

**La réforme de la justice civile :
quelques problèmes courants et quelques solutions possibles**

G. L. Davies

Introduction

Comme certains parmi vous le savent, l'an dernier j'ai donné une conférence à Vancouver qui s'intitulait « Civil Justice Reform: Why We Need To Question Some Basic Assumptions ». ¹ Dans cette allocution, je remettais en question deux hypothèses de base sur lesquelles, à mon avis, repose le système de justice civile. La première, étant qu'une fois les poursuites intentées, le conflit est réglé par un procès et un jugement. La deuxième hypothèse est que le meilleur moyen de régler un conflit est d'avoir une compétition entre deux adversaires. Je ne dis pas que la plupart des juges, ou même des avocats, croient qu'il est préférable d'aller en cour que de s'entendre à l'amiable. Je veux simplement dire que peu importe ce que nous croyons, le fait demeure que ces hypothèses découlent des procédures et des pratiques de notre système.

Quant à la première hypothèse, nous savons tous que la grande majorité des poursuites intentées se règlent sans procès. Certaines sont abandonnées; d'autres se règlent par défaut ou jugement sommaire; quelques-unes se règlent au moyen d'une autre forme de décision arbitrale et les autres se règlent à l'amiable. De plus, je crois que nous sommes nombreux à croire qu'en général, il est préférable de régler un conflit à l'amiable que par procès, que l'entente ait été conclue au moyen d'un règlement extrajudiciaire de différends ou non. Et pourtant, dès qu'une poursuite est intentée, les parties s'engagent dans des procédures visant à présenter la cause en cour : échange de plaidoiries, demandes et prestations de renseignements et autres. Rien de tout cela n'a été conçu pour faciliter ou accélérer le règlement à l'amiable, et bien que la communication préalable puisse faire les deux, cette étape a traditionnellement lieu tellement tard dans la résolution du conflit que le règlement après la communication préalable n'entraîne pour ainsi dire aucune économie considérable de coûts.

Mon premier argument est que notre système ne doit plus reposer sur le procès et le jugement. Il devrait plutôt reposer sur une résolution précoce, ou du moins l'accepter et y contribuer, que ce soit par le biais d'un règlement à l'amiable ou de moyens sommaires. Il ne faut pas laisser aux juges, avec ou sans l'aide des règles de la cour, le soin de recommander aux parties de régler le conflit à l'amiable à l'extérieur du système. Le système devrait fournir les moyens de le faire et de le faire rapidement pour éviter d'engager des dépenses considérables. Pour ce faire, tout en demeurant équitable, dans le cadre de la résolution du conflit, chaque partie doit être mieux informée dès que possible sur la cause de l'autre. Les objectifs de ces changements,

¹ Publié depuis en 2006, 25 C.J.Q 32; ci-après Davies.

peut-être très évidents, seraient de régler davantage de conflits à l'amiable et surtout que les conflits ainsi réglés le soient plus rapidement. J'ai donné des exemples de manière d'y arriver et j'en parlerai un peu plus tard.

Quant à la deuxième hypothèse, à savoir que la meilleure manière de régler un conflit est au moyen d'une compétition entre deux adversaires, je veux dire que si un procès doit se dérouler, il le fera traditionnellement par voie accusatoire de faits et opinions de témoins, par contre-interrogatoire de la partie adverse et de présentations contradictoires. Mon deuxième point dans cette allocution était le fait que les procès coûteraient moins cher, seraient plus équitables pour les parties de pouvoir de négociation inégal, et seraient en fait plus sincères s'ils étaient moins accusatoires. Ensuite, j'ai essayé de montrer comment le caractère accusatoire de notre système fausse la vérité – fait ou opinion - et que cela rend les procès inutilement chers et les rend injustes pour les parties n'ayant pas le même pouvoir de négociation. Je ne suis pas certain d'en avoir convaincu mon auditoire. Mais j'ai donné des exemples où, à mon avis, un mécanisme moins accusatoire aurait plus de chance d'arriver à la vérité, coûterait moins cher et serait plus juste. Je donnerai certains exemples un peu plus tard.

Enfin, dans cette allocution, j'ai fait valoir l'argument qu'une réforme du premier genre pourrait avoir plus de succès qu'une réforme du deuxième. C'est parce qu'une réforme du premier genre changerait le système de justice civile, mais celle du deuxième genre essaierait de modifier la conduite des avocats au sein du système existant, tâche qui, à mon avis, est moins productive et plus difficile que de changer le système. C'est le thème sous-jacent dont je vais parler aujourd'hui parce que les réformes dont je vais traiter concernent davantage le changement du système que la tentative de modifier la conduite des avocats au sein du système.

Le deuxième thème sous-jacent concerne la proportionnalité en ce sens que, je propose un équilibre entre les frais, le montant ou la valeur du conflit et le risque d'injustice. Pour établir cet équilibre, il faut nécessairement faire des compromis sur les préoccupations concurrentes.

Tout cela implique qu'il y aurait moins de procès. Et pourtant, aux États-Unis, on s'inquiète du fait que les procès « disparaissent » et en conséquence, certains se demandent s'il n'y a pas trop de règlements à l'amiable ce qui réduit le nombre de procès. Mon premier point de cette allocution est de savoir si les procès sont en train de disparaître de mon système et peut-être aussi du vôtre. En concluant que ce n'est pas le cas, je donnerai quelques différences importantes entre le système américain, du moins celui qui existe dans les tribunaux fédéraux, et le mien.

Même si les procès au civil ne disparaissent pas, leur nombre diminue certes dans le monde de la *common law*. Je donnerai quelques raisons pour lesquelles je crois qu'il en est ainsi. Et si j'ai raison de penser que la principale raison en est que les plaideurs pensent de plus en plus que les avantages du règlement à l'amiable l'emportent sur les inconvénients, alors, à moins que cette perception ne soit tout à fait fausse, ce que je

ne crois pas, notre système devrait encourager le règlement à l'amiable au lieu, comme c'est généralement le cas, de surtout l'ignorer. De plus, les parties devraient être invitées à régler leurs différends plus tôt qu'à l'heure actuelle, avant que les attitudes accusatoires ne durcissent et que des dépenses ne soient engagées. Je vous donnerai quelques moyens d'y arriver.

Un de ces moyens consiste à obtenir une divulgation réciproque plus rapidement que maintenant. Une fois que l'emphase est passée de la décision arbitrale à une entente précoce, il est important de communiquer plus tôt, de part et d'autre, les faits pertinents, parce qu'un règlement conclu sans connaître les faits pertinents peut être tout aussi injuste qu'un procès obtenu de la même manière. Je parlerai de ce besoin et de quelle manière la divulgation précoce réciproque doit, comme la divulgation en général, être pesée par rapport aux coûts. J'expliquerai comment, en Angleterre et en Australie, les parties ont dû chacune faire des divulgations avant le début du procès.

Ces dispositions qui existent en Angleterre et en Australie manifestent, pour la première fois, un désir d'encourager les parties à conclure une entente à l'amiable avant le début d'un procès. Je parlerai ensuite d'autres dispositions visant à encourager le règlement qui pourraient et devraient aussi s'appliquer pendant la période précédant le procès.

