

Université de Montréal

La médiation obligatoire en droit civil comme outil pour favoriser l'accès à la justice

par Joëlle Duranleau

Faculté de droit

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de L.L.M. en droit

Décembre 2017

© Joëlle Duranleau, 2017

Résumé

Jusqu'où sommes-nous prêts à aller pour encourager les justiciables à régler leurs conflits à l'amiable ? Ce mémoire s'intéresse au phénomène de la médiation obligatoire comme outil pour favoriser l'accès à la justice. Par une étude comparée des différents modèles mis en place, notamment au Canada, en Australie, en Italie et au Royaume-Uni, nous cherchons à déboulonner certains mythes liés à la médiation obligatoire. Répondant aux critiques qui sont souvent portées à ce phénomène, ce mémoire étudie l'effet de la contrainte à intégrer le processus sur les bénéfices traditionnellement associés à la médiation. Il aborde aussi les dangers de cette obligation, notamment quant à l'équilibre des pouvoirs entre les parties. De manière plus concrète, il questionne aussi les avantages économiques de la médiation obligatoire et les effets qu'une telle obligation peut avoir sur les délais judiciaires. Enfin, en s'inspirant des différents programmes mis en place, l'étude repère les conditions de réussite d'une obligation de médiation, notamment quant au choix du modèle, aux modalités d'exclusions prévues, à la prise en charge des honoraires du médiateur, à la place des avocats dans la médiation et aux différents éléments culturels qui peuvent influencer la réussite d'un programme de médiation obligatoire.

Mots-clés : Médiation, obligatoire, quasi-obligatoire, droit comparé, Italie, Angleterre, Royaume-Uni, Australie, Canada, prévention et règlement des différends (PRD)

Abstract

How far are we willing to go to encourage litigants to settle their disputes amicably? This thesis focuses on the phenomenon of mandatory mediation as a tool to promote access to justice. Through a comparative study of the various mandatory schemes in place, notably in Canada, Australia, Italy and the United Kingdom, the author seeks to debunk certain myths regarding mandatory mediation. Responding to criticism that is often made of this phenomenon, this thesis studies the effect of the coercion to integrate the process on the benefits traditionally associated with mediation. It also addresses the dangers of this obligation, including the balance of power between the parties. Moreover, it questions the economic benefits of mandatory mediation and the effects that such an obligation may have on judicial delays. Finally, inspired by the various programs already in place, it identifies the conditions for success of a mandatory mediation scheme, particularly with regard to the choice of model, the possibilities to be exempted of it, the payment of the mediator's fees, the lawyers place in the mediation process and the cultural elements that can influence the success of a mandatory mediation program.

Keywords : Mediation, mandatory, compulsory, quasi compulsory, Italy, England, United-Kingdom, Australia, Canada, Alternative dispute resolution (ADR)

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	1
INTRODUCTION	2
PREMIÈRE PARTIE : LES VISAGES DE LA MÉDIATION OBLIGATOIRE	11
TITRE PREMIER : LA MÉDIATION OBLIGATOIRE ET SES FONDEMENTS.....	11
<i>Chapitre I : Les facteurs de développement de la médiation obligatoire</i>	11
Section 1 : La crise des tribunaux.....	11
Section 2 : La réponse à un besoin de justice différent.....	14
Section 3 : La médiation obligatoire comme réponse aux défis de la médiation volontaire	16
<i>Chapitre II : Les différents types de médiation obligatoire</i>	22
Section 1 : La médiation automatique	22
Section 2 : La médiation discrétionnaire	26
Section 3 : La médiation quasi obligatoire	29
TITRE DEUXIÈME : LES DIFFÉRENTS PROGRAMMES DE MÉDIATION OBLIGATOIRE	31
<i>Chapitre I : Le modèle le plus populaire : la médiation obligatoire automatique</i>	31
Section 1 : La Saskatchewan et le premier programme de médiation obligatoire général au Canada	31
Section 2 : La médiation obligatoire bien établie en Ontario	35
Section 3 : Le programme de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta qui propose des options variées aux justiciables	39
Section 4 : La culture du litige des avocats italiens confrontée à la médiation obligatoire	42
Section 5 : L'implantation d'un projet pilote aux petites créances dans les conflits de consommation au Québec.....	46
<i>Chapitre II : La médiation obligatoire discrétionnaire, un modèle marginal</i>	50
Section 1 : Le pouvoir des juges australiens de référer les parties à la médiation.....	50
Section 2 : Le programme par référence discrétionnaire en Alberta	53
Section 3 : Le programme britanno-colombien à l'initiative des parties.....	55
Section 4 : Le pouvoir sous-utilisé des juges italiens d'ordonner la médiation.....	58
Section 5 : La médiation par référence discrétionnaire au Tribunal administratif du Québec ..	59
<i>Chapitre III : Une tendance qui gagne en popularité : la médiation quasi obligatoire</i>	61
Section 1 : La place de la PRD au Royaume-Uni depuis l'affaire Halsey.....	61
Section 2 : L'obligation australienne de « <i>genuine steps</i> ».....	68

Section 3 : L'obligation au Québec de « considérer » la PRD et le peu de conséquences qu'elle emporte	72
DEUXIÈME PARTIE : LES ENJEUX DE LA MÉDIATION OBLIGATOIRE.....	76
TITRE PREMIER : LES INCIDENCES DE L'OBLIGATION DE MÉDIATION	76
<i>Chapitre I : Pour les parties à la médiation obligatoire.....</i>	<i>76</i>
Section 1 : les effets sur l'empowerment et sur la volonté des parties.....	77
Section 2 : les effets sur l'équilibre des pouvoirs entre les parties et sur la protection de leurs droits	82
Section 3 : les effets sur la satisfaction et sur le sentiment de justice des parties.....	88
<i>Chapitre II : Sur le déroulement de la médiation</i>	<i>93</i>
Section 1 : les effets sur le nombre d'ententes conclues.....	93
Section 2 : les effets sur les techniques utilisées par les médiateurs.....	98
Section 3 : les effets sur l'absence de formalisme de la médiation	102
<i>Chapitre III : Sur le système judiciaire.....</i>	<i>106</i>
Section 1 : les effets sur les coûts	106
Section 2 : les effets sur les délais	110
Section 3 : les effets sur l'attitude des intervenants judiciaires envers la médiation.....	113
TITRE DEUXIÈME : LES CONDITIONS DE RÉUSSITE D'UN PROGRAMME DE MÉDIATION OBLIGATOIRE	118
<i>Chapitre I : Les conditions relatives au processus de médiation.....</i>	<i>118</i>
Section 1 : Le modèle de référence à privilégier et le type de dossiers soumis à la médiation obligatoire.....	118
Section 2 : Les moyens prévus pour intégrer la médiation et pour en être exemptés.....	122
Section 3 : Le moment où la médiation est entreprise	127
Section 4 : L'imputation des frais de la médiation	131
<i>Chapitre II : Les conditions relatives à l'implication des participants</i>	<i>137</i>
Section 1 : Le choix du médiateur et sa formation	137
Section 2 : La place de l'avocat et le soutien de la communauté juridique	141
Section 3 : Le degré de participation requis et les sanctions imposées en cas de non-conformité	145
Section 4 : La prise en compte des différences culturelles et les autres mesures pour favoriser la médiation	150

CONCLUSION	155
BIBLIOGRAPHIE	I

REMERCIEMENTS

Je tiens d'abord à remercier le professeur Pierre-Claude Lafond, directeur de ce mémoire, pour ses précieux commentaires, mais également pour sa disponibilité et sa rigueur.

Mes remerciements vont aussi à l'ensemble du corps professoral et à l'administration de la faculté de droit de l'Université de Montréal. Merci aussi au personnel de la bibliothèque de droit pour leur aide précieuse.

Enfin, je souhaite remercier ma famille, mes amis et mes collègues qui m'ont motivée et m'ont soutenue tout au long de cette étape.

INTRODUCTION

Jusqu'où sommes-nous prêts à aller pour amener les justiciables à régler leurs conflits à l'amiable? Il n'est pas toujours aisé de déterminer quelle mesure se montrera la plus bénéfique entre l'inaction, l'encouragement et l'obligation. Ce choix difficile entraîne nécessairement une réflexion sur la vision de la justice qu'on souhaite instaurer. Au Québec, le législateur a pris position sur la question en 2016 avec l'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile* du Québec¹. Ce document, adopté deux ans plus tôt², propose une vision moderne de la justice dans laquelle le justiciable est au centre des préoccupations de l'appareil judiciaire et où il occupe une place active dans la gestion de son conflit.

Son préambule et son article premier présentent différents modes privés de prévention et de règlement des différends (PRD). On y indique que ceux-ci « [...] sont principalement la négociation entre les parties au différend de même que la médiation ou l'arbitrage dans lesquels les parties font appel à l'assistance d'un tiers »³. Parmi les modes proposés qui font appel à un tiers, on trouve ainsi la médiation, un processus par lequel les parties se rencontrent avec un médiateur neutre dont le rôle est de les assister dans la recherche d'une solution à leur conflit⁴. La médiation apporte un esprit de conciliation axé sur les intérêts des parties, et non seulement sur leurs positions. C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles des juristes, au Québec comme ailleurs, soutiennent depuis déjà plusieurs décennies qu'on devrait favoriser l'usage de ce mode de règlement dans le but de pacifier les conflits⁵. Même si elle connaît un

¹ *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, projet de loi n° 28 (sanctionné – 21 février 2014), 1^{re} sess., 40^e légis. (Qc), art. 836

² *Id.*

³ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C -25.01 (ci-après « C.p.c. »), art. 1 al. 2

⁴ Maria Antoinietta FODDAI, « Mediation on Trial : Incongruencies within a Traditional Legal Paradigm », (2014) 4-1 *R.A.M.J.A.M.* 123, 127

⁵ Marc GALANTER, « La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux », dans Mauro CAPPELLETTI (dir.), *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984 ; Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Régler autrement les différends*, Montréal, LexisNexis, 2015 ; Pierre NOREAU, *Droit préventif. Le droit au-delà de la loi*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1993 ; Pierre NOREAU, « La justice est-elle soluble dans la procédure? Repères sociologiques pour une réforme de la justice civile », (1999) 40 *C. de D.* 33 ; Allan STITT, Francis HANDY et Peter A. SIMM, « Alternative Dispute resolution and the Ontario Civil Justice System », *Rethinking Civil Justice : Research Studies For the Civil Justice Review*, vol. n° 2, Toronto, Commission de réforme du droit de l'Ontario, 1996 ; Bonita J. THOMPSON (dir.), Robert W. COSMAN, Simon V. POTTER, John S. KELLY et John GIOKAS, *Rapport du Groupe de travail de l'Association du barreau canadien sur les solutions de rechange au règlement des conflits : une perspective canadienne*, Ottawa, Association du Barreau Canadien, 1989

gain de popularité ces dernières années, la médiation n'est pas un phénomène récent. Elle a toujours été présente au sein de notre histoire et a su s'adapter aux époques afin de répondre aux besoins des gens dans la gestion de leurs communications. La médiation moderne apparaît ainsi comme un mode de règlement volontaire, flexible et moins formel que le procès⁶. Elle aurait aussi pour avantage d'être moins coûteuse et plus rapide que l'alternative judiciaire⁷. Il n'est donc pas surprenant que le législateur québécois souhaite que les parties y aient recours en plus grand nombre.

À cet effet, le nouveau Code fait plus que simplement décrire les différents modes de PRD. Dès les premières lignes de cette loi qui régit la procédure civile dans la province, on indique que les parties qui désirent présenter leur litige à un juge doivent avoir préalablement considéré le recours aux modes de PRD⁸. Cette nouvelle obligation impose aux parties un engagement supplémentaire dans la résolution de leur conflit alors que la sélection du mode de règlement leur est remise entre les mains. La procédure civile québécoise se voit donc greffée de ces modes de règlement, qui, jusqu'à tout récemment, étaient considérés comme marginaux. Non seulement, ceux-ci deviennent une partie intégrante de la procédure civile, mais ils obtiennent, en plus, une place de choix en se hissant aux tout premiers articles du Code. Ce positionnement n'est pas anodin, puisqu'il témoigne de l'importance que le législateur accorde à cette justice privée⁹.

L'engouement pour le règlement privé des conflits n'est pas unique au Québec. Presque partout en Occident, la tendance est à l'encouragement des solutions de rechange aux

⁶ M. GALANTER, préc., note 5, p. 183-185 ; Ichiro KITAMURA, « L'avenir de la "justice conciliatoire" », *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz/P.U.F./Éditions du JurisClasseur, 1999, p. 801, aux p. 802-803 ; Hélène DE KOVACHICH, « La médiation privée et la conciliation judiciaire », dans Collection des habiletés 2016-2017, École du Barreau du Québec, *Justice participative*, Cowansville, 2016, p. 67, aux p. 67-73 ; Pierre-Claude LAFOND, « Introduction », dans Pierre-Claude LAFOND, (dir.), *Régler autrement les différends*, Montréal, LexisNexis, 2015, p. 1, aux p. 1-2 ; George A. LEGAULT, *Les modes de règlement des différends : vers une autre « justice » ?*, coll. Essais et conférences, doc. n° 11, Chaire d'éthique appliquée, Université de Sherbrooke, Sherbrooke, CGC éditions, 2001, p. 27

⁷ Hélène DE KOVACHICH, préc., note 6, aux p. 62-64 ; Pierre-Claude LAFOND et Michelle THÉRIAULT « La médiation », dans Pierre-Claude LAFOND, (dir.), *Régler autrement les différends*, Montréal, LexisNexis, 2015, p. 49, aux p. 52-55 ; Carrie MENKEL-MEADOW, Lela PORTER LOVE et Andrea KUPFER SCHNEIDER (dir.), *Mediation. Practice, Policy and Ethics*, 2^e éd., New York, Wolters Kluwer, 2013, p. 85-119 ;

⁸ Art. 1 al. 3 C.p.c.

⁹ Sylvette GUILLEMARD, « Réflexions autour des sept premiers articles du *Code de procédure civile* », dans Sylvette GUILLEMARD (dir.), *Le Code de procédure civile : quelles nouveautés ?*, coll. Les Cahiers de droit, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 123, à la p. 125 et suiv.

tribunaux. Au fait, les nouvelles dispositions du Code n'apportent rien de particulièrement innovant en la matière si on les compare à la législation mise en place par d'autres États. Le nouveau *Code de procédure civile* arrive, en effet, plusieurs années après que les Britanniques et les Australiens, pour ne prendre que ces deux exemples, aient pris le virage de la mise en valeur des modes de PRD et plus spécifiquement de la médiation¹⁰. Du côté de nos voisins du Sud, on assiste aussi, depuis quelques décennies, à une multiplication des projets d'encouragement à la médiation dans les tribunaux de plusieurs États américains¹¹. Dans d'autres provinces canadiennes, la promotion de ces modes de règlement s'est intensifiée depuis le début du millénaire, bien avant l'adoption par Québec du nouveau *Code de procédure civile*¹².

L'expérience étrangère nous apprend qu'il faut plus que de la bonne volonté et une vague incitation à faire appel aux modes privés de prévention et de règlement des différends pour opérer un réel changement de culture au sein de la communauté juridique. En effet, malgré l'enthousiasme de ceux qui en font la promotion et les avantages qu'elle présente, la médiation peine à s'installer comme moyen privilégié de règlement des conflits au Québec. Afin d'augmenter le recours à la médiation, l'Association du Barreau canadien proposait dès 1989 d'étudier la possibilité de la rendre obligatoire dans certaines circonstances¹³. À l'instar des États-Unis où des programmes du genre avaient été établis dans les années précédentes, plusieurs provinces canadiennes ont ainsi emprunté le chemin de la médiation obligatoire dans certains contextes. Plus récemment, au Québec, un projet pilote de médiation obligatoire à la division des petites créances de la Cour du Québec a vu le jour. Cette mesure qui vise à augmenter le recours à la médiation a été privilégiée dans la plupart des cas pour responsabiliser les citoyens dans la gestion de leurs conflits, mais aussi dans l'espoir de

¹⁰ *Infra*, p. 50 et suiv., 61 et suiv. et 68 et suiv.

¹¹ *General Order #47. Mandatory Mediation Program*, United States District Court for the Northern District of New York, 23 mai 2016, Section 2.1 A, en ligne: <http://www.nynd.uscourts.gov/sites/nynd/files/general-orde/GO47_9.pdf>; Stevens H. CLARKE et Elizabeth Ellen GORDON, « Public Sponsorship of Private Settling: Court-ordered Civil Case Mediation », (1997) 19 *Just. Sys. J.* 311; Barry EDWARDS, « Renovating the Multi-Door Courthouse: Designing Trial Court Dispute Resolution Systems to Improve Results and Control Costs », (2013) 18 *Harv. Negot. L. Rev.* 281; Craig A. MCEWEN et Richard J. MAIMAN, « Small Claims Mediation in Maine: an Empirical Assessment », (1981) 33 *Me. L. Rev.* 237

¹² *Infra*, p. 31 et suiv. et 35 et suiv.

¹³ B. J. THOMPSON *et al.*, préc., note 5, p. 114-121; voir aussi Patricia HUGHES, « Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion? », (2001) 19 *Windsor Y.B. Access Justice* 161, 201

réduire les délais devant les tribunaux et les coûts qui y sont associés. L'obligation de médiation a donc souvent été présentée comme une mesure pour favoriser l'accès à la justice. Une telle obligation offrirait aux justiciables la chance de mieux connaître ce mode de règlement et ses bienfaits, tout en leur permettant de tenter de résoudre leur conflit en passant par un modèle moins adversatif et moins contraignant que le procès.

L'implantation de la médiation obligatoire sur différents territoires n'a toutefois pas empêché certaines critiques de s'exprimer. Si la médiation obligatoire nous est souvent présentée comme un moyen de faire connaître le processus et ses bienfaits aux parties, il importe de se demander si l'obligation de médiation atteint réellement cet objectif, ou alors si elle ne fait que détourner les parties des tribunaux pour libérer l'État d'un fardeau financier. Le déplacement de certains conflits des tribunaux vers les modes privés de résolution des différends a le potentiel de représenter des économies substantielles pour un système judiciaire déjà sous-financé. Parallèlement, les questions plus fondamentales sur ce virage, comme celle de savoir si le recours accru aux différents modes de PRD témoigne véritablement d'une plus grande maturité dans la gestion des conflits¹⁴, sont parfois mises de côté pour encourager ce changement de culture et les économies potentielles qu'il représente. Au surplus, l'apparente contradiction entre un mode de règlement des différends dont la principale caractéristique est d'être fondée sur la volonté des parties et l'obligation d'intégrer un tel processus est évidente. Malgré tout, on prétend que cette contradiction ne serait qu'accessoire et n'empêcherait pas la médiation obligatoire d'agir comme un moyen d'assurer l'accès à la justice. Il convient donc de se demander qui a raison dans ce débat animé. Est-ce que la médiation obligatoire est vouée à l'échec, ou est-ce là un véritable moyen de faire connaître la médiation et de favoriser l'accès à la justice ?

Ces questions sous-entendent plusieurs enjeux de taille. Au-delà des impératifs financiers pour le système judiciaire et pour les participants, il est important de s'assurer que l'obligation de médiation ne représente pas une menace aux droits des parties et à l'équilibre fragile entre leurs pouvoirs respectifs que les tribunaux tentent de rétablir. Outre les droits des parties, il convient aussi de s'attarder à l'impact de cette obligation sur la satisfaction des

¹⁴ Denis FERLAND et COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *La révision de la procédure civile. Une nouvelle culture judiciaire (Rapport Ferland)*, Sainte-Foy, Ministère de la Justice du Québec, 2001, p. 11

justiciables quant au processus et sur la contribution réelle qu'elle peut apporter à la transformation de la culture juridique. De même, il sera intéressant d'étudier les critiques qui considèrent que l'obligation de médiation ne constitue qu'une autre manière pour les avocats de s'approprier un mode de règlement des conflits extérieur au droit qui se transformera peu à peu pour se juridiciser et se judiciariser davantage.

Tout en posant un regard critique sur les possibles dangers de rendre la médiation obligatoire, nous cherchons à savoir s'il est souhaitable, dans certains cas, d'inciter les justiciables à se tourner vers d'autres modes de résolution des conflits que le procès, plus particulièrement vers la médiation, en rendant certains éléments du processus obligatoires. Un programme de médiation obligatoire bien construit pourrait-il permettre d'améliorer l'accès à la justice et un meilleur règlement des conflits pour un plus grand nombre de justiciables? Voilà la question à laquelle cette étude tentera de répondre. Cette analyse impliquera donc l'étude de l'impact que peut avoir une obligation de médiation sur les justiciables, sur le système judiciaire et sur la médiation elle-même, mais aussi l'identification des meilleures pratiques en la matière et les pièges à éviter.

Il ne sera pas question ici de médiation citoyenne ou de médiation en matière criminelle (ou facilitation pénale). Nous concentrerons plutôt nos propos sur la médiation civile qui touche les parties une fois qu'elles ont intégré le système judiciaire. Évidemment, l'objectif du *Code de procédure civile* du Québec, tel que décrit à son premier article, est de prévenir les conflits le plus tôt possible, avant même qu'ils arrivent devant les tribunaux. Or, il peut être difficile, à des fins de recherche, de retracer les conflits qui naissent sans jamais se rendre dans l'enceinte du Palais de justice pour les étudier. Ainsi, l'accent sera porté sur les conflits qui ont intégré les rouages du système judiciaire, par le dépôt d'une demande en justice par exemple.

Cela étant dit, nous ne limiterons pas l'étude à la médiation judiciaire. En effet, la médiation obligatoire sera parfois judiciaire, parfois de nature purement privée, ou alors prendra une forme hybride et ces différents modèles méritent notre attention pour dresser un portrait global de la médiation obligatoire.

Nous ne nous contenterons pas d'analyser l'application de la médiation à un domaine de droit en particulier. Plusieurs programmes mis en place visent l'ensemble des dossiers civils ou certaines catégories ciblées. Il convient donc d'évaluer le succès de ces programmes dans leur entièreté, et pas uniquement sur certains des dossiers auxquels ils s'adressent. Même si elle sera abordée à quelques occasions, la médiation familiale sera généralement exclue de notre analyse en raison des particularités que présente ce domaine de droit. Évidemment, certains États imposent une forme ou une autre d'obligation à la médiation aux couples qui souhaitent se séparer¹⁵. Cela dit, les impératifs sociaux qui touchent la médiation familiale la rendent unique et nécessitent certaines mises en garde qui ne seront pas traitées en détail dans le présent mémoire.

Pour bien comprendre le contexte dans lequel s'inscrit la médiation obligatoire, nous étudierons d'abord les facteurs qui ont mené au développement de cette obligation (partie 1, titre 1). Pour n'en nommer que quelques-uns, nous aborderons l'effet de ce que certains appellent la crise des tribunaux, l'arrivée de la médiation comme une réponse à un besoin de justice différent et les défis de la médiation volontaire qui nuisent à l'adhésion des justiciables à ce processus. Nous verrons comment ces trois facteurs clés ont servi de moteur au développement de la médiation obligatoire et comment l'obligation de médiation prétend répondre aux défis qu'ils proposent.

Le contexte étant mis en place, nous tracerons ensuite le portrait des principaux types d'obligation de médiation qui existent en Occident : la médiation obligatoire par référence automatique et la médiation obligatoire par référence discrétionnaire. Un troisième type de médiation qui peut s'inscrire dans un contexte de contrainte sera aussi étudié, soit celui de la médiation quasi obligatoire.

Les grands traits de la médiation obligatoire ayant été brossés, nous nous attarderons ensuite de manière plus détaillée à certains des programmes déjà mis en place par une étude comparée des différents États qui ont opté pour une telle approche. Ce tour d'horizon nous

¹⁵ C'est notamment le cas en Californie. Jennifer WINESTONE, « Mandatory Mediation: A Comparative Review of How Legislatures in California and Ontario are Mandating the Peacemaking Process in Their Adversarial Systems », *Médiate.com*, février 2015, en ligne : < <https://www.mediate.com/articles/WinestoneJ4.cfm> > (consulté le 4 décembre 2017)

permettra plus tard de déceler et de comprendre les effets de la médiation obligatoire sur les justiciables, sur les acteurs de justice et sur la médiation elle-même. En abordant séparément les trois types de médiation obligatoire proposés dès le départ, nous porterons une attention particulière aux programmes canadiens, australiens, anglais et italiens. L'étude des différents modèles de médiation obligatoire existants nous permettra de saisir plus aisément comment peuvent se déployer les différentes obligations applicables aux justiciables quant à la médiation (partie 1, titre 2). Dans les quatre pays présentés, plusieurs formes de médiation obligatoire se déploient. Ainsi, au Canada par exemple, le modèle peut varier d'une province à l'autre, et même d'un tribunal à l'autre. Évidemment, nous ne pourrions pas faire une analyse exhaustive de tous les mécanismes de médiation obligatoire mis en place dans les quatre pays proposés. Une sélection des exemples que nous croyons plus pertinents sur le plan de la diversité des modèles ou des exemples à suivre ou à proscrire a donc été retenue. Pour illustrer les programmes de médiation obligatoire par référence automatique, nous avons choisi l'exemple de la Saskatchewan, de certaines villes en Ontario, de la Cour du Banc de la Reine en Alberta, de l'Italie et du projet pilote à la division des petites créances de la Cour du Québec. En ce qui concerne la référence discrétionnaire, nous retenons l'exemple des pouvoirs accordés aux juges australiens, à ceux des juges de la Cour provinciale albertaine et du programme mis en place en Colombie-Britannique. Nous parlerons aussi brièvement des pouvoirs des juges italiens et du président du Tribunal administratif du Québec. Enfin, pour la médiation quasi obligatoire, nous étudierons le cas du Royaume-Uni et de l'Australie. À la lumière de ces deux exemples, nous tenterons en outre de déceler l'interprétation qui pourrait être faite dans l'avenir des nouvelles dispositions du *Code de procédure civile* afin de savoir si une quasi-obligation de médiation serait en train de se développer au Québec.

Après cet aperçu des différentes possibilités, nous traiterons des effets que peut apporter l'obligation de médiation (partie 2, titre 1). Les incidences peuvent à la fois toucher les participants à la médiation, la médiation elle-même, mais aussi le système judiciaire. Ces développements nous permettront de répondre à certaines critiques de la médiation obligatoire et de nous interroger sur les dangers que peut revêtir une telle obligation. Au chapitre des effets sur les participants à la médiation, nous aborderons, entre autres, la question de l'influence de l'obligation de médiation sur l'*empowerment* et la volonté des parties, sur

l'équilibre des pouvoirs à l'intérieur du processus de médiation et à l'extérieur et sur la satisfaction et le sentiment de justice des parties à la suite de leur expérience de médiation obligatoire. Quant aux incidences sur le déroulement de la médiation, nous mettrons l'accent sur l'influence de l'obligation de médiation sur le taux de règlement, sur les différentes techniques utilisées par les médiateurs et sur la flexibilité de la médiation. Finalement, l'impact sur le système judiciaire sera aussi analysé. Nous aborderons entre autres la question de la réduction des coûts et des délais ainsi que l'influence que peut avoir une obligation de médiation sur l'attitude des intervenants de justice envers la médiation de manière plus globale, notamment sur le fameux changement de culture.

Cette analyse des effets de la médiation obligatoire nous permettant de déterminer s'il s'agit d'un moyen souhaitable pour favoriser l'accès à la justice, nous devons ensuite nous questionner sur les meilleures pratiques en la matière (partie 2, titre 2). Les initiatives mises de l'avant un peu partout dans le monde au cours des dernières années nous apportent certaines leçons quant aux conditions de réussite d'un programme de médiation obligatoire. Nous aborderons séparément les conditions de réussite qui sont liées au processus de médiation lui-même de celles qui portent plutôt sur l'implication des parties. Dans un premier temps, nous verrons les modèles à privilégier parmi ceux présentés plus tôt et les types de dossiers qui sont susceptibles de bénéficier davantage de la médiation obligatoire. Le même exercice sera aussi fait quant aux moyens prévus pour intégrer la médiation et pour en être exempté lorsque nécessaire. Ensuite, nous pourrons traiter du moment idéal où la médiation doit être entamée pour être optimale. Enfin, nous aborderons l'épineuse question des coûts de la médiation. Dans le second chapitre, nous nous pencherons sur les éléments qui relèvent plutôt des participants à la médiation, comme le choix du médiateur et sa formation, la place de l'avocat dans la médiation et le soutien de la communauté juridique. Le degré de participation requis des parties et les sanctions qui peuvent leur être imposées en cas de manquement feront aussi l'objet d'un traitement attentif. Enfin, nous proposerons certaines mesures à garder en tête pour encourager le recours à la médiation, qu'elle soit obligatoire ou volontaire.

Non seulement ce tour d'horizon nous permettra de déterminer si la médiation obligatoire constitue un outil souhaitable pour favoriser l'accès à la justice des citoyens, mais également dans quelle mesure elle doit s'appliquer. Nous pourrons ainsi déterminer si la

médiation obligatoire en droit civil peut agir comme outil pour favoriser l'accès à la justice, et, le cas échéant, comment elle doit être envisagée.

Mais avant d'analyser les détails d'un éventuel programme de médiation obligatoire au Québec ou ailleurs, il convient de replacer le phénomène dans son contexte et de rappeler les fondements de l'obligation de médiation.

PREMIÈRE PARTIE : LES VISAGES DE LA MÉDIATION OBLIGATOIRE

TITRE PREMIER : LA MÉDIATION OBLIGATOIRE ET SES FONDEMENTS

Chapitre I : Les facteurs de développement de la médiation obligatoire

La médiation existe depuis plus longtemps que les tribunaux eux-mêmes et a fait ses preuves à travers le temps comme outils de cohésion sociale¹⁶. Or, on semble en parler plus amplement depuis quelques décennies. Un nouveau phénomène se dessine aussi en Occident : la médiation obligatoire. Alors que pour certaines nations orientales, pensons simplement à la Chine¹⁷ ou au Japon¹⁸, la médiation obligatoire n'a rien de nouveau, elle s'installe lentement dans les esprits des juristes occidentaux depuis les dernières années.

Plusieurs facteurs ont contribué au développement de la médiation obligatoire en Occident. Parmi ceux-ci, on compte évidemment ce que certains auteurs ont surnommé la crise des tribunaux (s.1). Ajoutons à cela que la médiation peut répondre à des besoins différents en matière de justice (s.2). Enfin, la mise en place de programmes de médiation obligatoire peut être attribuable au peu de popularité que connaît la médiation volontaire (s.3).

Section 1 : La crise des tribunaux

Les tribunaux québécois sont aux prises avec plusieurs problèmes. Parmi ceux-ci, on compte notamment les coûts liés à une poursuite judiciaire et la lenteur des procédures, ce que certains auteurs identifient comme les obstacles objectifs à l'accès à la justice¹⁹.

Les coûts élevés d'un procès ne sont pas méconnus. En plus des frais judiciaires imposés par la Cour, les honoraires d'avocats peuvent représenter d'importantes sommes à

¹⁶ P.-C. LAFOND, préc., note 6, à la p. 1; G. A. LEGAULT, préc., note 6

¹⁷ GOH Bee Chen, *Law Without Lawyers, Justice Without Courts. On traditional Chinese mediation*, Burlington (États-Unis), Ashgate, 2002

¹⁸ Shusuke KAKIUCHI, « Regulation of Dispute Resolution in Japan: Alternative Dispute Resolution and its Background », dans Felix STEFFEK et Hannes UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford (Royaume-Uni), Hart Publishing, 2013, p. 269

¹⁹ Monique GIARD et Marcelle PROULX, *Pour comprendre l'appareil judiciaire québécois*, Sillery, Presse de l'Université du Québec, 1985, p. 244; Pierre-Claude LAFOND, *L'accès à la justice au Québec. Portrait général*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 49 et suiv.

débours²⁰. Il faut ensuite y ajouter les frais d'exécution du jugement une fois celui-ci rendu. Le justiciable qui s'engage dans la voie d'un procès a intérêt à avoir un portefeuille bien garni pour faire respecter ses droits. Il n'est donc pas surprenant que selon un sondage sur la perception de la justice au Québec, 85 % des répondants croient que les riches sont favorisés par les tribunaux²¹ et 79 % considèrent que les coûts de la justice constituent un des plus grands obstacles à leur accès au système judiciaire²².

En plus des coûts qui explosent, les délais d'attente pour une audition demeurent trop longs au Québec²³. Ils peuvent varier de quelques mois à plusieurs années selon les types de dossiers et les districts judiciaires²⁴. Contrairement à la croyance populaire, les tribunaux ne sont pas aux prises avec une multiplication phénoménale des procès. Au contraire, malgré l'augmentation de la population au Québec²⁵, le nombre de dossiers ouverts devant les tribunaux civils de première instance a chuté de plus de 48 % entre 1980 et 2011²⁶. Même si la baisse a été moins prononcée au cours des dernières années, elle se poursuit à plusieurs endroits²⁷.

L'étude de ces données permet d'affirmer que ce n'est pas l'augmentation du nombre de dossiers qui expliquerait la longueur des délais. Certains rapportent plutôt que les procès sont de plus en plus longs. Des dossiers qui, il y a quelques décennies, auraient duré une demi-journée s'étirent maintenant sur plusieurs jours²⁸. Peu importe ce qui explique ces longs délais, les conséquences pour le justiciable restent tangibles. L'attente de plusieurs mois, voire

²⁰ BARREAU DU QUÉBEC, *Barreau-Mètre 2015. la profession en chiffre*, Montréal, janvier 2015, en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/barreau-metre-2015.pdf>>, p. 34

²¹ Pierre NOREAU, « Accès à la justice et démocratie en panne : Constats, analyses et projections », dans Pierre NOREAU (dir.), *Révolutionner la justice*, Montréal, Thémis, 2010, p. 13, à la p. 26

²² *Id.*, à la p. 30

²³ P.-C. LAFOND, préc., note 19, p. 64-68

²⁴ COUR DU QUÉBEC, *Rapport Public 2015*, Cour du Québec, 2016 COUR DU QUÉBEC, *Statistiques sur les dossiers de petites créances en 2016*, Cour du Québec, 2017, en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/c-quebec/PetitesCreances/PetitesCreances_Stat2016.pdf>; COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC, *Rapport d'activités 2010-2014. Une cour au service des citoyens*, Cour supérieure du Québec, Montréal, 2015

²⁵ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Le bilan démographique du Québec. Édition 2016*, Québec, Gouvernement du Québec, 2016, p. 17-18

²⁶ BARREAU DU QUÉBEC, préc., note 20, p. 43; Entre 2001 et celui de 2011 seulement, l'activité judiciaire aurait diminué de 32,5% au Québec.; P.-C. LAFOND, préc., note 19, p. 33

²⁷ COUR DU QUÉBEC, *Statistiques sur les dossiers en matière civile 2015-2016*, Cour du Québec, 2017, en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/c-quebec/CommuniquésDocumentation/Stats_MatCivile2015_2016.pdf>

²⁸ Alexandre DÉSY, *L'efficacité de la médiation judiciaire*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 8; P.-C. LAFOND, préc., note 19, p. 43

d'années, avant d'en finir avec un conflit peut avoir des effets néfastes sur les plans financier et psychologique.

Les données présentées sur la baisse de fréquentation des tribunaux sont aussi très inquiétantes en ce qu'elle témoigne d'une désaffection de la population pour ses institutions judiciaires. Cette désertion des lieux de justice peut certainement s'expliquer par les problèmes énumérés précédemment, mais des motifs plus profonds seraient également en cause.

Des obstacles subjectifs comme le manque d'information juridique, la complexité du langage et de la procédure, l'absence de propension au litige, les barrières sociales et culturelles et la perte de confiance envers les acteurs du système judiciaire viendraient embrouiller la relation que les citoyens ont avec leurs tribunaux²⁹.

Un rapport de 2016 portant sur le sentiment d'accès et la perception de la justice au Québec nous apprend que l'opinion que se font les Québécois du système judiciaire est partagée. Un peu plus de 45 % des répondants au sondage ont affirmé avoir une opinion négative du système et environ 40 % ont déclaré ne pas lui faire confiance³⁰. Ces chiffres sont similaires à ceux qu'avait recueillis une étude du même type en 2006³¹.

La situation n'est pas unique au Québec et plusieurs auteurs à travers le globe se questionnent sur les motifs qui poussent les gens à délaisser les tribunaux. Les professeurs Tania Sourdin et Archi Zariski suggèrent qu'avec l'ère du numérique, les justiciables sont de plus en plus émancipés par des outils comme l'internet³². Ils sont plus aptes à s'informer sur certains sujets et ont tendance à se faire justice eux-mêmes par la voie des médias sociaux. Internet agirait ainsi comme « tribunal d'opinion publique » remplaçant, dans une certaine mesure, le rôle traditionnel des tribunaux³³. Sourdin et Zariski remarquent une plus grande

²⁹ P.-C. LAFOND, préc., note 19, p. 68-72

³⁰ Karl-Erik GINER et Marilou PERRON, *Rapport : Enquête sur le sentiment d'accès et la perception de la justice au Québec*, Lévis, INFRAS inc., Ministère de la Justice du Québec, 2016, p. 11-12

³¹ *Id.*

³² Tania SOURDIN et Archie ZARISKI, « Introduction », dans Tania SOURDIN et Archie ZARISKI (dir.), *The Multi-tasking judge. Comparative judicial dispute resolution*, Sydney (Australie), Thomson Reuters, 2013, p. 1 à la p. 10

³³ *Id.*; À cet effet voir aussi Stéphanie GRAMMOND et Nicholas VERMEYS, « La justice par... les médias et les médias sociaux », dans Colloque *Les voies de la justice du Consommateur*, Fondation Claude Masse, Montréal, 9 novembre 2017

propension des justiciables à vouloir prendre en main leur conflit plutôt que de le laisser entre les mains d'un « juge savant »³⁴. D'autres chercheurs comme les professeurs Pierre Noreau et Judith Resnik soutiennent plutôt que le décrochage judiciaire serait attribuable à la désuétude et à l'absence de progrès et d'évolution de l'appareil judiciaire³⁵. Certains vont jusqu'à faire porter le blâme au droit lui-même pour ce décrochage³⁶. Dans tous les cas, le recours aux tribunaux est en baisse et la confiance envers le système judiciaire l'est aussi.

