant que stratagème ». La cour a aussi dit que « le fait qu'une partie croit *raisonnablement* avoir un cas irréfutable peut suffire pour refuser la médiation ». La cour a tenu compte de facteurs comme le fait que le coût de la médiation l'emporte sur les frais d'une journée en cour ou le fait qu'une demande de médiation tardive risque de compromettre la date d'un procès.
5. Le succès de la médiation, et tout particulièrement de la médiation précoce, dépend de la divulgation adéquate de documents, d'information, d'arguments importants et de la position du règlement. D'après mon expérience dans la plupart des cas, il n'est pas nécessaire de tout divulguer en détail pour assurer le succès de la médiation. Habituellement, les médiateurs d'expérience convoquent une réunion préalable pour discuter de la divulgation adéquate, de l'horaire, des inquiétudes relatives à l'équité, à la confidentialité et au préjudice potentiel. S'il y a des inquiétudes légitimes au sujet d'une divulgation précoce, de manœuvres tactiques ou de préjudice potentiel, des mécanismes peuvent être mis en place, avec l'aide du médiateur, pour aborder ces questions et peut-être permettre la divulgation confidentielle d'information critique seulement au médiateur ou encore, reporter cette divulgation jusqu'à ce que les parties soient suffisamment près d'une entente pour que la divulgation soit alors justifiée.
6. La préparation est fondamentale au succès de presque toutes les médiations. La préparation exige un niveau convenable de divulgation ainsi qu'une analyse consciencieuse des risques, des avantages et des coûts. Il faut un échange sur ce qui représente une offre de règlement raisonnable. Il faut examiner les

intérêts sous-jacents et avoir une compétence en médiation et en négociation. La préparation ne se limite cependant pas aux avocats. Le médiateur doit être inclus au même titre que les parties elles-mêmes. D'après mon expérience, il ne faut jamais sous-estimer le rôle des parties. La plupart des médiateurs ne sont pas satisfaits si l'avocat domine et le client est invisible. Les parties ne doivent pas craindre cela. Si elles sont bien préparées et si elles utilisent efficacement leurs propres rencontres avec leur avocat pendant la durée de la médiation, il est alors possible d'éviter les ruptures de communication, et les parties peuvent évoluer plus rapidement vers la décision finale à laquelle elles doivent participer et consentir.

7. Enfin, la médiation, surtout la médiation précoce, bénéficie énormément de médiateurs compétents. Plus la cause est complexe et difficile, plus il est important d'avoir un médiateur créatif qui puisse suggérer un grand nombre d'options et de solutions. La plupart des médiateurs sont formés pour être essentiellement des présidents animateurs dont la principale tâche consiste à aider les parties à mener leurs propres négociations. Personnellement j'accorde la préférence, surtout dans les causes complexes, à un médiateur proactif. Un médiateur proactif compétent n'impose aucune solution aux parties, mais utilise diverses techniques pour les aider à évaluer les risques, les avantages et les coûts, à déterminer les intérêts sous-jacents et les préoccupations de chaque côté, à se concentrer sur ces aspects et à chercher des options créatives. Il travaille en petits groupes confidentiels pour amener les parties à examiner leur cas de manière plus réaliste et à faire des compromis convenables. Je ne peux penser à aucune étape unique qui ferait davantage avancer la cause de l'institutionnalisation de la médiation précoce que l'accroissement considérable du nombre de médiateurs compétents proactifs et disponibles.

Je voudrais conclure en revenant à la proposition fondamentale que la médiation précoce peut réussir et que le *Groupe de travail sur le système de justice civile* avait raison en disant que « la résolution consensuelle précoce de conflits présente les meilleures possibilités pour réduire les frais et les retards ». Outre le taux de succès de la médiation auquel j'ai fait référence à la note 4 (p. 2), j'ai vérifié, pour les besoins de cet article, 25 conflits compliqués récents réglés pour lesquels j'ai agi en tant que conseil, médiateur ou arbitre. Pour dix de ces cas, on a eu recours à la médiation; sept ont été rapidement réglés au moment de la médiation ou peu de temps après, ce qui donne un taux de réussite de 70 %. Huit cas étaient des médiations précoces, dont cinq se sont réglés à la médiation ou peu de temps après, soit un taux de réussite de 62 %. Ces taux, incluant les taux de succès de la médiation précoce, s'inscrivent parfaitement dans les données citées à la note 4. Ce qui m'amène à dire, en reprenant ce qu'a dit le professeur Sander, que la médiation au Canada fonctionne la moitié du temps. Par ailleurs, sept arbitrages et trois procès n'ont pas abouti et ces causes ont été réglées par règlement exécutoire. Cela donne un taux d'échec de 40 % ce qui est élevé, peu importe la norme. Sur un total de quinze causes réglées, sept – comme je l'ai dit - ont été réglées au moment de la médiation ou peu de temps après. Ce qui en laisse huit qui ont été réglées sans médiation. De ces huit, quatre (soit 50 %) ont été réglées très tard

dans l'instance après y avoir consacré beaucoup de temps et d'argent. C'est ici que je suis d'accord avec le professeur Sander, à savoir que je suis étonné dans ces cas-là de tout le progrès qui reste encore à faire. Pour tout le progrès louable du RED, notre système de justice civile doit encore relever des défis avant de pouvoir prétendre avoir atteint l'objectif d'avoir recours au règlement précoce consensuel de différends aussi rapidement que possible dans le cas de litiges.

Personal Reflections - Paper (5)