L'autre gros obstacle au règlement à l'amiable équitable dans notre système et certes, à une décision arbitrale équitable, est la mesure dans laquelle ce caractère accusatoire nuit à l'objectivité. La nature accusatoire de notre système tend à rendre les témoins partiels, y compris les témoins experts. Je vous dirai comment on peut obtenir au moins une preuve d'expert de manière moins partielle et donc plus objective, et de quelle manière une preuve d'expert plus objective et communiquée plus tôt pendant la résolution de conflit, peut améliorer les chances de règlement juste et accélérer les règlements étant obtenus différemment.

Je voudrais ensuite dire quelques mots sur les inconvénients du règlement à l'amiable. J'aurais tort de simplement les écarter surtout qu'une des conséquences de l'augmentation du nombre de règlements à l'amiable, notamment le faible nombre de procès, peut avoir des effets considérables et à grande portée. Par ailleurs, comme je vais essayer de l'expliquer, je pense que j'aurais tort et qu'il ne serait pas pratique d'essayer de renverser cette tendance comme certains commentateurs américains le suggèrent. Il est pourtant important de comprendre ces inconvénients et d'examiner si quelque chose doit être fait et, le cas échéant quoi.

Et enfin, je tâcherai de tirer des conclusions.

Les procès disparaissent-ils ?

Cette préoccupation semble être à l'origine d'un excellent article de recherche écrit par le professeur Marc Galanter intitulé « The Vanishing Trial » et d'un symposium de l'association du barreau américain ayant le même titre, qui a eu lieu après et dans le cadre duquel l'article a été discuté. À cette même occasion de grands juristes

américains² ont donné d'autres conférences. Le séminaire et les articles ont donné lieu à d'autres séminaires et d'autres articles sur le même sujet.

L'expression « procès disparaissant », suppose que le procès en soi, le procès au civil, est en train de disparaître rapidement. Cela semble aussi être l'hypothèse sur laquelle reposent les articles. Certains articles vont plus loin en supposant que la tendance vers les règlements extrajudiciaires et par conséquent vers un nombre réduit de procès est en fait une mauvaise chose et ils examinent si, et le cas échéant comment, cette tendance peut être renversée.

Je ne sais pas dans quelle mesure ces opinions ont influencé la manière de penser dans ce pays. De plus, je ne veux pas présumer ce qui est mieux pour le système américain. Il est tellement différent de mon système dans les aspects matériels qu'il ne serait pas sage de le faire. Avant d'examiner la question des soi-disant procès disparaissants aux États-Unis, je voudrais signaler trois différences parce que, du moins jusqu'à récemment, elles ont toutes entraîné des règlements supérieurs dans les cours fédérales américaines que ceux obtenus dans les cours australiennes. J'espère que vous trouverez ces discussions sur ces différences intéressantes parce que je crois que, dans chaque cas, votre système se trouve en quelque sorte entre celui des cours fédérales américaines et le mien.

La première différence concerne les frais. Les coûts sont différents à deux égards. D'abord aux États-Unis, généralement, les parties paient leurs propres frais alors que dans mon pays, ils sont habituellement réglés après l'instance, c'est-à-dire que la partie qui gagne se fait rembourser ses dépenses par la partie qui perd. Cependant, ces deux régimes ont été modifiés par une règle encourageant les offres raisonnables de règlement au moyen de sanctions pécuniaires imposées à la partie qui a refusé une offre raisonnable.

La deuxième différence dans les régimes des frais est que généralement aux États-Unis, l'avocat du demandeur peut réclamer des honoraires conditionnels à son client selon la proportion du montant récupéré, alors que dans mon pays, les honoraires d'avocat sont habituellement fixés par la quantité de travail effectuée. Cet aspect a été légèrement modifié dans notre système en permettant une hausse des honoraires basée sur une proportion des honoraires habituels, dans le cas d'un règlement à l'amiable et en permettant des ententes de frais modifiant cet aspect. Or, même avec ces modifications, les chiffres d'affaires d'un avocat dans mon système ne sont pas aussi liés à ceux de son client comme c'est le cas dans le système américain.

Il semble que ces différences aient deux conséquences. La première étant que le système américain, en dégageant le demandeur du risque de devoir payer les frais si la cause est perdue, encourage les procès, alors qu'un système comme le mien qui pénalise un demandeur qui perd, tend à décourager les procès.

² Journal of Empirical Legal Studies, volume 1, numéro 3, novembre 2004.

La deuxième conséquence des différences entre les deux régimes est le fait que le règlement à l'amiable est encouragé dans le système américain et découragé dans le mien. Je ne crois pas vraiment critiquer les normes déontologiques des avocats en disant qu'il n'y a pas d'exception à la règle générale que l'activité économique a tendance à suivre la voie la plus lucrative. La voie la plus lucrative pour les avocats de demandeurs d'un système d'honoraires conditionnels est d'arriver à un règlement précoce, de prendre l'argent et de passer à autre chose. La voie la plus lucrative pour les avocats de demandeurs d'un système où les honoraires sont fixés par le travail effectué qui, compte tenu de quelques exceptions, est le mien, consiste à ne pas aboutir à un règlement rapidement, mais de continuer vers un procès ou de tomber d'accord à la veille du procès.

Si je comprends bien, dans votre système, les frais sont réglés après l'instance, bien que des honoraires conditionnels soient permis dans certaines provinces. Il m'est donc difficile de m'étendre sur l'effet des régimes de frais sur les règlements à l'amiable.

La deuxième différence matérielle entre le système des cours fédérales américaines et le mien qui, à mon avis, a longtemps encouragé davantage les règlements à l'amiable que le mien, est la différence entre les régimes de communication préalable. Comme vous le savez, depuis 1938, les règles fédérales de procédure civile aux États-Unis ont permis un système de communication préalable beaucoup plus vaste et onéreux que ce qui existait auparavant dans le système anglais que, comme je vous l'expliquerai plus tard, nous avons rendu moins vaste et moins onéreux. Si les deux parties utilisent pleinement les règles de communication préalable, elles sauront tout ce qui est pertinent (et beaucoup de choses non pertinentes) au sujet de la cause de l'autre partie; ainsi il est plus probable que leurs opinions convergent et qu'il y aura règlement à l'amiable. Il est évident que plus les parties connaîtront la cause de l'autre, plus il y aura de chances qu'elles concluent une entente à l'amiable.

Par conséquent, le nombre de règlements augmentera sans doute davantage pour les causes pour lesquelles ces règles ont été pleinement utilisées que pour celles où cela n'a pas été le cas, ou encore, dans les systèmes où une telle communication préalable n'est pas permise. Un commentateur américain³ a donné une explication du taux de procès considérablement inférieur à la cour fédérale que dans les cours d'État en disant que bien que plusieurs États aient adopté les règles fédérales de communication préalable, les enjeux semblent moins importants dans les causes d'État⁴, rendant ainsi une vaste communication préalable non rentable.