À cet effet, le rapport mentionné plus haut sur la perception des Québécois envers le système judiciaire est parlant. Il conclut que seulement 3,2 % des répondants prioriseraient le recours aux tribunaux s'ils étaient confrontés à un problème juridique de nature civile. En effet, 92,3 % d'entre eux se tourneraient davantage vers la négociation pour régler leur conflit que ce soit avec ou sans l'aide d'un tiers³⁷.

Section 2 : La réponse à un besoin de justice différent

Les tribunaux sont là pour rendre justice. Leur rôle traditionnel est d'appliquer les lois afin de faire respecter les droits des parties³⁸. Or, certains observateurs se sont demandé si cette justice est vraiment celle que recherchent les justiciables. La professeure Sylvette Guillemard suppose qu'on devrait se demander si les parties impliquées dans un conflit veulent vraiment que justice soit rendue, ou simplement que leur différend soit enrayé ou circonscrit³⁹. L'objectif poursuivi par la personne en situation de conflit l'aidera alors à déterminer le mode de règlement qui lui est approprié. Comme le rappelle avec sagesse le professeur Gilles Paquet :

³⁴ T. SOURDIN et A. ZARISKI, préc., note 32, à la p. 10; voir aussi : Philippe SAMSON, « Le savoir-faire des avocats », (Février 2015) 47 *J. du Bar.* 11, 11

³⁵ P. NOREAU, « La justice est-elle soluble dans la procédure? Repères sociologiques pour une réforme de la justice civile », préc., note 5, 37; Judith RESNIK, « Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline », (1986) 53 *U. Chi. L. Rev.* 494, 541; Voir aussi Hazel GENN, Shiva RIAHI et Katherine PLEMING, « Regulation of Dispute Resolution in England and Wales: A Sceptical Analysis of Government and Judicial Promotion of Private Mediation », dans Felix STEFFEK et Hannes UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford (Royaume-Uni), Hart Publishing, 2013, p. 135, à la p. 139

³⁶ Roderick A. MACDONALD, « La Justice avant l'accès », dans *Élargir nos horizons. Redéfinir l'accès à la justice au Canada : Compte rendu du symposium tenu le 31 mars 2000*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000, p. 50, à la p. 51

³⁷ K.-E. GINER et M. PERRON, préc., note 30, p. 27

³⁸ Avec l'adoption du nouveau *Code de procédure civile du Québec*, ce rôle inclut maintenant celui de « favoriser la conciliation des parties », mais le rôle premier du juge reste celui de « trancher les litiges ». (art. 9 C.p.c.)

³⁹ Sylvette GUILLEMARD, « Médiation, justice et droit : un mélange hétéroclite », (2012) 53-2 *C. de D.* 189, 196

« Il serait possible de prétendre que l'accent mis sur les droits a amené le système soit à ne pas tenir compte des besoins, soit à considérer les droits comme étant le seul moyen de veiller à la satisfaction des besoins en matière de justice. En fait, si on s'intéresse aux besoins, il vient à l'esprit toutes sortes d'autres mécanismes valables de résolution de problèmes et on pense à toutes sortes de nouveaux intervenants qui pourraient être utiles. »⁴⁰

La médiation est un de ces moyens qui vise à répondre à des impératifs différents dans la résolution d'un conflit. Sa manière de traiter le conflit en considérant surtout les besoins des parties en plus de leurs droits pourrait expliquer la grande satisfaction qu'en retirent ses utilisateurs⁴¹. Comme le rappelle adroitement le regretté Roderick A. Macdonald :

« Les préoccupations les plus importantes des Canadiens au sujet de la justice ont peu à voir avec les droits fondamentaux au sens strict : elles concernent plutôt la reconnaissance et le respect. »⁴²

La médiation est un modèle de règlement des conflits qui reconnaît les préoccupations des parties et les place au centre du processus de manière à leur permettre de trouver un véritable sentiment de justice et de satisfaction. Ses défenseurs lui attribuent aussi plusieurs autres avantages.

À l'inverse du procès, la médiation est un processus généralement confidentiel tant sur le plan de ce qui s'y discute que de l'entente qui en sort, le cas échéant. Cet aspect permet aux parties de négocier sans craindre que ce qu'elles avancent en médiation se retourne éventuellement contre elles⁴³. Elle offre habituellement un cadre flexible et informel écartant certains éléments contraignants et stressants du processus judiciaire traditionnel⁴⁴. La médiation est généralement moins coûteuse que le procès en raison de sa flexibilité, de l'absence de formalisme et de sa rapidité. Les coûts seraient aussi limités en ce qu'une solution négociée et choisie par les parties a plus de chance d'être respectée⁴⁵, réduisant ainsi les frais liés à l'exécution d'un éventuel jugement.

⁴⁰ Gilles PAQUET, « L'accès à la justice dans un contexte élargi » dans *Élargir nos horizons. Redéfinir l'accès à la justice au Canada : Compte rendu du symposium tenu le 31 mars 2000*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000, p. 89, à la p. 96

⁴¹ K.-E. GINER et M. PERRON, préc., note 30, p. 30 et 33

⁴² R. A. MACDONALD, préc., note 36, à la p. 52

⁴³ P.-C. LAFOND et M. THÉRIAULT, préc., note 7, à la p. 52-53

⁴⁴ *Id.*, à la p. 54

⁴⁵ *Id.*, à la p. 55

Le recours à la médiation permet par ailleurs de responsabiliser le citoyen face à son conflit⁴⁶. Elle lui offre l'occasion d'apprendre à gérer ses conflits futurs et à trouver des solutions créatives pour ce faire. La médiation redonne aux parties le contrôle de leur conflit plutôt que de le laisser entre les mains d'un juge⁴⁷. Par une plus grande emprise de la médiation avant que les différends ne soient judiciairisés, on évite du même coup « une déformation des conflits nés à l'occasion des rapports quotidiens [et une] réinterprétation des rôles des individus ou des groupes qui y sont engagés »⁴⁸ qui ont généralement pour effet de polariser.

Enfin, la médiation est volontaire en ce sens que les parties peuvent choisir de s'y retirer à tout moment. Selon certains, elle doit aussi être volontaire dans la mesure où les parties n'auraient pas l'obligation d'y participer, contrairement au procès⁴⁹. Cette particularité doit toutefois être modulée dans le cadre de la médiation obligatoire. En effet, la définition et les caractéristiques de la médiation peuvent varier selon l'époque ou l'endroit où elle se déploie. Au Royaume-Uni, par exemple, la définition traditionnelle de la médiation employée par les tribunaux a récemment été modifiée pour en retirer le terme « volontaire » lorsqu'on réfère à l'entrée dans le processus⁵⁰. Les tribunaux ont par la suite préféré revenir à la définition traditionnelle incluant la volonté liée à l'entrée dans le processus⁵¹. Cela dit, cette remise en question des caractéristiques phares de la médiation témoigne de sa nature changeante.

Section 3 : La médiation obligatoire comme réponse aux défis de la médiation volontaire

Malgré ces nombreux avantages et la perception favorable qu'ont les citoyens du processus⁵², la médiation ne semble pas être utilisée autant qu'on le souhaiterait⁵³. À titre

⁴⁶ P. NOREAU, *Droit préventif. Le droit au-delà de la loi*, préc., note 5, p. 41-45

⁴⁷ P.-C. LAFOND et M. THÉRIAULT, préc., note 7, à la p. 55

⁴⁸ P. NOREAU, *Droit préventif. Le droit au-delà de la loi*, préc., note 5, p. 50

⁴⁹ P.-C. LAFOND et M. THÉRIAULT, préc., note 7, à la p. 54

⁵⁰ Richard VERKIJK, « Mandatory Mediation: Informal Injustice? », dans Alan UZELAC et C.H. VAN RHEE (dir.), *Public and Private Justice. Dispute Resolution in Modern Societies*, Intersentia Antwerpen, 2007, p. 189, à la p. 198

⁵¹ *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002, par. n° 9

⁵² Pour le Québec, K.-E. GINER et M. PERRON, préc., note 30, p. 27

d'exemple, à la Cour des petites créances au Québec, alors qu'un service gratuit de médiation est offert depuis quelques années, seulement 4,3 % des dossiers contestés s'en sont prévalu en 2014⁵⁴.

Plusieurs facteurs limitent l'utilisation accrue de la médiation. Parmi ceux-ci, mentionnons seulement la méconnaissance du processus, la réticence des avocats qui veulent protéger leurs honoraires, le désir d'une solution tranchée et définitive, l'absence de propension au compromis à certains stades du conflit et la peur que le recours à la médiation soit interprété comme une faiblesse par l'autre partie⁵⁵.

Au-delà de ces motifs, il importe d'insister sur le fait que les avantages de la médiation joueraient pour peu dans le choix des parties quant au recours qu'ils entreprennent⁵⁶. Comme le souligne Ivan Verougstraete, le choix du recours est rarement abordé par le justiciable en fonction de son efficacité et des économies de coûts et de temps :

« The litigants do not always have efficiency as their main purpose : they may feel more at ease in a system in which a public authority decides on the issues. A decision made by a judge will also have a punishing effect on the losing party, which may be what the winning party always wanted. Irrational behaviour on the part of the parties should never be excluded even in a free market. Pointing out that mediation is cheaper is not the ultimate argument in favour of mediation. »⁵⁷

⁵³ Machteld DE HOON et Suzan VERBERK, « Judicial Conflict Management : What Brings Litigants to Court? » dans Tania SOURDIN et Archie ZARISKI, *The Multi-tasking judge. Comparative judicial dispute resolution*, Sydney (Australie), Thomson Reuters, 2013, p. 87, à la p. 93

⁵⁴ Pierre E. AUDET, « La médiation obligatoire pour les petites créances d'au plus 15 000\$ découlant d'un contrat de consommation », *Justice privée et décrochage judiciaire. Session IV : Le processus de résolution des différends (PRD) : un préalable obligatoire à la saisine du juge?*, Montréal, Les Entretiens Jacques-Cartier, 2014, p. 1, à la p. 8

⁵⁵ EDITOR'S NOTE, « Mandatory Mediation and Summary Jury Trial: Guidelines for Ensuring Fair and Effective Processes », (1990) 103 *Harv. L. Rev.* 1086, 1093; Machteld PEL, « Regulation of Dispute Resolution in the Netherlands: Does Regulation Support or Hinder the Use of ADR? » dans Felix STEFFEK et Hannes UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford (Royaume-Uni), Hart Publishing, 2013, p. 297; R. VERKIJK, préc., note 50, à la p. 190

⁵⁶ Giuseppe DE PALO, « A False "Prince Charming" Kepps "Sleeping Beauty" in a Coma: On Voluntary Mediation Being the True Oxymoron of Dispute Resolution Policy », dans Humberto DALLA BERNARDINA DE PINHO, et Juliana LOSS DE ANDRADE (dir.), *Contemporary Tendencies in Mediation*, Madrid (Espagne), Editorial Dykinson, 2015, p. 97, aux p. 103-104; M. PEL, préc., note 55, aux p. 307-308;

⁵⁷ Ivan VEROUGSTRAETE, « Regulation of Dispute Resolution in Belgium: Workable Solutions? », dans Felix STEFFEK et Hannes UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 93, à la p. 96

Certaines études ont également démontré que plusieurs facteurs dans le choix du mode de règlement seraient neurologiques. La capacité pour l'humain de prédire les répercussions et les événements futurs est limitée et ne s'appuie pas forcément sur des bases logiques⁵⁸. Au surplus, beaucoup de justiciables ont de la difficulté à envisager qu'ils peuvent perdre à l'issue d'un procès où la crédibilité est l'enjeu central, alors qu'ils disent pourtant la vérité. Comme le rappelle Julie MacFarlane, « The assumption that "telling the truth" will guarantee a successful outcome for them is usually an erroneous expectation that in itself presents a serious obstacle to settlement. »⁵⁹ Les avantages et les désavantages de la médiation sont ainsi rarement pesés de manière rationnelle⁶⁰. Offrir la médiation en vantant les avantages n'est donc pas toujours suffisant⁶¹. Selon plusieurs observateurs, il importe de créer des mesures incitatives différentes ou encore certaines obligations afin de limiter ce type de comportement irrationnel.

Des campagnes de publicité, notamment par le Barreau du Québec⁶² et une promotion accrue de la part des juges et d'autres acteurs du monde judiciaire ont été les deux pôles d'attaque du Québec en la matière ces dernières années. Malgré ces efforts, la médiation ne semble pas, à part en matière familiale, prendre son envol autant que certains le souhaiteraient⁶³.

Cette situation n'est pas unique au Québec. Les différentes provinces canadiennes et certains États étrangers ont dû redoubler d'imagination afin de populariser ce mécanisme de règlement des différends. En Italie, des incitatifs fiscaux ont été mis en place⁶⁴. En Bulgarie,

⁵⁸ Giuseppe DE PALO, Constantin Adi GAVRILĂ, Hazel GENN, Lord MANCE, Bill MARSH, Matthew RUSHTON et Diana WALLIS, *Mandatory mediation. A worthwhile experiment*, Ashfords LLP, Londres (Royaume-Uni), 2014 (1:34:07), en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=0JPRNgUBgVE>> (consulté le 1er mai 2017) à 1 :08 :50;

⁵⁹ Julie MACFARLANE, « Why do People Settle », (2000-2001) 46 *McGill L.J.* 663, 687

⁶⁰ G. DE PALO et al., préc., note 58, à 1 :08 :50

⁶¹ Julie MACFARLANE, « Time to Shatter the Stereotype of Self-Represented Litigants », (2013) 1 *Disp. Resol. Mag.* 14, 17

⁶² BARREAU DU QUÉBEC, *Votre avocat, maître en solutions*, (campagne publicitaire), Barreau du Québec, 2014-2016, en ligne : <<http://votrejustice.ca/>> (consulté le 5 décembre 2017)

⁶³ P. E. AUDET, préc., note 54; Robert PIDGEON, « La gestion d'instance – Le point de vue d'un magistrat », dans Sylvette GUILLEMARD (dir.), *Le Code de procédure civile : quelles nouveautés?*, coll. Les Cahiers de droit, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 315, aux p. 322-323

⁶⁴ Giuseppe DE PALO, Ashley FEASLEY et Flavia ORECCHINI (dir.), *Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis*, Bruxelles, Directorate-General for Internal Policies, European Parliament, 2011, p. 19

en Roumanie, en Pologne et en Hongrie, un remboursement total ou partiel des frais de médiation est offert aux parties lorsqu'elle mène à un règlement⁶⁵.

Une autre solution proposée par certains États est celle d'imposer une forme ou une autre de médiation avant d'aller à procès. L'idée de rendre obligatoire un processus fondamentalement volontaire semble contradictoire à première vue. Cette proposition n'effraie toutefois pas autant qu'on pourrait le croire. Selon un sondage mené auprès des Québécois par la firme CROP en 2013, 47 % des répondants considéraient que l'obligation de la médiation avant d'aller à la Cour était une solution souhaitable pour améliorer l'accès à la justice pour la classe moyenne⁶⁶. Les partisans de la médiation obligatoire supposent qu'elle se justifie de plusieurs manières.

D'abord, en la rendant obligatoire, on contribuerait à faire connaître la médiation⁶⁷. Il y a généralement beaucoup de conceptions erronées et d'incertitudes quant à la médiation, autant pour les justiciables que pour les avocats⁶⁸. Créer une obligation de médiation permettrait d'apaiser ces craintes et de remettre les pendules à l'heure quant à sa nature et à ses bénéfices.

De plus, régler la médiation permettrait de la légitimer davantage et de lui procurer une plus grande valeur aux yeux des juristes et des justiciables⁶⁹. Une telle obligation contribuerait aussi à normaliser la médiation et à l'intégrer aux mœurs et à la culture juridique. Les avocats plus habitués avec la médiation auraient tendance à la recommander plus fréquemment à leurs clients⁷⁰. Comme le souligne Campbell C. Hutchison, non seulement l'imposition de la médiation aiderait les avocats à apprécier le processus, mais elle permettrait également de développer un bassin de médiateurs spécialisés qui contribueraient à augmenter la crédibilité de la médiation volontaire⁷¹.

⁶⁵ *Id.*, p. 19

⁶⁶ BARREAU DU QUÉBEC, préc., note 20, p. 46

⁶⁷ R. VERKIJK, préc., note 50, à la p. 190

⁶⁸ *Id.*; EDITOR'S NOTE, préc., note 55, 1093

⁶⁹ EDITOR'S NOTE, préc., note 55, 1093

⁷⁰ David S. WINSTON, « Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: "You Can Lead a Horse to Water..." », (1996) 11-1 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 187, 193

⁷¹ Campbell C. HUTCHISON, « The case for Mandatory Mediation », (1996-1997) 42 *Loy. L. Rev.* 85, 90

Certains soutiennent en outre que chacune des parties a souvent peur d'être celle qui propose la médiation et de donner l'impression à l'autre partie que sa cause est moins solide qu'elle ne le prétend. Un programme de médiation obligatoire offrirait aux parties l'occasion d'essayer la médiation sans tabou et sans craindre de « perdre la face »⁷².

La médiation, rendue obligatoire, permettrait aussi aux parties de rétablir un dialogue qui aurait pu être rompu par les procédures judiciaires. Même si le conflit n'est pas résolu en médiation, la rencontre constituerait souvent une première étape vers une négociation soutenue qui aboutirait au règlement du litige⁷³.

Imposer la médiation à un stade hâtif des procédures permettrait enfin de réduire les coûts pour les justiciables et pour l'État. Il est reconnu que la plupart des dossiers ne se rendent pas à procès de toute manière⁷⁴. En effet, selon les différentes statistiques, entre 90 % et 97 % des dossiers ouverts à la Cour se régleraient avant l'arrivée du procès⁷⁵. Dans la plupart des cas, les parties finiront par s'entendre que ce soit au tout début du conflit ou aux portes du palais de justice quelques minutes avant le procès. L'objectif en imposant la médiation à un stade précoce serait de devancer le moment de cette entente afin d'éviter l'escalade des coûts pour les parties et l'utilisation de ressources judiciaires⁷⁶. L'imposition de la médiation avant d'aller devant le tribunal permettrait aussi d'éviter le développement de certains sentiments négatifs qui peuvent être générés par un passage à la Cour. Ce processus, contrairement au procès⁷⁷, donnerait lieu à une expérience relativement positive du règlement du conflit⁷⁸.

⁷² EDITOR'S NOTE, préc., note 55, 1093; D. S. WINSTON, préc., note 70, 192

⁷³ C. C. HUTCHISON, préc., note 71, 91-92 et 94

⁷⁴ P. NOREAU, « La justice est-elle soluble dans la procédure? Repères sociologiques pour une réforme de la justice civile », préc., note 5, 43

⁷⁵ Pierre NOREAU (dir.), *Mémoire de l'Observatoire du droit à la justice. Présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec dans le cadre de la consultation générale et des auditions publiques sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, Montréal, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, 2011

⁷⁶ C. C. HUTCHISON, préc., note 71, 92

⁷⁷ K.-E. GINER et M. PERRON, préc., note 30, p. 36-37. Selon le sondage, 55% des québécois qui ont déjà été impliqués dans un procès ont qualifié leur expérience de négative. D'ailleurs, cette proportion a augmentée depuis 2006 alors qu'elle n'était qu'à 45%.

⁷⁸ Jacques DUFRESNE, « De la règle de droit à la phila » dans *Élargir nos horizons. Redéfinir l'accès à la justice au Canada : Compte rendu du symposium tenu le 31 mars 2000*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000, p. 53, à la p. 55

Les prétentions des partisans de la médiation obligatoire et les critiques de celles-ci seront abordées plus en détail dans la deuxième partie de cette étude. Avant tout, il importe de savoir de quoi il est question lorsqu'on parle de médiation obligatoire. Les prochaines pages dresseront un portrait de certains programmes de médiation obligatoire. Plusieurs provinces canadiennes seront étudiées. En effet, le Canada peut se vanter de sa réputation en matière de médiation obligatoire. Abondamment cité par différents auteurs, le succès de certains de ses programmes fait l'envie de plusieurs États. Le Canada ne fait cependant pas cavalier seul. Plusieurs autres pays se sont lancés dans l'implantation de tels programmes avec des particularités qui leur sont propres et des succès variables. Nous tâcherons d'expliquer et de comprendre les différents programmes de médiation obligatoire et leur impact sur le système judiciaire et sur les justiciables afin de déceler les meilleures pratiques en la matière.

Chapitre II : Les différents types de médiation obligatoire

La médiation obligatoire peut prendre plusieurs formes et son degré de contrainte peut varier d'un programme à un autre. Selon certains auteurs, il est possible de classer les différents types de médiation obligatoire en quelques grandes catégories.

La première tentative de classification, et la plus reprise par la suite⁷⁹, est celle du professeur Frank E.A. Sander qui distingue deux approches pour référer les parties en médiation⁸⁰. La première étant automatique (s.1) et la seconde discrétionnaire (s.2). Pour sa part, Melissa Hanks qui a étudié différents programmes de médiation obligatoire à travers le monde décèle une troisième catégorie, soit celle de la médiation quasi obligatoire (s.3)⁸¹. Notons, au passage, que l'analyse des différents programmes de médiation obligatoire nous permet de remarquer la présence de plusieurs formules hybrides qui emprunte des caractéristiques à plus d'une des catégories proposées rendant la catégorisation stricte des divers programmes plus complexes.

Section 1 : La médiation automatique

Le premier type de médiation est celui dit « *categorical* » ou automatique. Il inclut les programmes de médiation dans lesquels les parties sont automatiquement soumises à la médiation dès que leur conflit entre dans une certaine catégorie⁸². La plupart du temps, ce sera selon le domaine de droit, mais la catégorisation peut aussi reposer sur la valeur du différend ou encore sur le fait que les parties soient des personnes physiques ou morales. Parfois, le simple fait qu'il s'agisse d'un dossier de nature civile peut suffire à enclencher l'obligation de médiation. Certains modèles peuvent en outre joindre plus d'un critère.

À titre d'exemple, on peut penser aux programmes qui ne s'adressent qu'aux dossiers de consommation de moins de 15 000 \$, comme c'est le cas dans un projet pilote qui a lieu en

⁷⁹ Dorcas QUEK, « Mandatory Mediation: an Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program », (2010) 11 *Cardozo J. Conflict Resol.* 479, 480-481

⁸⁰ Frank E. A. SANDER, « Another View of Mandatory Mediation », (hiver 2007) 13 *Disp. Resol. Mag.* 16, 16

⁸¹ Melissa HANKS, « Perspectives on Mandatory Mediation », (2012) 35 *UNSWLJ* 929, 930-931

⁸² F. E. A. SANDER, préc., note 80, 16

ce moment au Québec⁸³. On trouve également une formule similaire en Norvège où il est obligatoire pour les parties de participer à une table de conciliation lorsque leur litige est de moins de 125 000 couronnes (environ 19 000 \$) et qu'elles ne sont pas représentées par avocat⁸⁴. En Colombie, ce sont dans les domaines familial et administratif qui ont ce type de médiation obligatoire⁸⁵. En Suisse, les parties doivent aussi se soumettre à une séance de conciliation obligatoire dans la plupart des dossiers de nature civile⁸⁶. La formule est quelque peu différente alors qu'elles peuvent être exemptées si la valeur du litige est d'au moins 100 000 francs (environ 129 000 \$) et si, d'un commun accord, elles consentent à ne pas y participer⁸⁷.

D'autres programmes s'adressent à une clientèle beaucoup plus large. C'est le cas notamment de certaines Cours de district aux États-Unis comme celle du *Northern District of New York* où tous les dossiers civils sont soumis à la médiation à l'exception de certains, comme ceux concernant les appels de dossiers de faillite ou de sécurité sociale⁸⁸. Des programmes à portée générale comme celui-là existent depuis déjà plusieurs années au Canada, notamment en Ontario⁸⁹ et en Saskatchewan⁹⁰.

Cette manière de trier les dossiers a l'avantage de pouvoir être automatisée ou, du moins, de nécessiter moins d'attention à porter aux dossiers et, donc, de réduire la charge de ressources humaines pour les tribunaux.

La plupart du temps, ces programmes prévoient un système de retrait (« *opting-out* ») pour les parties qui ont de sérieuses raisons de croire que la médiation ne leur serait pas

⁸³ *Règlement établissant un projet pilote de médiation obligatoire pour le recouvrement des petites créances découlant d'un contrat de consommation*, RLRQ, c. C-25.01, r.1

⁸⁴ Anneken KARI SPERR, « Regulation of Dispute Resolution in Norway: Vertical and Horizontal Regulatory Strategies », dans Felix STEFFEK et Hannes UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford (Royaume-Uni), Hart Publishing, 2013, p. 329, aux p. 336-339

⁸⁵ Gloria Estella ZAPATA, *La conciliation en Colombie*, Montréal, Faculté de droit de l'Université de Montréal, Mémoire, Juin 2012, p. 88

⁸⁶ *Code de procédure civile du 19 décembre 2008*, (Suisse) SR 272 (ci-après « *Code de procédure civile suisse* »), art. 197-198; Isaak MEIER et al., « Regulation of Dispute Resolution in Switzerland: Mediation, Conciliation and Other Forms of ADR in Switzerland », dans Felix STEFFEK et Hannes UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford (Royaume-Uni), Hart Publishing, 2013, p. 363, à la p. 411

⁸⁷ *Code de procédure civile suisse*, préc., note 86, art. 199

⁸⁸ *General Order #47. Mandatory Mediation Program*, préc., note 11

⁸⁹ *Règles de Procédure civile*, R.R.O., 1990, Reg. 194 (Ont.), règle 24.1

⁹⁰ *Loi de 1998 sur la Cour du Banc de la Reine*, L.S. 1998, c. Q-1.01, art. 42

bénéfique. Elles doivent alors faire la preuve, selon les balises variables de chaque programme, de l'incompatibilité de la médiation avec leur dossier⁹¹.

Dans certains cas, il peut être plus facile d'éviter l'obligation de médiation que d'autres. Ce fut le cas en Allemagne, alors qu'un programme de médiation obligatoire pour les créances de moins de 750 euros (environ 1 100 \$) prévoyait la possibilité d'esquiver l'obligation de médiation en passant par le dépôt d'un acte de procédure différent⁹². Lorsque ce genre de contournement des règles est permis, les programmes ont plus de chance de se solder par un échec comme en témoigne le programme allemand qui fut rapidement abandonné par la vaste majorité des États qui l'avaient adopté au départ⁹³.

À l'opposé, lorsque les balises sont claires et que les conditions menant à l'exemption sont définies et appliquées par les juges, le programme de médiation obligatoire a beaucoup plus de chance d'être pris au sérieux et de produire les résultats escomptés. C'est le cas notamment dans certaines provinces canadiennes où les critères sont établis clairement par la loi et définis plus spécifiquement par les juges de manière assez stricte⁹⁴.

D'autres programmes de médiation obligatoire automatique fonctionnent plutôt selon un système d'adhésion ou « *opting-in* ». Ceux-ci prévoient souvent une première rencontre d'information obligatoire sur la médiation et offrent ensuite la chance aux parties d'intégrer volontairement le processus⁹⁵. Jusqu'à tout récemment, la Roumanie avait recours à ce type de modèle⁹⁶. On peut aussi penser au programme québécois de médiation familiale qui repose sur une formule similaire⁹⁷. Dans ces cas, ce n'est pas la participation à la médiation qui est obligatoire, mais plutôt la participation à une séance d'information. Malgré tout, plusieurs auteurs considèrent qu'il s'agit de médiation obligatoire en raison de la contrainte quant à la

⁹¹ D. QUEK, préc., note 79, 488-490

⁹² Burkhard HESS et Nils PELZER, « Regulation of Dispute Resolution in Germany: Cautious Steps towards the Construction of an ADR System », dans Felix STEFFEK et Hannes UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford (Royaume-Uni), Hart Publishing, 2013, p. 209, aux p. 218-219

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *IBM Canada Limited v. Kossovan*, 2011 ABQB 62

⁹⁵ Giuseppe DE PALO et Ashley E. OLESON, « Regulation of Dispute Resolution in Italy: The Bumps in the Road to Successful ADR », dans Felix STEFFEK et Hannes UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 239, aux p. 265-266

⁹⁶ Giuseppe DE PALO et Romina CANESSA, « Sleeping? Comatose? Only mandatory consideration of mediation can awake sleeping beauty in the European Union », (2014-2015) 16 *Cardozo J. Conflict Resol.* 713, 721

⁹⁷ art. 341 et 417-419 C.p.c.

participation à cette séance d'information⁹⁸. Cette dernière vise à faire connaître le processus et ses avantages, et ultimement à populariser la médiation.

La médiation automatique est sans contredit le type de médiation obligatoire le plus répandu en Occident. Les États qui se prévalent de ce type de programme sont nombreux. La plupart du temps, ils concernent les dossiers touchant des enjeux familiaux comme la séparation, la garde des enfants, le partage des biens du couple, les successions, etc.⁹⁹. Il est aisé de comprendre que ces sujets sont souvent plus sensibles et nécessitent une approche différente alors que la froideur et les procédures des tribunaux ne sont pas toujours appropriées. Au surplus, dans la plupart des cas, les parties devront continuer de collaborer à l'avenir et il est souhaitable que leur relation soit la plus harmonieuse possible pour la suite des choses. Pour les dossiers à caractère familial, beaucoup d'auteurs s'entendent pour dire que certaines caractéristiques contraignantes pour favoriser le recours à la médiation sont souhaitables, sauf dans les cas où la violence physique ou mentale pourrait compromettre le processus¹⁰⁰. La médiation obligatoire est aussi très utilisée en matière d'endettement agricole¹⁰¹. On peut comprendre les motifs d'implanter de tels programmes en raison de l'importance pour les exploitants agricoles de conserver leurs terres qui constituent leur gagne-pain.

Dans les autres domaines du droit civil, ces impératifs ne sont toutefois pas présents. Les parties n'ont pas toujours des relations futures à protéger et les sujets traités sont bien différents. Malgré tout, certaines provinces et certains États ont choisi d'imposer aux parties le recours à la médiation comme en témoignent les exemples qui précèdent.

Enfin, en plus des tribunaux, certains organismes et certaines compagnies ont aussi recours à la médiation obligatoire. C'est le cas notamment du Centre de règlement des

⁹⁸ G. DE PALO et R. CANESSA, préc., note 96, 722

⁹⁹ En Colombie-Britannique: *Notice to Mediate (Family) Regulation*, Reg 296/2007 (B.C.); Au Québec: art. 341 et 417-419 C.p.c.; Aux Pays-Bas : M. DE HOON et S. VERBERK, préc., note 53, aux p. 96-97; En Floride: P. HUGHES, préc., note 13; En Californie : Susan C. KUHN, « Mandatory Mediation: California Civil Code section 4607 », (1984) 33 *Emory L.J.* 733; Voir aussi A. STITT et al., préc., note 5, aux p. 453-454;

¹⁰⁰ Jacques P. DUPUIS (dir.), *Troisième rapport d'étape du Comité de suivi sur l'implantation de la médiation familiale*, Québec, Gouvernement du Québec, 2008; S. C. KUHN, préc., note 99, 742-770; Jessica PEARSON et Nancy THOENNES, « Divorce Mediation : An Overview of Research Results », (1985) 19 *Colum. J.L. & Soc. Probs.* 451

¹⁰¹ *The Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, c. S-17.1; Thomas CASA, « Mandatory Mediation and Conciliation in California », (2006) 15 *San Joaquin Agric. L. Rev.* 117

différends sportifs du Canada qui impose un processus de facilitation des règlements aux parties qui font une demande d'arbitrage¹⁰². Des entreprises privées comme Ebay ont également recours à une forme de médiation obligatoire pour leurs usagers via une plateforme en ligne¹⁰³.

Section 2 : La médiation discrétionnaire

Le deuxième type de médiation obligatoire proposé par Sander est celui de la médiation discrétionnaire. Les parties sont convoquées à une séance de médiation à la suite d'une ordonnance émise par un juge ou par un greffier qui en a le pouvoir¹⁰⁴. Chaque dossier sera donc analysé individuellement avant d'être référé à la médiation. C'est le cas notamment en Australie¹⁰⁵. En Bulgarie, la médiation par référence est si importante que le juge qui décide de ne pas envoyer un dossier en médiation doit justifier sa décision plutôt que l'inverse¹⁰⁶.

La référence peut être faite dans plusieurs contextes. Parfois, elle aura lieu à la suite d'une conférence préparatoire alors que le juge a eu le temps de prendre connaissance du dossier et d'entendre les parties sur la question¹⁰⁷. Certaines parties pourront aussi être référées à la médiation lors d'une séance d'information sur la médiation ou d'une session d'orientation¹⁰⁸. Dans d'autres cas, la référence se fera seulement à la vue du dossier en tenant compte de certaines caractéristiques indiquant les chances de règlement comme l'historique de la relation entre les parties, le montant en jeu, le domaine de droit en cause ou tout autre

¹⁰² *Code canadien de règlement des différends sportifs*, Centre de règlement des différends sportifs du Canada, 1^{er} janvier 2015, en ligne : <<http://www.crdsc-sdrcc.ca/fr/documents/CODE%202015%20FINAL%20FR.pdf>> art. 4.3

¹⁰³ ONLINE DISPUTE RESOLUTION ADVISORY GROUP et Richard SUSSKIND (dir.), *Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims*, Royaume-Uni, Civil Justice Council, Février 2015, p. 11-12 et 16, en ligne : <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/02/Online-Dispute-Resolution-Final-Web-Version1.pdf>>

¹⁰⁴ M. HANKS, préc., note 81, 931

¹⁰⁵ *Id.*, 945

¹⁰⁶ G. DE PALO, A. FEASLEY et F. ORECCHINI préc., note 64, p. 20

¹⁰⁷ S. H. CLARKE et E.E. GORDON, préc., note 11, 316-137; D. QUEK, préc., note 79, 488-490; Carrie MENKEL-MEADOW, « Regulation of Dispute Resolution in the United States of America: From the Formal to the Informal to the “Semi-Formal” », dans Felix STEFFEK et Hannes UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 419, à la p. 443

¹⁰⁸ D. QUEK, préc., note 79, 488-490

motif¹⁰⁹. On voit donc ici un croisement entre les deux types de médiation obligatoire, soit la médiation automatique par catégories et celle qui est discrétionnaire. Il y a aussi des modèles hybrides où la première médiation se fait automatiquement, mais où le juge peut ordonner par la suite une seconde médiation que l'on qualifiera de discrétionnaire¹¹⁰.

D'autres méthodes de référence ingénieuses ont aussi été testées. Aux Pays-Bas, par exemple, un projet pilote de 2009 visant les dossiers en matière commerciale conviait les parties à une première audition devant un juge et un médiateur qui n'avait accès qu'à une partie du dossier de la Cour. Les parties devaient remplir un questionnaire sur leur conflit qu'elles remettaient ensuite au juge et au médiateur. Après avoir entendu brièvement les parties, le médiateur et le juge pouvaient les conseiller sur le mode approprié de règlement de leur différend. Bien qu'entrepris sur une base volontaire, ce projet pilote proposait une approche nouvelle de « multi-door-courtroom ». On n'a toutefois pas donné suite au projet. Certains auteurs estiment avec justesse que les ressources mobilisées pour ce programme étaient trop importantes par rapport au bénéfice qu'en retirait le système judiciaire¹¹¹. En effet, si l'un des objectifs d'un programme de médiation obligatoire est de réduire les coûts et les délais associés au processus judiciaire, il faut s'assurer qu'il ne mobilise pas plus de ressources humaines et financières que le procès lui-même, ce qui peut être le cas lorsqu'un juge et un médiateur sont requis à l'étape de l'aiguillage des parties vers le meilleur moyen de résoudre le conflit.

Dans l'État de New York, à la *Commercial Division* de la Cour suprême de comté, un projet pilote de médiation obligatoire a été mis en place de 2014 à 2016. Dans le cadre de ce projet, chaque 5^e dossier inscrit de chaque semaine était référé à la médiation¹¹². Il s'agit là encore d'une forme de modèle hybride. La référence à la médiation se faisait par le greffier, mais plutôt que de reposer sur des critères liés à la nature du dossier ou sur une base discrétionnaire pour effectuer sa référence, il s'agissait plutôt d'un projet où les dossiers devant se présenter en médiation étaient laissés au hasard. Depuis la fin du projet pilote, une

¹⁰⁹ C. MENKEL-MEADOW, préc., note 107, à la p. 443

¹¹⁰ A. KARI SPERR, préc., note 84, à la p. 359; D. QUEK, préc., note 79, 488-490

¹¹¹ M. DE HOON et S. VERBERK, préc., note 53, aux p. 98-99

¹¹² *Rules and Procedures of the Alternative Dispute Resolution Program*, Supreme Court, New York County, Commercial Division, Rule 15, (a)

nouvelle mouture de ce programme a vu le jour, mais la référence vient plutôt d'un juge désigné cette fois¹¹³.

Aux Pays-Bas, après avoir déposé leurs actes de procédures à la Cour, les parties reçoivent une lettre leur indiquant qu'elles sont admissibles à la médiation et une brochure sous forme de questionnaire ou de test qui leur permet de déterminer si la médiation est appropriée à leur dossier. Après avoir rempli le questionnaire, les parties sont conviées à une audition où elles pourront être référées à la médiation selon les réponses qu'elles auront données au questionnaire¹¹⁴. La référence se fera donc ici sur la base du questionnaire et pas nécessairement sur celle du dossier. Une telle formule a l'avantage de pouvoir détecter les intérêts que les parties peuvent avoir à poursuivre l'affaire devant les tribunaux ou à régler plus tôt, ce que le dossier à lui seul ne peut pas toujours laisser transparaître.