En théorie, il est difficile de critiquer un système de communication préalable qui permet aux deux côtés de s'informer pleinement sur la cause en question. Or, un tel système tend à encourager une communication préalable tellement vaste que le coût en est

³ Yeazell, S.C., « Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial », *ibid*, texte des notes en bas de page 5, 59; ci-après Yeazell.

⁴⁴ Eisenberg, T., and ors., « Litigation Outcomes in State and Federal Courts: A Statistical Portrait », 19 *Seattle U.L.Rev.*, 433, 438, (1996); Yeazell à la note 49.

disproportionnel au montant ou à la valeur du litige, augmentant ainsi le risque d'abus et en définitive d'injustice. Mais, même sans abus, les avocats ont tendance à être prudents, surtout si l'enjeu est considérable et s'ils s'exposent à un risque, comme ce serait le cas s'ils concluaient un règlement à l'amiable sans avoir pris connaissance de tous les faits pertinents. Les parties s'attendent souvent à recevoir plus de la communication préalable que ce n'est le cas ou qu'il est réaliste d'obtenir.

Si elles agissaient avec une rationalité économique, les parties ne dépenseraient pour la communication préalable pas plus que le montant que finalement elles toucheraient et elles compareraient le coût de cette communication préalable ou communication supplémentaire à ce montant. Or, les parties et leurs avocats ne sont pas toujours rationnels.⁵ Une fois qu'un montant important a été dépensé, elles continuent souvent à dépenser au-delà du montant désiré. Par conséquent, les règles font probablement augmenter le coût du règlement en encourageant une recherche plus vaste et en reportant le règlement jusqu'à ce que toute la communication préalable⁶ soit donnée. De plus, en communiquant plus d'information, les procès deviennent plus longs et donc plus chers.

Pour ces raisons, les règles fédérales de communication préalable peuvent avoir fait hausser le nombre de règlements à l'amiable et baisser celui des procès. Or, il est peu probable qu'elles aient pu faire baisser les frais de manière significative. Au contraire, plus leur utilisation est étendue, plus le mécanisme de la résolution de conflit deviendra cher.

Je sais que dans votre système il existe aussi une communication orale, mais la mesure dans laquelle elle est utilisée et permise semble varier d'une province à une autre. Cependant, plus elle est utilisée, plus les coûts augmentent. On pourrait d'ailleurs se demander si, sauf dans des cas rares, elle est jamais rentable.

La troisième différence entre le système américain et le mien qui, à mon avis, semble favoriser le règlement dans le premier, est le fait que les procès devant jury sont beaucoup plus répandus. En Australie, les jurys n'existent quasiment plus pour les causes au civil.

Les verdicts de jury sont beaucoup moins prévisibles que ceux des juges. Dans le système américain, les opinions des parties peuvent, après la communication préalable, converger vers un aboutissement; le caractère imprévisible des jurys dans l'atteinte d'un verdict semble donc favoriser le règlement à l'amiable.

Si je comprends bien, dans les systèmes au Canada, il y a une plus grande proportion de procès au civil que chez nous, mais bien moindre qu'aux États-Unis. Je me doute donc qu'à cet égard, vous vous situez entre les États-Unis et mon pays.

⁵ Yeazell aux notes 24, 25.

⁶ Yeazell. L'obligation des règles relatives à la soi-disante « communication initiale » mises en place en 1993 et en 2000 ne semble pas avoir affecté ceci bien qu'elle ait fait réduire les frais de la communication préalable.

Avant de traduire les expériences américaines dans mon propre système, ou même le vôtre, il est important de tenir compte de ces différences. En outre, avant de conclure que les procès au civil sont en train de disparaître, même aux États-Unis en général, il faudrait en examiner de plus près le portrait.

Tout d'abord, alors qu'il est vrai, comme le démontre le professeur Galanter, que dans les procès fédéraux, le taux a baissé de 11,5 % en 1962 à 1,8 % en 2002, une fois ces chiffres répartis en catégories de causes, on constate que ce sont principalement les affaires délictuelles qui ont causé cette baisse remarquable. Par ailleurs, le nombre de procès relatifs à des contrats n'a baissé que légèrement. Comme la grande majorité des affaires délictuelles impliquent l'application de principes établis à des situations assez habituelles, ce sont visiblement le genre de causes qui se prêtent le mieux au règlement à l'amiable.

Deuxièmement, les procès fédéraux représentent moins de 3 % de tous les procès aux États-Unis. De plus, du moins dans la mesure où l'on a pu vérifier, la situation est quelque peu différente dans les cours d'État. Bien que le nombre de ces procès ait aussi baissé, il ne semble pas avoir baissé autant.⁷ Alors que l'on peut dire qu'au cours des vingt dernières années, le nombre de procès au civil a baissé dans toutes les cours civiles, non seulement aux États-Unis, mais aussi dans la plupart des pays de *common law*, il serait quelque peu alarmant, pour le moins, de laisser penser que les procès au civil sont en train de disparaître aux États-Unis.

Il est cependant important d'examiner pourquoi le nombre de ces procès a baissé dans tous les ressorts de *common law*, car à moins d'en connaître la raison, nous ne pouvons pas vraiment établir si cette tendance est désirable ou non.

Pourquoi le nombre de procès a-t-il baissé ?

La baisse du nombre de procès en Australie est directement attribuable à l'augmentation du nombre de différends qui se règlent à l'amiable. Plusieurs participants du séminaire sur les « procès disparaissants » ont fait valoir qu'un grand nombre de différends sont passés à d'autres tribunes, comme si cette raison, en soi, suffisait à expliquer la baisse du nombre de procès. Mais, à mon avis, il n'y a pas lieu de dire que les différends sont abordés ailleurs si le pourcentage des différends réglés à l'amiable à ces tribunes est à peu près le même que celui des affaires judiciaires. Dans ce cas-là, la dichotomie n'est pas entre les cours et les autres tribunes, mais plutôt entre les décisions arbitrales et les règlements à l'amiable. Bien que je ne connaisse aucune preuve empirique à ce sujet, la preuve anecdotique en Australie le confirme; c'est-à-dire que la proportion des différends qui, pour une raison ou une autre, passent à une autre tribune et qui se règlent à l'amiable est à peu la même que celle des instances se terminant autrement par un procès. Bien que je ne connaisse pas le système américain suffisamment bien, ni le vôtre d'ailleurs, pour dire si ce serait aussi le cas dans ces systèmes, je serais étonné si ce n'était pas semblable à ce qui se

⁷ Friedman L., « The Day Before Trials Vanished », *ibid*, aux notes 4 et 5; Yeazell à la note 59.

passé chez moi, et que ce sont les avantages du règlement à l'amiable – de plus en plus appréciés des plaideurs - qui représentent la principale cause du succès de ces règlements.

Il semble y avoir peu de doute dans mon pays, en Angleterre, aux États-Unis et ici que le nombre de différends qui se règlent à l'amiable augmente. Les avantages d'une solution d'entente pour les parties au différend sont faciles à voir. Ce mécanisme est généralement moins cher qu'un procès, et encore moins si le règlement aboutit tôt. Il peut être façonné en vue d'un aboutissement que les deux parties accepteront au lieu de devoir se plier à des règles en vue d'un résultat qu'aucune des deux parties ne veut vraiment. Il convient mieux à la bonne reprise d'anciennes relations, personnelles ou d'affaires, entre les parties. Les parties ont plus tendance à garder la maîtrise de l'aboutissement qu'elles ont choisi elles-mêmes au lieu de celui qui leur est imposé. Elles apprécient sans doute le caractère privé de la solution d'entente, et cette solution évite la tension et la pression émotionnelle qui sont souvent liées au procès.

Ce sont là les grands avantages de la solution d'entente. Mais ce qui s'est produit dernièrement en Australie, et je suppose également ailleurs, est le fait que les plaideurs, surtout ceux qui ont un peu d'expérience, en sont devenus conscients, et tout particulièrement des frais. Les plaideurs qui ont constaté les avantages économiques du règlement à l'amiable, et spécialement les plaideurs d'expérience comme les assureurs, prennent un contrôle de plus en plus grand sur la conduite des litiges par leurs avocats. Tout dernièrement en Australie, des bailleurs de fonds de litiges sont apparus sur la scène. Ceux-ci, des assureurs pour la plupart, financent les plaideurs pour une partie du montant récupéré; au même titre que les autres plaideurs avec expérience dont j'ai parlé, ils considèrent le procès comme une simple proposition économique. Il est impossible de surestimer l'influence des frais de litige dans l'augmentation du nombre de règlements à l'amiable à travers les ressorts de *common law*.

En Australie, la tendance vers les règlements à l'amiable a été poussée par les juges et les changements apportés aux règles de procédure. Les articles susmentionnés indiquent que c'est aussi le cas aux États-Unis. Certes, les frais préoccupent aussi les juges tout comme la perception que le nombre de dépôts et le rôle a augmenté. Un aspect en est la mesure dans laquelle les juges prennent de plus en plus le contrôle de la gestion des causes pendant la période qui précède le procès. Cela a parfois donné lieu à une augmentation des frais malgré le fait que le but évident était de les réduire.⁸

Si la principale raison du déclin du nombre de procès est le nombre grandissant de règlements à l'amiable, que ces règlements soient facilités par un mécanisme de RED ou non, et si, le cas échéant, comme je le pense, la principale raison est le fait que les plaideurs avertis apprécient de plus en plus les avantages d'une solution d'entente sur une décision arbitrale, alors il est difficile de critiquer le déclin. Et d'ailleurs en pratique, il serait inutile de le faire. Il serait impossible et on aurait tort en général d'essayer

⁸ Le système de rôle individuel de la cour fédérale des États-Unis en est un exemple. Voir Davies à la note 31.

d'empêcher les parties à un litige de régler à l'amiable. Nous devrions plutôt nous concentrer sur deux autres objectifs louables. Le premier étant de s'assurer que ces ententes sont conclues de manière équitable et qu'elles coûtent moins cher que maintenant. Les trois premiers sujets des points suivants portent notamment sur cette question. Le deuxième est d'essayer de réduire les inconvénients de la baisse du nombre de procès, parce qu'il ne fait aucun doute qu'il y en a certains. Le quatrième porte justement sur cette question.

Encourager les règlements précoces : la communication préalable précoce : les problèmes d'équité et de coûts

Il est compréhensible que notre système traditionnel ne se préoccupe pas de règlements à l'amiable ni de questions survenant avant le procès sauf si, au moment de celui-ci, elles concernent des aspects substantiels. Comme je l'ai expliqué, c'est parce que l'on suppose qu'il y aura procès et jugement. Or, si nous acceptons, comme je crois que nous le devrions, que notre système se préoccupe autant du règlement à l'amiable, et du règlement précoce, au point où il sera possible d'en obtenir un équitablement tout comme un procès avec jugement, alors le système devrait trouver des moyens pour favoriser et encourager ce règlement. En effet, le règlement précoce coûte probablement moins cher et est parfois plus facile que le règlement tardif après les frais de litige et une fois que le processus accusatoire a été entamé.

Les parties, et surtout leurs conseillers juridiques, hésitent souvent à accepter un règlement précoce s'il y a une possibilité réaliste que de l'information pertinente, dans les mains d'autres parties, puisse sérieusement affecter le résultat de la cause. Le fait de communiquer préalablement, de part et d'autre, l'information pertinente est probablement le meilleur moyen d'augmenter et d'accélérer les règlements à l'amiable.

Cependant, il y a un dilemme. D'une part, il est évident que, hormis les coûts, les règlements les plus justes sont les mieux informés. Or, dans notre système traditionnel, la communication préalable réciproque se produit habituellement tard dans le processus de résolution du conflit et après le regroupement des questions; elle devient alors chère. D'autre part, les règlements les moins chers sont ceux qui aboutissent tôt dans le processus de résolution de conflit. Par conséquent, les parties à un règlement précoce risquent de ne pas être pleinement informées, et le règlement peut donc être injuste; le règlement où les parties sont bien informées risque de se produire tard dans le processus et coûte cher.

Si, comme je le crois, le principal avantage du règlement à l'amiable sur la décision arbitrale est l'économie de coûts, il faut alors permettre aux parties de faire des compromis et choisir, au début du processus de résolution du conflit, entre la communication de toute l'information et les coûts, au lieu d'attendre d'avoir bien entamé le processus pour passer à la communication préalable réciproque. Il y a eu des tentatives à cet égard, en Angleterre, au pays de Galles et dans mon propre ressort.

En Angleterre et au pays de Galles, dans le cadre de la réforme Woolf, les protocoles préalables à l'instance exigent que les parties, avant le début du procès, échangent l'information de base.⁹ Par exemple, le plaideur éventuel d'une poursuite pour préjudice corporel doit donner tout le détail sur l'événement qui l'a poussé à intenter la poursuite, soit la nature des blessures et une idée des pertes financières. Après une période établie, le défendeur éventuel doit répondre avec l'information qu'il a en sa possession. Les déclarations des témoins éventuels doivent être communiquées aux deux parties. Des exigences semblables existent pour la plupart des autres genres de poursuites.

Dans mon propre ressort, la communication préalable avant l'instance, obligatoire, se limite aux poursuites pour préjudice corporel. Dans une telle situation, avant d'intenter des poursuites, le demandeur doit donner au défendeur éventuel le détail de l'incident qui est à l'origine de la poursuite, incluant les noms et les adresses de témoins éventuels connus du demandeur, ainsi que le détail des traitements des blessures subies, incluant les rapports des médecins et des hôpitaux et les noms et les adresses de fournisseurs de soins de santé. Le défendeur doit alors remettre au demandeur des copies des rapports sur l'incident et des rapports de médecins et d'hôpitaux le concernant ainsi que toute autre information pertinente qu'il a en sa possession.

Trois critiques peuvent être faites au sujet de ces procédures. La première se limite à l'obligation qui existe dans mon propre système. Cette obligation a été adoptée dans le cadre d'un régime plus général au sujet des poursuites pour préjudices corporels. Néanmoins, alors qu'il est plus facile de préciser exactement le genre d'information à échanger au début d'une instance de ce genre que dans d'autres, l'obligation ne devrait pas être aussi restreinte. Les protocoles anglais indiquent qu'il est possible de préciser le genre d'information qui peut et devrait être échangé avant les instances d'autres genres.