Peu importe la formule utilisée, dans un modèle de médiation obligatoire de type discrétionnaire, les parties ont rarement l'occasion d'être exemptées du processus une fois que le juge l'a ordonnée. Les représentations pour l'exemption ont généralement lieu avant d'y être référées formellement.

La Colombie-Britannique, pour sa part, a mis en place, dès 1998, une formule intéressante pour encourager la médiation. Elle utilise le justiciable comme levier alors que l'obligation de médiation est à l'initiative des parties. Dans la plupart des dossiers civils ou familiaux, l'une des parties peut proposer à l'autre d'aller en médiation par l'entremise d'un avis de médiation (*Notice to Mediate*)¹¹⁵. L'envoi de cet avis déclenche une obligation de médiation pour les deux parties¹¹⁶. On pourrait considérer qu'il s'agit d'une médiation par référence discrétionnaire, mais, contrairement à la formule classique, la discrétion de référer ou non le dossier à la médiation repose ici sur les parties et non sur un tiers. Il s'agit d'un modèle original qui encourage l'*empowerment* des parties alors que la décision d'entreprendre la médiation ne vient pas de l'extérieur.

¹¹³ NEW YORK STATE UNIFIED COURT SYSTEM, « ADR Overview », *Commercial Division, NY Supreme Court, New York County Supreme Court*, <<http://www.nynd.uscourts.gov/adr-program>> (consulté le 11 juillet 2017)

¹¹⁴ M. PEL, préc., note 55, aux p. 317-318

¹¹⁵ *Le Soleil Hotel & Suites v. Le Soleil Management*, 2008 BCSC 953, par. n° 14-16

¹¹⁶ *Matsqui First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2015 BCSC 1409, par. n° 8

Section 3 : La médiation quasi obligatoire

Le troisième type mis de l'avant par Melissa Hanks est la médiation « *quasi compulsory* » ou quasi obligatoire. Cette catégorie n'est pas officiellement reconnue par tous les auteurs, mais il convient de souligner son existence, parce que plusieurs États utilisent ce type d'approche afin d'encourager le recours à la médiation par les parties.

Il s'agit d'une médiation qui, officiellement, ne peut être imposée aux parties. Or, dans l'application des règles entourant les modes de prévention et de règlement des différends, la participation à la médiation ou à une autre forme de PRD devient inévitable. Le refus de soumettre d'abord son litige à un mode privé de règlement des différends entraîne des conséquences telles qu'on pourrait difficilement considérer que la participation est complètement volontaire. Dans ce genre de programme, on demandera généralement aux parties d'entreprendre certaines démarches afin de résoudre le conflit avant de le soumettre à des procédures judiciaires ou pendant le déroulement de celles-ci. Les parties doivent alors satisfaire certaines exigences et démontrer qu'elles ont pris les mesures nécessaires pour régler le conflit sans passer par les tribunaux.

Les conséquences lorsque le juge n'est pas satisfait par les démarches des parties se traduisent souvent par une imputation des frais judiciaires¹¹⁷ et peuvent avoir des impacts pour les parties sur différents plans, comme nous le verrons en deuxième partie.

Les quasi-obligations de recourir à la médiation ou à un autre mode de PRD se sont surtout développées depuis la fin du XX^e siècle. Un peu partout en Occident, on a vu apparaître des dispositions législatives plus ou moins contraignantes qui exigent des parties qu'elles s'engagent, qu'elles participent ou qu'elles considèrent les différents modes de PRD avant de se tourner vers les tribunaux. Alors que certaines n'imposent pas de prendre part réellement à la médiation, mais plutôt d'évaluer si ce mode de règlement pourrait convenir à leur dossier, et prendre une décision éclairée sur le sujet par la suite, d'autres vont plus loin en exigeant des parties qu'elles participent activement à la médiation ou à un autre mode de PRD. Même si, ultimement, les parties peuvent décider que la médiation ne serait pas bénéfique dans leur cas, et ne pas s'y soumettre, ce sera au juge de déterminer, après coup, si elles ont

¹¹⁷ *Civil Dispute Resolution Act 2011*, (Cth) No.17, art. 12; M. HANKS, préc., note 81, 940

bien évalué la situation et si elles ont déployé suffisamment d'efforts pour tenter de régler leur différend à l'extérieur des tribunaux. Les juridictions où la médiation quasi obligatoire est pratiquée soutiennent souvent que le choix d'intégrer le processus reste toujours volontaire pour les parties, mais on ne saurait prétendre que l'incertitude entraînée ne contribue pas à qualifier les exigences des juges, à tout le moins, de quasi obligatoires.

Les pays où la médiation quasi obligatoire est la plus répandue sont l'Australie et le Royaume-Uni. Cette obligation s'y traduit par une imputation des dépens à la fin du processus judiciaire à la partie qui n'aurait pas satisfait à son obligation de considérer et d'entamer un des différents modes de PRD. C'est aux parties que revient la décision de se soumettre à la médiation, mais ce sera au juge de déterminer si les parties ont correctement évalué la situation. Il y a donc une certaine forme de contrainte pour les parties qui n'auront d'autre choix que de se soumettre à la médiation pour ne pas subir les conséquences imprévisibles que pourrait leur imposer un juge.

D'autres mesures peuvent aussi inciter les parties à choisir le recours à la médiation, sans, pour autant, que cette médiation soit officiellement obligatoire. Au Royaume-Uni par exemple, une partie qui souhaite bénéficier de l'aide juridique en matière familiale doit d'abord assister à une rencontre où l'on déterminera si la médiation est appropriée à sa situation¹¹⁸.

* * *

La crise des tribunaux et la nécessité de répondre à un besoin de justice différent ont donc contribué au développement de la médiation. Malgré ses avantages, ce modèle semble toujours avoir de la difficulté à s'implanter massivement auprès des justiciables. C'est pourquoi certains ont suggéré d'imposer la médiation aux parties afin de surmonter les obstacles observés. Différents types de médiation obligatoire ont été mis à l'essai à plusieurs endroits en Occident. Les prochaines pages décriront plus amplement certains de ces programmes de médiation.

¹¹⁸ D. QUEK, préc., note 79, 489

TITRE DEUXIÈME : LES DIFFÉRENTS PROGRAMMES DE MÉDIATION OBLIGATOIRE

Plusieurs pays ont choisi la médiation obligatoire comme outil pour répondre aux différents problèmes d'accès à la justice. Parmi ceux-ci, quatre se démarquent pour leur utilisation accrue et répandue. L'Australie, le Canada, l'Italie et le Royaume-Uni ont tous adopté des programmes de médiation obligatoire ou quasi obligatoire avec des caractéristiques particulières et des résultats variés. Un bref tour d'horizon nous permettra de constater les grandes variations qu'il peut y avoir entre les différents programmes et permettra plus tard de comprendre les critiques que certains posent à la médiation obligatoire en plus de déceler les meilleures pratiques en la matière.

Chapitre I : Le modèle le plus populaire : la médiation obligatoire automatique

Le modèle le plus courant de médiation obligatoire est sans contredit celui de la médiation automatique. On y montre aux parties le chemin de la médiation en s'appuyant uniquement sur certaines caractéristiques de leur dossier. Par exemple, on peut envoyer en médiation tous les dossiers qui portent sur un domaine de droit civil, ou encore, tous les dossiers présentés devant la Cour des petites créances. Certains programmes visent aussi des catégories plus spécifiques comme c'est le cas au Québec notamment.

Les exemples de la Saskatchewan (s.1), de l'Ontario (s.2), de l'Alberta (s.3), de l'Italie (s.4) et du Québec (s.5) permettront d'illustrer certains modèles existants de médiation obligatoire automatique.

Section 1 : La Saskatchewan et le premier programme de médiation obligatoire général au Canada

La médiation obligatoire n'est pas un phénomène nouveau en Saskatchewan. Dès 1988, elle est imposée à la plupart des dossiers en matière d'endettement agricole¹¹⁹. En 1994, la Saskatchewan implante son premier programme général de médiation obligatoire à la Cour

¹¹⁹ *The Saskatchewan Farm Security Act*, préc., note 101; Michaela KEET, « From Litigation to Mediation: Using Advocacy Skills for Success in Mandatory or Court-Connected Mediation », (2001) 64 *Sask. L. Rev.* 57, 59

supérieure¹²⁰ sous forme de projet-pilote¹²¹. Il s'agit alors de la première province canadienne à imposer aux parties de recourir à la médiation dans presque toutes les causes civiles¹²². Le programme qui, au départ, ne concernait que deux municipalités s'est rapidement étendu pour couvrir aujourd'hui l'ensemble de la province¹²³.

Contrairement à d'autres provinces canadiennes comme l'Ontario, où l'objectif avoué de l'instauration d'un tel programme était la réduction des coûts et des délais¹²⁴, la Saskatchewan a plutôt misé sur une finalité plus large d'éducation. On souhaitait une transformation systémique et culturelle dans laquelle la place des justiciables serait remise au centre du processus et où la participation de leur avocat favoriserait le consensus¹²⁵. À cet effet, dans une décision de 2002, le juge John Klebuc rappelait les quatre objectifs du programme :

- « (a) to educate the parties about alternative dispute resolution approaches that they could employ to resolve the issues between them in a cost effective and less confrontational manner;
- (b) to assist the parties in identifying the material legal issues between them under the guidance of a trained mediator;
- (c) to facilitate a settlement during a mediation session;
- (d) where a settlement is not achievable during a mediation session, to assist the parties and their counsel in identifying their respective positions thereon in order to encourage post mandatory mediation settlement negotiations and reducing the time and financial costs should a trial be necessary. »¹²⁶ (nos soulignements)

¹²⁰ Louise OTIS, Catherine ROUSSEAU-SAINE et Eric H. REITER, « Confidentiality and Judicial Mediation in Canada », dans Tania SOURDIN et Archie ZARISKI (dir.), *The Multi-tasking judge. Comparative judicial dispute resolution*, Sydney (Australie), Thomson Reuters, 2013, p. 183, à la p. 189

¹²¹ Ahmed MASOOD et Barbara BILLINGSLEY, « Evolution, revolution & culture shift: A critical analysis of compulsory ADR in England and Canada », (2016) 45-2-3 *CLWR* 186, 10

¹²² M. KEET, préc., note 119, 57

¹²³ A. MASOOD et B. BILLINGSLEY, préc., note 121, 10

¹²⁴ Amjad MURABIT, « Overview of Mandatory Mediation Programs in Canada » (2015), Strathmore University, en ligne: <<http://www.strathmore.edu/sdrc/uploads/documents/articles/Mandatory-Mediation-programs-in-Canada-Overview-June-2015.pdf>> reprenant les propos de Janice Mucalov dans Janice MUCALOV, « Mediation, Like It or Not », *The National*, février 2003, en ligne: <www.cba.org/cba/national/janfeb03/PrintHtml.aspx?DocId=6371> (consulté le 18 août 2017)

¹²⁵ Julie MACFARLANE et Michaela KEET, « Civil Justice Reform and Mandatory Civil Mediation in Saskatchewan: Lesson From a Maturing Program », (2005) 42-3 *Alta. L. Rev.* 677, 680

¹²⁶ *Welldone Plumbing, Heating & Air Conditioning (1999) Ltd. v. Total Comfort Systems Inc.*, 2002 SKQB 475

On ne parle donc pas nécessairement de réduction des coûts, mais d'abord et avant tout d'éducation, même si l'enjeu financier reste présent¹²⁷.

Les modalités du programme sont prévues à l'article 42 de la *Loi de 1998 sur la Cour du Banc de la Reine*. L'obligation de médiation s'adresse à tous les centres judiciaires de la Cour¹²⁸. Elle couvre ainsi l'ensemble du territoire de la province. Elle englobe tous les dossiers de nature civile à l'exception des instances en matière familiale¹²⁹ qui ont leur propre système de médiation¹³⁰.

La médiation a lieu après la clôture des plaidoiries¹³¹, c'est-à-dire après que la demande introduisant l'instance et la défense de l'autre partie ait été déposée au greffe de la Cour¹³². Le programme prévoit la possibilité pour les parties de demander le report de la médiation à une étape ultérieure du processus si les circonstances le justifient¹³³. Cette possibilité permet au programme de se démarquer par une plus grande flexibilité et de s'adapter à certains besoins particuliers des parties.

Le programme saskatchewanais prévoit également la possibilité pour les parties d'être exemptées de la séance si l'une d'elles en fait la demande à la Cour ou au directeur des services de médiation¹³⁴. Les possibilités d'exemption sont toutefois limitées, puisque les juges interprètent généralement de manière plutôt stricte les dispositions qui la permettent. Dans *Welldone Plumbing, Heating & Air Conditioning (1999) Ltd. v. Total Comfort Systems Inc.*, le juge rappelle qu'avant d'exempter une partie, il doit garder en tête les objectifs du programme, tel que détaillés par le juge Klebuc¹³⁵. Au surplus, le tribunal conclut que, bien que la loi accorde de larges pouvoirs aux tribunaux en matière d'exemption, ceux-ci ne devraient être exercés que lorsque la preuve le justifie. Certains exemples de cas où l'exemption est envisageable sont énumérés par la Cour. Ainsi, une situation où les coûts pour assister à une séance de médiation tôt dans le processus seraient substantiellement plus élevés

¹²⁷ *Rossmeisl v. Keewatin Yatthé Regional Health Authority*, 2006 SKQB 120, par. n° 57

¹²⁸ *Règlement sur la Cour du Banc de la Reine*, RRS, c. Q-1.01, règl.1, art. 5(1)

¹²⁹ *Loi de 1998 sur la Cour du Banc de la Reine*, préc., note 90, art. 42 (1.1)

¹³⁰ *Id.*, art. 42 (3)

¹³¹ *Id.*, art. 42 (1.1)

¹³² *Id.*, art. 2 « plaidoirie »

¹³³ *Id.*, art. 42 (1.2) et (1.3)

¹³⁴ *Id.*, art. 42 (1.2) et (1.4)

¹³⁵ *Welldone Plumbing, Heating & Air Conditioning (1999) Ltd. v. Total Comfort Systems Inc.*, préc., note 126

que les avantages prévisibles de la médiation pourrait bénéficier d'une exemption, tout comme une situation où l'une des parties serait malade ou incapable de se déplacer pour participer à la médiation. Il en irait de même pour un dossier où les enjeux émotifs entre les parties seraient de nature à poser un danger pour la santé d'une des parties, ou lorsque les parties ont déjà participé à la médiation et qu'il n'y a pas eu de changement matériel dans leur situation depuis. Enfin, les dossiers qui risquent de se transformer en action collective ou ceux qui impliquent une multitude de défendeurs pour des faits similaires pourraient aussi être exclus. La Cour précise cependant que cette énumération n'est pas exhaustive et que le juge devra analyser les demandes au cas par cas¹³⁶. Il y a donc plusieurs situations qui permettent aux parties d'être exemptées, mais, puisqu'il s'agit d'une mesure d'exception, elles doivent être interprétées de manière restrictive.

Les parties n'ont pas la liberté de choisir leur médiateur, à moins de se tourner vers un médiateur privé dont les honoraires ne sont pas règlementés par le programme¹³⁷. En effet, c'est le directeur des médiations qui choisit le médiateur pour chaque dossier à partir d'une liste de médiateurs accrédités¹³⁸. Les frais de la première séance de médiation sont couverts par le ministère de la Justice et les parties assument les coûts des séances subséquentes¹³⁹.

Le degré de participation à la médiation exigé des parties n'est pas spécifié dans la loi. On parle seulement d'une obligation « d'assister » à une séance de médiation¹⁴⁰. En cas de non-participation, le directeur des services de médiation peut, de sa propre initiative ou à la demande de l'une des parties, déposer un certificat de non-participation au greffe¹⁴¹. À la demande de la partie qui n'est pas en défaut de participation, le juge pourra ordonner à la partie en défaut d'assister à la séance de médiation ; radier ses plaidoiries ; ou écarter d'autres documents de la partie en défaut, à moins que celle-ci ne démontre que son absence était motivée ou qu'il serait inéquitable de radier ses plaidoiries ou d'écarter ses documents. Le juge peut aussi ordonner à la partie en défaut de payer les dépens des autres parties¹⁴².

¹³⁶ *Id.*, par. n° 9

¹³⁷ *Mediation Services Fees Regulations 1994*, R.R.S., c. D-18.2, règl. 3

¹³⁸ P. HUGHES, préc., note 13,179

¹³⁹ J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, p. 682

¹⁴⁰ *Loi de 1998 sur la Cour du Banc de la Reine*, préc., note 90, art. 42 (1.3) et (1.5)

¹⁴¹ *Id.*, art. 42 (3)

¹⁴² *Id.*, art. 42 (5)

Pour satisfaire son obligation de participation, la partie qui assiste à la médiation doit détenir le pouvoir de conclure une entente finale. Elle ne peut pas mandater un représentant qui n'a pas de pouvoir décisionnel. Malgré tout, dans un dossier, afin de favoriser la résolution de conflit au moyen d'une entente négociée, la Cour a accepté que la partie présente ne soit pas en mesure de conclure une entente sur-le-champ dans un dossier regroupant plus de 200 demandeurs¹⁴³.

Il est aussi important que les parties qui négocient soient présentes physiquement dans la même pièce¹⁴⁴. Dans un autre dossier, alors qu'une partie résidant à l'étranger avait fait une demande pour être exemptée de la médiation ou, à défaut, de la faire par téléphone en raison des coûts liés à ses déplacements, la Cour a privilégié le droit des parties résidant en Saskatchewan de participer à la médiation telle que le prévoit la loi¹⁴⁵. Le juge retient que les médiations par téléphone ne sont généralement pas aussi efficaces qu'une médiation en personne. Dans les circonstances, il a ordonné que la médiation ait lieu, tel que la loi le prévoit¹⁴⁶.

La satisfaction des participants du programme saskatchewanais est généralement élevée, comme en témoignent certaines études¹⁴⁷. La médiation obligatoire automatique de la Cour du Banc de la Reine de Saskatchewan a ainsi pavé la route à plusieurs autres qui ont suivi au Canada.

Section 2 : La médiation obligatoire bien établie en Ontario

D'abord présentée comme un projet pilote en 1995 pour la région de Toronto, et en 1997 pour la région d'Ottawa, la médiation obligatoire est, depuis 1999, un programme permanent pour ces deux villes et, depuis 2002, pour la région de Windsor également¹⁴⁸. La médiation obligatoire du règlement 24.1 s'adresse à presque tous les dossiers ouverts dans les

¹⁴³ *Poplar Beach Campground Owners Corp v. Resort Village of Wakaw Lake*, 2015 SKQB 245, par. n° 15

¹⁴⁴ *Loi de 1998 sur la Cour du Banc de la Reine*, préc., note 90, art. 42 (1.5)

¹⁴⁵ *Wheatliba Farms Ltd v. Alhauser*, 2010 SKQB 391, par. n° 11

¹⁴⁶ *Id.*, par. n° 12

¹⁴⁷ Michaela KEET, « The Evolution of Lawyers' Roles in Mandatory Mediation: A Condition of Systemic Transformation », (2005) 68-2 *Sask. L. Rev.* 313; J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125;

¹⁴⁸ *Règles de Procédure civile (Ont.)*, préc., note 89, art. 24.1.04(2); Alexandra GOUSSEVA et Bradley ALBRECHT, *Research and Support for the Action Committee on Access to Justice in Civil and Family Matters. Inventory of Reforms Research. Final Report to the Canadian Bar Law for the Future Fund*, Edmonton, Canadian Forum on Civil Justice, Septembre 2009, p. 9; M. KEET, préc., note 119, p. 62

trois villes¹⁴⁹. Jusqu'à tout récemment, plusieurs personnes arrivaient à éluder l'application de la règle en déposant leurs procédures dans un autre district judiciaire pour ensuite transférer l'affaire dans l'un de ces trois districts¹⁵⁰. Or, en 2014, la législation a été modifiée pour que soient aussi incluses les actions admissibles qui sont transférées dans l'un de ces comtés, mettant fin à cette pratique nuisible au programme¹⁵¹. La réaction du législateur semble tardive, considérant que ce stratagème était documenté depuis 2002, mais doit tout de même être soulignée.

Les motifs pour adopter ce programme de médiation obligatoire ont d'abord été économiques¹⁵², comme en témoigne l'article 24.1.01 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario qui précise que la médiation est rendue obligatoire « afin de réduire les frais et les retards dans les poursuites et de favoriser le règlement rapide et équitable des différends ». Malgré des objectifs différents de ceux de la Saskatchewan, le programme ontarien comporte plusieurs similitudes avec celui-ci.

Les parties peuvent être exemptées de participer à la médiation si elles en font la demande au tribunal¹⁵³. Par contre, les dispenses ne sont pas accordées à la légère, alors que les tribunaux utilisent des critères très stricts¹⁵⁴. Si aucune exemption n'est accordée, la médiation doit avoir lieu dans les 180 jours qui suivent le dépôt de la première défense¹⁵⁵, c'est-à-dire avant l'étape de la constitution de la preuve¹⁵⁶. Les parties peuvent toutefois demander une prolongation de ce délai¹⁵⁷. Cette possibilité est avantageuse et permet à ce programme d'offrir plus de flexibilité aux parties. Au surplus, celles-ci n'ont pas besoin d'avoir la permission du juge pour obtenir cette prolongation; il suffit qu'elles soient d'accord

¹⁴⁹ Le programme exclu les dossiers suivants : les actions qui prévoient leur propre système de médiation (successions, fiducies et décisions prises au nom d'autrui); les actions qui ont fait l'objet d'une médiation en vertu de la *Loi sur les assurances*, si la médiation a eu lieu moins d'un an avant le dépôt de la première défense; les actions inscrites au rôle commercial de la région de Toronto; certaines actions hypothécaires; les actions visées par la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction*, sauf les actions relatives aux fiducies; les actions visées par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*; et les actions certifiées comme recours collectif.

¹⁵⁰ Julie MACFARLANE, « Culture Change? A Tale of Two Cities and Mandatory Court-Connected Mediation », (2002) 2 *J. Disp. Resol.* 241, 267-268

¹⁵¹ *Règles de Procédure civile* (Ont.), préc., note 89, art. 24.1.04(3)

¹⁵² A. MURABIT, préc., note 124

¹⁵³ *Règles de Procédure civile* (Ont.), préc., note 89, art. 24.1.05

¹⁵⁴ Joel RICHLER, « Court-Based Mediation in Canada », (2011) 50 *Judges J.* 14, 15

¹⁵⁵ *Règles de Procédure civile* (Ont.), préc., note 89, art. 24.1.09(1)

¹⁵⁶ J. MACFARLANE, préc., note 150, 245-246

¹⁵⁷ *Règles de Procédure civile* (Ont.), préc., note 89, art. 24.1.09

et qu'elles déposent leur consentement auprès du coordonnateur de la médiation pour que leur demande soit acceptée¹⁵⁸. Ainsi, cette partie de la médiation conserve une certaine part d'informalité et facilite l'adhésion des parties.

Ce sont les parties qui assument les honoraires du médiateur, mais ces frais sont règlementés à un tarif fixe¹⁵⁹. Celles qui sont admissibles à l'aide juridique n'ont pas à payer les coûts liés à la médiation obligatoire¹⁶⁰. Les parties sélectionnent leur médiateur à partir d'une liste de médiateurs approuvés¹⁶¹. Elles peuvent aussi choisir un médiateur ne se trouvant pas sur la liste¹⁶², mais les honoraires du médiateur ne seront pas règlementés dans ce cas¹⁶³.

Avant la première séance de médiation, les participants doivent fournir un exposé au médiateur qui contient les questions de fait et de droit en litige, leurs positions, leurs intérêts et tout autre document pertinent¹⁶⁴. L'exigence de cet exposé force les parties à se préparer adéquatement pour la médiation.

La durée prévue de la médiation est de trois heures¹⁶⁵ et les parties doivent être présentes et être accompagnées de leur avocat, le cas échéant¹⁶⁶. Elles ne peuvent pas simplement envoyer leur avocat sans y assister elles-mêmes, sous peine de se voir imposer des pénalités au chapitre des frais¹⁶⁷. La partie présente doit également avoir le pouvoir de transiger ou, du moins, être en mesure de rejoindre par téléphone celle qui a ce pouvoir en tout temps pendant la séance¹⁶⁸.

En cas de défaut d'une partie de se présenter en médiation ou de fournir son exposé, le médiateur dépose un certificat de défaut de se conformer au coordonnateur de la médiation qui

¹⁵⁸ *Id.*, art. 24.1.09(3)

¹⁵⁹ *Honoraires des médiateurs (règle 24.1, règles de procédure civile)*, Reg. 451/98(Ont.)

¹⁶⁰ *Id.*, art. 7

¹⁶¹ *Règles de Procédure civile* (Ont.), préc., note 89, art. 24.1.08, 24.1.09(4)

¹⁶² *Id.*, art. 24.1.08(2)c)

¹⁶³ *Honoraires des médiateurs*, préc., note 159, art. 3(1)

¹⁶⁴ *Règles de Procédure civile* (Ont.), préc., note 89, art. 24.1.10

¹⁶⁵ P. HUGHES, préc., note 13, 192

¹⁶⁶ *Règles de Procédure civile* (Ont.), préc., note 89, art. 24.1.11(1)

¹⁶⁷ J. MACFARLANE, préc., note 150, 245-246

¹⁶⁸ *Règles de Procédure civile* (Ont.), préc., note 89, art. 24.1.11(2)

remettra le dossier au juge ou au protonotaire chargé de la gestion des causes¹⁶⁹. Le juge ou le protonotaire convoque alors les parties et peut :

- « a) établir un calendrier pour le déroulement de l'action;
- b) radier tout document déposé par une partie;
- c) rejeter l'action, si la partie défaillante est un demandeur, ou radier la défense [...], si la partie est un défendeur;
- d) ordonner à une partie d'acquitter les dépens;
- e) rendre toute autre ordonnance juste. »¹⁷⁰

Les parties ont donc intérêt à respecter leur obligation de médiation, car les conséquences peuvent être très graves. En effet, au-delà des conséquences économiques, certains des documents qu'elles souhaitent déposer pourraient être radiés.

Le programme de médiation obligatoire de l'Ontario a plus de 15 ans et n'a pas été révisé en profondeur depuis son entrée en vigueur¹⁷¹. Même s'il peut se vanter d'avoir un taux de règlement qui dépasse les 50 %, que le nombre de domaines de droit qu'il englobe augmente, tout comme la quantité de dossiers déposés à la cour, le recours à la médiation offerte par ce programme est en déclin dans la province¹⁷². Certains avocats en appellent à une réévaluation du programme, non pas parce qu'il ne fonctionne pas, mais parce qu'il se détériore en terme de réputation et d'efficacité¹⁷³. Une journaliste suggère dans un article sur le sujet que les médiateurs du système public sont de moins en moins spécialisés, ce qui pourrait être dû au fait que leurs honoraires n'ont pas été révisés depuis la mise en place du programme. Selon un de ces médiateurs,

« It is not uncommon to spend in excess of an hour and a half to schedule a mediation with all parties. It would seem to me that by the time the mediation is set down and the mediator has conducted his or her matter, their viable rate would be considerably less than the hourly rate that is mandated. »¹⁷⁴

¹⁶⁹ *Id.*, art. 24.1.10(5), 24.1.12

¹⁷⁰ *Id.*, art. 24.1.13

¹⁷¹ Judy VAN RHIJN, « Focus, Time to re-evaluate the Mandatory Mediation Program », *Law Times*, en ligne: <<http://www.lawtimesnews.com/201604115329/focus-on/focus-time-to-re-evaluate-the-mandatory-mediation-program>> (consulté le 11 avril 2016)

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ *Id.*, section "Comments", OMMP Rates, Laura P.

Malgré ses imperfections, le programme reste un exemple que certains tentent d'imiter ailleurs dans le monde¹⁷⁵.

Section 3 : Le programme de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta qui propose des options variées aux justiciables

En 2010, la réforme des règlements de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a créé une nouvelle obligation pour les parties¹⁷⁶. Celles-ci avaient désormais la responsabilité de gérer leur conflit et d'en planifier la résolution « in a timely and cost effective way »¹⁷⁷. Les parties se sont vu imposer plusieurs obligations, dont celle de répondre dans un délai raisonnable à toute offre de la partie adverse¹⁷⁸ et celle de « consider and engage in one or more dispute resolution processes [...] unless the Court waives that requirement » (nos soulignements)¹⁷⁹. Ainsi, non seulement les parties devaient considérer les différentes alternatives au procès, mais elles devaient aussi y participer avant d'obtenir une date d'audition¹⁸⁰.

Dans un dossier qualifié de « *standard* »¹⁸¹, les parties devaient participer à au moins un mode de prévention et de règlement des conflits, à moins d'en avoir été exemptées. Les modes de PRD prévus au règlement incluent les processus de résolution de conflits dans le secteur privé ou gouvernemental impliquant un tiers impartial, les programmes de résolution des conflits annexés à la Cour, la médiation judiciaire et tout autre programme désigné par la Cour¹⁸². Les parties avaient donc le choix du mode de résolution de leur conflit qu'elles devaient expérimenter avant d'aller à procès. À l'exception de la médiation judiciaire, les parties devaient assumer les honoraires et les autres frais liés au processus choisi¹⁸³.

Comme tout programme où le recours à un mode de PRD est obligatoire, il existe évidemment la possibilité d'en être dispensé si une partie en fait la demande. Les critères

¹⁷⁵ D. QUEK, préc., note 79, 501-502

¹⁷⁶ *Alberta Rules of Court*, Reg. 124/2010 (Alta), Part 4

¹⁷⁷ *Id.*, art. 4.1

¹⁷⁸ *Id.*, art. 4.2(b)

¹⁷⁹ *Id.*, art. 4.2 (e)

¹⁸⁰ L. OTIS, C. ROUSSEAU-SAINE et E. H. REITER, préc., note 120, à la p. 187

¹⁸¹ *Alberta Rules of Court*, préc., note 176, art. 4.3-4.8

¹⁸² *Id.*, art. 4.16 (1), 4.17 à 4.21

¹⁸³ *Id.*, art. 4.17 à 4.21; A. MASOOD et B. BILLINGSLEY, préc., note 121, 11

d'exemption incluent : la participation antérieure à un PRD pour le même conflit si la Cour croit qu'une nouvelle participation ne serait pas bénéfique; le fait que la nature du conflit ne s'y prête pas; s'il existe une raison impérieuse pour laquelle les parties ne devraient pas tenter de résoudre le dossier autrement que par le procès; si le recours aux modes de PRD serait futile dans les circonstances; ou encore lorsque le dossier est tel qu'une décision de la Cour est nécessaire ou souhaitable¹⁸⁴.

Malgré ces exceptions, les tribunaux albertains ont établi des critères très élevés pour la partie qui souhaite en bénéficier. Dans une décision¹⁸⁵ qui fait jurisprudence¹⁸⁶, la Cour rappelle la pertinence de rendre les PRD obligatoires et la nouvelle culture juridique qui doit s'installer dans la profession :

« [25] Before the New Rules, the traditional view was that although alternative dispute resolution was a useful process, the court would not ordinarily order it over the objections of a party. The thinking was that a mandatory dispute resolution process is an oxymoron because a party who believes that it is a waste of time and money will not engage in good faith negotiations. This, however, is not the new millennium view nor the view of the legislature when enacting the New Rules.

[...]

[28] Making the alternate dispute resolution process mandatory is an attempt to ensure that parties to litigation are exposed to its proven benefits. For sure in certain instances, this process is simply not a correct 'fit' for the claim. The dispute resolution process is not without cost in time, money, labour and resources or without risk. Sometimes, as provided for in Rule 4.16(2), it can be entirely rational to refuse this alternative and pursue an adjudication route instead. Absent compelling reasons however, the court should not use its discretion to bypass the legislated objectives of the Rule. »¹⁸⁷

Dans cette même décision, la Cour énumère certains motifs tirés de la jurisprudence qui ne constituent pas des raisons valables d'accorder une dispense. Pensons, par exemple, au cas où les parties veulent toutes les deux être exemptées, à celui où l'une des parties n'a aucune intention de régler l'affaire, à la situation où l'une des parties a une « bonne cause » ou encore à celle où l'une des parties ne participera pas de manière significative au processus. Dans tous

¹⁸⁴ *Alberta Rules of Court*, préc., note 176, art. 4.16 (2)

¹⁸⁵ *IBM Canada Limited v. Kossovan*, préc., note 94

¹⁸⁶ *Alberta Construction Consulting Associates Ltd. v. Hy-Lok Canada Inc.*, 2011 ABQB 710, par. n° 19

¹⁸⁷ *IBM Canada Limited v. Kossovan*, préc., note 94, par. n° 25-28

ces cas, l'exemption ne devrait pas être accordée, puisque cela irait à l'encontre de l'intention du programme. Les dispenses sont ainsi réservées à des dossiers d'une complexité particulière ou à ceux où il est question de violence et d'abus et où l'intervention d'un médiateur spécialisé dans ce domaine n'est pas une option envisageable¹⁸⁸.

Malgré le succès du programme albertain, ce dernier a été abruptement interrompu en février 2013 suite à une « *notice to the profession* » qui indiquait que la règle prévoyant l'obligation de considérer et de s'engager dans un processus de PRD « will not be enforced by the Court of Queen's Bench of Alberta until such time as the judicial complement of the Court and other resources permit reinstatement »¹⁸⁹. À compter du 12 février 2013, les parties pouvaient donc aller directement à procès sans d'abord avoir à s'engager dans une médiation ou un autre mode de PRD.

Selon certains observateurs, le retrait du programme serait attribuable à la forte augmentation de la population albertaine des dernières années¹⁹⁰ et au manque de ressources judiciaires pour fournir les services prévus au règlement, plus particulièrement pour la médiation judiciaire¹⁹¹. En effet, même si la médiation judiciaire était disponible bien avant l'entrée en vigueur du règlement, elle a connu un véritable regain de popularité pendant la durée du programme de recours obligatoire aux modes de PRD¹⁹². Les administrateurs de la Cour n'ont pas su répondre à la demande et il devenait difficile d'obtenir une date dans un délai raisonnable¹⁹³. Ainsi, les querelles dans les dossiers où l'une des parties était prête à payer pour aller voir un médiateur privé, mais où l'autre partie refusait de contribuer financièrement aux honoraires du médiateur privé se sont multipliées, faisant grimper les coûts et les délais des litiges¹⁹⁴. À ce jour, l'obligation de considération et de participation n'est toujours pas revenue en Alberta.

¹⁸⁸ *Id.*, par. n° 30-31

¹⁸⁹ Neil C. WITTMAN et John D. ROOKE, *Notice to the Profession. Mandatory Dispute Resolution Requirement Before Entry for Trial*, Court of Queen's Bench of Alberta, 12 février 2013

¹⁹⁰ Kent W. JESSE et Jessica PROUDFOOT, « Canada : Court Suspends Enforcement of Mandatory ADR Rules », *Mondaq*, 8 avril 2013, en ligne: <<http://www.mondaq.com/canada/x/231326/court+procedure/Court+Suspends+Enforcement+Of+Mandatory+ADR+Rules>> (consulté le 4 décembre 2017)

¹⁹¹ A. MASOOD et B. BILLINGSLEY, préc., note 121, 11

¹⁹² K. W. JESSE et J. PROUDFOOT, préc., note 190

¹⁹³ *Id.*

¹⁹⁴ *Id.*

Comme nous le verrons plus loin dans le chapitre portant sur les conditions de réussite d'un programme de médiation obligatoire, le modèle albertain doit nous servir d'exemple lors de la mise en place d'une obligation de médiation. Il faut assurer une cohérence entre les mesures mises de l'avant par le programme et celles déjà fournies par le système judiciaire, dans ce cas-ci la médiation judiciaire gratuite et les autres modes de règlements payants.

Section 4 : La culture du litige des avocats italiens confrontée à la médiation obligatoire

En 2010, l'Italie a adopté un imposant programme de médiation obligatoire¹⁹⁵. À l'époque, le pays faisait face à des délais judiciaires parmi les plus longs d'Europe¹⁹⁶ avec près de trois ans et demi d'attente pour un procès civil¹⁹⁷ et un peu moins de 6 millions de dossiers en attente d'un procès¹⁹⁸. Certains programmes visant à encourager la médiation ont été implantés dès 2004, mais les résultats étaient peu concluants¹⁹⁹. Une étude a démontré qu'entre 2000 et 2010, malgré un taux de règlement de 80 % des médiations entreprises, moins de 0,1 % des parties choisissait volontairement ce processus²⁰⁰.

Le gouvernement italien a donc adopté en 2010 un décret législatif obligeant les parties de presque tous les types d'action civile à prendre part à une séance de médiation avant de présenter leur dossier à un juge. En tenant pour acquis que l'augmentation du nombre de médiations jumelé au pourcentage élevé de règlement résoudrait le problème d'accès à la justice, les autorités ont estimé que 65 % des médiations pourraient se solder par une entente si on obligeait les parties à y assister²⁰¹. L'objectif était de transférer le plus de dossiers possible des tribunaux vers la médiation et d'en régler environ un million en deux à trois ans²⁰².