Une deuxième critique de nature plus générale est le fait que des exigences de ce genre peuvent faire augmenter les coûts au départ, et il se peut que ce soit le cas pour chacune des procédures que je viens de décrire. Cependant, il y a deux réponses à cette critique. La première étant que, même si ces procédures augmentent de beaucoup les coûts à l'étape requise, il est possible de les simplifier de manière à ce que toute augmentation de coûts soit minime en veillant à ce que les parties ne doivent rien faire de plus que d'échanger des documents, des relevés ou de l'information qu'elles possèdent ou contrôlent déjà et qui, selon elles, sont essentiels aux questions en litige. Des coûts sont ajoutés au début ou majorés seulement si l'avocat d'une des parties doit faire du travail additionnel à ce qu'il aurait normalement déjà fait à cette étape.

La deuxième réponse à cette critique est que les divulgations occasionnées par cette obligation permettent de régler des causes qui autrement n'auraient pas été réglées, ou encore d'obtenir un règlement beaucoup plus tôt, mais seulement après avoir engagé des dépenses additionnelles, l'augmentation ou l'ajout de coûts au départ pouvant alors

⁹ Un sommaire pratique de leur utilisation se trouve dans Zuckerman, **Civil Procedure**, LexisNexis, 2003 de 1.110 à 1.114.

se justifier. Il est peut-être trop tôt pour dire si c'est le cas, mais je serais surpris si à la longue, ça ne l'était pas. Il ne peut y avoir aucun doute que ces obligations font hausser le nombre de règlements à l'amiable et des causes qui se règlent tôt.

Une troisième critique est qu'aucune de ces obligations n'impose quoi que ce soit aux parties après le début du procès. Si, comme je le pense, il est indiqué d'exiger l'échange de l'information pertinente que les parties possèdent, même avant le début de l'instance, il est alors encore plus conseillé que cette obligation soit maintenue après le début de l'instance. Les parties devraient toujours être tenues de divulguer de l'information en leur possession directement pertinente aux questions perçues en litige, par exemple, une déclaration d'un autre témoin éventuel.

Encourager le règlement à l'amiable plus tôt : autres exemples

Ces réformes partent du principe que notre système devrait encourager le règlement à l'amiable plus tôt. Mais ce principe devrait être adopté à plus grande échelle. Voici deux exemples de situations où, selon moi, ce principe aurait été bénéfique.

Les dispositions encourageant un règlement raisonnable à l'amiable en imposant des sanctions pécuniaires aux parties qui refusent sans motif valable existent dans la plupart des ressorts de *common law*. Ces dispositions s'appliquent seulement à des offres faites après le début du procès. Or, si leur but est, comme d'ailleurs je le crois, d'encourager de telles offres avant le procès, elles devraient alors aussi l'être pendant celui-ci¹⁰. Tout comme dans le cas des offres faites pendant le procès, la question de savoir ce qui est raisonnable dépend, entre autres, de la mesure dans laquelle il y a eu communication préalable d'information pertinente.

Une raison pour laquelle les règlements, dans mon système, se produisent tard dans le processus, parfois à la veille du procès, est l'hésitation des parties, ou d'une des parties, à évaluer de manière réaliste le résultat probable du procès. Aider les parties à percevoir la réalité est une façon où la médiation peut aider à arriver à un règlement. La médiation fait maintenant partie de mon système en ce sens que les médiateurs doivent être approuvés par la cour, en permettant à un juge de diriger une affaire vers la médiation même si les parties y objectent et en veillant à ce que le processus demeure sous la maîtrise de la cour qui peut donner des instructions au médiateur sur n'importe lequel des éléments.

Il y a une preuve anecdotique d'avocats que le fait que la médiation est considérée comme faisant partie du système judiciaire a donné aux parties au litige une plus grande confiance dans le processus de médiation. Il y a aussi une preuve anecdotique que le fait que les juges peuvent obliger les parties à entreprendre la médiation a augmenté le nombre de règlements à l'amiable. Cependant, les dispositions s'appliquent actuellement uniquement après le début du procès. Il n'y a pas de raison logique ou sensée pour laquelle elles ne s'appliqueraient pas, du moins avec le

¹⁰ On peut dire la même chose des règles pénalisant une partie pour avoir refusé une offre de négociation si la cour estime que l'acceptation de l'offre aurait pu aboutir à un règlement à l'amiable.

consentement des parties, avant le début du procès. De plus, il n'y a aucune raison pour laquelle une conférence de règlement ne puisse pas devenir une condition préalable au procès. Dans mon ressort, c'est le cas pour les causes de préjudices corporels.

Généralement, toute disposition aidant ou encourageant un règlement à l'amiable ou aidant ou encourageant un règlement plus tôt devrait, dans la mesure du possible, s'appliquer aux différends avant le début du procès si les parties ont droit à une communication préalable raisonnable avant de conclure le règlement en question.

Le principe accusatoire présente-t-il un obstacle à un règlement à l'amiable équitable et à un procès équitable ?

Le concept d'une communication préalable réciproque continue dès le début du processus de résolution est incompatible avec l'évolution de notre système de justice civile, tout comme d'ailleurs le concept d'être condamné à des sanctions pécuniaires pour avoir refusé une offre de règlement raisonnable¹¹ et celui de la médiation dans le cadre du système judiciaire. Jusqu'aux 20 ou 30 dernières années, le règlement extrajudiciaire des différends, du moins jusqu'au moment du procès, restait entre les mains des parties ou, plus précisément, de leurs avocats. Par conséquent, le système a gardé son caractère accusatoire. Le fait que les juges en prennent le contrôle fait perdre au système un peu de ce côté accusatoire en raison de la communication préalable, bien qu'il le demeure généralement dans le choix et l'assignation des témoins.

Mon propre système a essayé de rendre ces deux mécanismes moins accusatoires. Quant à la communication préalable, le processus traditionnel de communication de documents, exigeant l'obligation de divulguer non seulement les documents pertinents, mais aussi les documents pouvant directement ou indirectement permettre à l'une des parties de faire avancer sa cause ou de nuire à celle de l'autre, exigeait trop de documents à un coût souvent disproportionné par rapport au montant ou à la valeur du litige. J'ai déjà expliqué que le fait d'avoir des dispositions relatives à cette communication pour toutes les causes en encourageait l'utilisation excessive. De plus, le processus traditionnel de communication servait souvent d'instrument d'oppression. En divulguant trop de documents, dont l'inspection requise pour trouver ceux qui concernaient directement la question en litige, n'était possible qu'à un coût astronomique.

Vers les années 1990, le système traditionnel d'interrogatoires était également perçu comme servant surtout pour faire hausser les coûts et par conséquent plutôt comme un instrument d'oppression qu'une raison légitime. Il est impossible de dire combien notre système de coûts a contribué à l'abus de la communication préalable et des interrogatoires. Or, je ne peux m'empêcher de penser que si nous avions un système où les coûts ne seraient pas établis après le fait et où les avocats des plaideurs étaient

¹¹ Au moment de son introduction aux États-Unis, il a été critiqué pour cette raison; voir par exemple Fiss, O.M., « Against Settlement », 93 Yale L.J. 1037; ci-après Fiss.

payés uniquement par des honoraires conditionnels, il y aurait moins d'abus. Il se pourrait bien que dans le système américain, les forces du marché rendent ces abus moins probables.¹²

En 1994, nous avons apporté quatre changements au système. Le premier, que j'ai déjà mentionné, consistait à obtenir une communication préalable limitée avant le procès. Le deuxième concernait le partage des déclarations des témoins. Le troisième limitait la communication préalable de documents à ceux qui concernaient directement les questions déterminées par les plaidoyers. Enfin le quatrième changement consistait à limiter les interrogatoires aux causes pour lesquelles la cour était convaincue que le requérant n'aurait pas d'autre occasion de donner la preuve de manière relativement simple et pas chère. Des changements semblables ont été faits quelques années plus tard en Angleterre et au pays de Galles suite aux réformes Woolf, bien que là-bas, ces interrogatoires aient été entièrement abolis.

Le premier de ces changements était de loin le plus important pour encourager le règlement à l'amiable et le rendre plus équitable. Or, chacun des autres changements a contribué à ces objectifs; l'échange des déclarations des témoins a permis un échange d'information plus tôt et plus efficace; les autres changements ont permis de réduire les coûts. Comme je l'ai déjà dit, plus les coûts grimpent, moins les parties sont prêtes à régler à l'amiable.

Quant au choix et à l'assignation des témoins, notre système demeure en grande partie accusatoire. L'avocat de chaque partie choisit les témoins, non pas parce qu'on pense qu'ils sont sincères, que leurs remémorations sont précises ou que leurs opinions sont objectives et correctes, mais plutôt parce que leur témoignage va dans le sens de la cause de la partie. Au moment de choisir et d'assigner des témoins, ceux qui sont objectifs sont écartés pour faire place à des témoins partiaux. Tous ceux qui y sont mêlés sentent alors la subtile pression psychologique de se joindre à l'équipe, de souligner ou de rehausser les aspects favorables de leur témoignage et de minimiser ou même d'omettre les aspects défavorables. Le résultat est que la cour risque de ne jamais obtenir de preuve sur les vrais faits ni l'opinion manifestement juste. Elle entendra probablement une preuve qui a été faussée par une, sinon les deux parties en raison du principe accusatoire.

Cette déformation affecte aussi la probabilité de règlement à l'amiable. Il est naturel pour une partie et son avocat de croire que le témoignage de ses témoins sera préféré à celui de la partie adverse, ou plutôt, que le témoignage de ses témoins sera accepté, en grande partie. Cette tendance peut diminuer après la communication préalable, mais le choix et l'assignation des témoins selon un mode moins accusatoire corrigerait cette déformation beaucoup plus vite.

Dans un article auquel j'ai fait référence au début, j'ai parlé de moyens moins partiaux d'obtenir une preuve de faits qui seraient donc plus objectifs. Je n'ai pas l'intention de

¹² Ce n'est pas une défense pour les honoraires conditionnels en général. La discussion sur ce sujet est complexe et dépasse la portée de cet article.

reprandre cette discussion. Je propose cependant de dire quelques mots sur la preuve d'expert parce que, une fois que les parties à un litige exigeant une preuve d'expert – soit une grande partie des causes au civil – sont rassurées quant à l'opinion qui sera vraisemblablement acceptée par la cour, alors cette question, et parfois toute la cause, pourra se régler à l'amiable. Dans beaucoup de causes, sinon la majorité, où il y a des opinions d'expert contradictoires, la différence relève de scénarios factuels différents sur lesquels les opinions sont données ou de la partialité.

Un nombre de systèmes, dont le mien, ont essayé de régler ou du moins de réduire ces différences en demandant à des experts concurrents de se consulter, sans la présence des avocats des parties, et de produire un rapport conjoint indiquant les points sur lesquels ils sont d'accord et ceux sur lesquels ils ne sont pas d'accord et d'en préciser la raison. Ce genre de conférence a parfois réglé des différences factuelles et a réduit quelque peu les différences causées par la partialité.

Cependant, des différences des deux genres demeurent. Il n'est peut-être pas possible d'éliminer les différences factuelles jusqu'à la constatation des faits. Mais, je crois qu'il est possible d'éliminer les différences causées par la partialité. Les causes de la partialité sont celles dont j'ai parlées plus haut, à savoir la sélection et la préparation partiales des témoins. Cette partialité peut s'éliminer en ayant seulement des témoignages d'experts, c'est-à-dire ceux qui sont neutres.

Tout dernièrement, dans mon propre système, nous avons introduit des règles exigeant, dans la plupart des cas, que les parties s'entendent sur un expert conjoint ou des experts conjoints ou qu'elles en acceptent la nomination par la cour, dans chacun de ces deux cas, les experts étant les seuls dont les opinions seraient entendues par la cour. Cependant, avant de se soumettre à l'opinion de ces experts, avant le début du procès, les parties à un litige peuvent s'entendre sur un expert ou des experts, sinon une partie peut demander à la cour de nommer un expert ou des experts; dans chacune de ces deux situations, ces experts sont les seuls dont le témoignage sera entendu par la cour s'il y a procès. Je n'ai pas besoin de vous dire qu'en fait, ces règles sont beaucoup plus élaborées, mais je les ai discutées en détail ailleurs¹³, et je propose de passer outre ici. Je dois cependant souligner que l'obligation d'experts conjoints des parties ou nommés par la cour ne se limite pas à la nomination d'un expert sur une question. Si la cour est convaincue qu'il y a de véritables différences de points de vue sur une question, elle peut nommer plus d'un expert pour cette question.

J'ai deux grandes raisons de vous mentionner ces dispositions. La première est que plus la preuve est objective, plus elle a de chances d'être acceptée par une cour, en cas de procès, et par conséquent par les parties comme base de résolution du conflit. La deuxième est que le témoignage d'experts nommés en absence ou par la cour sera vraisemblablement affecté par une partialité et deviendra alors plus argumentatif qu'objectif. À mon avis, pour ces raisons, le fait d'exiger des experts communs ou nommés par la cour donnera lieu à plus de règlements à l'amiable et des règlements plus équitables.

¹³ « Court Appointed Experts », (2004) 23 C.J.Q. 367.

J'ai déjà dit que la tendance vers les règlements à l'amiable se maintiendrait sans doute peu importe ce que vous ou moi en pensions. Cependant, si le nombre de règlements à l'amiable augmente, celui des procès diminuera, ce qui peut causer des problèmes. Et c'est vers ces problèmes que je veux me tourner maintenant.