¹⁹⁵ *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, JO, 19 juin 2009, SO 95, art. 60

¹⁹⁶ Giovanni MATTEUCCI, « "Italy Is Doing It – Should We Be?" Civil and Commercial Mediation in Italy », dans Humberto DALLA BERNARDINA DE PINHO, et Juliana LOSS DE ANDRADE (dir.), *Contemporary Tendencies in Mediation*, Madrid (Espagne), Editorial Dykinson, 2015, p. 205, aux p. 208-209

¹⁹⁷ M. HANKS, préc., note 81, 935-936

¹⁹⁸ Giovanni MATTEUCCI, *Mandatory mediation. The Italian experience*, 22 mai 2015 (12:13), en ligne: <https://www.youtube.com/watch?v=rUt_XSHAohM> (consulté le 1er mai 2017)

¹⁹⁹ G. DE PALO et R. CANESSA, préc., note 96, 722; M. HANKS, préc., note 81, 937;

²⁰⁰ Rachele GABELLINI, « The Italian Mediation Law Reform », (2010) 12-3 *ADR Bulletin* 64, 64

²⁰¹ *Id.*, p. 64

²⁰² *Id.*, p. 64

Cette nouvelle obligation emporta une furieuse opposition de la part de la communauté juridique qui y voyait un affront à la profession d'avocat et un risque de diminution des revenus. Même si la plupart des médiateurs étaient aussi avocats, le syndicat national des avocats (*Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana*) a appelé ses membres à une grève nationale. Malgré cette résistance, la médiation obligatoire a été implantée en Italie à compter de 2010²⁰³.

Le programme de médiation proposé comportait plusieurs aspects. D'abord, il y était prévu que la période de médiation ne devait pas durer plus de 4 mois²⁰⁴ afin de ne pas allonger inutilement les délais déjà importants. On avait également créé des incitatifs fiscaux pour ceux qui réglaient leur dossier par la médiation²⁰⁵.

Les médiateurs participant au programme devaient être accrédités par des organismes de médiation sous le contrôle du ministre de la Justice qui garantissent leur indépendance et leur impartialité²⁰⁶. L'objectif du programme n'était pas seulement d'augmenter le nombre de médiations, mais aussi d'en rehausser la qualité en révisant le processus d'accréditation des médiateurs²⁰⁷. Malheureusement, certains observateurs comme Giovanni Matteucci ont plutôt constaté que le nouveau processus d'accréditation était laxiste et n'assurait pas une formation adéquate²⁰⁸.

Le programme prévoyait que les parties auraient la liberté de choisir leur médiateur parmi ceux qui étaient accrédités, mais dans les faits, elles devaient approcher les organismes de médiation qui désignaient le médiateur pour elles²⁰⁹. Les parties devaient aussi assumer les honoraires des médiateurs qui étaient règlementés²¹⁰. Cependant, les honoraires du médiateur

²⁰³ G. MATTEUCCI, préc., note 196, p. 220-221

²⁰⁴ *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, préc., note 195, art. 60.q)

²⁰⁵ *Id.*, art. 60.o); G. MATTEUCCI, préc., note 198

²⁰⁶ *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, préc., note 195, art. 60.b), d) à f), r)

²⁰⁷ R. GABELLINI, préc., note 200, 64-65

²⁰⁸ G. MATTEUCCI, préc., note 196, à la p. 214

²⁰⁹ M. HANKS, préc., note 81, 938

²¹⁰ *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, préc., note 195, art. 60. m)

doublaient lorsque la médiation se terminait par une entente. Il n'était donc pas rare que les parties quittent la médiation tout juste avant qu'une transaction soit signée²¹¹.

Un des aspects distinctifs du programme se trouvait dans le rôle des médiateurs. Ils pouvaient, à la demande des parties ou de leur propre initiative, émettre des recommandations. Les parties avaient alors 7 jours pour accepter ou refuser la recommandation. Dans le cas d'un refus, si le jugement rendu à la suite du procès était le même que la proposition rejetée, la partie ayant refusé pouvait se voir imposer les frais judiciaires, incluant ceux de la partie perdante²¹².

Le programme a toutefois été interrompu en 2012 alors qu'une décision de la Cour constitutionnelle a déclaré l'inconstitutionnalité de la loi créant la médiation obligatoire²¹³. La déclaration d'inconstitutionnalité ne portait pas sur le fond de la loi, mais plutôt sur une erreur au moment de son adoption en raison d'une délégation de pouvoir interdite²¹⁴. Après ce revers, et même si les fondements de la médiation obligatoire n'avaient pas directement été remis en question par la Cour constitutionnelle, la médiation a perdu en popularité en Italie²¹⁵.

En 2013, la médiation a retrouvé un peu de sa gloire du passé alors qu'une nouvelle obligation de médiation a été adoptée, conformément à la constitution cette fois²¹⁶. Le programme, au départ présenté sous forme de projet pilote, est devenu permanent en 2017²¹⁷. La réglementation de 2013 prévoit une obligation pour les parties d'assister à une séance d'information sur la médiation offerte à un tarif forfaitaire. Les parties ont ensuite la possibilité de se retirer du processus²¹⁸. Contrairement au programme de 2010, l'obligation de médiation actuellement en place s'applique à moins de dossiers, puisque certains domaines de droit sont désormais exclus²¹⁹. Dans les premières années de son implantation, la plupart des

²¹¹ G. MATTEUCCI, préc., note 196, à la p. 214

²¹² *Id.*, à la p. 215; *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, préc., note 195, art. 60. p); G. MATTEUCCI, préc., note 198

²¹³ *Mediazione*, Cour constitutionnelle, 6 décembre 2012, (2012), arrêt n° 272

²¹⁴ G. MATTEUCCI, préc., note 198; G. MATTEUCCI, préc., note 196, à la p. 221

²¹⁵ G. DE PALO et R. CANESSA, préc., note 96, 722

²¹⁶ G. MATTEUCCI, préc., note 198

²¹⁷ Giulio SPINA, « Mediazione obbligatoria diventa stabile con la manovra correttiva », *Altalex*, 7 juillet 2017, en ligne: <<http://www.altalex.com/documents/news/2017/07/06/mediazione-manovra-correttiva>> (consulté le 4 décembre 2017)

²¹⁸ G. MATTEUCCI, préc., note 196, p. 207

²¹⁹ *Decreto legislativo*, JO, 4 mars 2010, n° 28 (It.), art. 5; G. DE PALO et R. CANESSA, préc., note 96, 723

avocats boycottaient la médiation ou assistaient seulement à la séance d'information, sans leur client, pour déclarer qu'ils n'étaient pas intéressés par ce processus²²⁰.

Selon certains, ce nouveau programme augmente la bureaucratie sans toutefois fournir les résultats attendus²²¹. Pour d'autres, il incite les parties à considérer la médiation et augmente l'usage de la médiation à la fois obligatoire et volontaire²²². Selon Giuseppe De Palo, la médiation doit être obligatoire pour changer les mentalités; un simple encouragement à participer à la médiation n'est pas suffisant :

« I have been using the seat belt or helmet law example for quite some time now, to explain why it is naïve – in my view – to keep on blaming the “lack of culture” for the limited use of mediation. [...] I argue that the human being's initial, natural response to a legal conflict (or the threat of it) is not mediation, but litigation—despite the fact that, overall, the better approach, at least in the vast majority of the cases, is an amicable process. My point is the following: people know that wearing a seat belt or a helmet is good for them (and society); still, we have laws compelling that behavior. A “culture of safe driving” alone won't do it. »²²³

Pendant sa période d'activité, l'obligation de médiation a fait augmenter de manière substantielle le nombre de médiations tant obligatoire que volontaire ayant lieu en Italie. Comme le soulignent Giuseppe De Palo et Ashley Oleson « [...] mandatory exposure to mediation instigates a fortuitous “tag-along” effect »²²⁴. Alors qu'avant 2010, moins de 2000 médiations étaient entreprises chaque année de manière volontaire, ce nombre a grimpé à près de 45 000 pendant la période d'activité du décret de 2010 sur les quelque 220 000 médiations entreprises dans le pays. Après la décision de la Cour constitutionnelle de 2012, le nombre de médiations débutées volontairement est retombé à près de zéro. Enfin, depuis 2013, autant la médiation volontaire que la médiation obligatoire ont repris leur élan avec quelques dizaines de milliers de médiations par mois²²⁵. En effet, depuis les dernières années, on voit une légère amélioration dans le taux de rétention du programme, mais aussi du nombre de médiations entamées volontairement. Ainsi, en 2015, 196 247 médiations ont eu lieu, une augmentation

²²⁰ G. MATTEUCCI, préc., note 198; G. MATTEUCCI, préc., note 196, à la p. 223

²²¹ G. MATTEUCCI, préc., note 198

²²² G. DE PALO, préc., note 56, à la p. 101; G. DE PALO et R. CANESSA, préc., note 96, 722-723

²²³ G. DE PALO, préc., note 56, à la p. 102

²²⁴ G. DE PALO et A. E. OLESON, préc., note 95, à la p. 265

²²⁵ G. MATTEUCCI, préc., note 196, à la p. 207; G. DE PALO, préc., note 56, aux p. 100-101

marquée par rapport aux 179 587 de 2014. Parmi celles-ci, 80 % avaient été commencées en raison d'une obligation de médiation et environ 21 % d'entre elles se sont terminées par une entente²²⁶. Le programme de médiation obligatoire italien commence donc lentement à montrer des résultats positifs.

Section 5 : L'implantation d'un projet pilote aux petites créances dans les conflits de consommation au Québec

Lorsqu'il est question de médiation obligatoire, le Québec a des ambitions bien plus modestes que ses provinces voisines ou que d'autres pays.

Depuis une quinzaine d'années déjà, un service de médiation gratuit est offert aux parties ayant un dossier ouvert aux petites créances partout au Québec²²⁷. Il leur suffit d'indiquer leur intérêt à participer à une séance de médiation dans leur demande ou leur défense selon le cas²²⁸. D'ailleurs, le greffier doit informer les parties de la possibilité qu'elles ont de soumettre leur litige à la médiation sans frais supplémentaires²²⁹. Si elles acceptent, il doit alors les référer à un médiateur²³⁰. Ce dernier doit être avocat ou notaire de formation et avoir reçu une accréditation de son ordre professionnel pour agir comme médiateur²³¹.

Les tarifs des médiateurs sont fixés par règlement et sont couverts par le ministère de la Justice²³². Ils sont plus élevés si la séance de médiation met fin au litige²³³. Malgré tout, comme c'est le cas pour le programme ontarien, les honoraires attribués aux médiateurs sont dérisoires compte tenu du temps qu'ils accordent réellement au dossier.

Même si ce service est offert gratuitement, seulement 4,3 % des dossiers contestés s'en sont prévalu en 2014²³⁴. En réponse à cette sous-utilisation de la médiation et suivant les objectifs de promotion des modes de PRD mis de l'avant par le nouveau *Code de procédure*

²²⁶ G. SPINA, préc., note 217

²²⁷ *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, projet de loi n° 54 (sanctionné – 8 juin 2002), 2^e sess., 36^e légis. (Qc)

²²⁸ Art. 544 et 547 al. 2 (1) C.p.c.

²²⁹ Art. 556 C.p.c.

²³⁰ Art. 556 C.p.c.

²³¹ *Règlement sur la médiation des demandes relatives à des petites créances*, RLRQ c C-25.01, r 0.6, art. 1

²³² *Id.*, art. 13

²³³ Art. 556 C.p.c.

²³⁴ P. E. AUDET, préc., note 54

civile, la ministre de la Justice a institué un projet pilote imposant la médiation aux petites créances. Ce projet pilote vise seulement les districts judiciaires de Gatineau et de Terrebonne et a officiellement débuté le 15 mai 2015. Il s'étendra sur une période de trois ans. Il s'applique à tous les litiges concernant le recouvrement des petites créances découlant d'un contrat de consommation si le domicile ou la résidence du consommateur se trouve dans un de ces deux districts judiciaires, qu'il soit demandeur ou défendeur²³⁵.

L'article premier du règlement l'établissant prévoit que « [l]es parties doivent participer à une séance de médiation avant que l'affaire ne puisse être entendue par le tribunal »²³⁶. Ainsi, la médiation devient une étape préalable obligatoire pour que les parties puissent se présenter devant un juge. Quant au degré de participation requis par les parties, le règlement prévoit qu'

« [e]lles sont tenues d'y participer de bonne foi, de faire preuve de transparence l'une envers l'autre, à l'égard notamment de l'information qu'elles détiennent, et de coopérer activement dans la recherche d'une solution. »²³⁷

Malgré cette exigence de participation, le règlement semble sanctionner uniquement le défaut d'être présent à la séance de médiation ou le défaut de convenir du moment de la tenue de la séance de médiation. Ces éléments sont rapportés par le médiateur dans son constat de l'impossibilité de procéder à la médiation obligatoire²³⁸. Le tribunal peut alors sanctionner la partie qui se trouve en défaut de plusieurs manières :

« Il peut notamment condamner la partie en défaut à payer les frais de justice, soit les frais judiciaires, y compris les indemnités et allocations dues aux témoins et les frais d'expertise, le cas échéant. Il peut aussi la condamner à payer des dommages-intérêts aux autres parties, notamment pour compenser toute perte subie et toute dépense engagée en raison de leur participation à la séance de médiation obligatoire. Enfin, il peut aussi, si la partie en défaut est le créancier, réduire ou annuler les intérêts qui lui sont dus. »²³⁹

²³⁵ *Règlement établissant un projet pilote de médiation obligatoire pour le recouvrement des petites créances découlant d'un contrat de consommation*, préc., note 83, art. 30

²³⁶ *Id.*, art. 1

²³⁷ *Id.*, art. 16 al. 2

²³⁸ *Id.*, art. 16 al. 26

²³⁹ *Id.*, art. 16 et 27 al 2

Les conséquences sont donc moins importantes que celles prévues par les modèles des autres provinces et sont principalement de nature financière.

Le règlement précise également certains motifs d'exclusion, lorsque ceux-ci sont sérieux, comme une ordonnance empêchant les parties de se trouver en présence l'une de l'autre, des frais de déplacement déraisonnables, ou la participation préalable à une autre séance de médiation pour le même litige²⁴⁰. La demande d'exemption doit être faite par écrit au tribunal par la partie qui souhaite en bénéficier²⁴¹.

Puisqu'il s'agit d'une médiation dans le cadre d'un litige aux petites créances, aucun avocat ne peut participer à la séance à titre de représentant d'une partie²⁴². Les parties ne choisissent pas leur médiateur, le greffier se chargeant de cette responsabilité²⁴³. Le règlement prévoit que

« [l]e médiateur aide les parties à dialoguer, à clarifier leurs points de vue, à cerner leur différend, à identifier leurs besoins et leurs intérêts, à explorer des solutions et à parvenir, s'il y a lieu, à une entente mutuellement satisfaisante [...]. »²⁴⁴

On comprend ainsi que le législateur entend favoriser une négociation basée sur les intérêts des parties.

Les modalités de la médiation pour la suite des choses sont similaires à celles prévues lorsque la médiation est volontaire²⁴⁵ et les honoraires du médiateur sont aussi couverts par le ministère de la Justice dans la même proportion²⁴⁶.

Peu de statistiques sur le projet-pilote ont été recueillies jusqu'à maintenant, mais nous savons qu'entre mai 2015 et juin 2016, 77 des 169 médiations obligatoires du district de Terrebonne (45,6 %) se sont conclues par une entente alors que 38 des 65 du district de Gatineau (58,5 %) ont abouti à un règlement²⁴⁷. Pour l'année 2016-2017, ce sont près de 400

²⁴⁰ *Id.*, art. 2

²⁴¹ *Id.*, art. 3

²⁴² *Id.*, art. 16 al. 17

²⁴³ *Id.*, art. 8

²⁴⁴ *Id.*, art. 13

²⁴⁵ *Id.*, art. 6-12 et 21-25

²⁴⁶ *Id.*, art. 12

²⁴⁷ Marie-Ève COUSINEAU, « Désengorger les petites créances par la médiation », *Radio-Canada.ca*, Montréal, reportage du 18 juillet 2016, en ligne : <<http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/791693/mediation-obligatoire-cour-des-petites-creances-consommation>> (consulté le 4 mai 2017)

dossiers qui ont été soumis à la médiation, parmi lesquels au moins 212 (environ 53 %) se sont soldés par une entente²⁴⁸. Aucune étude quant à la satisfaction de la clientèle par rapport à la médiation obligatoire n'a toutefois été menée à ce jour.

²⁴⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Rapport annuel de gestion 2016-2017 du ministère de la Justice*, n° 3563-20171003, Québec, Gouvernement du Québec, 2017, p. 41

Chapitre II : La médiation obligatoire discrétionnaire, un modèle marginal

Lorsqu'il est question de médiation obligatoire, la référence discrétionnaire se veut moins populaire. La plupart des États confèrent aux juges le pouvoir d'encourager les parties à se tourner vers la médiation ou encore de favoriser leur conciliation, comme c'est le cas au Québec par exemple²⁴⁹, mais ceux qui permettent que les juges puissent forcer les parties à porter leur dossier devant un médiateur se font plus rares. Mis à part l'Australie qui a généralisé le processus de référence par les juges ces dernières années (s.1), peu d'États ont suivi le bal. Au Canada, certaines provinces ont mis en place des programmes de médiation obligatoire par référence discrétionnaire, dont l'Alberta, pour certains dossiers (s.2), et la Colombie-Britannique qui y est allée d'une approche innovante (s.3). Au Québec, le président du Tribunal administratif du Québec peut obliger les parties à assister à une séance de conciliation dans des cas très particuliers (s.4). Enfin, dans certains pays comme l'Italie, les juges ont un certain pouvoir en la matière, mais la référence obligatoire à la médiation reste peu utilisée par les magistrats (s.5).

Section 1 : Le pouvoir des juges australiens de référer les parties à la médiation

En Australie, presque tous les juges peuvent référer les parties d'une affaire civile à la médiation. L'initiative est d'abord venue en 2000 de l'État de Nouvelle-Galles-du-Sud qui pouvait dès lors, avec ou sans le consentement des parties, les envoyer en médiation²⁵⁰. Depuis, presque tous les États australiens ont adopté des lois accordant aux juges des pouvoirs similaires²⁵¹ à l'exception de l'État du Queensland²⁵². Même les juges de la Cour fédérale ont acquis cette compétence²⁵³.

²⁴⁹ Art. 9 al. 2, 156, 158(1), 161 C.p.c.

²⁵⁰ *Supreme Court Act 1970* (NSW), art. 110K, aujourd'hui remplacé par *Civil Procedure Act 2005* (NSW), art. 26; Patricia Anne BERGIN, « The Objectives, Scope and Focus of Mediation Legislation in Australia », conférence donnée lors de *Mediate First*, Hong Kong, Hong Kong International Arbitration Center and The Hong Kong Mediation Council, 2012, p. 4; M. HANKS, préc., note 81, 945

²⁵¹ *Court Procedures Rules 2006* (ACT), regl.1179; *Civil Law (Wrongs) Act 2002* (ACT), art. 195; *Local Court Act 1989* (NT), art. 48; *Local Court (Civil Jurisdiction) Rules* (NT), r. 32.06(2)(b), 32.07; *Supreme Court Act 1935* (SA), art. 65(1); *Alternative Dispute Resolution Act 2001* (Tas), art. 5(1); *Civil Procedure Act 2010* (Vic), art. 48(2)c); *Supreme Court (General Civil Procedure) Rules 2005* (Vic), art. 50.07(1); *Supreme Court Act 1935* (WA), art. 167(1)(q)(i); *Rules of the Supreme Court 1971* (WA), art. 4A et 8; P.A. BERGIN, préc., note 250, p. 4;

Bien que la majorité des magistrats australiens puissent forcer les parties à se présenter en médiation, l'étendue de ce pouvoir et les obligations qui incombent aux parties varient d'un État à l'autre.

À la Cour fédérale, le tribunal doit intervenir le plus tôt possible pour inviter les parties à entrer en médiation ou dans un autre mode de PRD²⁵⁴. Cette incitation hâtive permet d'encourager les parties à recourir à la médiation tôt dans le processus et ainsi devancer le moment d'un éventuel règlement. Le tribunal ou, à défaut, le registraire de la Cour nomme le médiateur pour les parties qui n'ont pas la liberté de le choisir eux-mêmes²⁵⁵. Même si le médiateur doit faire rapport à la Cour sur l'issue de la médiation, ce rapport ne contrevient pas grandement à la promesse de confidentialité de la médiation, puisqu'il sert simplement à confirmer la présence des parties et que la médiation s'est conclue ou non par une entente²⁵⁶.

Dans l'État de Victoria, la loi protège aussi la confidentialité de la médiation. Lorsqu'elle est ordonnée par un juge de la Cour suprême de l'État, le médiateur doit faire rapport au tribunal après que la médiation soit complétée²⁵⁷, mais il ne peut y divulguer aucune autre information hormis le fait que la médiation soit terminée²⁵⁸. Dans les cas où les parties n'ont pas participé à la médiation ordonnée, le tribunal a de larges pouvoirs en matière de sanction, pouvant aller jusqu'au rejet des procédures²⁵⁹.

En Tasmanie, le juge peut référer les parties soit à une médiation ou à une évaluation neutre s'il le juge approprié²⁶⁰. Lorsque la Cour les envoie en médiation, les parties peuvent choisir elles-mêmes leur médiateur²⁶¹ et ses honoraires sont assumés à parts égales par elles à

²⁵² QUEENSLAND LAW SOCIETY, *Mediation*, <http://www.qls.com.au/For_the_community/Dispute_resolution_services/Mediation> (consulté le 17 juillet 2017)

²⁵³ *Federal Court of Australia Act 1976*, (Cth), art. 53A

²⁵⁴ *Federal Court Rules 2011 (SLI No 134 of 2011)*, art. 28.01

²⁵⁵ *Id.*, art. 28.21

²⁵⁶ *Id.*, art. 28.24; *Federal Court of Australia Act 1976*, (Cth), préc., note 253, art. 53B et 53C

²⁵⁷ *Supreme Court (General Civil Procedure) Rules 2005 (Vic)*, préc., note 251 art. 50.07(4)

²⁵⁸ *Id.*, art. 50.07(5)

²⁵⁹ *Civil Procedure Act 2010 (Vic)*, préc., note 251, art. 51

²⁶⁰ *Alternative Dispute Resolution Act 2001 (Tas)*, préc., note 251, art. 5

²⁶¹ *Id.*, art. 5(3)

moins de convention à l'effet contraire²⁶². Ici aussi, la confidentialité de la médiation est assurée par la loi²⁶³.

Dans l'État d'Australie-Occidentale, les conditions de la médiation à laquelle les parties sont référées sont déterminées par le juge de la Cour suprême²⁶⁴. La médiation demeure confidentielle à moins que les parties n'en décident autrement²⁶⁵, mais le médiateur peut écarter cette règle pour informer la Cour du refus d'une partie de coopérer lors de la séance²⁶⁶. L'étendue du témoignage du médiateur quant à l'absence de coopération d'une partie n'est pas clairement définie, mais il est évident que cette obligation doit être bien circonscrite pour ne pas nuire au processus, comme nous le verrons plus loin²⁶⁷. Heureusement, cette information, sous forme de rapport, n'est transmise au juge qu'à l'étape de la détermination des frais de justice²⁶⁸.

Sur le territoire de la Capitale nationale de l'Australie, la médiation, lorsqu'ordonnée par un juge, doit être orchestrée par un médiateur désigné par la Cour²⁶⁹. L'obligation de participation est plus étendue qu'ailleurs au pays alors qu'elle impose aux parties « a duty to take part, genuinely and constructively, in the mediation »²⁷⁰. L'exigence est donc plus élevée que la simple présence généralement requise. Malgré tout, le secret des discussions et des documents liés à la médiation est protégé²⁷¹. Cependant, plusieurs exceptions à cette confidentialité sont prévues²⁷², par exemple lorsque la communication ou le document est important pour déterminer la responsabilité quant aux dépens²⁷³. Ainsi, tout comme pour l'État d'Australie-Occidentale, il y a peut-être lieu de craindre pour la confidentialité réelle de la médiation et aux incidences qu'un tel écart peut avoir sur le processus.

²⁶² *Id.*, art. 7(1)

²⁶³ Certaines exceptions s'appliquent, comme celles prévoyant que l'information peut être divulguée pour des fins statistiques ou d'évaluation du programme : *Id.*, art. 10 et 11

²⁶⁴ *Supreme Court Act 1935 (WA)*, préc., note 251, art. 167(1)(q)(iii)

²⁶⁵ *Rules of the Supreme Court 1971 (WA)*, préc., note 251, art. 4A, 8(5)(a)

²⁶⁶ *Id.*, art. 4A, 8(5)(b)

²⁶⁷ *Infra*, p. 145 et suiv.

²⁶⁸ *Rules of the Supreme Court 1971 (WA)*, préc., note 251, art. 4A, 8(6)

²⁶⁹ *Civil Law (Wrongs) Act 2002 (ACT)*, préc., note 251, art. 193; *Court Procedures Rules 2006 (ACT)*, préc., note 251, regl.1179(3)

²⁷⁰ *Civil Law (Wrongs) Act 2002 (ACT)*, préc., note 251, art. 196; *Court Procedures Rules 2006 (ACT)*, préc., note 251, regl.1180

²⁷¹ *Court Procedures Act 2004 (ACT)*, art. 52A

²⁷² *Id.*, art. 52C; *Evidence Act 2011 (ACT)*, art. 131(2);

²⁷³ *Evidence Act 2011 (ACT)*, préc., note 272, art. 131(2)(h)

Enfin, dans le Territoire du Nord, les parties doivent être physiquement présentes et avoir l'autorité nécessaire pour régler l'affaire lors de la séance de médiation ordonnée par le juge²⁷⁴. Ici aussi, les exigences de participation sont plus grandes. Non seulement les parties doivent assister à la médiation, mais on insiste aussi pour qu'elles se préparent adéquatement pour celle-ci²⁷⁵. Cette exigence ne vient toutefois pas interférer avec la confidentialité de la médiation²⁷⁶ autant que celles de l'État d'Australie-Occidentale et du territoire de la Capitale nationale, puisque l'évaluation repose sur des critères extérieurs à la séance de médiation. Si une partie ne satisfait pas ces exigences, le tribunal peut, s'il s'agit du demandeur, radier sa demande, ou, s'il s'agit du défendeur, radier sa défense et permettre à l'autre partie de procéder comme si aucun avis de défense n'avait été déposé au dossier²⁷⁷. Il peut aussi imputer les coûts à la partie en défaut et même à son avocat s'il est fautif²⁷⁸ ou encore rendre toute autre ordonnance qu'il juge à propos²⁷⁹. Les conséquences sont multiples afin d'inciter les parties à respecter leur obligation de médiation.

Les juges australiens exercent leur pouvoir de référence de manière généralisée et plusieurs s'entendent pour dire que la volonté des parties d'aller en médiation au départ a peu d'effet sur le résultat qui peut en découler²⁸⁰. L'argument souvent utilisé par les partisans de la médiation obligatoire par référence tient au fait que les juges seraient les mieux placés pour diriger les parties vers le meilleur mode de résolution de leur litige²⁸¹. L'Australie a sans aucun doute adopté cette doctrine en offrant de larges pouvoirs aux juges pour inciter les parties à régler leurs conflits à l'extérieur des tribunaux.

Section 2 : Le programme par référence discrétionnaire en Alberta

La division civile de la Cour provinciale albertaine, aussi appelée la Cour des petites créances, entend les causes civiles dont la valeur en litige est de 50 000 \$ ou moins.

²⁷⁴ *Local Court (Civil Jurisdiction) Rules (NT)*, préc., note 251, art. 32.07(3)

²⁷⁵ *Id.*, art. 32.10 (a) à (c)

²⁷⁶ *Id.*, art. 32.11

²⁷⁷ *Id.*, art. 32.10 (d) et (e)

²⁷⁸ *Id.*, art. 32.10 (f)

²⁷⁹ *Id.*, art. 32.10 (h)

²⁸⁰ *Higgins v. Higgins*, [2002] NSWSC 455, par. n° 5-12; *Idoport Pty Ltd v. National Australia Bank Ltd (No 2)*1], [2001] NSWSC 427, par. n° 29-30; *Remuneration Planning Corporation Pty Ltd v. Fitton*, [2001] NSWSC 1208, par. n° 3; *Singh v. Singh*, [2002] NSWSC 852, par. n° 4;

²⁸¹ M. HANKS, préc., note 81, 946

Contrairement à la Cour des petites créances du Québec, la présence des avocats est permise²⁸², puisque les montants en jeu sont beaucoup plus élevés.

En 1997, la Cour provinciale de l'Alberta a adopté le *Mediation Rules of the Provincial Court – Civil Division*²⁸³ permettant de référer les parties à la médiation pour toutes les affaires civiles²⁸⁴. La référence peut provenir du juge, du coordonnateur de la médiation ou des parties elles-mêmes, lorsque l'une d'entre elles en fait la demande à la cour²⁸⁵. Les parties ont dès lors l'obligation de participer à une séance de médiation²⁸⁶ qui dure en moyenne deux à trois heures²⁸⁷.

Mis à part le mode d'entrée dans la médiation et la présence des avocats qui est permise²⁸⁸, les modalités de ce programme sont semblables à celles du projet pilote en place au Québec. Ainsi, la partie qui se présente à la médiation doit avoir le pouvoir de conclure une entente et doit connaître le dossier²⁸⁹. La médiation est gratuite pour les parties puisqu'elles n'ont pas à payer les honoraires du médiateur. Il est possible pour une partie qui en fait la demande d'être exemptée de l'obligation de médiation si elle démontre un motif considéré comme bon et suffisant²⁹⁰. À défaut d'exemption, on exige des parties qu'elles participent à la médiation et négocient de bonne foi²⁹¹. Aucune sanction n'est spécifiquement prévue pour la mauvaise foi dans la médiation. Seul le défaut d'être présent sera pris en compte. Lorsqu'une partie souhaite mettre fin à la médiation, le médiateur doit décider s'il considère ses motifs valables et, le cas échéant, remettre un avis aux parties²⁹². Sans ce certificat de médiation complétée, les parties ne pourront fixer de date de procès²⁹³.

Les conséquences d'une absence de participation diffèrent cependant du modèle québécois. La partie qui ne se présente pas à la séance de médiation recevra un certificat de

²⁸² ALBERTA COURTS – PROVINCIAL COURT, *Provincial Court Civil Claims Mediation Program*, Alberta Courts <<https://albertacourts.ca/provincial-court/civil-small-claims-court/mediation>> (consulté le 10 juillet 2017)

²⁸³ Reg. 271/1997 (Alta)

²⁸⁴ *Mediation Rules of the Provincial Court - Civil Division*, préc., note 283, art. 1.a) et 2

²⁸⁵ *Id.*, art. 2

²⁸⁶ *Id.*, art. 5(1)

²⁸⁷ ALBERTA COURTS – PROVINCIAL COURT, préc., note 282

²⁸⁸ *Id.*; *Mediation Rules of the Provincial Court - Civil Division*, préc., note 283, art. 5(3);

²⁸⁹ *Mediation Rules of the Provincial Court - Civil Division*, préc., note 283, art. 5(2)

²⁹⁰ *Id.*, art. (11)

²⁹¹ *Id.*, art. 9

²⁹² *Id.*, art. 13

²⁹³ *Id.*, art. 17

« *non-attendance* » qui sera remis au tribunal. La Cour pourra alors ordonner aux parties de retourner en médiation et en détermine les modalités. Elle pourra également radier certains documents de la partie en défaut, à moins que cela n'engendre un résultat inéquitable, ordonner à la partie en défaut d'assumer les coûts et les dépens, ou rendre toute autre ordonnance appropriée selon les circonstances²⁹⁴. Des frais fixes de 50 \$ peuvent également être imposés à la partie qui omet de se soumettre à la médiation²⁹⁵.

Section 3 : Le programme britanno-colombien à l'initiative des parties

La Colombie-Britannique se distingue des programmes de médiation obligatoire généralement mis de l'avant par sa formule fondée sur l'initiative des parties. En effet, dans le cadre du programme du *Notice to Mediate (General) Regulation*²⁹⁶, ce sont les parties qui s'imposent entre elles la médiation. Le fonctionnement du programme est simple. Toute partie peut amorcer la médiation en faisant parvenir à l'autre un avis de médiation (*Notice to Mediate*) selon un formulaire prescrit²⁹⁷. Une fois le formulaire envoyé, il devient obligatoire pour toutes les parties dans le dossier de s'engager dans un processus de médiation²⁹⁸.

Ce programme est en place depuis 1998 et, suite à des évaluations et à des consultations, il a été amélioré au fil des années²⁹⁹. Le règlement s'applique à presque toutes les causes civiles intentées devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique à l'exception de celles qui ont déjà leur propre système de médiation obligatoire, de celles qui constituent des demandes de révision judiciaire et de celles qui concernent une demande de compensation pour des abus physiques ou sexuels³⁰⁰. Des programmes similaires, mais avec certaines caractéristiques propres aux domaines traités, sont aussi présents en matière de construction résidentielle³⁰¹ et d'assurance automobile³⁰².

²⁹⁴ *Id.*, art. 14

²⁹⁵ *Id.*, art. 16

²⁹⁶ Reg. 4/2001 (B.C.)

²⁹⁷ *Notice to Mediate (General) Regulation*, préc., note 296, art. 3

²⁹⁸ *Matsqui First Nation v. Canada (Attorney General)*, préc., note 116, par. n° 8

²⁹⁹ *Le Soleil Hotel & Suites v. Le Soleil Management*, préc., note 115, par. n° 14

³⁰⁰ *Notice to Mediate (General) Regulation*, préc., note 296, art. 2

³⁰¹ *Notice to Mediate (Residential Construction) Regulation*, Reg. 152/99 (B.C.)

³⁰² *Notice to Mediate Regulation*, Reg. 127/98 (B.C.)

L'objectif du programme est de réduire les coûts et les délais du litige en plus d'en arriver à des ententes justes, comme en témoignent les obligations du médiateur d'assister les participants dans l'atteinte d'une « resolution that is fair, timely and cost-effective »³⁰³.

Un seul de ces avis peut être envoyé par dossier. Ainsi, une partie ne peut pas imposer la médiation à l'autre plus d'une fois dans le même dossier³⁰⁴. Avant de transmettre l'avis, la partie doit attendre un minimum de 60 jours après la première défense et ne pas dépasser le maximum de 120 jours avant la date prévue du procès³⁰⁵.

À moins d'avoir été exemptées³⁰⁶, les parties doivent participer à une conférence de prémédiation³⁰⁷ si le médiateur juge qu'elle est nécessaire, compte tenu de la complexité du dossier³⁰⁸. Cette rencontre sert entre autres à établir un échéancier de médiation et à mieux préparer les parties³⁰⁹. Celles qui s'engagent dans le processus doivent aussi fournir au médiateur un « *Statement of Facts and Issues* » avant la date de la médiation³¹⁰. Ce formulaire permet aux parties d'y arriver préparées. Les honoraires du médiateur sont assumés à parts égales par les parties³¹¹.

Une partie doit généralement assister elle-même à la séance de médiation, mais quelques exceptions sont prévues, notamment si l'état physique ou mental d'une personne ne lui permet pas d'y participer, ou lorsqu'il s'agit d'une personne morale qui n'est pas située dans la province³¹².

La Cour peut accorder une dispense de participation à la séance de médiation s'il est matériellement impossible ou injuste d'exiger la présence d'une des parties³¹³. Or, pour bénéficier de l'exception, les parties doivent avoir une preuve solide à présenter à la Cour. Leur attitude négative quant à une possibilité de règlement en médiation n'est pas suffisante pour être exemptée. Comme le souligne la Cour dans une décision de 2008 :

³⁰³ *Notice to Mediate (General) Regulation*, préc., note 296, art. 32

³⁰⁴ *Id.*, art. 4

³⁰⁵ *Id.*, art. 5

³⁰⁶ *Id.*, art. 16, 21, 22, 23

³⁰⁷ *Id.*, art. 15

³⁰⁸ *Id.*, art. 12

³⁰⁹ *Id.*, art. 13

³¹⁰ *Id.*, art. 26

³¹¹ *Id.*, art. 29(2)

³¹² *Id.*, art. 16

³¹³ *Id.*, art. 23(c)

« Pessimism and hostility on the part of parties compelled to attend a mediation are often predictable and, in and of themselves, may not justify exemption from the mandatory mediation process, especially in a commercial case [...]. »³¹⁴

La prétention que le dossier constitue un « *test-case* » pour la Couronne n'est pas non plus un motif de dispense accepté par la Cour. Dans *Matsqui First Nation v. Canada (Attorney General)*³¹⁵, où il était question de droits ancestraux des Matsqui, le tribunal a refusé la demande d'exemption du Procureur général en justifiant ainsi sa décision :

« [19] In this case, the Matsqui seek declaratory relief respecting a perceived aboriginal right protected and preserved by the Constitution. This is not the sort of remedy that is readily available in a mediation process. They undoubtedly know this, yet they have initiated the mediation nonetheless. Presumably they believe there is some basis for settling the claim available. It may have little to do with the formal legal relief sought in the litigation. One cannot help but ask what do the parties have to lose by confidentially exchanging and explaining perspectives and interests? If nothing else, perhaps some accommodations and efficiencies may be reached regarding evidence or other trial process that may reduce mutual inconvenience and cost. At best, some sort of creative resolution in principle may emerge, albeit subject to later ratification by superiors if necessary. At worst, the case will simply proceed to trial in a couple months' time with an interim "loss" of one or two days' effort. »³¹⁶

Dans le doute, la Cour préférera donc respecter le désir de la partie qui a fait la demande de médiation afin d'encourager une accélération du processus et espérer une possible entente.

Dans une autre décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge a décidé d'imposer aux parties d'aller en médiation, et ce, malgré l'absence de l'avis de médiation des parties. Dans ce dossier où une famille s'entredéchirait pour la gestion des affaires d'un père qui sombrait dans la démence³¹⁷, le tribunal a considéré que

« [54] This is an action that cries out for mediation. There appears to have been a failure of communication between the parties, whether through obstinacy or otherwise, and I rather suspect that in actuality there may be little disagreement respecting Gheorghe and Fanica's aspirations concerning the church and the ability for those goals to be

³¹⁴ *Le Soleil Hotel & Suites v. Le Soleil Management*, préc., note 115, par. n° 29

³¹⁵ *Matsqui First Nation v. Canada (Attorney General)*, préc., note 116

³¹⁶ *Id.*, par. n° 19

³¹⁷ *Serban v. Serban*, 2016 BCSC 2419

accommodated and implemented. Mediation before a skilled mediator, perhaps one who is a retired judge, could very well resolve the dispute between the parties and prevent further depletion of resources and further injury to important family relationships.

[...]

[56] I recognize that neither party has issued a Notice to Mediate under B.C. Reg. 4/2001. However, now that I have seized myself of these proceedings and will have charge of case management should matters proceed further, I am directing the parties to proceed to mediation as soon as possible and before devoting any more resources to this potentially self-destructive litigation. I also direct that a copy of these reasons for judgment be provided to the mediator selected by the parties to conduct the mediation in this case. »³¹⁸ (nos soulignements)

Ainsi, le juge a profité de son pouvoir de gestion pour imposer la médiation aux parties.

Si l'une des parties considère que l'autre n'a pas rempli ses obligations conformément au règlement, elle peut faire une demande à la Cour pour faire reconnaître le défaut³¹⁹. Les conséquences pouvant découler d'un refus de participer à la médiation ou de s'y préparer adéquatement sont très grandes. Elles peuvent aller de la suspension des procédures pour permettre aux parties de remédier au défaut jusqu'à la radiation de certains documents³²⁰. Le tribunal peut aussi punir financièrement la partie fautive lors de l'attribution des frais de justice³²¹.

Section 4 : Le pouvoir sous-utilisé des juges italiens d'ordonner la médiation

Tel que mentionné plus tôt, l'Italie a décidé de miser principalement sur une médiation obligatoire de type automatique. Or, il existe aussi une possibilité pour les juges de diriger les parties vers la médiation.

Le programme de 2010, aujourd'hui aboli, permettait aux juges d'obliger les parties à aller en médiation. Cependant, peu de juges ont choisi d'avoir recours à cette possibilité³²².

Depuis 2013, il est à nouveau possible pour les juges, en matière civile, d'imposer la médiation aux parties. D'abord, le juge peut, lui-même, proposer aux parties une solution

³¹⁸ *Id.*, par. n° 54 et 56

³¹⁹ *Notice to Mediate (General) Regulation*, préc., note 296, art. 33, 34

³²⁰ *Id.*, art. 34

³²¹ *Id.*, art. 34-35

³²² G. MATTEUCCI, préc., note 196, à la p. 225

basée sur l'équité. Elles sont alors libres de l'accepter ou non³²³. Le juge peut aussi ordonner aux parties d'aller en médiation, s'il le juge à propos³²⁴. Cependant, l'usage de ce pouvoir est peu répandu dans la magistrature italienne. Entre juin 2013 et juin 2014, seulement une dizaine de juges s'en sont prévalus dans environ 50 dossiers³²⁵. Bien que l'utilisation soit faible, les résultats sont tout de même prometteurs. Dans la plupart des cas, même si les parties étaient réticentes à joindre la médiation, cette dernière s'est terminée par un règlement³²⁶.

Section 5 : La médiation par référence discrétionnaire au Tribunal administratif du Québec

Au Québec, la seule trace de médiation obligatoire par référence discrétionnaire se trouve au Tribunal administratif du Québec (TAQ). Depuis 2002, dans certaines situations bien particulières, c'est-à-dire

« dans le cas d'un recours portant sur une décision réclamant des prestations indûment reçues en matière de sécurité du revenu, d'un recours portant sur une décision fondée sur l'état d'invalidité d'une personne en matière de régime de rentes ou d'un recours en matière d'indemnisation en vertu de la *Loi sur l'assurance automobile* »³²⁷,

le président du Tribunal peut ordonner aux parties d'assister à une première séance de conciliation³²⁸, sans nécessairement avoir besoin de leur consentement³²⁹. Aucune sanction n'est toutefois prévue pour le défaut d'une partie de se présenter à la séance de conciliation :

« [33] Aucun défaut ne sera enregistré contre les parties en cas d'échec de la conciliation, peu importe le motif de l'échec. D'ailleurs, aucun article de la *Loi sur la justice administrative* ne le prévoit et le processus de conciliation est incompatible avec une telle conclusion, à savoir que défaut d'une partie de se présenter à une séance de conciliation entraîne la forclusion de déposer de la preuve additionnelle. »³³⁰

³²³ *Id.*

³²⁴ *Id.*, à la p. 225-226

³²⁵ *Id.*, à la p. 226

³²⁶ *Id.*

³²⁷ *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, art. 120

³²⁸ *S. L. et Ministre de l'Emploi et de la Solidarité Sociale*, 2006 CanLII 88634 (QC TAQ)

³²⁹ P.-C. LAFOND et M. THÉRIAULT, préc., note 7, à la p. 59

³³⁰ *K.P. c. SAAQ*, SAS-M-074173-0103/SAS-M-080221-0110/SAS-M-080227-0110/ SAS-M-086129-0204/SAS-M-099375-0307, 23 décembre 2004, par. n° 33; Janick PERREAULT, « La conciliation au Tribunal administratif du Québec : un incontournable! », dans S.F.C.B.Q., Barreau du Québec, *Développement récents en matière d'accidents d'automobiles*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 99, à la p. 126

Il ne s'agit donc pas d'un véritable pouvoir de forcer les parties à se tourner vers la médiation, mais plutôt d'un encouragement. Selon le journal des débats parlementaires portant sur cette disposition, son adoption visait surtout à réduire le nombre de dossiers dans ces matières et à engendrer des économies de temps et d'argent³³¹.

³³¹ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 36^e lég, 2^e sess, vol. 37, n^o 82 (4 juin 2002)

Chapitre III : Une tendance qui gagne en popularité : la médiation quasi obligatoire

Tel que mentionné plus tôt, certains États sont moins directs dans leur intervention et n'imposent pas officiellement la médiation aux parties. Ils proposent plutôt un pouvoir accru de sanction pour les juges qui peuvent réprimander le manquement des parties à une obligation. Cette obligation sera souvent présentée comme celle de trouver le mode de règlement le plus approprié à leur conflit avec un fort encouragement à ce que ce mode soit une autre avenue que le procès.

L'Angleterre (s.1) et l'Australie (s.2) ont pavé le chemin en la matière en développant, chacun à leur manière, des pouvoirs pour les juges leur permettant d'inciter fortement les parties à utiliser des modes privés de règlement des différends et à leur imposer des sanctions sérieuses en cas de défaut.

Il convient aussi de spécifier qu'au Québec, la nouvelle obligation de « considérer » les modes privés de règlement des différends ne se compare pas aux obligations de ces deux États. En effet, l'étude des dispositions du *Code de procédure civile*, de la jurisprudence et de la doctrine permet de distinguer l'obligation québécoise qui en est encore à ses premiers développements (s.3).

Section 1 : La place de la PRD au Royaume-Uni depuis l'affaire Halsey

La perception de la médiation a bien évolué au Royaume-Uni au cours des dernières décennies, mais le véritable coup d'envoi est venu à la suite du Rapport Woolf en 1996³³². Ce rapport plaçait le procès comme l'étape ultime du règlement du conflit auquel on ne devrait avoir recours qu'en cas d'échec des autres modes de règlement. Peu de temps après son dépôt, les règles de procédure civile (CPR) ont fait une place importante aux modes de PRD, notamment à la médiation³³³. La réforme du *Code de procédure civile* québécois a d'ailleurs

³³² Lord Harry WOOLF, *Access to Justice Final Report : Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, Londres, Ministry of Justice, juillet 1996; voir aussi Susan BLAKES, Julie BROWNE et Stuart SIME, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, 4e édition, Oxford (Royaume-Uni), Oxford University Press, 2016, p. 101; M. DE HOON et S. VERBERK, préc., note 53, à la p. 92;

³³³ *Civil Procedure Rules 1998* (R-U), No 3132 (L.17), art. 1.4(1), 1.4(2)(e); S. BLAKES, J. BROWNE et S. SIME, préc., note 332, p. 101-102; M. DE HOON et S. VERBERK, préc., note 53, à la p. 92; SHI Chang-qing, « From Judgement to Settlement: The Impact of ADR on Judicial Functions from a Comparative Perspective » dans

été fortement inspirée du modèle proposé par le Royaume-Uni comme en témoignent les nombreuses ressemblances.

En 2001, l'administration publique anglaise a souhaité montrer son appui à la nouvelle tendance en annonçant son *ADR Pledge* dans lequel différents organismes publics se sont engagés à recourir plus fréquemment à des modes de PRD dans les cas appropriés³³⁴. En 2011, cet engagement a été remplacé par le *Dispute Resolution Commitment*³³⁵ qui vise surtout à mettre la fonction publique en exemple :

« The Dispute Resolution Commitment (DRC) is aimed at encouraging the increased use of flexible, creative and constructive approaches to dispute resolution. It offers an opportunity to demonstrate a best practice approach to business and in particular to how disputes are managed and resolved. It allows government departments and their agencies to demonstrate their commitment to resolving disputes quickly and effectively utilising the most suitable dispute resolution mechanism. »³³⁶

Malgré l'intégration des PRD à la procédure civile, les juges anglais n'ont pas le pouvoir d'obliger les parties à participer à une séance de médiation. Par contre, ils ont le devoir d'encourager les parties à utiliser les modes alternatifs de résolution des litiges, si les circonstances le justifient³³⁷. Ils peuvent ainsi émettre une recommandation à cet effet aux parties. Cette obligation est semblable à celle des juges du Québec qui doivent favoriser la conciliation des parties et peuvent inviter celles-ci à participer à la médiation, sans pour autant avoir le pouvoir de les y contraindre.³³⁸

Même si les « ADR » auxquels le juge anglais réfère les parties peuvent inclure plusieurs modes privés de règlement des litiges, le juge Dyson, dans une décision importante sur le sujet, rappelle que :

« The term “alternative dispute resolution” is defined in the Glossary to the CPR as a “collective description of methods of resolving

Tania SOURDIN et Archie ZARISKI, *The Multi-tasking judge. Comparative judicial dispute resolution*, Sydney (Australie), Thomson Reuters, 2013, p. 139, à la p. 145

³³⁴ Dominic GRIEVE et Jonathan DJANGLY, *The Dispute Resolution Commitment*, Ministry of Justice, Royaume-Uni, 2011, en ligne: <http://www.bimagroup.org/images/stories/articles/why_mediate.pdf>

³³⁵ *Id.*, p. 2

³³⁶ *Id.*, p. 1

³³⁷ *Civil Procedure Rules 1998*, préc., note 333, art. 1.4(2)(e)

³³⁸ Art. 9 al.2, 156, 158 (1) C.p.c.

disputes otherwise than through the normal trial process.” In practice, however, references to ADR are usually understood as being references to some form of mediation by a third party. »³³⁹

La médiation est donc le mode par excellence suggéré par les juges pour aider les parties à régler leur différend à l’extérieur des tribunaux.

Dans la plupart des cas, les coûts associés à la médiation doivent être déboursés par les parties à l’exception de certaines matières, comme les petites créances, où la médiation est offerte gratuitement aux parties³⁴⁰. Encore une fois, le modèle anglais ressemble à celui du Québec où les frais de la médiation sont généralement à la charge des parties, à l’exception de celle offerte à la division des petites créances de la Cour du Québec³⁴¹, en matière familiale³⁴² ou dans le cadre d’une conférence de règlement à l’amiable³⁴³.

Au Royaume-Uni, il est du devoir des parties de considérer véritablement l’usage des PRD tout au long du processus judiciaire³⁴⁴ et les juges doivent s’assurer qu’elles s’y conforment. Lorsqu’une mésentente quant au choix du PRD survient entre les parties, elles ont l’obligation d’en discuter afin de réduire l’écart entre leurs positions respectives³⁴⁵. Le CPR prévoit trois grands axes par lesquels les tribunaux peuvent inciter les parties à se lancer dans un processus de médiation, ou du moins, à négocier sérieusement : le protocole préjudiciaire (*pre-action protocol*), les offres de la partie 36 du CPR, et le pouvoir de gestion du juge.

Le protocole préjudiciaire est un formulaire que les parties doivent remplir dans tous les dossiers civils au Royaume-Uni³⁴⁶. On pourrait le comparer au protocole de l’instance prescrit par le nouveau *Code de procédure civile* au Québec qui a d’ailleurs été inspiré par le modèle anglais³⁴⁷. Différentes formes de ce protocole existent au Royaume-Uni³⁴⁸, mais elles ont toutes pour objectif d’identifier les étapes que les parties doivent suivre avant d’intenter

³³⁹ *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, préc., note 51, par. n° 5

³⁴⁰ S. BLAKES, J. BROWNE et S. SIME, préc., note 332, p. 144

³⁴¹ Art. 556 al.1 C.p.c.

³⁴² Art. 424, 619 al.3 C.p.c.; *Règlement sur la médiation familiale*, RLRQ c C-25.01, r 0.7, art. 10.1

³⁴³ Art. 163 al.1, 382 al.1 C.p.c.

³⁴⁴ *Garritt-Critchley v. Ronnan* [2014] EWHC 1774, par. n° 25

³⁴⁵ Neil ANDREWS, « Mediation in England » dans Humberto DALLA BERNARDINA DE PINHO et Juliana LOSS DE ANDRADE (dir.), *Contemporary Tendencies in Mediation*, Madrid (Espagne), Editorial Dykinson, 2015, p. 13, à la p. 22-23

³⁴⁶ *Civil Procedure Rules 1998*, préc., note 333, Pre-action conduct and protocols, par. n° 6

³⁴⁷ Art. 148 C.p.c.

³⁴⁸ *Civil Procedure Rules 1998*, préc., note 333, Pre-action conduct and protocols, par. n° 1,18

une poursuite judiciaire; d'encourager la communication entre les parties et le recours aux modes de PRD; et d'assurer la proportionnalité et l'efficacité de la gestion du litige³⁴⁹. Le protocole incite les parties à utiliser les modes de PRD et leur demande de les considérer sérieusement³⁵⁰. Les parties risquent par ailleurs d'être appelées à justifier leur décision de ne pas avoir choisi d'intégrer un de ces modes le cas échéant³⁵¹. Si la justification proposée par l'une des parties pour expliquer son refus de recourir à la médiation ne satisfait pas le juge, il pourra appliquer certaines sanctions, notamment en ce qui a trait aux frais de justice³⁵².

Le protocole préjudiciaire est ainsi utilisé par les magistrats pour punir les parties qui n'auraient pas suffisamment considéré l'usage des modes de PRD ou qui, malgré un engagement pris dans le protocole à cet effet, auraient omis de s'y conformer³⁵³. Il permet aussi de sanctionner une partie qui aurait refusé l'offre de son adversaire d'aller en médiation³⁵⁴, et ce, même si le refus a lieu avant que des procédures ne soient intentées. Comme le souligne le juge Ward :

« The profession can no longer with impunity shrug aside reasonable requests to mediate. The parties cannot ignore a proper request to mediate simply because it was made before the claim was issued. With court fees escalating it may be folly to do so. [...] defendants in a like position in the future can expect little sympathy if they blithely battle on regardless of the alternatives. »³⁵⁵

Les juges peuvent aussi sanctionner une partie qui n'aurait pas considéré sérieusement une offre formelle ou qui n'aurait pas fait d'offre raisonnable à l'autre partie. La partie 36 du *Civil Procedure Rules* prévoit la possibilité de consigner une offre de règlement au dossier de la Cour à tout moment³⁵⁶. Si une partie consigne son offre de règlement au dossier selon la partie 36 et que le montant offert est plus élevé ou égal au montant accordé par le tribunal, la

³⁴⁹ *Id.*, Pre-action conduct and protocols, par. n° 3, 4, 8-11; S. BLAKES, J. BROWNE et S. SIME, préc., note 332, p. 103-104;

³⁵⁰ N. ANDREWS, préc., note 345, à la p. 21; S. BLAKES, J. BROWNE et S. SIME, préc., note 332, p. 104

³⁵¹ S. BLAKES, J. BROWNE et S. SIME, préc., note 332, p. 104

³⁵² *Civil Procedure Rules 1998*, préc., note 333, art. 44.3(4)(5)(a)

³⁵³ *Id.*, Pre-action conduct and protocols, par. n° 13-16; S. BLAKES, J. BROWNE et S. SIME, préc., note 332, p. 104, 119, 133 et 134

³⁵⁴ *Burchell v. Bullard* [2005] EWCA Civ 358; *Jarron & Anor v. Sellers* [2007] EWHC 1366 (Ch); *P4 Ltd v. Unite Integrated Solutions plc* [2006] EWHC 2924

³⁵⁵ *Burchell v. Bullard*, préc., note 354, par. n° 43

³⁵⁶ *Civil Procedure Rules 1998*, préc., note 333, art. 36.5 et 36.6

partie qui a refusé cette offre pourra se voir imposer les frais judiciaires³⁵⁷. Non seulement refuser une offre peut entraîner des pénalités, mais récemment, certains juges ont considéré que le défaut de faire une offre dans un délai raisonnable pouvait aussi être sanctionné³⁵⁸. Dans une décision que certains qualifient de « robuste »³⁵⁹, un juge a même condamné aux dépens une partie qui avait pourtant fait une offre raisonnable selon la partie 36 du CPR, parce qu'elle avait refusé d'aller en médiation. Selon le juge, son offre aurait eu plus de chance d'être acceptée si les parties avaient pu s'expliquer en médiation³⁶⁰. Cette position n'est toutefois pas unanime, alors que d'autres juges considèrent que les offres faites par une partie peuvent mitiger les conséquences de son refus d'aller en médiation³⁶¹.

Enfin, les juges peuvent ordonner aux parties de considérer sérieusement la médiation³⁶² par le biais de leur pouvoir de gestion. Ils peuvent suspendre un dossier pour laisser aux parties le temps de régler l'affaire en médiation, sans même qu'elles en aient fait la demande³⁶³. Ils n'ont pas le pouvoir de forcer directement les parties à aller en médiation³⁶⁴, mais peuvent leur imposer de lourdes sanctions à l'étape des frais de justice si elles refusent d'essayer la médiation sans motif valable³⁶⁵, et ce, même si une partie sort vainqueur du procès³⁶⁶. Dans certaines situations, le juge peut également utiliser son pouvoir de gestion pour rayer un dossier, comme ce fut le cas dans une affaire où le demandeur avait les moyens d'obtenir le dédommagement souhaité par un mode de PRD, et où le seul avantage de poursuivre le procès était de réclamer les frais de justice :

« In my judgment the moral of this case is that litigants should ordinarily follow the ADR route when there is a perfectly good scheme that offers (i) speedy justice; and (ii) full redress. In appropriate cases the court should and will strike out cases where there has been full

³⁵⁷ *Id.*, art. 36.17-36.22

³⁵⁸ *Fox v. Foundation Piling Ltd.* [2011] 6 Costs LR 961; S. BLAKES, J. BROWNE et S. SIME, préc., note 332, p. 138

³⁵⁹ S. BLAKES, J. BROWNE et S. SIME, préc., note 332, p. 139

³⁶⁰ *P4 Ltd v. Unite Integrated Solutions plc*, préc., note 354, par. n° 46-47

³⁶¹ *Northrop Grumman Mission Systems Europe Ltd v. BAE Systems (Al Diriyah C41) Ltd* [2014] EWHC 3148 (TCC), par. n° 71-74

³⁶² *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, préc., note 51, par. n° 32

³⁶³ S. BLAKES, J. BROWNE et S. SIME, préc., note 332, p. 119

³⁶⁴ *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, préc., note 51, par. n° 9

³⁶⁵ S. BLAKES, J. BROWNE et S. SIME, préc., note 332, p. 119

³⁶⁶ *Dunnet v. Railtrack plc.*, EWCA Civ 303, [2002] 1 WLR 2434, CA, par. n° 1-13; N. ANDREWS, préc., note 345, à la p. 21

redress already. Full redress relates to matters intrinsic to the case not costs adjunctive to it. Using the language of CPR Part 3.4 (2)(a) there is truly no reasonable ground for bringing the claim. How can it be reasonable to bring a claim when the claim has succeeded in every way via ADR? The court needs to encourage good ADR and not allow claims that have succeeded to carry on. [...] I do not see a potential costs advantage as being a legitimate reason to press on with a case of this kind. »³⁶⁷

Au-delà des juges qui peuvent suggérer aux parties de tenter la médiation, les parties peuvent également créer cette obligation de leur propre chef. Une partie qui refuse l'invitation d'une autre à une séance de médiation pourrait aussi se voir pénaliser³⁶⁸. Depuis la décision de la cour d'appel dans *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, les conséquences liées à l'absence de considération des modes de PRD sont bien connues des avocats anglais. Dans ce dossier, le tribunal devait trancher la question suivante :

« [W]hen should the court impose a costs sanction against a successful litigant on the grounds that he has refused to take part in an alternative dispute resolution (“ADR”)? »³⁶⁹

Pour juger de l'aspect déraisonnable du refus, le tribunal propose les critères non limitatifs suivants :

- « (a) the nature of the dispute;
- (b) the merits of the case;
- (c) the extent to which other settlement methods have been attempted;
- (d) whether the costs of the ADR would be disproportionately high;
- (e) whether any delay in setting up and attending the ADR would have been prejudicial; and
- (f) whether the ADR had a reasonable prospect of success. »³⁷⁰

Ces éléments techniques ne doivent pas être étudiés en vase clos pour déterminer si les parties se sont conformées ou non à leurs obligations, mais le tribunal doit plutôt évaluer si, en substance, ils répondent aux exigences générales d'avoir considéré d'autres options que celle

³⁶⁷ *Binns v. Firstplus Financial Group Ltd* [2013] EWHC 2436 (QB), par. n° 43

³⁶⁸ N. ANDREWS, préc., note 345, à la p. 22

³⁶⁹ *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, préc., note 51, par. n° 16

³⁷⁰ *Id.*, par. n° 16

du procès³⁷¹. Dans certains cas, même le silence d'une partie face à l'invitation de l'autre de participer à un mode de PRD peut être, en soi, déraisonnable³⁷². Lorsque les deux parties sont fautives, le tribunal appliquera plutôt la règle habituelle de la partie qui succombe pour attribuer les frais judiciaires³⁷³.

Même si certains restent critiques par rapport aux critères développés par l'arrêt *Halsey*, cette décision demeure un élément important du changement de mentalité au Royaume-Uni. Les juristes sont maintenant conscients du risque financier qu'ils font courir à leur client s'ils manquent d'ouverture face à la médiation et peuvent y voir une certaine forme d'obligation de médiation³⁷⁴.

Refusant de reconnaître une obligation formelle de médiation, le juge Dyson suggère plutôt qu'il s'agit d'un simple encouragement :

« We heard argument on the question whether the court has power to order parties to submit their disputes to mediation against their will. It is one thing to encourage the parties to agree to mediation, even to encourage them in the strongest terms. It is another to order them to do so. It seems to us that to oblige truly unwilling parties to refer their disputes to mediation would be to impose an unacceptable obstruction on their right of access to the court. »³⁷⁵

Il réaffirme que la médiation doit rester volontaire et que le rôle des juges est simplement d'accompagner les parties qui ont parfois besoin d'un encouragement qu'il qualifie de « robuste » pour découvrir les avantages de la médiation³⁷⁶.

Malgré cette distinction qui repose plutôt sur la théorie, un regard attentif sur la pratique des juges à cet effet nous permet de déceler une forme de médiation quasi obligatoire alors que les parties qui ne prennent pas des mesures suffisantes aux yeux du tribunal peuvent être condamnées à payer les frais judiciaires même si elles ne succombent pas à l'issue de leur procès³⁷⁷.

³⁷¹ Shelley GREER, « Should Pre-Action Protocols be Adopted by the New Zealand Civil Justice System? », (2014) 22 *Waikato L. Rev.* 165, 170

³⁷² *PGF II SA v. OMFS Co* (2013) EWCA Civ. 1288

³⁷³ *Courtwell Properties Ltd. v. Glencore PF (UK) Ltd.* [2014] EWHC 184 (TCC), par. n° 42

³⁷⁴ N. ANDREWS, préc., note 345, à la p. 24

³⁷⁵ *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, préc., note 51, par. n° 9

³⁷⁶ *Id.*, par. n° 11 et 30

³⁷⁷ *Civil Procedure Rules 1998*, préc., note 333, art. 44.3(4)(5)(a)

Au surplus, même si les juges anglais refusent de voir dans les principes dictés par ces décisions une forme de médiation obligatoire, l'interprétation qu'ils se font de leur pouvoir de sanction peut parfois nous porter à nous demander si la médiation quasi obligatoire du Royaume-Uni ne se transformerait pas peu à peu en véritable système de médiation obligatoire. Comme le rappelle Neil Andrews :

« 'orders to mediate' can only be rationalised as orders requiring disputants to consider carefully the merits of mediation as a possible means of enabling them to achieve a consensual resolution of their dispute. »³⁷⁸

Or, dans certaines décisions, les juges semblent outrepasser la limite de la simple considération de la médiation comme exigence³⁷⁹.

Section 2 : L'obligation australienne de « genuine steps »

Les parties qui se présentent à la Cour fédérale en Australie ont des obligations très strictes quant au choix de leur recours³⁸⁰. Depuis avril 2011, elles doivent prendre des mesures véritables pour régler le conflit (*to take genuine steps to resolve disputes*) avant d'instituer certaines procédures civiles³⁸¹.

L'obligation peut sembler similaire à celle du Québec de « considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend »³⁸² ou encore à celle de l'Alberta de « *consider and engage* »³⁸³, mais les implications sont différentes. Le choix du vocable « *genuine steps* » a été fait suite aux recommandations du *Chair of National Alternative Dispute Resolution Advisory Council* (NADRAC), parce que, contrairement aux

³⁷⁸ N. ANDREWS, préc., note 345, à la p. 27

³⁷⁹ N. ANDREWS, préc., note 345, à la p. 27; voir aussi : *Dunnet v. Railtrack plc.*, préc., note 366; *Williams c. Range* [2004] EWCA Civ 294; [2004] 1 WLR 1858, par. n° 29-30

³⁸⁰ *Civil Dispute Resolution Act 2011*, (Cth) préc., note 117, art. 5

³⁸¹ *Id.*, art. 3 et 6; Traduction proposée par Jean-François ROBERGE, Axel-Luc HOUNTOHOTEGBÈ et Eric GRAHOVIC, « L'ère de la coopération procédurale et de la saine gestion de l'instance sous le nouveau Code de procédure civile du Québec », (2016) 75 *R. du B.* 391, 16

³⁸² Art. 1 al. 3 C.p.c.

³⁸³ *Alberta Rules of Court*, préc., note 176, art. 4.2 (e)

« *good faith requirement* » ou aux « *genuine effort* », le concept de « *genuine steps* » est moins subjectif et n'entre pas en conflit avec le caractère confidentiel des modes de PRD³⁸⁴.

Le programme de la Cour fédérale australienne comporte plusieurs objectifs. Il vise à changer la culture adversative associée au litige et à inciter les parties à s'entendre avant de se retrancher dans des positions fortes. Enfin, lorsqu'il n'est pas possible de résoudre le différend à l'extérieur des tribunaux, l'exigence de mesures véritables permet d'identifier correctement les enjeux du dossier, réduisant ainsi le temps nécessaire au tribunal pour traiter l'affaire³⁸⁵.

Les parties doivent d'abord remplir une déclaration de mesures véritables (*genuine steps statement*) au moment de déposer leurs procédures³⁸⁶. Cette déclaration doit indiquer les mesures que les parties ont prises pour tenter de résoudre leur conflit ou les raisons pour lesquelles de telles mesures n'ont pas été mises en œuvre. Ces raisons peuvent être, par exemple, l'urgence des procédures ou le danger pour la sécurité d'une personne ou d'une propriété³⁸⁷. Les avocats sont aussi mis à profit alors qu'ils doivent aider leur client à accomplir ces mesures véritables³⁸⁸. Si le tribunal constate que l'avocat qui représente l'une des parties ne s'est pas conformé à son obligation de conseiller et d'aider son client en la matière, il pourra être tenu personnellement aux dépens et il lui sera interdit de réclamer ces montants à son client³⁸⁹.

Certains dossiers peuvent être exclus de cette obligation³⁹⁰ s'ils traitent de certains domaines de droit particuliers où l'exigence d'avoir pris des mesures véritables serait inappropriée, comme ce peut être le cas en droit criminel. L'exclusion s'applique aussi à d'autres domaines qui possèdent déjà leurs propres exigences de médiation, comme en matière familiale. De même, les dossiers qui sont portés en appel à la suite d'une décision d'un tribunal administratif ne sont pas visés, comme ceux en matière d'immigration³⁹¹.

³⁸⁴ CHAMBRE DES REPRÉSENTANT DU PARLEMENT DU COMMONWEALTH DE L'AUTRALIE, *Explanatory Memorandum - Civil Dispute Resolution Bill 2010*

³⁸⁵ *Id.*

³⁸⁶ *Civil Dispute Resolution Act 2011*, (Cth) préc., note 117, art. 6(1)

³⁸⁷ *Id.*, art. 6(2), 7

³⁸⁸ *Id.*, art. 9

³⁸⁹ *Id.*, art. 12(2)(3)

³⁹⁰ *Id.*, art. 15, 16, 17; P.A. BERGIN, préc., note 250, p. 9-10

³⁹¹ CHAMBRE DES REPRÉSENTANT DU PARLEMENT DU COMMONWEALTH DE L'AUTRALIE, préc., note 384

L'obligation de mesures véritables est analysée selon les circonstances et la nature du litige. La partie doit démontrer que les mesures qu'elle a prises pour résoudre le conflit constituent une tentative sincère et véritable pour le régler³⁹². Le *Civil Dispute Resolution Act 2011* en donne d'ailleurs des exemples. Sans limiter ce que sont de véritables tentatives, on suggère que d'offrir à l'autre partie de discuter ensemble pour résoudre le dossier; de répondre à une telle demande de manière appropriée; de partager avec l'autre partie l'information et les documents nécessaires pour favoriser le règlement du litige; de considérer le recours à un processus facilitateur, comme la médiation, pour résoudre le conflit; de participer au processus choisi et de considérer d'autres modes de PRD si le premier processus ne mène pas à une entente pourraient démontrer qu'une partie a pris des mesures véritables pour tenter de résoudre son conflit³⁹³.

En l'absence d'une résolution du litige, les parties doivent donc faire la preuve de leurs efforts au juge du procès. Elles le feront généralement en remplissant un « *Genuine Step Statement* », un document dans lequel elles font la liste des mesures qu'elles ont envisagées et de celles qu'elles ont essayées³⁹⁴. Dans l'exercice de ses pouvoirs, le tribunal pourra tenir compte du fait que les parties se sont conformées ou non à leur obligation d'entreprendre de véritables tentatives pour régler leur conflit³⁹⁵. Il pourra, entre autres, en tenir compte lors de l'attribution des dépens³⁹⁶. Comme le résume bien la juge Patricia Anne Bergin,

« A failure to file a genuine steps statement does not invalidate an application to commence proceedings, a response to that application or the proceedings themselves. However, the Court may take into account whether a person filed a genuine steps statement when they were required to do so and whether that person did in fact take genuine steps to resolve the dispute in two important contexts: in awarding costs and, more generally, “in performing functions or exercising powers in relation to civil proceedings”. »³⁹⁷

³⁹² *Civil Dispute Resolution Act 2011*, (Cth) préc., note 117, art. 4 (1A)

³⁹³ *Id.*, art. 4 (1) (2)

³⁹⁴ P.A. BERGIN, préc., note 250, p. 5

³⁹⁵ *Civil Dispute Resolution Act 2011*, (Cth) préc., note 117, art. 11

³⁹⁶ *Id.*, art. 12(1) et 12

³⁹⁷ P.A. BERGIN, préc., note 250, p. 5; voir aussi *Returned & Services League of Australia (Queensland Branch) Sarina Sub Branch Inc v. Returned & Services League of Australia (Queensland Branch)* (No 2) [2012] FCA 1138, par. n° 22

Les parties n'ont donc pas l'obligation à proprement parler d'aller en médiation, mais les conséquences qu'elles doivent supporter si elles n'ont pas suffisamment tenté de résoudre le litige aux yeux de la Cour peuvent être importantes, rendant donc la médiation ou une autre forme de PRD quasi obligatoire. Au surplus, comme le rappelle la juge Bergin,

« Although the legislation does not expressly require pre-trial mediation, it would inevitably be one of the most common mechanisms for demonstrating that genuine steps have been taken to resolve a civil dispute. »³⁹⁸

Cameron Green ajoute pour sa part que :

« While the amendments do not expressly require practitioners to recommend their clients to attend mediation, it would be difficult to argue that ADR processes were not contemplated by the Parliament in drafting the Bill. »³⁹⁹

Les auteurs sont donc généralement d'avis qu'il existe une certaine forme d'obligation de médiation pour les parties à la Cour fédérale d'Australie.

Les autorités ont aussi tenté d'implanter des obligations similaires pour les tribunaux régionaux dans les États de Victoria et de Nouvelle-Galles-du-Sud, mais la mise en application des lois qui les prévoyait a été retardée, puis celles-ci ont été abrogées⁴⁰⁰. Contrairement à la législation fédérale, ces deux États avaient plutôt opté pour une version plus souple de l'obligation en choisissant les termes « *reasonable steps* » au lieu de « *genuine steps* ». Comme l'avait souligné le NADRAC à l'époque, une telle obligation n'aurait pas atteint les finalités espérées. En adoptant le test objectif de « *reasonable steps* » qui juridicise un processus informel, on risquait d'éloigner cet outil des préoccupations du justiciable, s'écartant ainsi des objectifs de diminution des procès et d'allègement du fardeau des tribunaux⁴⁰¹. Or, comme nous l'avons vu plus tôt, la médiation obligatoire est déjà en place

³⁹⁸ P.A. BERGIN, préc., note 250, p. 6

³⁹⁹ Cameron GREEN, « ADR : Where did the “alternative” go? Why mediation should not be a mandatory step in the litigation process », (2010) 12-3 *ADR Bulletin* 54, 58

⁴⁰⁰ *Civil Procedure Act* 2005 (NSW), préc., note 250, Part 2A; *Civil Procedure Act* 2010 (Vic), préc., note 251; *Civil Procedure and Legal Profession Amendments Act* 2011 (Vic); P.A. BERGIN, préc., note 250, p. 1

⁴⁰¹ Jeremy GORMLY, « The Children of the Revolution: A Change in Dispute Culture », discours lors de la *Dispute Resolution Conference, Dispute Resolution in the Next 40 Years: Repertoire or Revolution*, Sydney, University of New South Wales, 2 décembre 2011

dans plusieurs des tribunaux de ces États⁴⁰², ce qui contribue au changement de culture juridique.

Enfin, dans l'État d'Australie-Méridionale, les parties ayant un dossier devant la Cour suprême de l'État doivent accomplir des actions précises en vue de résoudre leur différend. À l'exclusion de certaines matières, comme celles qui sont urgentes, qui pourraient causer un risque pour la sécurité physique d'une personne ou la préservation d'un bien, ou d'autres matières spécifiées par règlement⁴⁰³, le demandeur dans une action concernant une réclamation en argent doit faire parvenir à l'autre partie un avis avant d'intenter son action⁴⁰⁴. Plus qu'une simple mise en demeure, cet avis doit aussi comporter une offre de règlement et des détails suffisants pour que le défendeur puisse considérer l'offre⁴⁰⁵. Des délais particuliers s'appliquent selon le type d'action entrepris pour l'envoi de l'avis du demandeur et pour la réponse du défendeur⁴⁰⁶. Si l'affaire n'est pas réglée et que les parties vont à procès, le tribunal pourra évaluer le sérieux des propositions échangées par les parties dans l'attribution des dépens⁴⁰⁷. Les démarches des parties pour régler le dossier doivent toutefois rester proportionnelles et la Cour considèrera raisonnable de dépenser moins de 5 % du coût estimé de la voie du procès⁴⁰⁸. Les parties n'ont pas nécessairement l'obligation d'aller en médiation, mais le tribunal leur impose de négocier sérieusement avant même d'intenter des procédures judiciaires. La médiation pourrait sans doute être considérée comme un moyen souhaitable de faciliter les discussions menant à règlement du litige proportionnel.

Section 3 : L'obligation au Québec de « considérer » la PRD et le peu de conséquences qu'elle emporte

Loin d'être aussi strict que ses homologues, le Québec s'est également doté de nouvelles règles de procédure civile relatives aux modes de PRD. Avec l'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile* du Québec en 2016, les parties ont dorénavant l'obligation de « considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend

⁴⁰² *Supra*, p. 50 et suiv.

⁴⁰³ *Supreme Court Civil Supplementary Rules 2014*, (SA), art. 8

⁴⁰⁴ *Supreme Court Civil Rules 2006*, (SA), art. 33 (1)

⁴⁰⁵ *Id.*, art. 33 (2)

⁴⁰⁶ *Id.*, art. 33 (2)(4)

⁴⁰⁷ *Id.*, art. 33 (7)

⁴⁰⁸ *Supreme Court Civil Supplementary Rules 2014*, (SA), préc., note 403, art. 12

avant de s'adresser aux tribunaux »⁴⁰⁹. Cette obligation n'emporte pas les mêmes conséquences que l'ancienne obligation albertaine. Alors que leurs voisins des prairies devaient considérer et s'engager dans l'un ou l'autre des modes de prévention et de règlement de leur différend, les Québécois ont simplement l'obligation de les considérer. Malgré l'importance qu'il leur accorde, le *Code de procédure civile* précise cependant le caractère volontaire de ces modes⁴¹⁰.