Problèmes éventuels causés par un faible nombre de procès

Avant de passer à ces problèmes, je reconnais que mon opinion, à savoir que les avantages du règlement à l'amiable dépassent largement les inconvénients, n'est pas acceptée partout. D'ailleurs déjà en 1984, le professeur Fiss de l'école de droit de Yale avait écrit un article intitulé « Against Settlement »¹⁴ qui a connu beaucoup de succès auprès de ceux qui s'opposent au règlement à l'amiable. Je n'ai pas l'intention de faire une critique détaillée de l'article du professeur Fiss qui penche fortement du côté des causes des cours fédérales américaines, mais je crois que trois de ces critiques méritent des observations.

La première critique découle du fait qu'il prétend qu'il y a un plus grand déséquilibre de pouvoir dans le cas d'un règlement à l'amiable que d'un procès. Je ne suis absolument pas convaincu que ce soit généralement le cas. J'admets que le règlement est affecté par les moyens dont chaque partie dispose tout comme d'ailleurs le procès. J'admets aussi que la disparité des moyens aux États-Unis n'est pas aussi grande qu'il y a 20 ans¹⁵, mais il ne fait aucun doute qu'elle existe encore. Or, ma propre expérience en Australie m'a appris qu'il est tout aussi possible de faire dévier les résultats d'un règlement à l'amiable que d'un procès, et que plus un procès dure longtemps plus il y a de possibilités d'exploiter ce déséquilibre. En dépit des pouvoirs additionnels qui sont parfois conférés aux juges pour des catégories limitées de causes dans certains ressorts¹⁶, généralement les juges qui, en gros, doivent se distancer de la compétition, ont peu de pouvoir pour corriger ce déséquilibre. En revanche, les médiateurs peuvent souligner les déséquilibres et suggérer de les rectifier.

Tout dernièrement, des réformes comme l'obligation d'échanger de l'information tôt et l'imposition des dépens pour refus d'offres raisonnables semblent avoir réduit ce déséquilibre.

Une deuxième critique du règlement à l'amiable que le professeur Fiss fait et qui, à mon avis, mérite un commentaire, est le fait qu'il y a souvent absence de consentement officiel, c'est-à-dire que les avocats, les compagnies d'assurances ou autres représentants de parties peuvent s'entendre sur un règlement à l'amiable qui va dans leur intérêt, mais pas dans celui des parties, et auquel les parties ne consentiraient pas si elles en avaient le choix. Toutefois, ce sont habituellement les avocats des parties qui choisissent les questions à contester lors d'un procès ainsi que la preuve pertinente. Les parties elles-mêmes n'auraient peut-être pas choisi ces questions ni cette preuve.

¹⁴ Fiss.

¹⁵ Yeazell.

¹⁶ Voir Fiss de 1077 à 1078.

Dans mon système, l'avocat d'une partie peut choisir de passer au tribunal alors que ce serait dans le meilleur intérêt de la partie de conclure à l'amiable. La possibilité d'abus existe donc dans ce cas-ci autant si la cause passe au tribunal que si elle est conclue à l'amiable. Néanmoins, le risque demeure que dans un système d'honoraires conditionnels, les avocats des plaideurs, acceptent des règlements moins élevés qu'ils le devraient dans l'intérêt de leurs clients parce que c'est dans l'intérêt des avocats de le faire.

La troisième critique, selon moi, a plus de fondement, bien que je pense qu'il s'agisse plutôt d'une critique d'un manque de procès que du règlement à l'amiable comme moyen préféré de résolution de conflits dans la plupart des cas. Je crois que dans le cas de sa proposition, la fonction des cours ne se limite pas à régler les conflits, mais qu'elle développe aussi le droit, l'élabore et dissuade les comportements nocifs sans toutefois dissuader le comportement désirable. Un manque considérable de procès, et par conséquent de jugements, peut freiner la performance de chacune de ces fonctions.

Cependant, je n'estime pas cela, ni aucune autre critique du professeur Fiss, comme étant une raison de s'opposer au règlement à l'amiable en général, étant donné qu'il semble que le professeur Fiss cherche à trouver des moyens de renverser la tendance actuelle comme l'ont suggéré dernièrement certains commentateurs. Tout d'abord, les avantages d'un règlement à l'amiable pour les parties à un litige, comme je l'ai dit plus haut, dépassent à mon avis largement les inconvénients. Ensuite, je crois que la perception de plaideurs, plus avertis et poussés par les économies, que le règlement à l'amiable produit de meilleurs résultats économiques que le procès et le jugement, maintiendra la tendance vers le règlement à l'amiable, peu importe ce que nous en pensions.

Je crois qu'il est plus utile d'examiner des solutions de rechange qui permettent de conserver la clarté de la loi, de voir à ce qu'elle se développe et évolue au fur et à mesure des changements de circonstances et des valeurs de la communauté et qu'elle empêche les comportements nocifs sans dissuader les comportements désirables.

Le faible nombre de jugements peut donner lieu à un manque de clarté sur la manière de régler certaines demandes ou catégories de demandes en raison du nombre insuffisant de précédents contemporains. Ce peut être le cas pour des causes très ordinaires où la loi est assez stable. Or, c'est surtout un problème dans le cas de causes où les jugements comportent un élément discrétionnaire comme par exemple la négligence et la négligence concourante de la victime et les dommages-intérêts généraux. Ce sera cependant un problème encore plus important dans les causes moins communes.

Dans tous ces genres de causes, le manque de précédents contemporains à partir desquels on peut prévoir un résultat juste peut amener les parties à choisir le procès. Par ailleurs, du moins dans le cas de causes ordinaires, les résultats des règlements précédents, si connus, peuvent produire suffisamment de précédents pour aider à conclure un règlement à l'amiable. Il existe déjà par exemple un marché pour les

dommages-intérêts réglés à l'amiable, marché connu des plaideurs assidus et des avocats qui pratiquent dans ce domaine. Il ne serait pas difficile de voir à ce que l'information connue de ceux qui évoluent sur ce marché soit diffusée en publiant les résultats des règlements sur un site Web de tribunaux sans toutefois mentionner les noms des parties ni autre détail pouvant les identifier. Une obligation législative pourrait être imposée aux avocats mêlés à un tel règlement exigeant qu'ils envoient les détails précisés au site Web aux fins de publication.

Le faible nombre de jugements peut nuire au développement du droit lorsque de nouvelles circonstances factuelles apparaissent ou lorsque, pour une raison quelconque, les valeurs de la communauté changent. Un de ces aspects, en soi, pourrait amener les parties à mal évaluer les chances de règlement à l'amiable et pourrait suffire à les persuader, sinon une des parties, à passer au tribunal et obtenir un jugement. Or, il ne fait aucun doute que d'autres facteurs, incluant les frais et le désir de confidentialité d'une des deux parties, puisse influencer cette décision.

Nous ne devons toutefois pas sauter à la conclusion que le fait qu'il y ait moins de procès et moins de jugements entraîne nécessairement un déclin dans la capacité des cours de développer le droit. L'expérience de l'Australie, et je crois aussi de l'Angleterre, a révélé que bien que le nombre de procès ait diminué considérablement, le nombre des appels n'a pas diminué pour autant. Comme aux États-Unis, la chute importante du nombre de procès en Australie concerne les causes ordinaires, surtout les instances découlant d'accidents automobiles ou d'accidents du travail. Ce déclin n'a pas vraiment gêné le développement du droit. Et bien que cela ne signifie pas que seules les questions juridiques difficiles vont maintenant en appel, cela signifie pourtant que les causes de ce genre représentent maintenant une proportion plus grande de causes dont la situation est réglée au niveau de l'appel.