Certains États comme l'Australie ou le Royaume-Uni ont choisi d'interpréter l'obligation de considérer le recours aux PRD comme une obligation de participer aux PRD ou alors d'offrir une justification solide pour ne pas y participer, créant ainsi une forme de médiation quasi obligatoire. Or, il semble clair pour les tribunaux d'ici que ce n'est pas l'interprétation qui doit prévaloir au Québec. Dans une décision disciplinaire du comité d'enquête du Conseil de la magistrature, le juge Pierre E. Audet affirmait ce qui suit :

« [52] Il est manifeste que le législateur requiert le consentement exprès des parties pour participer à un mode dit alternatif de règlement des litiges. Que ce soit pour la conciliation effectuée par un juge ou la médiation pratiquée par un avocat ou un notaire accrédité, toutes deux requièrent le consentement manifeste des parties. La seule exception est la médiation obligatoire réalisée par des juristes accrédités pour les litiges découlant d'un contrat de consommation dans le cadre d'un projet pilote comme l'édicte les articles 28 et 836 du C.p.c.[24]

[53] En l'espèce, les parties ont manifesté clairement leur refus de tenter une ultime négociation entre elles ou encore de participer à une conciliation présidée par le juge. Elles voulaient que le procès se tienne. Devant une telle volonté manifeste exprimée par les parties, le juge se devait de les entendre et, une fois la preuve dûment complétée, au besoin, en accordant un ajournement de l'audience pour la compléter, de trancher leur litige.

[54] L'interprétation que le juge fait de son "pouvoir" ou "devoir" de conciliation, au point d'argumenter avec les parties à ce sujet et de décourager le demandeur, tout comme dans le premier dossier où sa conduite a été examinée, et de refuser de les entendre pour décider de leur litige et de décider constituent des violations aux articles 1 et 6 du Code de déontologie de la magistrature qui obligent le juge à rendre justice dans le cadre du droit d'une part et d'autre part, de remplir son rôle avec diligence.

⁴⁰⁹ Art. 1 al. 3 C.p.c.

⁴¹⁰ Art. 2 C.p.c.

[...]

[61] Tel qu'exposé précédemment, le Comité est conscient que le Code de procédure civile prévoit que le juge doit tenter de concilier les parties si les circonstances s'y prêtent, mais cela ne doit pas être fait au détriment des parties qui veulent être entendues et qui, dans le présent cas, ont démontré clairement qu'elles ne voulaient pas discuter entre elles, ni participer à une conciliation, mais qu'elles voulaient que le procès se tienne.

[62] Bien que le nouveau Code de procédure civile encourage l'utilisation des modes alternatifs de résolution des conflits, il n'a pas aboli la tenue des procès. »⁴¹¹ (nos soulignements)

L'absence de sanction précise est sans doute l'exemple le plus frappant de la souplesse de l'obligation au Québec. La professeure Piché le souligne, spécifiant que l'obligation de considérer les PRD n'est pas aussi stricte qu'elle pourrait l'être ailleurs :

« L'obligation de considérer est une obligation légale préjudicielle imposée aux parties, dont l'exécution devrait être recherchée par une directive précise du juge en chef guidant l'examen du protocole ou par une disposition du Règlement de procédure civile des tribunaux visant à assurer le respect de ce devoir légal. [...]. Les parties doivent indiquer au protocole qu'elles ont discuté d'un règlement, mais aucune sanction ne s'applique, en tant que telle, à l'obligation de considération, laquelle est préliminaire à la négociation du protocole. »⁴¹² (nos soulignements)

L'article premier du nouveau *Code* vise plutôt à rappeler la présence et l'importance des modes de PRD dans le système judiciaire :

« Le fait que les MARC de cette nature aient été, dans une certaine mesure, inclus dans le cadre des procédures civiles, plutôt que dans un autre cadre législatif est très significatif. [...] [L]a qualification est essentielle au droit. Le nom donné aux choses par le législateur nous aide à les comprendre dans le monde extérieur. Alors que madame ou monsieur tout le monde peut croire que d'introduire les MARC dans la procédure civile ne change rien au phénomène, elle ou il oublie, ce faisant, que le législateur "[...] est en fait en train de prendre des décisions qui auront un impact sur la construction symbolique de l'action humaine et qu'il indique aux citoyens comment il désire qu'ils symbolisent ce genre d'interaction avec les autres". Introduire les MARC dans la procédure civile tend à démontrer qu'il est naturel de

⁴¹¹ *Drolet c. Bradley*, 2017 CanLII 4771 (QC CM)

⁴¹² Catherine PICHÉ, « La disposition préliminaire du Code de procédure civile », (2014) 73 *R du B* 135, 159

passer par ce genre d'étape de résolution avant d'aller vers les tribunaux. »⁴¹³

Il faut donc en conclure qu'il n'existe pas au Québec d'obligation générale d'avoir recours aux modes de PRD, contrairement à la crainte que nous aurions pu avoir avant l'entrée du nouveau *Code de procédure civile*⁴¹⁴. Dans certains cas, il pourra toutefois y avoir des exceptions au caractère volontaire réitéré par le *Code* concernant le recours aux modes de PRD⁴¹⁵, comme c'est présentement le cas avec le projet pilote qui a cour pour les petites créances dans deux districts judiciaires.

La position des juristes au Québec quant à la portée que devrait revêtir l'obligation de considérer les modes de PRD tend généralement à rappeler l'importance du caractère volontaire de ces modes. Jean-François Roberge, Alex-Luc Hountohotegbè et Elvis Grahovic, par exemple, proposent que le Québec s'inspire de la législation australienne en la matière pour préciser et renforcer l'obligation de considération qui existe actuellement dans le *Code de procédure civile* du Québec. Une telle inspiration devrait cependant se faire en conservant le caractère volontaire de l'usage des PRD, selon eux⁴¹⁶.

⁴¹³ Roderick A. MACDONALD et Alexandra LAW, « Le juge et le citoyen: une conversation continue », dans André RIENDEAU (dir.), *Dire le droit: pour qui et à quel prix?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 3, à la p. 12

⁴¹⁴ S. Guillemard, préc., note 9, à la p. 126

⁴¹⁵ Art. 2 et 28 C.p.c.

⁴¹⁶ J.-F. ROBERGE, S. A.-L. HOUNTOHOTEGBÈ et E. GRAHOVIC, préc., note 381, 17

DEUXIÈME PARTIE : LES ENJEUX DE LA MÉDIATION OBLIGATOIRE

TITRE PREMIER : LES INCIDENCES DE L'OBLIGATION DE MÉDIATION

Dès l'apparition des premiers programmes de médiation obligatoire en Occident, certains doutaient de la possibilité pour les parties de participer pleinement et de manière constructive à une médiation à laquelle elles n'auraient pas volontairement décidé de se soumettre⁴¹⁷. On reprochait à la médiation obligatoire d'être un oxymore alors qu'un processus qui repose principalement sur la volonté des parties ne peut leur être imposé sans porter atteinte à son déroulement et à son issue. On rappelait le vieux proverbe anglais selon lequel « You can lead a horse to water, but you can't make it drink »⁴¹⁸. Cette crainte n'a toutefois pas empêché plusieurs États d'adopter la médiation obligatoire. Giuseppe De Palo suggère que l'analogie du cheval devrait être revue :

« lead millions of horses (ie, all your civil disputes, or categories of them) to the river, calculate the benefits resulting from those that drink and the losses from those that did not, and then decide what's best for the majority. »⁴¹⁹

Ainsi, c'est en évaluant les retombées des différents programmes de médiation obligatoire qu'on pourra déterminer s'il s'agit d'une formule à privilégier. Celles-ci peuvent toucher les parties elles-mêmes (ch. 1), mais aussi le déroulement de la médiation (ch. 2) et même le système judiciaire (ch. 3).

Chapitre I : Pour les parties à la médiation obligatoire

Certains suggèrent qu'une obligation de participer à la médiation ferait perdre certaines des caractéristiques les plus fondamentales au processus. La place de l'*empowerment* et de la volonté des parties dans la conclusion d'une entente serait menacée (s. 1). Elle aurait aussi pour effet de mettre en péril l'équilibre des pouvoirs entre les parties (s. 2) et de diminuer leur sentiment de satisfaction et de justice (s. 3). Il convient donc d'analyser ces critiques afin de déterminer si elles sont fondées ou non.

⁴¹⁷ Gary SMITH, « Unwilling actors: Why Voluntary Mediation Works, Why Mandatory Mediation Might Not », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 847; D. S. WINSTON, préc., note 70, 873 et suiv.

⁴¹⁸ Dans sa version française, « On ne saurait faire boire un âne qui n'a pas soif ». D. S. WINSTON, préc., note 70

⁴¹⁹ G. DE PALO, préc., note 56, à la p. 102

Section 1 : les effets sur l'empowerment et sur la volonté des parties

L'un des principes directeurs de la médiation est qu'elle doit reposer sur l'*empowerment* des parties⁴²⁰. Il s'agit de l'un des éléments qui assurent que la médiation est un processus transformateur⁴²¹ et non un simple outil de réduction des dossiers dans les tribunaux. Love et Stulberg décrivent habilement l'importance de l'*empowerment* en médiation :

« Empowerment and recognition means that disputing parties come away from mediation stronger in two important respects. They “experience a strengthened awareness of their own self-worth and their own ability to deal with whatever difficulties they face” and they “experience an expanded willingness to acknowledge and be responsive to” the other party. »⁴²²

Avant l'implantation du programme ontarien de médiation obligatoire, Gary Smith prétendait que l'obligation de médiation briserait la structure narrative d'une médiation classique et nuirait à l'*empowerment* que les participants développent au cours du processus⁴²³. D'autres suggèrent également que la liberté d'accepter ou de refuser d'intégrer le processus de médiation serait un élément essentiel pour assurer une plus grande coopération des parties⁴²⁴.

Or, des études récentes ont permis de constater que les effets bénéfiques de l'*empowerment*, soient l'éducation dans la gestion des conflits et dans la communication avec l'autre partie, seraient aussi présents dans le cadre d'une médiation imposée⁴²⁵. Les parties développeraient ainsi leur autonomie dans la gestion de leurs conflits futurs, peu importe la

⁴²⁰ Louise LALONDE, « La médiation judiciaire : nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions? », dans André RIENDEAU (dir.), *Dire le droit: pour qui et à quel prix?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 23, aux p. 32-33

⁴²¹ *Id.*, aux p. 30-31

⁴²² Lela P. LOVE et Joseph B. STULBERG, « The Uses of Mediation », dans Humberto DALLA BERNARDINA DE PINHO et Juliana LOSS DE ANDRADE (dir.), *Contemporary Tendencies in Mediation*, Madrid (Espagne), Editorial Dykinson, 2015, p.189, à la p. 193

⁴²³ G. SMITH, préc., note 417, 866-875; voir aussi Ulrich BOETTGER, « Efficiency Versus Party Empowerment – Against A Good-Faith Requirement In Mandatory Mediation », (2004) 23 *Rev. Litig.* 1, 6

⁴²⁴ Mani ALLAMEHZADEH, « Pratique du droit et influence du comportement », (2015) 74 *R du B* 503, 512; Robert A. BARUCH BUSH et Joseph P. FOLGER, *The Promise of Mediation Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1994, p. 142-143;

⁴²⁵ U. BOETTGER, préc., note 423, 10-11; J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, 700; A. MASOOD et B. BILLINGSLEY, préc., note 121, 20; MINISTRY OF ATTORNEY GENERAL, « Ministry of Attorney General Green Paper : The Foundation of Civil Justice Reform », (2005) 63 *Advocate (Vancouver)* 221, 225-226

manière dont elles seraient entrées en médiation⁴²⁶. Il ne semble donc pas y avoir de raison de craindre l'obligation de médiation à ce sujet.

Reste alors l'impact sur la volonté des parties à l'intérieur du processus. L'argument souvent avancé par les défenseurs de la médiation obligatoire est que, même si les parties n'intègrent pas le processus de manière volontaire, le résultat qui en sort reste à leur discrétion et elles ont toujours la liberté de régler ou non leur conflit en médiation⁴²⁷. Or, certaines critiques soutiennent que de rendre la médiation obligatoire entraînerait un sentiment de contrainte chez le justiciable allant au-delà de l'entrée dans le processus et pouvant influencer son choix d'accepter ou non une proposition de règlement⁴²⁸.

La médiation, tant obligatoire que volontaire, peut entraîner chez les parties le sentiment de devoir régler à l'extérieur des tribunaux pour différentes raisons. Que ce soit en raison des coûts et des délais appréhendés d'un procès futur⁴²⁹ ou, dans le cas de la médiation obligatoire, en raison des conséquences de ne pas avoir atteint le niveau de participation requis en médiation, ou de peur que l'offre de règlement refusée ne soit plus tard étudiée par le tribunal dans l'attribution des coûts, plusieurs éléments peuvent créer, chez les parties, un sentiment de contrainte quant à l'issue de la médiation. Certains craignent ainsi que la contrainte à la médiation entraînerait une certaine forme de contrainte *dans* la médiation⁴³⁰. En associant la médiation au système judiciaire, et plus précisément à la contrainte que peut exercer un juge, certains dangers pourraient apparaître, comme le fait d'associer cette contrainte du juge à celle de conclure une entente⁴³¹. Il est important de ne pas considérer la

⁴²⁶ U. BOETTGER, préc., note 423, 10-11

⁴²⁷ Anne-Marie BLANEY, « What does Mandatory Mediation really mean? », dans *International Mediation Conference*, Maynooth (Irlande), Edward M. Kennedy Institute for Conflict Intervention, 2014, en ligne: <<https://www.youtube.com/watch?v=WOFiIajdFU>> (consulté le 1er mai 2017), à 7:30; Frank E. A. SANDER, H. William ALLEN et Debra HENSLER, « Judicial (Mis)use of ADR? A Debate », (1996) 27 *U. Tol. L. Rev.* 885, 886; D. S. WINSTON, préc., note 70, 189; Roselle L. WISSLER, « The Effects of Mandatory Mediation : Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts », (1997) 33 *Willamette L. Rev.* 565, 565

⁴²⁸ Trina GRILLO, « The Mediation Alternative: Process Dangers for Women », (1991) 100 *Yale L.J.* 1545, 1581; Lucy V. KATZ, « Compulsory Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two-Headed Monster or Two Sides of the Coin? », (1993) 22-33 *J. Disp. Resol.* 1, 41; Carrie MENKEL-MEADOW, « Whose Dispute is it Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases) », (1994-1995) 83 *Geo. L.J.* 2663, 2669 et 2694

⁴²⁹ A. STITT et al., préc., note 5, à la p. 459

⁴³⁰ Angelica ROȘU, « Meditation – Voluntary or Mandatory Procedure », (2010) 2010 *Acta U. Danubius Jur.* 121, 123; D. S. WINSTON, préc., note 70, 189; R. L. WISSLER, préc., note 427, 565;

⁴³¹ C. MENKEL-MEADOW, préc., note 428, 2694; D. QUEK, préc., note 79, 487-488

médiation obligatoire en vase clos. Elle s'inscrit dans un système complet et doit être étudiée comme tel. Si les parties sont conscientes que leur comportement en médiation risque d'entraîner des conséquences de nature coercitive, la dynamique de la médiation pourrait être différente de celle d'une médiation entièrement volontaire⁴³². Cela étant dit, il ne faudrait pas oublier que le justiciable n'est pas toujours conscient de l'étendue de son obligation de médiation. Son expérience limitée avec le système judiciaire peut créer une certaine confusion quant à la nature de ses obligations. Dans une étude portant sur le programme ontarien de médiation obligatoire, des avocats rapportent que, dans bien des cas, leurs clients ne savent même pas que la médiation à laquelle ils participent est obligatoire. Ils y voient seulement une autre étape du processus judiciaire⁴³³.

Il est ainsi difficile de démontrer avec un niveau de précision suffisant que la médiation obligatoire entraîne bel et bien un sentiment de contrainte à régler chez les participants. Cependant, des indices nous permettent de constater que certains éléments des différents programmes de médiation obligatoire pourraient avoir un impact. Le type de médiation qui est imposé aux parties et les conséquences qui peuvent survenir dans le cas où elles n'arriveraient pas à s'entendre en médiation font partie de ces éléments.

Dans les cas où la médiation obligatoire se fait par référence automatique, il ne semble pas y avoir d'effets importants sur le sentiment des parties quant à une certaine obligation de régler le dossier plutôt que de se rendre à procès. McEwen et Maiman ont noté que, dans l'État du Maine, aux États-Unis, où un programme de médiation obligatoire avait été implanté pour les dossiers impliquant des sommes d'argent peu élevées, le taux de règlement des médiations obligatoires par rapport à celles qui étaient entamées volontairement par les parties n'était pas différent⁴³⁴. Les deux observateurs soutiennent que cette absence de différence permet d'affirmer que les parties ne se sentent pas plus contraintes à régler lorsque le processus est intégré de manière obligatoire⁴³⁵. Dorcas Quek abonde dans le même sens⁴³⁶ en soulignant toutefois que le taux de règlement équivalent ou moins élevé selon les différentes études

⁴³² Sally ENGLE MERRY, « Book Review. Dispute without Culture », (1987) 100 *Harv. L. Rev.* 2057, 2066

⁴³³ Tamara RELIS, *Perception in Litigation and Mediation : Lawyers, Defendants, Plaintiffs and Gendered Parties*, New York (États-Unis), Cambridge University Press, 2009, p. 77

⁴³⁴ C. A. MCEWEN et R. J. MAIMAN, préc., note 11, 252

⁴³⁵ *Id.*

⁴³⁶ D. QUEK, préc., note 79, 486; voir aussi : R. L. WISSLER, préc., note 427, 581

pourrait aussi être attribuable à d'autres facteurs et ne témoigne pas nécessairement de l'absence de coercition⁴³⁷. Par exemple, le risque d'influencer la décision des parties serait plus grand lorsque le médiateur est un employé du palais de justice. La peur que ce dernier ne communique des informations confidentielles discutées lors des séances au personnel de la Cour peut subsister même s'il est tenu à la confidentialité⁴³⁸.

Dans les cas où la référence à la médiation se fait par le juge, le danger de créer un sentiment de contrainte serait plus grand. Une référence par un juge aurait un impact psychologique plus important sur les parties quant à leurs obligations dans la médiation. Il est donc important que les juges qui réfèrent les parties à la médiation bénéficient d'une formation adéquate pour ne pas y envoyer systématiquement les parties et pour qu'ils expriment clairement leurs attentes envers celles-ci⁴³⁹.

Ainsi, les sanctions imposées pour une participation qui ne serait pas suffisante sont plus susceptibles d'avoir un impact sur le sentiment de liberté et la volonté des parties à l'intérieur de la médiation obligatoire ou quasi obligatoire⁴⁴⁰. La crainte de se voir imposer des pénalités financières ou de se voir refuser le dépôt de certains documents risque de créer un sentiment de contrainte dans la médiation. Au Royaume-Uni, les conséquences liées à une participation insuffisante à la médiation sont très importantes, comme nous l'avons décrit précédemment⁴⁴¹. Certaines auteures ont d'ailleurs noté, dans le cadre d'entrevues et d'observations sur la médiation dans ce pays, que la raison principale pour laquelle les parties s'entendaient pour aller en médiation était pour éviter les coûts anticipés, les délais et l'incertitude du procès, et, plus récemment, pour éviter les coûts et les pénalités imposées par les *Civil Procedure Rules* pour une participation à la médiation jugée inadéquate⁴⁴². Elles concluent en soulignant que, dans cette mesure, l'intérêt des parties envers la médiation était

⁴³⁷ D. QUEK, préc., note 79, 486-487; voir aussi R. VERKIJK, préc., note 50, à la p. 200

⁴³⁸ Wayne D. BRAZIL, « Comparing Structures for the Delivery of ADR Services by the Courts: Critical Values and Concerns », (1999) 14 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 715, 754

⁴³⁹ D. QUEK, préc., note 79, 490-491

⁴⁴⁰ *Id.*, 491

⁴⁴¹ *Supra*, p. 61 et suiv.

⁴⁴² H. GENN, S. RIAHI et K. PLEMING, préc., note 35, à la p. 147

d'abord et avant tout le résultat, soit l'entente, plutôt que le processus de médiation lui-même⁴⁴³, ce qui semble dénaturer les objectifs initiaux de ce mode de règlement.

La médiation n'offre pas les mêmes garanties et protections que le procès, c'est pourquoi il est important que l'entente qui en découle soit adoptée librement par les parties. Le fait de pouvoir quitter la table de négociation à tout moment et de pouvoir refuser une entente qui ne serait pas pleinement satisfaisante fait partie des avantages qui procurent à la médiation toute sa légitimité. Cette liberté devrait inclure celle de ne pas avoir à risquer des conséquences financières imposées par le tribunal en l'absence d'une participation à la médiation ou même d'un refus de régler le dossier. Refuser d'accorder un caractère obligatoire à la médiation permettrait non seulement de protéger les parties, mais aussi d'éviter que la médiation ne soit « colonisée » par des caractéristiques qui relèvent plutôt de la sphère judiciaire et qui risqueraient d'entraîner une transformation de la médiation⁴⁴⁴. Si l'aspect volontaire disparaît, c'est en outre la légitimité du processus qui en prend un coup⁴⁴⁵. Il convient donc d'être prudent dans l'implantation d'un programme de médiation obligatoire et de considérer le risque de nuire à la légitimité de la médiation même volontaire⁴⁴⁶. Patricia Hughes émet d'ailleurs une mise en garde à cet effet :

« The concept of "voluntary" has subtly shifted from describing the way in which the parties *come* to mediation (thereby establishing a predisposition to engage in good faith efforts to reach an agreement) to describing how they will reach the agreement (even though they may have been forced to meet with the mediator, they do not have to reach a settlement). Similarly, the more parties are indirectly coerced into settlement, the less the process resembles mediation and comes to look like something else. »⁴⁴⁷

Le niveau de contrainte imposé aux parties peut aussi traduire la vision de la médiation que l'on souhaite mettre en place, au risque de dénaturer le processus.

⁴⁴³ *Id.*

⁴⁴⁴ Lin ADRIAN, « Regulation of Dispute Resolution in Denmark: Mediation, Arbitration, Boards and Tribunals », dans STEFFEK, F. et H. UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford (Royaume-Uni), Hart Publishing, 2013, p. 115, à la p. 131

⁴⁴⁵ C. MENKEL-MEADOW, préc., note 428, 2694

⁴⁴⁶ Stella VETTORI, « Mandatory mediation: An obstacle to access to justice? », (2015) 15-2 *Afr. Hum. Rights Law J.* 355, 356, 359, 374 et 377

⁴⁴⁷ P. HUGHES, préc., note 13, 199-200

Mais au-delà de la légitimité de la médiation, son caractère volontaire est également à la source de plusieurs de ses avantages. Il suffit de penser aux économies qu'elle peut entraîner sur les coûts d'exécution alors qu'une partie qui s'engage en médiation à poser certaines actions se sentira plus responsable face à cet engagement⁴⁴⁸. D'un point de vue psychologique, le sentiment de liberté est primordial pour assurer l'exécution des ententes et « une personne se sentira plus engagée par une décision si celle-ci est prise dans un contexte de liberté perçue. »⁴⁴⁹ Lorsque les parties sont contraintes d'aller en médiation, la perception qu'elles ont de la liberté dont elles disposent peut être réduite, et leur volonté d'exécuter leurs obligations risque de diminuer à la suite d'un règlement⁴⁵⁰. Si une personne sent qu'une entente lui est imposée, non seulement elle aura tendance à refuser de l'exécuter, mais aussi à délégitimer le processus qui l'a mené à ce règlement. En effet, lorsqu'une partie a l'impression de « perdre », elle est confrontée à deux choix : changer son attitude face au processus ou remettre en question son comportement passé qui a mené au conflit. La loi du moindre effort entrainera plus souvent les parties à nier la légitimité du processus qu'à remettre en question leurs propres actions⁴⁵¹. Mais comme nous le verrons plus loin, cet obstacle n'est pas insurmontable alors que des techniques existent pour les médiateurs afin de renforcer le sentiment de liberté perçu des parties⁴⁵².

Section 2 : les effets sur l'équilibre des pouvoirs entre les parties et sur la protection de leurs droits

Une autre crainte souvent soulevée par les critiques concerne l'équilibre des pouvoirs entre les parties qui serait mis en péril par la médiation, surtout lorsqu'elle est obligatoire. Ce déséquilibre menacerait à son tour le respect des droits des parties.

Lorsque l'on parle d'équilibre ou de déséquilibre des pouvoirs, il faut d'abord définir de quel pouvoir il est question. Le pouvoir doit souvent être évalué selon le contexte. En médiation, le pouvoir s'entend par la capacité des parties à satisfaire leurs besoins et leurs

⁴⁴⁸ C. A. MCEWEN et R. J. MAIMAN, préc., note 11, 263-264

⁴⁴⁹ M. ALLAMEHZADEH, préc., note 424, 512

⁴⁵⁰ A. ROŞU, préc., note 430, 123

⁴⁵¹ William L.F. FELSTINER, « Influences of social organization on dispute processing », (1974-1975) 9 *Law & Soc'y Rev.* 63, 70-71

⁴⁵² M. ALLAMEHZADEH, préc., note 424, 513-515; *Infra*, p. 98 et suiv.

intérêts au cours du processus, et ce, jusqu'à la conclusion d'une entente, le cas échéant⁴⁵³. Le pouvoir d'une partie peut être dû à son plus grand accès à certaines ressources comme l'argent, l'information, l'éducation ou la familiarité avec le processus⁴⁵⁴. Il peut aussi relever du fait que la partie détient un certain pouvoir stratégique, notamment lorsqu'elle a moins à perdre que l'autre partie⁴⁵⁵. Le pouvoir peut également être émotif, psychologique, culturel, physique ou encore être lié à l'identité de genre de la personne⁴⁵⁶. Le déséquilibre entre les pouvoirs des participants à la médiation nous semble donc inévitable.

Contrairement au procès, la négociation et la médiation tolèrent un certain déséquilibre entre les parties⁴⁵⁷. Ce déséquilibre se justifierait par la *Waiver Theory* qui prévoit qu'une partie qui accepte d'aller en médiation, puisqu'il s'agit d'un processus volontaire, accepte par le fait même de ne pas bénéficier de toutes les protections que lui offre le tribunal⁴⁵⁸. Malgré les critiques que l'on pourrait opposer à cette théorie, notamment quant à la validité de cette renonciation, il reste que la médiation, si elle est obligatoire, n'offre même pas aux parties la possibilité de renoncer librement à ces protections. Elles y sont en quelque sorte forcées. La crainte quant à la médiation obligatoire est donc que le pouvoir d'une partie entraîne sa domination sur l'autre et conduise à une entente inéquitable pour la partie avec le moins de pouvoir, en l'absence d'un tiers décideur⁴⁵⁹.

Le premier élément de pouvoir qui pourrait avoir un tel effet est l'accès aux ressources financières. Des ressources financières plus limitées peuvent avoir une incidence sur l'information qu'une partie peut obtenir pour prévoir le résultat d'un éventuel litige. Il est aussi possible qu'elle n'ait pas accès à une aide adéquate, comme celle d'un avocat, pour

⁴⁵³ Claire BAYLIS et Robyn CARROLL, « The Nature and Importance of Mechanisms for Addressing Power Differences in Statutory Mediation », (2002) 14-2 *Bond. L. Rev.* 285, 287

⁴⁵⁴ *Id.*, 288-289; Owen M. FISS, « Against Settlement », (1984) 93 *Yale L.J.* 1073, 1076; Marc GALANTER, « Why the "haves" come out ahead: Speculations on the limits of legal change », (1974-1975) 9 *Law & Soc'y Rev.* 95; Marc GALANTER, « The Duty Not to Deliver Legal Services », (1975-1976) 30 *U. Miami L. Rev.* 929; C. GREEN, préc., note 399, 54; R. A. MACDONALD et A. LAW, préc., note 413, aux p. 18-19

⁴⁵⁵ O. M. FISS, préc., note 454, 1076

⁴⁵⁶ C. BAYLIS et R. CARROLL, préc., note 453, 288-289; Melinda MUNRO, « Musing on the Consequences of Mandatory Mediation », (1999) 57 *Advocate (Van.)* 193, 198

⁴⁵⁷ O. M. FISS, préc., note 454, 1078

⁴⁵⁸ David LUBAN, « Bargaining and Compromise: Recent Work on Negotiation and Informal Justice », (automne 1985) 14-4 *Philos. Public Aff.* 397, 405

⁴⁵⁹ C. BAYLIS et R. CARROLL, préc., note 453, 291; O. M. FISS, préc., note 454, 1077; C. GREEN, préc., note 399, 54

comprendre les répercussions à moyen et à long terme d'un éventuel règlement⁴⁶⁰. Une partie ayant moins d'argent sera dès lors plus pressée de régler. Elle aura généralement besoin d'une compensation plus rapidement, et pourrait ainsi être contrainte d'accepter une offre moins avantageuse⁴⁶¹. Comme disait Roger Fisher et William Ury dans leur célèbre *Getting to Yes*, « the relative negotiating power of two parties depends primarily upon how attractive to each is the option of not reaching agreement »⁴⁶². Il convient toutefois de souligner que ces quelques éléments sont aussi applicables lorsque la médiation est volontaire, ou même dans le cadre de négociations sans la présence d'un tiers. Cependant, en médiation obligatoire, l'ajout d'une étape et des frais qui y sont liés peut avoir pour effet d'imposer à la partie indigente de déboursier des frais supplémentaires qu'elle ne pourra pas allouer à la défense de ses droits dans le cadre d'un procès, et ainsi la contraindre à régler son dossier en médiation⁴⁶³.

Au-delà de la disponibilité des ressources pour une partie, certains observateurs affirment que le modèle de médiation généralement utilisé en Occident, le modèle d'inspiration anglo-saxonne qui prévoit la présence d'un médiateur neutre et impartial, serait nécessairement à l'avantage de ceux qui l'ont développé⁴⁶⁴. Au surplus, on rapporte que

« [...] “civil litigation is an institutional arrangement for using state power to bring a recalcitrant reality closer to our chosen ideals”. If this is so, then to replace adjudication by other dispute resolution processes is to substitute processes which result in compromises in favour of power. »⁴⁶⁵

Dans une étude sur la médiation obligatoire à la Cour des petites créances au Maine, on rapportait que le taux de règlement dans les dossiers impliquant une entreprise comme demandeur et un individu comme défendeur se situait à un taux impressionnant de 94 % en médiation⁴⁶⁶. Un taux de règlement aussi élevé n'est pas nécessairement une preuve du déséquilibre des parties, mais peut tout de même nous amener à nous poser des questions sur

⁴⁶⁰ Patricia L. CARSON, « Mandatory Mediation: A Burden or Benefit », (2010-2011) 1 *Resolved J. Alternative Disp. Resol.* 13, 14-15

⁴⁶¹ O. M. FISS, préc., note 454, 1076; D. LUBAN, préc., note 458, 412-413

⁴⁶² Roger FISHER et William URY, *Getting to yes*, 3^e éd., New York, Penguin Books, 2011, p. 102

⁴⁶³ S. VETTORI, préc., note 446, 377

⁴⁶⁴ Kevin AVRUCH, *Culture & Conflict Resolution*, Washington D.C. (États-Unis), United States Institute of Peace Press, 1998, p. 79, 83 et 84; voir aussi Bernadette DEMEULENAERE, « La médiation et les droits des consommateurs », (1987) 7 *Windsor Y.B. Access Justice* 118, 124-125

⁴⁶⁵ Gordon R. WOODMAN, « The alternative law of dispute resolution », (1991) 31 *C. de D.* 1, 29

⁴⁶⁶ C. A. MCEWEN et R. J. MAIMAN, préc., note 11, 250

la pression que les entreprises peuvent exercer sur les simples justiciables et nous rappelle la théorie des *repeat players* de Marc Galanter⁴⁶⁷.

De même, les minorités ethniques et religieuses ainsi que les femmes seraient, selon plusieurs, désavantagées dans le cadre d'un processus de médiation⁴⁶⁸. Certaines études ont également démontré que la médiation peut avoir pour effet de renforcer ou d'« entretenir des situations de domination très concrètes auxquelles la justice formelle pourrait répondre »⁴⁶⁹. En ne permettant pas le débat public sur des questions importantes touchant notamment la protection des droits fondamentaux, des problèmes systémiques de discrimination et d'inégalité refont surface en médiation où aucune mesure de protection adéquate n'est prévue⁴⁷⁰. Les modes de PRD comme la médiation ne se concentrent que sur le cas d'espèce dont ils sont saisis, alors que les jugements des tribunaux peuvent tenir compte des iniquités créées par le système et du déséquilibre des pouvoirs⁴⁷¹.

Malgré ces risques, soulignons que la médiation, même obligatoire, reste souvent mieux que l'alternative pour les parties. Comme le rappelait avec sagesse Frank E.A. Sander,

« In light of the very small percentage of cases that are disposed of by trial, in most cases the alternative to mediation is unassisted negotiation, not adjudication. Which alternative is more likely to

⁴⁶⁷ M. GALANTER, « Why the “haves” come out ahead: Speculations on the limits of legal change », préc., note 454; M. GALANTER, « The Duty Not to Deliver Legal Services », préc., note 454

⁴⁶⁸ T. GRILLO, préc., note 428, 1549; Joan STEARNS JOHNSEN, « Women and Negotiation: The Double Bind », (novembre 2015) 9 *Just. Res. E-News* i. 1, 1-3; Thomas J. STIPANOWICH, « ADR and the “Vanishing Trial”: The Growth and Impact of “Alternative Dispute Resolution” », (2004) 1 *J. Empirical Legal Stud.* 843, 862

⁴⁶⁹ P. NOREAU, *Droit préventif. Le droit au-delà de la loi*, préc., note 5, p. 101; voir aussi : Richard L. ABEL, « Mediation in Pre-Capitalist Societies », (1983) 3 *Windsor Y.B. Access Justice* 175, 178; Stuart HENRY, *Private Justice. Towards Integrated theorising in the sociology of law*, London, Routledge & Kegan Paul, 1983, p. 44-46; R. VERKIJK, préc., note 50, aux p. 204-205; Enrique VESCOVI, « Le règlement des conflits hors des tribunaux », dans H. KÖTZ et R. OTTENHOF (dir.), *Les conciliateurs. La conciliation. Étude comparative*, coll. Études juridiques comparatives, Paris, Economica, 1983, p.173, à la p. 175; G. R. Woodman, préc., note 465, 122-123 et 126;

⁴⁷⁰ R. L. ABEL, préc., note 469, 177-178; Richard L. ABEL, « Informalism: A Tactical Equivalent to Law? », (1985-1986) 19 *Clgh Rev* 375, 382; Richard DELGADO, Chris DUNN, Pamela BROWN, Helena LEE et David HUBBERT, « Fairness and Formality: Minimizing the risk of prejudice in alternative Dispute resolution », (1985) *Wis. L. Rev.* 1359; B. DEMEULENAERE, préc., note 464, 124-125; Brian ETHERINGTON, « Diversité et l'accès à la justice », dans *Élargir nos horizons. Redéfinir l'accès à la justice au Canada : Compte rendu du symposium tenu le 31 mars 2000*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000, p. 74, à la p. 84; D. LUBAN, préc., note 458, 411; Laura NADER, « The ADR Explosion – The Implications of Rhetoric in Legal Reform », (1988) 8 *Windsor Y.B. Access Justice* 269;

⁴⁷¹ L. NADER, préc., note 470, 279

address serious power imbalances – unassisted negotiation or mediation? »⁴⁷²

Ainsi, il peut être préférable que les parties négocient en présence d'un médiateur qui peut mettre certaines mesures de prévention en place pour les protéger contre les inégalités, plutôt que de laisser faire la négociation sans assistance où le plus fort l'emporterait de toute façon⁴⁷³. La médiation obligatoire pourrait donc agir comme bouclier contre l'absence de protection de la négociation en cas de déséquilibre des forces entre les parties⁴⁷⁴. Malgré tout, même le meilleur des médiateurs ne pourra rendre le processus équitable dans tous les cas. Il suffit de penser aux situations où une partie refuse d'honorer les lignes directrices de la médiation, ou lorsqu'une partie a, par rapport à l'autre, un large déficit d'information, ou encore dans les cas où il existe une sérieuse pathologie personnelle chez l'une des parties ou dans certaines situations de violence psychologique ou physique⁴⁷⁵. Dans ces cas, les remèdes que propose la médiation sont limités pour la partie désavantagée et l'obligation d'intégrer le processus pourrait entraîner de graves conséquences. Au surplus, de l'avis de Gary Smith, les parties auraient tendance à agir différemment lorsqu'elles sont forcées à intégrer la médiation, ce qui pourrait amplifier les dangers liés au déséquilibre des pouvoirs. Selon lui, l'attention des participants serait plutôt portée sur l'influence de leur pouvoir que sur les intérêts et une écoute réelle de l'autre⁴⁷⁶.

Les systèmes juridiques des différents États occidentaux disposent de plusieurs outils afin de garantir une certaine équité procédurale et réduire le déséquilibre des pouvoirs entre les parties dans le cadre d'un procès. En sanctionnant un mode de PRD comme la médiation, l'État devrait aussi s'assurer que des protections similaires sont offertes aux parties⁴⁷⁷. Pour pallier le déséquilibre de pouvoir entre les parties, certains ont mis de l'avant un système de sélection (*screening process*) avant de rendre la médiation obligatoire pour les parties⁴⁷⁸. Dans ces modèles, des facteurs clés, comme un historique de violence entre les parties, seront examinés. Une discrétion quant à la pertinence de la médiation sera dès lors laissée à la

⁴⁷² F. E. A. SANDER, préc., note 80, 16

⁴⁷³ *Id.*; C. MENKEL-MEADOW, préc., note 428, 2674

⁴⁷⁴ A. STITT et *al.*, préc., note 5, à la p. 463

⁴⁷⁵ *Id.*

⁴⁷⁶ G. SMITH, préc., note 423, 874

⁴⁷⁷ C. BAYLIS et R. CARROLL, préc., note 453, 302

⁴⁷⁸ *Id.*, 307

personne qui y réfère les parties⁴⁷⁹. Après avoir identifié les dossiers où il y aurait un historique ou un risque de violence, certains choisiront d'exempter les parties d'assister à la médiation⁴⁸⁰, alors que d'autres, comme c'est le cas en Ontario, en Alberta et dans la province de Terre-Neuve-Labrador, suggéreront plutôt aux parties de se tourner vers un médiateur spécialisé en la matière⁴⁸¹. D'autres modèles attribueront un régime particulier et des formations spécialisées à certains types de dossiers. Au Québec, par exemple, une médiation familiale ne peut être orchestrée que par un médiateur accrédité qui a reçu une formation traitant spécifiquement de certains aspects particuliers de ce domaine⁴⁸².

L'un des principaux obstacles à l'efficacité des différents outils de prévention est que le déséquilibre n'est pas toujours visible au premier abord⁴⁸³. Évaluer l'accès aux ressources financières ou informationnelles d'une partie peut s'avérer impossible. Comme le rappellent Baylis et Carroll, le pouvoir d'une partie n'est pas mesurable⁴⁸⁴. Il en résulte qu'un déséquilibre des pouvoirs ne peut simplement être réglé par le médiateur en donnant plus de pouvoir à l'autre partie⁴⁸⁵. Au même titre, le pouvoir est une dynamique et il peut varier et changer de mains à tout moment⁴⁸⁶. Enfin, le fait qu'une partie détienne un certain pouvoir ne veut pas nécessairement dire qu'elle voudra, ou même pourra, l'utiliser⁴⁸⁷. Il faut donc se garder de proposer des solutions toutes faites pour régler le problème du déséquilibre des pouvoirs en médiation. Aucune réglementation ou intervention d'un médiateur ne pourra être une panacée en la matière. Il sera toujours difficile de garantir l'équité dans l'informalité⁴⁸⁸. Selon Baylis et Carroll, la médiation doit rester volontaire pour s'assurer que les parties ont suffisamment de pouvoir l'une sur l'autre afin que leurs intérêts soient à tout le moins

⁴⁷⁹ *Id.*

⁴⁸⁰ *Family Law Act 197*, (Cth), art. 60I(9)(b); *A. (D.) v. Canada (Attorney General)*, 1998 CanLII 13365, par. n° 6 (SK QB); Kathy MACK, « Court Referral to ADR: The Legal Framework in Australia », (2004) 22 *Law Context: A Socio-Legal J.* 112, 114; T. J. STIPANOWICH, préc., note 468, 874; R. L. WISSLER, préc., note 427, 573; Alexandria ZYLSTRA, « The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled », (2001) 17 *J. Am. Acad. Matrimonial Law.* 69, 77-78

⁴⁸¹ *G.O. v. C.D.H.*, 2000 CanLII 22691, par. n° 19 (ON S.C.); *Drodge et al. v. Martin et al.*, 2005 NLTD 73, par. n° 12; *IBM Canada Limited v. Kossov*, préc., note 94, par. n° 15;

⁴⁸² Art. 616 et 619 C.p.c.; *Règlement sur la médiation familiale*, RLRQ c C-25.01, r 0.7, art. 2(4)

⁴⁸³ C. BAYLIS et R. CARROLL, préc., note 453, 306; T. GRILLO, préc., note 428, 1591-1592

⁴⁸⁴ C. BAYLIS et R. CARROLL, préc., note 453, 289

⁴⁸⁵ *Id.*, 289

⁴⁸⁶ *Id.*, 289

⁴⁸⁷ *Id.*, 290

⁴⁸⁸ R. VERKIJK, préc., note 50, à la p. 203

considérés et qu'elles soient en mesure de refuser une solution qui violerait ces intérêts⁴⁸⁹. Les tribunaux anglais ont adopté cette position dans l'affaire *Halsey*⁴⁹⁰ en soulignant que « to oblige truly unwilling parties to refer their disputes to mediation would be to impose an unacceptable obstruction on their right of access to courts »⁴⁹¹. Ainsi, au Royaume-Uni, la quasi-obligation à aller en médiation a été tempérée. Les motifs que les parties peuvent utiliser pour être exemptées d'y participer permettent de tenir compte des chances de succès d'une demande. Par exemple :

« The fact that a party reasonably believes he has a strong case is relevant to the question of whether a refusal of ADR is reasonable, otherwise a claimant could use the threat of a costs sanction to force a settlement in respect of a case lacking merit. »⁴⁹²

Cette vision ne semble pas être reprise partout alors que l'Alberta ne voit pas les chances de succès d'un dossier comme un motif valable d'exemption⁴⁹³.

Les dangers liés au déséquilibre des pouvoirs sont donc bien réels. Même si la médiation volontaire et la négociation comportent aussi ces risques, l'obligation de médiation viendrait, selon plusieurs, les exacerber et risquerait d'influencer les solutions négociées qui sortiront des séances de médiation où un déséquilibre marqué entre les parties n'aura pu être circonscrit. Il faut se garder de prendre ce problème à la légère, puisque le déséquilibre des pouvoirs pourrait également avoir un effet négatif sur la légitimité de la médiation elle-même alors qu'elle ne parviendrait pas à produire des solutions justes⁴⁹⁴. Sans prétendre pouvoir contrôler toutes les situations de déséquilibre, la question doit être abordée dans l'élaboration d'un programme de médiation obligatoire afin d'en circonscrire les risques le plus possible.

Section 3 : les effets sur la satisfaction et sur le sentiment de justice des parties

Les études récentes portant sur la satisfaction des parties dans le cadre des divers programmes de médiation sont rares. Or, il semble important, voire incontournable, de sonder les principaux intéressés afin de comprendre l'impact qu'une obligation de médiation peut

⁴⁸⁹ C. BAYLIS et R. CARROLL, préc., note 453, 291

⁴⁹⁰ D. QUEK, préc., note 79, 485

⁴⁹¹ *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, préc., note 51, par. n° 9

⁴⁹² S. BLAKES, J. BROWNE et S. SIME, préc., note 332, p. 135

⁴⁹³ *IBM Canada Limited v. Kossov*, préc., note 94, par. n° 36

⁴⁹⁴ BAYLIS et R. CARROLL, préc., note 453, 291-292

avoir sur les parties, par rapport à celles qui intègrent le processus de manière volontaire. Au Canada, deux études ont été menées au début des années 2000. La première porte sur le programme ontarien⁴⁹⁵ et la seconde, sur celui de la Saskatchewan⁴⁹⁶. D'autres études aux États-Unis, en Australie et ailleurs ont aussi permis de déceler quelques éléments favorisant la satisfaction des parties et leur sentiment de justice à la suite d'une médiation imposée.

D'abord, la manière dont la médiation obligatoire est présentée aux parties est très importante quant à leur appréciation du procédé. Les justiciables seraient souvent moins satisfaits lorsque l'alternative proposée, comme la médiation, apparaît simplement comme une solution aux délais et aux coûts des tribunaux. La médiation serait alors perçue comme une justice de seconde classe⁴⁹⁷. Si les parties ont plutôt l'impression que la médiation pourra les aider et que le programme est implanté dans leur intérêt, elles auraient plus tendance à apprécier leur expérience⁴⁹⁸. La manière dont les parties sont référées à la médiation peut donc avoir un impact significatif. Ainsi, en Australie, lorsque la médiation est rendue obligatoire par un juge, le taux de satisfaction serait comparable à celui de la médiation volontaire⁴⁹⁹.

La participation des parties serait aussi un facteur déterminant. L'étude ontarienne révèle que la satisfaction des participants et le sentiment de justice qu'ils retirent de la médiation obligatoire varierait selon leur niveau de participation. Ceux qui ont pu y contribuer activement sont généralement plus satisfaits que ceux qui ont vu leur rôle occulté par leur avocat⁵⁰⁰. L'étude portant sur le programme saskatchewanais de médiation obligatoire a aussi révélé que la satisfaction était au rendez-vous même si les parties n'en étaient pas venues à un règlement⁵⁰¹. Des résultats d'études américaines en sont arrivés aux mêmes conclusions⁵⁰². Le simple fait de discuter face à face et de participer activement à la médiation procurerait aux parties un sentiment positif face à leur conflit⁵⁰³. Les avocats interrogés dans l'étude de

⁴⁹⁵ J. MACFARLANE, préc., note 150

⁴⁹⁶ J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125

⁴⁹⁷ Lorraine EISENSTAT WEINRIB, « The role of the courts in the resolution of civil disputes », dans *Rethinking Civil Justice: Research Studies For the Civil Justice Review*, vol. 1, Toronto, Commission de réforme du droit de l'Ontario, 1996, p. 307, à la p. 319; S. ENGLE MERRY, préc., note 432, 2067

⁴⁹⁸ W. D. BRAZIL, préc., note 438, 754

⁴⁹⁹ G. DE PALO et al., préc., note 58, à 43 :00; G. DE PALO et R. CANESSA, préc., note 96, 725

⁵⁰⁰ J. MACFARLANE, préc., note 150, 273-274

⁵⁰¹ J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, 690-691

⁵⁰² R. L. WISSLER, préc., note 427, 577

⁵⁰³ J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, 690-691

MacFarlane ont vanté l'utilité de la médiation comme forme de catharsis pour leurs clients qui pouvaient s'y exprimer librement. La médiation permettait enfin de reconnaître leurs émotions et leurs intérêts par l'autre partie qui, en personne, n'apparaissait plus simplement comme une entité étrangère qui ne fait que refuser toutes leurs demandes⁵⁰⁴.

Il importe toutefois de souligner que ce ne sont pas tous les participants à l'étude saskatchewanaise qui ont vu des effets positifs à la médiation. Environ 20 % d'entre eux n'y ont vu aucun avantage direct ou indirect⁵⁰⁵. Dans des dossiers portant sur des actes de violence physique ou psychologique, certains ont même avoué que d'avoir à raconter une fois de plus leur histoire était à la fois difficile et improductif⁵⁰⁶. De plus, contrairement à la croyance populaire, la restauration des relations d'affaires n'était pas fréquente dans l'étude ontarienne, alors que peu de répondants ont soutenu que la médiation leur avait permis de rétablir des relations humaines brisées⁵⁰⁷.

La durée de la médiation aurait aussi un impact sur la satisfaction des parties. Une étude portant sur un programme de médiation obligatoire aux petites créances dans l'État du Maine a démontré que la satisfaction des parties quant au règlement conclu en médiation variait selon la durée de celle-ci. Alors que la moyenne pour résoudre un dossier en médiation aux petites créances était d'environ 25 minutes⁵⁰⁸, lorsque la médiation s'étendait sur plus de trente minutes, les parties avaient tendance à conclure une entente simplement pour en finir avec le problème⁵⁰⁹. La même étude démontrait aussi que, plus le temps avançait, plus les médiateurs avaient tendance à mettre de la pression sur les parties pour régler⁵¹⁰. Ainsi, une médiation qui traîne en longueur ou dont le résultat est trop influencé par les propositions du médiateur a plus de chance d'entraîner une insatisfaction chez les participants, même en cas de règlement. En effet, il faut évaluer plus que le taux de règlement pour avoir une idée de la satisfaction des parties, puisque la signature d'une entente n'est pas nécessairement synonyme de satisfaction. Dans les cas où les médiateurs font des recommandations aux parties, par

⁵⁰⁴ J. MACFARLANE, préc., note 150, 264-265

⁵⁰⁵ J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, 691

⁵⁰⁶ *Id.*

⁵⁰⁷ J. MACFARLANE, préc., note 150, 264; voir aussi : C. A. MCEWEN et R. J. MAIMAN, préc., note 11, 249

⁵⁰⁸ C. A. MCEWEN et R. J. MAIMAN, préc., note 11, 255

⁵⁰⁹ *Id.*, 259-260; voir aussi : R. L. WISSLER, préc., note 427, 582

⁵¹⁰ C. A. MCEWEN et R. J. MAIMAN, préc., note 11, 260

exemple, un taux de satisfaction moins élevé peut en ressortir même si une entente est conclue⁵¹¹.

Un autre élément qui semble modifier la satisfaction des parties serait la taille du barreau de section et la fréquence à laquelle les avocats travaillent ensemble. Les résultats de l'étude ontarienne ont révélé que la satisfaction des parties et de leurs avocats était généralement plus grande dans la région d'Ottawa par rapport à celle de Toronto où le barreau compte plus de membres et où la collégialité est moins présente⁵¹². Malgré cette distinction, la majorité des personnes interrogées dans les deux régions ont affirmé être satisfaites de l'issue de la médiation⁵¹³.

Toutes ces études semblent révéler des taux élevés de satisfaction variant selon certains critères. On ne peut donc pas affirmer que la satisfaction des parties diffère grandement de la médiation volontaire à la médiation obligatoire uniquement à cause du mode d'entrée dans le processus. La satisfaction ou l'insatisfaction des parties est souvent liée à d'autres causes comme l'attitude du médiateur ou de leur avocat, la présentation de leur obligation de médiation, la durée de la médiation et la situation spécifique dans laquelle elles se trouvent.

Il convient toutefois d'être prudent dans l'évaluation d'un programme simplement par la satisfaction des participants. Bien qu'il s'agisse d'un élément important à son succès, il n'est pas nécessairement synonyme de justice. Se fier uniquement à ce critère pourrait entraîner de graves conséquences, notamment en ce qui a trait à la protection des droits des parties et à la place de la justice dans la société. L'évaluation du succès d'un programme de médiation peut prendre plusieurs formes. David Luban en suggère quelques une :

« Minimally, we might say that a negotiation succeeds if it does not break down without producing a settlement. But we can easily devise more ambitious criteria: that the parties are satisfied, or equally satisfied, with the outcome, that an informed and impartial third party is satisfied with the outcome, that it duplicates the so-called shadow verdict (the outcome a fair court would arrive at) less litigation costs, that its outcome is consistent with morality or with public values, etc.

⁵¹¹ Roselle L. WISSLER, « Court-Connected Mediation in General Civil Cases: What We Know from Empirical Research », (2002) 17 *Ohio St. J. On Disp. Resol.* 641, 700

⁵¹² J. MACFARLANE, préc., note 150, 315-316

⁵¹³ Megan MARRIE, « Alternative Dispute Resolution in Administrative litigation : a Call for Mandatory Mediation », (2010) 37-2 *Advoc. Q.* 149, 156-157

In a simple and well-known example, Rich and Poor are offered \$1,000 to divide as they will, provided that they agree on a division. Rich offers Poor \$100, threatening to walk if Poor doesn't accept; since Rich can afford to make good on the threat, and Poor needs the money, Poor accepts. On the first, minimal, criterion listed above, this is a successful negotiation because it produced an agreement. Indeed, it may be successful on the "equal satisfaction" criterion as well, if \$100 gives Poor the same level of satisfaction that \$900 gives Rich. On others, it is not. If simple equality is an important social value, only a \$500/\$500 split would be satisfactory; if public policy is strongly redistributive, or if we are (or should be) committed to the Biblical and Marxist principle "to each according to his need," a \$50/\$950 split may be a successful outcome. Depending on the notion of success at work, different empirical conditions would likely have to be met for negotiation to succeed. »⁵¹⁴

Ainsi, la satisfaction des parties ou l'atteinte d'un règlement ne peuvent pas toujours, à elles seules, assurer qu'un programme de médiation accomplit l'objectif d'offrir une meilleure justice aux parties. Il faut donc regarder le programme de médiation dans son ensemble pour juger de son succès.

⁵¹⁴ D. LUBAN, préc., note 458, 402-403

Chapitre II : Sur le déroulement de la médiation

Après avoir observé les impacts de l'obligation de médiation sur les parties, il convient de se pencher sur ceux qui touchent la médiation elle-même, à savoir si la médiation obligatoire permet d'en arriver à un taux de règlement aussi enviable que la médiation entreprise sur une base volontaire (s.1). Nous verrons également si les techniques utilisées par les médiateurs sont altérées par le mode d'entrée dans la médiation (s.2) et enfin si l'absence de formalisme de la médiation peut survivre à une obligation d'intégrer le processus. (s.3)

Section 1 : les effets sur le nombre d'ententes conclues

Le taux de règlement est un des éléments incontournables quand vient le temps d'analyser les retombées d'un programme de médiation imposée⁵¹⁵. Alors que la médiation obligatoire en était qu'à ses débuts, des juristes sceptiques soutenaient que si les parties ne souhaitent pas aller en médiation, les chances que celle-ci soit une réussite seraient plutôt minces⁵¹⁶. Depuis l'implantation d'un plus grand nombre de programmes de médiation obligatoire, on a pu observer que les parties qui sont contraintes d'aller en médiation montrent malgré tout des taux de règlement importants⁵¹⁷. Plusieurs juges le soulignent d'ailleurs dans leurs discours⁵¹⁸ ou leurs jugements⁵¹⁹. Des études⁵²⁰ et des praticiens⁵²¹ le confirment aussi.

Il faut d'abord mentionner que le taux de règlement en médiation volontaire est extrêmement variable. Il est difficile d'obtenir des statistiques fiables sur la médiation privée, puisqu'elle intervient à l'extérieur des tribunaux et la compilation de données peut être complexe. Par contre, nous disposons de quelques chiffres concernant la médiation encadrée par le système judiciaire ou par l'État. Au Québec, par exemple, à la Cour supérieure, environ

⁵¹⁵ B. EDWARDS, préc., note 11, 318

⁵¹⁶ D. S. WINSTON, préc., note 70; G. SMITH, préc., note 423

⁵¹⁷ D. QUEK, préc., note 79, 486

⁵¹⁸ James J. SPIGELMAN, *Address to the LEADR Dinner*, Sydney (Australie), University and Schools Club, 9 Novembre 2000, p. 7-8

⁵¹⁹ *Le Soleil Hotel & Suites v. Le Soleil Management*, préc., note 115, par. n° 15 et 29; *Matsqui First Nation v. Canada (Attorney General)*, préc., note 116, par. n° 11-17; *Webb v. K-Mart Canada Ltd.*, 1999 CanLII 15078, par. n° 9 (ON S.C.)

⁵²⁰ M. PEL, préc., note 55, à la p. 327; T. RELIS, préc., note 433, p. 66; R. L. WISSLER, préc., note 427, 581

⁵²¹ Michael REDFERN, « ADR : Where did the “alternative” go? A Response », (2011) 12-4 *ADR Bulletin* 90, 90

80 % des conférences de règlement à l'amiable se concluent par une entente⁵²². Pour les parties qui ont recours aux services de médiation familiale, on parle de 82 % de règlements⁵²³.

Même si la comparaison peut être difficile avec le peu de données dont nous disposons, il importe de faire un tour d'horizon rapide afin de constater si le taux de règlement en médiation obligatoire justifie l'imposition de cette étape aux parties. Il y a évidemment bien d'autres critères d'évaluation qui peuvent expliquer la présence d'un programme de médiation obligatoire, comme la satisfaction des parties, la diversité de l'offre de justice, la qualité des règlements par rapport à la négociation sans médiateur, mais ceux-ci sont généralement plus compliqués à évaluer.

Gardons d'abord en tête que la vaste majorité des dossiers judiciaires ne se rendra pas à procès. Les dossiers considérés comme « réglés » par la médiation seront donc ceux qui auront connu un dénouement lors de la dernière séance de médiation ou dans les jours qui la suivent.

Les programmes de médiation par référence sont ceux qui regroupent généralement le plus grand nombre de dossiers. Ils y sont envoyés sans d'égard à la situation particulière des parties, à moins que celles-ci n'aient obtenu une exemption. Il est donc prévisible que les chiffres soient moins impressionnants. En Saskatchewan, le taux de règlement suite à une médiation obligatoire a été en évolution relativement constante passant de 32 % en 2000 à 53 % en 2008⁵²⁴. En Ontario, 41 % des dossiers pour la région d'Ottawa et 38 % pour Toronto étaient réglés dans les 7 jours suivants la médiation en 2001⁵²⁵. Le pourcentage de dossier

⁵²² Jean-François ROBERGE, *Le sentiment d'accès à la justice et la conférence de règlement à l'amiable. Rapport de recherche sur l'expérience des justiciables et avocats à la Cour supérieure du Québec et à la Cour du Québec*, Sherbrooke, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2014, en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/c-superieure/pdf/rech_exp_justiciables_cs_cq.pdf>

⁵²³ LÉGER MARKETING, *Étude sur la qualité de la prestation de services et la satisfaction des personnes ayant obtenu un jugement en matière familiale à l'égard du service de médiation familiale. Rapport d'analyse*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 2008, p. 79, en ligne : <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/rapports/couple-famille/etude-med-f.pdf>

⁵²⁴ MINISTRY OF JUSTICE AND ATTORNEY GENERAL, *Annual Report (07-08)*, Saskatchewan, 2008, p. 26, en ligne : <<http://www.finance.gov.sk.ca/annreport/Justice%20and%20Attorney%20General%20and%20Sask%20Financia1%20Services%20Commission%202007-08%20Annual%20Report.pdf>>; Les données varient selon les sources alors que l'ADR Institute of Alberta soutient plutôt qu'une moyenne de 40% des dossiers qui se règle au stade initiale desquels 35% feront l'objet d'un suivit. En tout, on évalue à 75% les dossiers qui, après la médiation, feront l'objet d'une entente ou dont les procédures judiciaires n'iront pas de l'avant. ADR INSTITUTE OF ALBERTA, *ADRIA Mediation Advocacy Task Force Whitepaper*, Edmonton, 2016, p. 29

⁵²⁵ J. MACFARLANE, préc., note 150, 314

réglé dans les six mois de la première défense, c'est-à-dire dans les délais où la médiation devait avoir lieu, a grimpé à 86 % à Toronto après seulement quelques années d'implantation de l'obligation de médiation⁵²⁶. Plus récemment, on parlait d'un taux de règlement de 60 %⁵²⁷. Quant à l'Italie, où le programme de médiation obligatoire de 2010 à 2012 avait retenu peu de soutien de la communauté juridique, on rapporte un taux de règlement d'environ 16 % pour l'année 2011⁵²⁸. Lorsque le programme a été revu en 2013, le nombre d'ententes conclues se situait plutôt aux alentours de 10 %, alors que plusieurs avocats choisissent d'utiliser leur droit de retrait (*opt-out*)⁵²⁹. Un regain depuis les dernières années a toutefois permis de le ramener à environ 22 % pour les années 2014 à 2016⁵³⁰. Pour ce qui est du projet pilote présentement en vigueur à la Cour des petites créances au Québec, le taux de règlement s'élève à près de 50 %⁵³¹.

Dans les cas des programmes de médiation obligatoire par référence, il serait possible d'imaginer que le pourcentage de règlement serait plus élevé, puisqu'une personne, que ce soit un juge, un greffier ou une autre partie, aura eu l'occasion de sélectionner un par un les dossiers qui seraient susceptibles de se régler en médiation. En Australie, un rapport de 2003 révèle que le taux de règlement des dossiers envoyés à la médiation par la cour fédérale était d'environ 55 %⁵³². Une étude plus récente parle plutôt d'un pourcentage de 46 % de cas réglés en médiation à la suite d'une référence par un juge⁵³³. À la Cour suprême d'Australie-Occidentale, on parle d'un taux de succès d'environ 70 % pour l'année 2002⁵³⁴. La proportion des dossiers réglés après la médiation imposée par un juge serait aussi relativement similaire à celle de la médiation entreprise volontairement par les parties⁵³⁵. Les taux de règlement sont donc très variables d'un programme à l'autre à l'intérieur d'un même pays. Les études ne

⁵²⁶ M. MARRIE, préc., note 513, 156

⁵²⁷ J. VAN RHIJN, préc., note 171

⁵²⁸ Giovanni MATTEUCCI, « Civil mediation, how to kick-start it; the Italian experience », dans *Global Pound Conference Blog*, 15 mai 2017, en ligne: <<https://gpcseries.files.wordpress.com/2017/05/adr-matteucci-2017-05-01-civil-mediation-how-to-kick-start-it-the-italian-experience.pdf>>

⁵²⁹ *Id.*

⁵³⁰ G. SPINA, préc., note 217

⁵³¹ *Supra*, p. 48-49

⁵³² NATIONAL ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION ADVISORY COUNCIL (NADRAC), *ADR Statistics. Published Statistics on Alternative Dispute Resolution in Australia*, Barton (Australie), Attorney-General's Department, 2003, p. 8

⁵³³ P.A. BERGIN, préc., note 250, p. 26

⁵³⁴ NATIONAL ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION ADVISORY COUNCIL (NADRAC), préc., note 532, p. 16

⁵³⁵ G. DE PALO et *al.*, préc., note 58, à 43 :00

permettent pas non plus de déterminer à quoi peut être attribuable cette variation. On peut penser que certaines de ces causes sont liées au type de dossier référé, à la manière dont le juge suggère la médiation, à la rigidité de l'application de l'obligation et des conséquences qui s'en suivent, ou simplement aux parties concernées. Peu importe les raisons, les données permettent de conclure que la médiation, même lorsqu'elle est imposée, peut quand même produire des règlements à des taux assez élevés. Et l'exemple albertain nous le démontre aussi. En 2006, la Cour provinciale de l'Alberta rapportait que le taux de règlement de son programme de médiation par référence était l'un des plus élevés au Canada avec une moyenne variant de 65 % à 70 %⁵³⁶. Plus récemment, en 2014, le taux de règlement se situait autour de 56 %⁵³⁷. Chez nos voisins du Sud, les expériences ont également démontré un certain succès, même si le nombre de dossiers réglés n'est pas toujours aussi élevé. Des données provenant des États-Unis sur un programme de médiation obligatoire par référence en Georgie soutiennent des taux de règlement variant de 35 % à 52 %⁵³⁸.

Selon Machteld Pel, le nombre d'ententes serait encore plus élevé lorsque la décision d'aller en médiation vient des parties elles-mêmes⁵³⁹, comme c'est le cas notamment en Colombie-Britannique où l'obligation de médiation est créée par les parties⁵⁴⁰. Les statistiques suggèrent d'ailleurs que le taux de règlement suivant une médiation entamée à la suite d'un « *Notice to Mediate* » serait très élevé. Dans les dossiers liés aux automobiles par exemple, on l'évaluait à environ 80 % entre 2000 et 2010⁵⁴¹. Les données pour les autres secteurs ne sont malheureusement pas disponibles.

Enfin, lorsqu'il est question de médiation quasi obligatoire, il est plus difficile d'évaluer les variations du nombre de règlements des litiges. En effet, l'obligation qui repose sur les parties d'essayer de régler leur conflit à l'extérieur des tribunaux peut avoir été

⁵³⁶ Sandra HUNT MCDONALD, *Into the future : The agenda for civil Justice Reform*, rapport soumis à la Cour provinciale de l'Alberta, Saskatchewan, mai 2006, p. 3, en ligne : <<http://cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2006/hunt-mcdonald-en.pdf>>

⁵³⁷ ADR INSTITUTE OF ALBERTA, préc., note 524, p. 70

⁵³⁸ B. EDWARDS, préc., note 11, 293

⁵³⁹ M. PEL, préc., note 55, à la p. 327;

⁵⁴⁰ *Notice to Mediate (General) Regulation*, préc., note 296, art. 3

⁵⁴¹ GOVERNMENT OF BRITISH COLUMBIA, *Notice to Mediate (General) Regulation*, en ligne : <<http://www2.gov.bc.ca/gov/content/justice/about-bcs-justice-system/mediation/notice-to-mediate/notice-to-mediate-general-regulation>> (consulté le 28 août 2017)

satisfaite de différentes manières. Tenter de déterminer lesquelles sont le résultat de la médiation serait hasardeux.

D'autres facteurs peuvent aussi influencer le nombre de règlements. La médiation obligatoire n'est que rarement imposée en vase clos. Elle est souvent jointe à d'autres mesures de réforme pour améliorer l'accès aux tribunaux et réduire les coûts et les délais. Dans la région de Toronto, par exemple, la médiation obligatoire est apparue avec une simplification des procédures judiciaires et des conférences préparatoires afin d'assurer une meilleure gestion des dossiers⁵⁴². Il peut donc être difficile d'évaluer l'incidence qu'a pu avoir la médiation à elle seule sur le nombre de dossiers résolus.

Le pourcentage de dossiers réglés en médiation obligatoire pour tous ces programmes semble un peu décevant par rapport à la médiation entreprise volontairement, mais la comparaison doit être faite à un niveau plus large. S'exprimant à ce sujet, Richard Verkijk énonce que

« [...] it cannot be said that mandatory mediation does not work. The success rates - meaning that a settlement has been achieved – are often not nearly as high as voluntary mediation. Actually sometimes they are significantly lower. But in absolute terms the results are worth the trouble. When 10% of the potential litigants choose mediation and the settlement rate would be as high as 80%, the settlement rate is 16. Compare this to a participation of 100% (in a mandatory scheme) and a much lower settlement rate of only 25%. The total rate is still over 3 times higher when compared to the situation where mediation is strictly voluntary. »⁵⁴³

Ainsi, comme le soulignait Giuseppe De Palo, il faut éviter d'évaluer les résultats de la médiation obligatoire par rapport à ceux de la médiation volontaire, mais plutôt le nombre de dossiers réglés, par rapport à l'ensemble des dossiers ouverts dans les tribunaux⁵⁴⁴. Et, plus encore, il faut tenir compte du moment où le règlement survient comparativement aux autres dossiers qui se régleront inévitablement avant la date du procès. Enfin, comme nous le verrons dans la section concernant les incidences de la médiation obligatoire sur les délais et les coûts

⁵⁴² Warren K. WINKLER, *Evaluation of Civil Case Management in the Toronto Region. A Report on the Implementation of the Toronto Practice Direction and Rule 78*, Toronto, Février 2008, p. 23, en ligne: <<http://www.ontariocourts.ca/coa/en/ps/reports/rule78.pdf>>

⁵⁴³ R. VERKIJK, préc., note 50, aux p. 200-201

⁵⁴⁴ G. DE PALO, préc., note 56, à la p. 102

de l'administration de la justice, le taux de règlement nécessaire pour que la médiation obligatoire soit « rentable » n'a pas à être très élevé⁵⁴⁵.

Section 2 : les effets sur les techniques utilisées par les médiateurs

L'une des caractéristiques traditionnelles de la médiation est d'être volontaire. Les parties y entrant de manière délibérée, on peut donc présumer de leur désir de vouloir régler le conflit. Les médiateurs ont ainsi développé des techniques partant de cette prémisse afin de favoriser la conciliation. Or, avec la médiation obligatoire, certaines de ces techniques sont mises à l'épreuve alors qu'elles doivent s'adapter à un public parfois moins avenant.

Avant l'entrée en vigueur du programme ontarien de médiation obligatoire, Gary Smith prétendait que les techniques qu'utilisent les médiateurs ne pouvaient pas être appliquées aussi efficacement si les participants à la médiation n'intègrent pas le processus de manière volontaire. En transposant diverses techniques dans un contexte obligatoire, Smith soutenait que la médiation ne pouvait pas atteindre les objectifs souhaités.

À titre d'exemple, les parties qui entrent volontairement en médiation peuvent considérer le processus comme hypothétique et non contraignant. Cela les place dans une situation de déni qui leur permet de participer pleinement à la médiation. Il se crée ainsi un phénomène de dissociation entre les participants et le processus de médiation lui-même. Comme le souligne Smith :

« Because the process is not real in the sense of binding the rights of the parties, the participants will allow much more serious discussion of needs and interests. Their belief that the mediation will be unenforceable against them in the real world -that the entire mediation and its consequences will disappear when the process ends- allows them to distance themselves from the consequences of open participation. »⁵⁴⁶

Le médiateur utilisera ainsi la décision des parties d'entamer la médiation afin de la positionner dans un contexte non obligatoire qui favorisera une plus grande collaboration des parties⁵⁴⁷. Smith compare la médiation à une pièce de théâtre, une sorte de mise en scène où

⁵⁴⁵ *Infra*, p. 109, 111-112

⁵⁴⁶ G. SMITH, préc., note 423, 858

⁵⁴⁷ M. ALLAMEHZADEH, préc., note 424, 512

les différentes couches de réalités s'interposent les unes sur les autres, créant une distance entre la réalité et la médiation. Cette distance encourage une participation ouverte et multiplie les chances de succès de la médiation⁵⁴⁸. Gary Smith exprime le phénomène ainsi :

« By breaking down the dispute into layers of opposed polarities, the mediator is able to employ each layer as a foil to the others, thereby enhancing the interplay of distancing and denial. In effect, the mediator sets up positions which are more attractive (caucus within mediation, mediation within litigation) to render those that initially appear attractive (litigation within the dispute rather than the insoluble dispute itself) less so. It is a game of altering perceptions. The impossible, once broken down into smaller tasks and rendered more attractive, becomes possible. By gradually repolarizing and merging the inner portions of the model with those surrounding them, like a series of shells, the mediator is able to bring about a resolution of the dispute. »⁵⁴⁹

La possibilité d'employer la technique de distanciation peut être limitée dans le cadre d'une médiation obligatoire. La perception de réalité des parties quant au processus est plus grande lorsqu'il est obligatoire. Ainsi, la distanciation ne peut être créée aussi facilement⁵⁵⁰. Il serait d'ailleurs encore plus difficile de créer cette distance s'il existe des pénalités pour le refus d'y participer. La médiation devient dès lors trop similaire au litige dans son aspect contraignant⁵⁵¹. Le médiateur ne peut pas non plus utiliser les « couches » de la médiation pour convaincre les parties de participer pleinement et de régler comme il le ferait lors d'une médiation intégrée de manière volontaire⁵⁵².

Smith prétend également que les différentes techniques de médiation comme le recadrage, la reformulation, le caucus et le test de réalité ne seraient pas aussi efficaces lorsqu'une des deux parties ne souhaite pas participer au processus. Selon lui, son intention de garder ses positions basées sur ses droits, comme ce serait le cas dans le cadre d'un procès, serait trop grande et l'empêcherait de s'ouvrir pleinement à la médiation⁵⁵³.

⁵⁴⁸ G. SMITH, préc., note 423, 859

⁵⁴⁹ *Id.*, 860

⁵⁵⁰ *Id.*, 875

⁵⁵¹ *Id.*

⁵⁵² *Id.*

⁵⁵³ *Id.*, 874

Soulignons que l'analyse de Smith a pour prémisse que les parties qui se voient imposer la médiation ne veulent pas y participer d'emblée. Or, l'une des raisons pour lesquelles la médiation est obligatoire dans plusieurs districts judiciaires est que le processus est inconnu ou incompris des parties et non parce qu'elles refusent d'y participer en toute connaissance de cause⁵⁵⁴.

Une analyse plus récente rapporte pour sa part que les techniques utilisées par le médiateur, bien que limitées dans le cadre de la médiation obligatoire, pourraient être adaptées afin de diminuer les effets de l'obligation de médiation sur la participation des parties⁵⁵⁵. Mani Allamehzadeh nous rappelle l'importance de la liberté pour le justiciable qui entre en médiation. Un participant à une médiation qui a un sentiment de liberté, qu'elle soit réelle ou perçue, sera plus enclin à participer à la médiation pleinement et à se sentir engagé par le processus et l'entente qui en découlera, le cas échéant. À l'inverse, un sentiment perçu ou réel de coercition pourra nuire à l'adhésion du participant à la décision qu'il prendra, puisqu'il risque d'associer son choix à cette contrainte⁵⁵⁶. Un sentiment de liberté chez le participant augmentera donc les chances que l'entente soit exécutée volontairement

Selon Allamehzadeh, il n'existe pas un facteur unique, comme l'entrée dans le processus de médiation, qui influence le sentiment de liberté des parties. Plusieurs autres éléments peuvent modifier la perception qu'ont les parties quant à leur liberté. Parfois, la simple mention de la liberté peut suffire à augmenter de manière substantielle la perception de liberté des parties dans la médiation⁵⁵⁷. Aux Pays-Bas, par exemple, où une certaine forme de médiation quasi obligatoire a été implantée, le mot « obligatoire » a été exclu de son appellation. On tente plutôt de stimuler les parties à choisir la médiation par l'entremise d'un test. Cette manière de déguiser la médiation quasi obligatoire pourrait avoir un effet psychologique positif sur les justiciables qui y ont recours⁵⁵⁸. On pourrait aussi poser la même hypothèse pour la médiation quasi obligatoire de l'Angleterre ou de l'Australie.

⁵⁵⁴ R. VERKIJK, préc., note 50, à la p. 190; *Supra*, note 55

⁵⁵⁵ M. ALLAMEHZADEH, préc., note 424, 513-523

⁵⁵⁶ *Id.*, 512

⁵⁵⁷ *Id.*, 513-515

⁵⁵⁸ G. DE PALO et *al.*, préc., note 58, à 1 :12 :30

La médiation serait donc un procédé qui repose essentiellement sur la théorie de l'engagement⁵⁵⁹. Les parties suivront la décision qu'elles ont prise ensemble, parce qu'elles se sentent responsables, ayant elles-mêmes participé à son élaboration. Or, comme le note Allamehzadeh, toutes les décisions prises au cours du processus, incluant celle de contacter un médiateur et de fixer une date pour la médiation, mettent en marche la théorie de l'engagement et « ces décisions préparatoires auraient un réel pouvoir de renforcement de l'engagement »⁵⁶⁰. D'ailleurs, une étude américaine a démontré que plus il était difficile pour les parties de s'entendre sur une date pour la médiation, moins celle-ci avait de chance de se terminer par un règlement⁵⁶¹. Cela ne veut pas dire pour autant que la médiation obligatoire doit nécessairement être évitée. Selon lui, les tribunaux devraient reconnaître l'importance des « actes préparatoires » et demander au justiciable de se prononcer clairement sur son intention de participer à la médiation afin de mettre en branle son sentiment d'engagement, et ce, même si cette décision est influencée par un des facteurs externes⁵⁶², comme la suggestion d'un juge d'aller en médiation, le fait de remplir un questionnaire pour s'orienter sur le mode de règlement à privilégier ou la participation à une séance d'information sur la médiation. D'après Allamezzadeh :

« La présence d'une requête de participer à une médiation extrajudiciaire plus structurée permettrait au législateur d'influer sur le résultat de celle-ci, notamment en ayant une prise sur le *contexte émotionnel ou cognitif*. »⁵⁶³

Ainsi, on ne devrait pas, selon lui, considérer la médiation obligatoire comme un oxymore sans y apporter les nuances appropriées. Il faut tenir compte de la « complexité du travail du juge et, par extension, des avocats »⁵⁶⁴ dans leurs efforts d'encourager les parties et de les convaincre que la médiation est un mode de règlement approprié pour eux. Un programme de médiation quasi obligatoire semble donc plus adapté d'un point de vue psychologique.