Moins de jugements pourraient diminuer la capacité des tribunaux à dissuader les comportements nocifs sans dissuader les comportements désirables. Un commentateur a fait remarquer que le règlement à l'amiable n'atteindrait peut-être pas ce résultat seulement si le défendeur, au moment du règlement, avait plus d'information critique sur la cause que le demandeur.¹⁷ Ce qui est tout aussi important est le fait que les résultats escomptés ne sont peut-être pas obtenus dans les causes affectant des tiers. Il ne va pas dans l'intérêt du public de lui cacher les résultats des causes de ce genre, par exemple, les causes sur des produits défectueux ou une conduite délibérée et négligée ayant causé du tort non seulement au demandeur, mais aussi à d'autres. Il est aussi possible que des résultats ne soient pas obtenus pour des circonstances en développement de l'activité humaine pour lesquelles il n'existe aucun précédent.

Il n'est pas difficile de penser à des exemples pouvant impliquer des tiers où il va dans l'intérêt des deux parties de cacher le fondement du règlement à l'amiable ou même le fait qu'elles aient réglé à l'amiable; un défendeur peut vouloir réduire le risque d'autres poursuites et le demandeur à cause du versement d'une somme généreuse à la

¹⁷ Wickelgren, A.L., « No Free Lunch: How Settlement Can Reduce the System's Ability to Induce Efficient Behavior », <http://law.bepress.com/expresso/eps/37>

condition de garder le secret. Par ailleurs, évidemment, il peut y avoir des causes pour lesquelles le défendeur décide que le meilleur moyen de dissuader d'autres poursuites soit de passer au tribunal et d'obtenir un jugement.

À mon avis, il peut être indiqué de refuser le secret sur les règlements à l'amiable dont le résultat peut affecter des tiers. En Floride, la législation¹⁸ oblige la communication préalable de toute ordonnance ayant pour but ou effet de cacher un danger public ou toute information sur un danger public, et elle a interdit les cours de rendre une ordonnance ou un jugement dont le but ou l'effet est de cacher de l'information pouvant nuire aux membres du public pour se protéger de blessures pouvant être causées par ce danger public. Dans l'État de la Caroline du Sud, une règle locale¹⁹ a restreint l'apposition de sceaux sur les ententes finales des règlements à l'amiable. Toutefois, ces dispositions sont assez limitées dans leur application. Tout particulièrement, elles sont étonnamment limitées dans leur application aux affaires qui relèvent déjà d'une cour. Elles ne s'appliquent pas à des règlements conclus avant le début d'un procès ni même à ceux qui sont conclus pendant le procès pour lequel aucune ordonnance n'a été rendue. Et bien qu'il puisse être possible de faire adopter des lois qui abordent ces causes également, cela pourrait être encore plus difficile à faire appliquer.

Quoi qu'il en soit, la tâche n'est pas impossible. Comme je l'ai dit plus tôt dans un autre contexte, il serait possible d'imposer aux avocats, mêlés à un tel règlement, des obligations exécutoires aux moyens de procédures disciplinaires visant la publication de détails précis relatifs au règlement sur un site Web. Il serait également possible d'imposer des obligations semblables aux demandeurs, au risque que le règlement soit mis de côté; aux défendeurs au moyen de sanctions pécuniaires et aux assureurs, au risque de voir leurs licences suspendues ou révoquées. Il serait possible de déterminer avec un certain degré de détail le genre de poursuites et de jugements pouvant affecter les droits d'autres demandeurs et par conséquent tout le détail du règlement à communiquer.

Conclusion

Comme je l'ai dit au début, le thème sous-jacent de ce que j'ai à dire aujourd'hui est qu'il est plus productif et plus facile de changer notre système de justice civile que de changer la conduite des avocats au sein du système existant. Le fait de dire qu'il est plus facile de changer le système n'est pas une critique à l'endroit des avocats étant donné que la même critique vaut pour nous. Personne n'aime vraiment le changement, surtout pas s'il change la manière dont les choses se font depuis longtemps.

¹⁸ La **Sunshine in Litigation Act** 1990. Une législation semblable ayant le même nom a été proposée au niveau fédéral, mais pas encore adoptée.

¹⁹ Règle de procédure locale 5.03(D.S.Cal, 2004). Les dispositions mentionnées ici et la note précédente font l'objet d'une discussion par le professeur Resnik dans « Procedure as Contract » (2005) 80 Notre Dame Law Review 593 et dans « Migrating, Morphing, and Vanishing: the Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts » (2004) 1 Journal of Empirical Legal Studies, 783.

Ce qui est plus important, c'est qu'un système de justice civile qui s'est longtemps concentré sur le procès et le jugement alors que ce mécanisme était devenu le moins aimé des mécanismes de résolutions de différends, doit changer. Si l'on accepte la perception des plaideurs qu'une solution d'entente précoce raisonnablement bien informée représente la meilleure façon de régler un conflit et que cette perception est raisonnable, le système doit alors davantage chercher à le proposer de manière rentable et équitable. C'est essentiellement pourquoi j'ai dit qu'il fallait se concentrer plus sur les changements au système que d'essayer de modifier la conduite des avocats au sein du système existant. Une communication préalable plus tôt et continue, le maintien du système de dépens en cas de rejet d'offres raisonnables faites avant le procès, le maintien des avantages de la médiation commanditée par la cour si la médiation a lieu avant le procès et la réduction du caractère accusatoire au moyen d'experts convenus et nommés par la cour au lieu que chaque partie assigne les siens, tout cela demande un changement systémique.

Un deuxième thème sous-jacent est la question de la proportionnalité. Cela signifie deux choses; tout d'abord que le coût de la résolution d'un conflit doit être proportionnel au montant ou à la valeur du litige et ensuite que la résolution doit être rentable par rapport au risque d'injustice parce qu'une solution rentable, mais intrinsèquement injuste ne devrait pas avoir lieu. Certes pour arriver à cet équilibre, des compromis doivent être faits. Aucun système n'est parfait.

Le fait de faire ces compromis, à mon avis, fera pencher la balance en faveur du règlement à l'amiable sur les décisions arbitrales. Or, nous ne pouvons pas ignorer les problèmes qui, me semblent-ils, peuvent découler du faible nombre de procès. Autrement qu'en disant qu'il faut renverser la tendance vers les règlements à l'amiable et par conséquent vers moins de procès, qui à mon avis, n'est ni bonne ni pratique, les auteurs de doctrine dans l'ensemble²⁰, semblent avoir ignoré ces problèmes. Cependant, si comme je le pense, ces problèmes sont réels, alors ils méritent une plus grande considération.

²⁰ Deux exceptions notoires étant les professeurs Resnik et Yeazell, mentionnés plus haut.