⁵⁵⁹ M. ALLAMEHZADEH, préc., note 424, 521

⁵⁶⁰ *Id.*, 522

⁵⁶¹ B. EDWARDS, préc., note 11, 310

⁵⁶² M. ALLAMEHZADEH, préc., note 424, 528-529

⁵⁶³ *Id.*

⁵⁶⁴ *Id.*, 525

Section 3 : les effets sur l'absence de formalisme de la médiation

La médiation a la réputation d'être un processus souple et flexible qui peut s'adapter à chaque situation. C'est d'ailleurs l'une de ses principales qualités. Or, en tentant de régler la médiation et de l'intégrer au processus judiciaire, on vient lui retirer cette caractéristique pourtant essentielle.

D'entrée de jeu, il convient de spécifier que le formalisme d'une chose est relatif. En effet, par rapport au procès, la médiation est informelle, mais par rapport à la négociation sans l'aide d'un tiers, la médiation est très formelle⁵⁶⁵. Le caractère informel dont il est question ici est évidemment celui qui se compare au procès.

Imposer la médiation aux parties entraîne nécessairement un encadrement du processus. Cet encadrement devient souhaitable afin de protéger l'équilibre et les droits des parties comme nous l'avons souligné précédemment. Or, il vient aussi avec une certaine institutionnalisation et une perte du caractère informelle typique de la médiation qui pourraient la rendre moins « appropriée » pour les parties⁵⁶⁶. Comme le rappelait MacFarlane, la plupart du temps, lorsqu'une culture bien établie en rencontre une qui est plus marginale ou moins dominante, il en résulte une assimilation par la culture dominante. Ainsi, le système adjudicatif risque d'absorber la médiation et de la transformer en un processus qui repose plus sur la négociation traditionnelle que sur une véritable recherche des intérêts des parties⁵⁶⁷.

La médiation a su, jusqu'à tout récemment, garder son caractère informel, mais depuis les dernières années, on remarque une tendance à la judiciarisation⁵⁶⁸. Comme le rappelle Pierre Noreau :

« À partir du moment où la médiation, la conciliation ou l'arbitrage sont réduits à leur dimension pratique, leur judiciarisation apparaît inévitable, car ils ne sont plus considérés qu'en tant que partie d'un système judiciaire qui leur imposera rapidement ses impératifs et ses règles du jeu. »⁵⁶⁹

⁵⁶⁵ R. L. ABEL, préc., note 469, 181

⁵⁶⁶ R. A. MACDONALD et A. LAW, préc., note 413, à la p. 17

⁵⁶⁷ J. MACFARLANE, préc., note 150, 309; voir aussi : P. NOREAU, *Droit préventif. Le droit au-delà de la loi*, préc., note 5, p. 71, 117 et 118; M. A. FODDAL, préc., note 4, 142

⁵⁶⁸ P. HUGHES, préc., note 13, 170

⁵⁶⁹ P. NOREAU, *Droit préventif. Le droit au-delà de la loi*, préc., note 5, p. 144

Si l'assimilation de la médiation par le système judiciaire semble inévitable, il devient donc important de déterminer certains éléments favorisant ce phénomène pour tenter d'en circonscrire l'impact.

L'un des premiers aspects à retenir est la réglementation de la médiation. Celle-ci doit évidemment être présente, mais limitée afin de ne pas intervenir dans le côté informel de la médiation. La professeure Sylvette Guillemard soutient que la cohabitation de la médiation et du procès ne doit pas se traduire dans les règles de procédure civile, comme c'est le cas au Québec depuis l'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile*⁵⁷⁰. L'adjudication et la médiation sont des processus qui répondent à des réalités distinctes⁵⁷¹ et il ne sera pas bienvenu de légiférer en matière de médiation au risque que le processus perde son cadre souple⁵⁷². Elle est d'avis qu'

« [...] il faut faire la différence entre encadrer les agissements professionnels de certaines personnes, dans la mesure où il faut professionnaliser l'activité de médiateur, et légiférer sur l'ensemble du processus, son déroulement, la conduite des uns et des autres, etc. »⁵⁷³

Certaines règles peuvent certes être acceptables, comme celles encadrant les responsabilités du médiateur, son imputabilité et la confidentialité de la médiation. Cependant, celles qui vont jusqu'à prévoir l'endroit où doit se tenir la médiation et la manière dont celle-ci se déroulera peuvent venir embrouiller inutilement la tâche du médiateur⁵⁷⁴.

Un autre élément à prendre en considération est celui des finalités du programme de médiation. S'il est trop axé sur le nombre de règlements, cela peut avoir des effets pervers. Évidemment, l'objectif d'améliorer les délais et de diminuer les coûts du système judiciaire peut être louable, mais il suggère des objectifs qui diffèrent largement de ceux de la médiation⁵⁷⁵. Si la médiation obligatoire est instaurée dans l'unique but de réduire les coûts et les délais, il y aura nécessairement une transformation du processus pour atteindre ces objectifs⁵⁷⁶. Les intérêts de l'administration judiciaire et ceux des justiciables sont donc en

⁵⁷⁰ S. GUILLEMARD, préc., note 39, 214-217

⁵⁷¹ P. HUGHES, préc., note 13, 171

⁵⁷² S. GUILLEMARD, préc., note 39, 211

⁵⁷³ *Id.*, p. 212

⁵⁷⁴ P. HUGHES, préc., note 13, 199

⁵⁷⁵ *Id.*, 171

⁵⁷⁶ A. DÉSY, préc., note 28, p. 128

concurrence⁵⁷⁷ et peuvent engendrer une formalisation inutile de la médiation. La perception de la réussite d'un programme peut ainsi varier entre l'État, les tribunaux et les justiciables et entraîner une certaine transformation du processus de médiation. Tel que décrit par Green,

[...] An overemphasis on institutional efficiency, which is achieved by high rates of settlement, may detract from the capacity of mediation to maximise the satisfaction of individual needs and interests. Court-connected mediators are likely to be influenced by the legal institution's preoccupation with settlement. »⁵⁷⁸

Ainsi, pour répondre à ces impératifs de règlement, certains programmes prévoient plusieurs incitatifs pour les médiateurs dans le but de produire plus d'ententes. Des incitations comme le fait que leurs honoraires varient en fonction du résultat de la médiation⁵⁷⁹ peuvent être dangereuses et mener à un changement dans les pratiques du médiateur afin de concentrer sa séance, non pas sur la satisfaction des parties et le règlement du conflit profond, mais simplement sur l'atteinte d'une entente qui mettra fin au litige. Ainsi, à l'opposé de l'approche qui prévaut en médiation plus traditionnelle, les programmes où les médiateurs entretiennent des liens étroits avec les tribunaux ont souvent tendance à être orienté vers les règlements plutôt que vers les intérêts des parties. Ils entraînent alors une plus grande implication du médiateur et un aspect « évaluatif » à la médiation⁵⁸⁰. Des observateurs en Afrique du Sud ont conclu que l'institutionnalisation de la médiation lui faisait perdre ses attributs caractéristiques, mais pouvait aussi carrément en modifier le déroulement pour se concentrer uniquement sur des objectifs de règlement à tout prix⁵⁸¹. On verra donc plus souvent une intervention active du médiateur lié à la Cour qui proposera par exemple une solution toute prête pour les parties ou qui aura tendance à évaluer le dossier en droit⁵⁸². De même, le fait que ce sont surtout des juristes qui agissent à titre de médiateur pourrait augmenter le niveau de formalisme⁵⁸³. La médiation court également le risque de devenir routinière lorsqu'elle est

⁵⁷⁷ C. GREEN, préc., note 399, 57

⁵⁷⁸ Olivia RUNDLE, « The purpose of court-connected mediation from the legal perspective », (2007) 10-2 *ADR Bulletin* 28, 28

⁵⁷⁹ *Règlement sur la médiation des demandes relatives à des petites créances*, préc., note 231, art. 13; G. MATTEUCCI, préc., note 528

⁵⁸⁰ O. RUNDLE, préc., note 578, 28

⁵⁸¹ S. VETTORI, préc., note 446, 357

⁵⁸² J. MACFARLANE, préc., note 150, 309; Nancy A. WELSH, « The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization? », (2001) 6 *Harv. Negot. L. Rev.* 1, 25-27

⁵⁸³ N. A. WELSH, préc., note 582, 25-27

obligatoire, ce qui aurait comme effet de la concentrer plus sur le règlement du dossier sans égards aux intérêts des parties⁵⁸⁴.

L'obligation peut aussi créer un certain formalisme du processus qui en élimine les bienfaits. Si les parties voient la médiation comme un passage obligé et ne la prennent pas au sérieux, celle-ci ne deviendra qu'une formalité et cela pourrait nuire à l'image générale de la médiation, même lorsqu'elle est volontaire⁵⁸⁵.

Le niveau de formalisme de la médiation peut en outre être modulé par l'exigence de participation qui y est associée. Comme nous le verrons plus loin⁵⁸⁶, une exigence de participation trop rigide peut compromettre l'aspect informel de la médiation.

Malgré cette tendance à la formalisation, Julie MacFarlane soutient qu'en Ontario, la situation ne témoigne pas d'une assimilation, mais plutôt d'une convergence où toutes les cultures de résolution de conflit partagent leurs idées, leurs valeurs et leurs pratiques⁵⁸⁷. MacFarlane met en lumière l'influence de la médiation sur le processus judiciaire alors que les avocats voient dans leur attitude et celle de leur collègue un changement de ton dans les négociations, même à l'extérieur de la médiation⁵⁸⁸. Les avocats laissent aussi de plus en plus de place à leur client lors des négociations, signe qu'il n'y a pas nécessairement d'assimilation de la médiation par le procès en Ontario, mais plutôt une convergence entre les deux processus qui s'influencent mutuellement⁵⁸⁹. Ainsi, d'imposer la médiation aux avocats permettrait de modifier leurs pratiques pour favoriser la résolution des conflits.

⁵⁸⁴ R. VERKIJK, préc., note 50, aux p. 201-202

⁵⁸⁵ Peter G. MAYR et Kristin NEMETH, « Regulation of Dispute Resolution in Austria: A Traditional Litigation Culture Slowly Embrace ADR », dans STEFFEK, F. et H. UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford (Royaume-Uni), Hart Publishing, 2013, p. 65, à la p. 88

⁵⁸⁶ *Infra*, p. 145 et suiv.

⁵⁸⁷ J. MACFARLANE, préc., note 150, 310

⁵⁸⁸ *Id.*, 310-311

⁵⁸⁹ *Id.*, 311

Chapitre III : Sur le système judiciaire

Après avoir étudié certains effets de la médiation obligatoire sur les parties et la médiation elle-même, il reste à voir les incidences qu'elle pourrait avoir sur le système judiciaire et ses acteurs. Les aspects les plus importants sont sans doute ceux qui ont trait à l'impact sur les coûts (s.1) et les délais (s.2). Évidemment, un programme de médiation obligatoire ne peut être évalué uniquement à l'aube de la diminution des coûts et des délais pour le système et pour le justiciable⁵⁹⁰. Comme le souligne Lois Gander, le système de justice n'est pas lui-même un système rentable d'un point de vue strictement financier⁵⁹¹. Alors pourquoi la médiation encouragée par ce même système devrait-elle répondre à des normes strictement économiques? Cela dit, il s'agit tout de même d'un aspect important dans l'analyse. Nous porterons aussi notre attention sur la perception de la médiation par les acteurs du monde judiciaire et les changements apportés par l'arrivée d'une obligation de médiation sur certaines pratiques (s.3).

Section 1 : les effets sur les coûts

Les avantages économiques de la médiation se divisent en deux catégories : ceux qui concernent les frais déboursés par les parties et ceux qui touchent l'administration des tribunaux. Les variations entre les différents programmes font en sorte qu'il s'avère difficile d'établir une séparation nette entre ces deux catégories, c'est pourquoi elles seront évaluées conjointement.

D'abord, pour les parties, il convient de comparer les honoraires de leur avocat et du médiateur par rapport à ceux de leur avocat dans le cadre d'un procès. En médiation, il n'est généralement pas nécessaire de produire une quantité de documents aussi grande que lors d'un procès. Ainsi, les possibilités de réduire les coûts pour les parties sont tangibles, notamment en honoraires d'avocat et en frais judiciaires⁵⁹². On pourrait évaluer le résultat de la médiation s'il s'agit d'un règlement de type monétaire, par rapport à un éventuel succès ou une éventuelle

⁵⁹⁰ J.J. SPIGELMAN, préc., note 518, p. 6

⁵⁹¹ Lois GANDER, « Nouveaux partenariats et nouveaux mécanismes de prestation », dans *Élargir nos horizons. Redéfinir l'accès à la justice au Canada : Compte rendu du symposium tenu le 31 mars 2000*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000, p. 67, à la p. 69

⁵⁹² A. STITT et al., préc., note 5, à la p. 457

défaite devant un juge. Enfin, on peut aussi tenir compte des frais d'exécution d'un jugement, puisque, tel que mentionné précédemment, une entente conclue à la suite d'une médiation a plus de chance d'être exécutée volontairement par les parties. La mesure de ces éléments devra s'évaluer au cas par cas et il est difficile d'établir à l'aide de données précises que la médiation peut être avantageuse dans la majorité des situations, compte tenu des aléas et des surprises que réserve un procès. Au surplus, ces éléments sont particulièrement difficiles à évaluer en amont du processus.

Quant aux économies pour l'administration des tribunaux, il faut d'abord calculer le nombre de médiations qui se terminent par un règlement total ou partiel, le temps pris par les parties pour parvenir à une entente, le cas échéant, et les ressources judiciaires utilisées avant d'y arriver. Il faut aussi tenir compte de plusieurs éléments qui peuvent varier d'un programme à l'autre : les coûts liés à l'administration d'un programme de médiation comme les ressources judiciaires pour référer les parties à la médiation et pour exempter les parties d'y participer, les coûts de gestion d'un programme de certification ou de gestion de plaintes pour les médiateurs et les ressources financières liées à la rémunération des médiateurs. Selon les programmes, ces éléments seront à la charge des parties ou de l'administration des tribunaux. On peut penser, par exemple, aux honoraires des médiateurs qui, selon les programmes, seront assumés soit par les parties, soit par l'État, ou par une contribution des deux. Il peut être, encore une fois, difficile d'évaluer les économies réelles.

Certains observateurs se sont tout de même risqués à évaluer l'économie des ressources pour l'administration judiciaire et pour les parties. Aux États-Unis, dans les années 1990, une étude controversée⁵⁹³ du *RAND Institute for Civil Justice*⁵⁹⁴ a conclu que la médiation n'entraînait pas nécessairement une réduction des coûts pour les parties⁵⁹⁵. Cette étude portait sur 6 programmes de la Cour fédérale américaine qui visaient notamment à implanter des modes de PRD dans le système judiciaire, dont certains constituaient des formes de médiation obligatoire⁵⁹⁶. L'étude soulignait plutôt que le nombre d'heures passées par les avocats sur

⁵⁹³ T. J. STIPANOWICH, préc., note 468, 852

⁵⁹⁴ James S. KAKALIK, Terence DUNWORTH, Laural A. HILL, Daniel MCCAFFREY, Marian OSHIRO, Nicholas M. PACE et Mary E. VAIANA, « An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation under the Civil Justice Reform Act: A Summary », (1997) 3 *Disp. Resol. Mag.* 4

⁵⁹⁵ C. MENKEL-MEADOW, préc., note 107, à la p. 437

⁵⁹⁶ T. J. STIPANOWICH, préc., note 468, 849

leur dossier n'avait pas diminué de manière significative lorsqu'il y avait médiation⁵⁹⁷. Plus largement, le rapport concluait que la réforme « had little effect on time to disposition, costs, or attorneys' satisfaction or views of fairness »⁵⁹⁸. Son implantation et son administration pouvaient aussi entraîner des coûts importants pour les tribunaux, réduisant ainsi les avantages économiques⁵⁹⁹. L'étude fut contestée par plusieurs intervenants, notamment parce qu'elle ne faisait aucune distinction entre les effets des modes de PRD et d'autres outils de gestion des dossiers⁶⁰⁰. D'ailleurs, une plus petite étude menée parallèlement à celle du RAND en est arrivée à des conclusions contraires⁶⁰¹. Cette dernière soulignait plutôt que les économies de temps et d'argent étaient bien réelles, pour autant que les programmes soient menés par des juges dévoués aux modes de PRD et supportés par du personnel à temps plein pour faire fonctionner le programme⁶⁰².

Les recherches effectuées par la suite ont généralement démontré des économies substantielles liées à la médiation obligatoire. À titre d'exemple, une étude menée en Californie au début des années 2000 a révélé une réduction dans le nombre de requêtes et d'autres événements précédant le procès dans les dossiers où il y avait eu une médiation obligatoire⁶⁰³. Cette étude avait conclu à des économies de plus de 49 millions de dollars pour les justiciables et plus d'un quart de millions en frais d'avocats en seulement 2 ans⁶⁰⁴. Évidemment, pour les dossiers où les parties en arrivent à une entente, les économies peuvent être importantes⁶⁰⁵, mais ce n'est pas toujours le cas pour les parties qui ne parviendront pas à régler leur dossier en médiation, et qui devront, en plus, passer par le procès. Il y a tout de même de l'espoir pour les parties qui n'arrivent pas à s'entendre. Dans son étude de 2002, Julie MacFarlane soulignait que même si la préparation hâtive du dossier pouvait mener à une

⁵⁹⁷ J. S. KAKALIK et *al.*, préc., note 594, 5; Jeffrey G. KICHAVERN, « ADR Does Not Save Time or Money? Great News! », (1997) 3 *Disp. Resol. Mag.* 15, 15

⁵⁹⁸ B. EDWARDS, préc., note 11, 284

⁵⁹⁹ J. S. KAKALIK et *al.*, préc., note 594, 5

⁶⁰⁰ T. J. STIPANOWICH, préc., note 468, 853

⁶⁰¹ B. EDWARDS, préc., note 11, 284-285; C. MENKEL-MEADOW, préc., note 107, à la p. 437

⁶⁰² B. EDWARDS, préc., note 11, 284-285

⁶⁰³ T. J. STIPANOWICH, préc., note 468, 864

⁶⁰⁴ *Id.*

⁶⁰⁵ ASSOCIATED PRESS, « More couples seeking kinder, gentler divorces », dans *NBC News.com*, New York, 18 décembre 2007, en ligne: <http://www.nbcnews.com/id/22315262/%22%20/t%20%22_blank#.WhMhH1Xiabg> (consulté le 20 novembre 2017); A. DÉSY, préc., note 28, p. 9;

hausse des coûts en début de processus pour les clients, il en résultait, à long terme une réduction des coûts totaux⁶⁰⁶.

En 2013, Barry Edwards a tenté d'évaluer le coût réel d'un règlement obtenu par la médiation obligatoire du Cobb County aux États-Unis⁶⁰⁷. Il rapporte qu'un règlement découlant d'une médiation en coûte environ 4323,25 \$ à la société par règlement. Cette somme est divisée de manière inégale entre les tribunaux, les parties qui en arrivent à une entente, et ceux qui se rendent à procès⁶⁰⁸. Le montant soumis par l'étude d'Edwards peut évidemment varier si on tente d'évaluer le coût d'un règlement en médiation dans d'autres districts judiciaires, mais une chose est certaine, il s'agit là d'un montant substantiellement inférieur au coût moyen d'un procès qui peut rapidement s'élever à plusieurs dizaines de milliers de dollars, et ce, sans même tenir compte du coût pour le système judiciaire⁶⁰⁹.

Une étude de 2011 sur l'impact de la médiation dans certains pays de l'Union européenne révélait que même avec un taux de règlement de seulement 50 %, il était tout de même avantageux financièrement d'opter pour la médiation obligatoire⁶¹⁰. En analysant le cas de la Belgique et de l'Italie, De Palo, Feasley et Orecchini en viennent à la conclusion que pour la Belgique, un taux de règlement de 44 % serait suffisant pour que la médiation obligatoire crée un avantage financier global alors que ce taux minimum serait de seulement 28 % pour l'Italie⁶¹¹. Ces études permettent d'espérer que la médiation obligatoire, malgré un taux de règlement qui n'est pas toujours comparable à la médiation volontaire, pourrait tout de même représenter un avantage d'un point de vue économique⁶¹².

Les différentes données présentées peuvent être encourageantes à certains égards, mais elles n'offrent pas un portrait complet de la situation. Certains événements qui peuvent survenir après un règlement sont souvent effacés. Tel que mentionné précédemment, un

⁶⁰⁶ J. MACFARLANE, préc., note 150, 290

⁶⁰⁷ B. EDWARDS, préc., note 11, 316 et suiv.

⁶⁰⁸ *Id.*, 317

⁶⁰⁹ Jonathan D. GLATER, « Study Finds Settling Is Better Than Going to Trial », dans *The New York Times*, 7 août 2008, en ligne: <<http://www.nytimes.com/2008/08/08/business/08law.html>> (consulté le 20 novembre 2017); Michael MCKIERNAN, « The Going Rate. 2015 Canadian Lawyer Legal Fees Survey », dans *Canadian Lawyer*, 1^{er} juin 2015, en ligne: <<http://www.canadianlawyermag.com/author/michael-mckiernan/the-going-rate-2913/>> (consulté le 20 novembre 2017);

⁶¹⁰ G. DE PALO, A. FEASLEY et F. ORECCHINI, préc., note 64, p. 14

⁶¹¹ *Id.*, p. 16

⁶¹² Voir aussi D. S. WINSTON, préc., note 70, 191-192

règlement qui serait forcé a moins de chance d'être volontairement exécuté par les parties, ce qui pourrait créer une augmentation des litiges afin de les faire respecter⁶¹³. D'autres éléments sont également négligés. Par exemple, on compare généralement le dossier réglé en médiation à celui qui parvient au procès. Or, un dossier qui ne se termine pas en médiation a plus de chance de se régler par les parties elles-mêmes plus tard dans le processus que de se rendre à procès. Ainsi, Trevor Farrow conclut que

« [...] reported cost savings for mandatory mediation are not always present. For cases that are already going to settle, “mandatory mediation just costs money. ... It’s just an extra hoop you have to jump through that adds to the total cost of the litigation process”. »⁶¹⁴

Une exigence de participation trop rigide pour les parties peut aussi créer une augmentation des coûts pour les tribunaux et pour les parties elles-mêmes. En effet, la création de litiges parallèles pour démontrer que l'autre partie n'a pas rempli pleinement son obligation peut engendrer une augmentation des coûts et de l'utilisation des ressources judiciaires⁶¹⁵. Les méthodologies diffèrent d'une étude à l'autre et il peut être difficile de tenir compte de toutes les variables et de tous les coûts réellement produits par les différents modes de règlement. Cela étant dit, même si la médiation obligatoire ne permettait pas de réduire les coûts à court terme, elle entraînerait, selon certains, des économies à long terme pour l'administration judiciaire. En effet, l'implantation d'une obligation de médiation favoriserait des changements plus importants dans le système de justice civile et un nouveau réflexe pour les avocats de suggérer la médiation à leurs clients⁶¹⁶.

Section 2 : les effets sur les délais

En évaluant l'économie de temps, on analyse souvent deux catégories de dossiers séparément : ceux qui arrivent à s'entendre en médiation et ceux qui n'y parviennent pas.

⁶¹³ S. GUILLEMARD, préc., note 39, 221; A. MASOOD et B. BILLINGSLEY, préc., note 121, 27; C. A. MCEWEN et R. J. MAIMAN, préc., note 11, 267

⁶¹⁴ Trevor C.W. FARROW, *Civil Justice, Privatization and Democracy*, Toronto, University of Toronto Press, 2014, p. 223

⁶¹⁵ U. BOETTGER, préc., note 423, 37 et 43; Kimberlee K. KOVACH, « Lawyer Ethics in Mediation: Time for a Requirement of Good Faith », (1997-1998) 4 *Disp. Resol. Mag.* 9, 11; D. S. WINSTON, préc., note 70, 189, 199-203 et 206; A. ZYLSTRA, préc., note 480, 90-93

⁶¹⁶ EDITOR'S NOTE, préc., note 55, 1094-1095; Michaela KEET, « The Evolution of Lawyers' Roles in Mandatory Mediation: A Condition of Systemic Transformation », préc., note 147, 321

Alors qu'on peut facilement constater que l'économie de temps est réelle dans la première catégorie, elle ne saute pas aux yeux pour la seconde.

Lorsque les parties s'entendent en médiation, elles n'auront pas à attendre plusieurs mois, voire des années avant d'être entendues par le tribunal⁶¹⁷, puis avant que leur jugement ne soit exécuté. Leur conflit peut être réglé bien avant et en moins de temps à l'aide de la médiation. La durée de la médiation, tout comme celle du procès, peut varier. Aux petites créances, elle peut parfois avoir une durée plus longue que le procès⁶¹⁸. Par contre, le sentiment pour les parties d'avoir pu s'exprimer pleinement est généralement plus grand à la suite de la médiation⁶¹⁹. Dans la plupart des dossiers civils, elle ne s'étendra pas au-delà d'une demi-journée, voire d'une journée⁶²⁰. L'étude menée dans le Cobb County aux États-Unis a d'ailleurs démontré qu'une médiation réussie avait une durée moyenne d'un peu plus de 3 heures⁶²¹. Aux petites créances, on parle généralement d'une demi-heure ou d'une heure en moyenne⁶²². Bien entendu, certains dossiers complexes peuvent requérir une médiation de plus longue durée, mais on peut spéculer que ces mêmes dossiers nécessiteraient des procès s'étendant sur une plus longue période aussi.

Restent alors les cas où les parties n'arrivent pas à s'entendre en médiation. Des études menées en Caroline du Nord, en Californie et en Ohio portant sur des programmes de médiations liées à la cour, mais pas forcément obligatoires, ont démontré que, malgré l'impression positive que laisse la médiation à ceux qui y participent, les avantages de ces programmes ne se traduisent pas nécessairement par une diminution des dossiers et des délais dans les tribunaux⁶²³.

On a souvent suggéré que dans les cas où la médiation n'aboutissait pas à un règlement, les parties n'ont fait que perdre leur temps et leur argent, et dans certains cas, que

⁶¹⁷ COUR DU QUÉBEC, *Rapport Public 2015*, préc., note 24, p. 22-40; COUR DU QUÉBEC, *Statistiques sur les dossiers de petites créances en 2016*, préc., note 24; COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC, préc., note 24, p. 31-32

⁶¹⁸ C. A. MCEWEN et R. J. MAIMAN, préc., note 11, 255

⁶¹⁹ *Id.*

⁶²⁰ A. STITT et *al.*, préc., note 5, à la p. 457

⁶²¹ B. EDWARDS, préc., note 11, 318-319. L'étude démontre aussi que les chances de succès d'une médiation augmentent de 7,54% à chaque heure que dure la médiation.

⁶²² C. A. MCEWEN et R. J. MAIMAN, préc., note 11, 255

⁶²³ B. EDWARDS, préc., note 11, 285

la médiation a retardé le processus judiciaire inutilement⁶²⁴. Ce serait d'autant plus vrai lorsque les parties sont obligées de poursuivre la médiation alors qu'il est clair que l'une ou l'autre refuse de négocier⁶²⁵. Ces affirmations doivent cependant être tempérées, puisque, dans beaucoup de cas, les lois et les règlements entourant la médiation obligatoire ont été adoptés afin de s'assurer que celle-ci ne retarderait pas le procès en cas d'échec des négociations⁶²⁶. Au surplus, la médiation obligatoire, même si elle n'aboutit pas à une entente finale, aiderait les parties à cerner leur différend plus tôt et à accélérer le processus de négociation qui commence souvent trop tard⁶²⁷.

L'augmentation des délais peut aussi être le résultat de la création de litiges parallèles portant sur le degré de participation requis des parties ou à l'exécution d'une entente adoptée sans le consentement totalement libre des parties⁶²⁸. Ces nouveaux litiges peuvent avoir des conséquences sur le système judiciaire entier s'ils viennent encombrer les tribunaux davantage. Il faudrait toutefois se garder d'être trop alarmistes. Des programmes de médiation obligatoire comme celui de l'Alberta n'ont pas ressenti ces effets négatifs et ont plutôt vu une réduction marquée des délais pour les tribunaux en général et une diminution du temps d'attente pour les autres procès et les procédures administratives liées à ceux-ci⁶²⁹. En effet, les dossiers qui se règlent en médiation permettent d'alléger les délais judiciaires pour ceux qui n'y arrivent pas en libérant l'horaire des juges.

À cet effet, l'étude de 2011 sur l'impact de la médiation dans certains pays de l'Union européenne révélait que même avec un faible taux de règlement, il était tout de même bénéfique d'opter pour la médiation obligatoire, puisqu'elle améliorerait les délais⁶³⁰. Pour qu'il soit avantageux d'imposer la médiation pour le système judiciaire, il suffirait, en Belgique qu'au moins 9 % des dossiers se règlent, alors qu'un taux de seulement 4 % serait suffisant en

⁶²⁴ T. C.W. FARROW, préc., note 614, p. 223; P. G. MAYR et K. NEMETH, préc., note 585, à la p. 88; S. VETTORI, préc., note 446, 374; Gu WEIXIA, « Civil Justice Reform in Hong Kong : Challenges and Opportunities for Development of Alternative Dispute Resolution », (2010) 40 *Hong Kong L.J.* 43, 56

⁶²⁵ D. S. WINSTON, préc., note 70, 196

⁶²⁶ T. J. STIPANOWICH, préc., note 468, 861

⁶²⁷ M. MARRIE, préc., note 513, 156-157; J. MACFARLANE, préc., note 150, 290; D. S. WINSTON, préc., note 70, 189

⁶²⁸ *Supra*, note 615; A. ROȘU, préc., note 430, 123

⁶²⁹ S. HUNT MCDONALD, préc., note 536, p. 3-4

⁶³⁰ G. DE PALO, A. FEASLEY et F. ORECCHINI, préc., note 64, p. 14

Italie⁶³¹. Ainsi, après avoir observé précédemment les taux de règlement des différents programmes, la médiation apparaît comme un choix avantageux à ce titre. Même si le nombre de règlements n'impressionne pas toujours autant en médiation obligatoire qu'en médiation volontaire, le recours à ce mode de PRD reste un outil de taille pour réduire les délais dans nos institutions judiciaires.

Encore une fois cependant, les résultats contradictoires des études qui s'appuient sur des comparaisons différentes et des réalités variables ne permettent pas d'évaluer l'avantage véritable de la médiation obligatoire. Ainsi Barry Edwards, après avoir analysé différentes études sur l'impact de divers programmes d'encouragement aux modes de PRD dans plusieurs États américains, en vient à la conclusion que l'impact de ces programmes sur les tribunaux eux-mêmes est limité :

« It is difficult to demonstrate the overall effect of courtconnected mediation programs on court dockets for a number of reasons. When a case settles in mediation, one may only speculate whether the parties would have continued to trial but for the mediated settlement. If mediated settlements are more durable than involuntary resolutions from litigation, one would expect to see long-term benefits in docket management from a concerted court effort to facilitate voluntary settlements. »⁶³²

Les différences entre les programmes ne permettent donc pas d'affirmer que la médiation obligatoire, de manière générale, est avantageuse pour les parties. On décèle tout de même une certaine tendance à réduire les délais et les coûts pour les parties, ou du moins, à ne pas les augmenter inutilement⁶³³.

Section 3 : les effets sur l'attitude des intervenants judiciaires envers la médiation

Un des objectifs de la médiation obligatoire est de faire connaître le processus aux juristes pour que ceux-ci l'intègrent plus naturellement à leur pratique. Au Canada et en Australie, l'implantation de la médiation obligatoire a su convaincre les juges de son utilité⁶³⁴,

⁶³¹ *Id.*, p. 15

⁶³² B. EDWARDS, préc., note 11, 287-288

⁶³³ R. L. WISSLER, préc., note 427, 569-570

⁶³⁴ *Le Soleil Hotel & Suites v. Le Soleil Management*, préc., note 115, par. n° 15 et 29; *Matsqui First Nation v. Canada (Attorney General)*, préc., note 116, par. n° 11-17; *Webb v. K-Mart Canada Ltd.*, préc., note 519, par. n° 9; J.J. SPIGELMAN, préc., note 518, p. 7-8

contrairement à l'Italie, où la plupart des juges sont encore hésitants à l'imposer aux parties⁶³⁵. Mais pour que la médiation volontaire prenne réellement son envol, ce sont les avocats qu'il faut convaincre de ses bienfaits, puisque ce sont eux qui, en fin de compte, conseilleront leurs clients sur la méthode de règlement à favoriser. Il convient donc d'évaluer l'impact de la médiation obligatoire sur la perception qu'ont les avocats de la médiation de manière plus globale.

Selon MacFarlane et Keet, dans le cadre de la mise en œuvre d'un programme de médiation obligatoire, les juristes passent par trois phases d'acceptation. La première correspond à celle de l'implantation du processus. Les réticences des juristes sont alors visibles et ceux-ci ne prennent pas la médiation au sérieux lorsqu'elle est imposée. Parfois, ils tentent d'assimiler la médiation à des procédés qui leur sont plus familiers, comme la négociation. Dans la deuxième phase, les avocats ont eu la chance de participer à quelques expériences de médiation. Une plus grande légitimité du processus prend forme et les juristes qui le rejettent doivent alors fournir plus d'explication qu'auparavant pour justifier leurs réticences. Les avocats voient plus amplement les avantages de la médiation et commencent aussi à reconnaître que les problèmes qui émergent dans les séances de médiation pourraient être liés à la communauté juridique elle-même. Enfin, dans la troisième phase, les incertitudes des avocats ont été remplacées par une acceptation générale de la médiation et le développement de nouvelles habiletés⁶³⁶.

Dans une autre étude portant cette fois sur l'implantation du programme de médiation obligatoire en Ontario, la professeure MacFarlane identifie cinq types d'avocats participant au programme. Ces types sont élaborés eu égard à l'attitude des juristes face à l'obligation de médiation⁶³⁷. Le premier type, le « *Pragmatist* », est celui qui a une attitude généralement positive quant à la médiation, mais ne voit pas les changements majeurs que celle-ci pourrait apporter à sa pratique. Le second, le « *True believer* », est celui qui a aussi une attitude positive, mais considère plutôt que sa pratique a complètement changé depuis son introduction

⁶³⁵ G. MATTEUCCI, préc., note 196, à la p. 226

⁶³⁶ J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, 700-702

⁶³⁷ J. MACFARLANE, préc., note 150, 253-254

à la médiation. Les autres types sont plutôt sceptiques quant à la médiation⁶³⁸. L'étude de MacFarlane, qui a été menée peu de temps après l'implantation de la médiation obligatoire, révèle que, malgré le jeune âge du programme, la plupart des avocats interrogés se classaient dans les deux premières catégories⁶³⁹. Par ailleurs, l'attitude des juristes face à la médiation obligatoire était généralement la même que face à la médiation volontaire⁶⁴⁰.

Les manières dont l'obligation de médiation peut interpeler les avocats sont multiples. Par exemple, en Ontario, le fait que la médiation ait lieu dès le dépôt de la première défense encourage les avocats à préparer leur dossier plus tôt⁶⁴¹. Une préparation hâtive peut avoir des répercussions bien au-delà de la médiation elle-même. La pratique des avocats peut en sortir transformée, que ce soit quant à la place du client dans le processus, aux pratiques de facturation, ou encore aux stratégies de gestion de dossier⁶⁴². L'étude de MacFarlane a révélé que les avocats de type « *Pragmatist* » et « *True believer* » ont vu une très grande différence dans la gestion de leurs dossiers⁶⁴³ :

« This change was often described as "front end loading" on litigation files, with work now being carried out at the beginning of the life of a file in order to be ready for mediation and serious settlement discussions sooner than might otherwise be the case. »⁶⁴⁴

Certains juristes ont aussi souligné que, pour éviter d'avoir à se présenter en médiation et à payer les honoraires du médiateur, des avocats suggéraient plutôt à leur adversaire des conférences téléphoniques ou des rencontres de négociation encore plus tôt dans le processus afin de régler l'affaire⁶⁴⁵. Il y aurait également, en Ontario, une plus grande utilisation de la médiation volontaire dans le secteur privé depuis l'implantation de la médiation obligatoire⁶⁴⁶. Plus de dossiers se règlent plus rapidement, puisque la préparation évite qu'ils soient tablettés

⁶³⁸ *Id.*, 254-258; Les trois autres types sont l'« *Instrumentalist* », celui qui, sans y croire, utilise la médiation pour prendre les devants sur l'autre partie et lui soutirer de l'information, le « *Dismitter* », celui qui ne voit pas de nouveautés dans la médiation par rapport à la négociation qui a toujours eu lieu entre les avocats, et l'« *Oppositionist* », celui qui croit que la médiation vient dénaturer le rôle de l'avocat.

⁶³⁹ *Id.*, 255-259

⁶⁴⁰ *Id.*, 259

⁶⁴¹ *Id.*, 261

⁶⁴² *Id.*, 262

⁶⁴³ *Id.*, 289-290

⁶⁴⁴ *Id.*

⁶⁴⁵ *Id.*, 290

⁶⁴⁶ J. RICHLER, préc., note 154, 14

pendant plusieurs mois attendant la prochaine étape menant au procès⁶⁴⁷. Les avocats se trouvent donc avec moins de dossiers, mais ceux qui restent sont plus actifs⁶⁴⁸. Les changements dans la pratique des avocats se font aussi sentir au chapitre de la facturation. Les mégadossiers qui s'étalent sur des mois se font de plus en plus rares, puisqu'ils se règlent plus rapidement qu'auparavant. Cette situation semble inquiéter certains avocats, mais pas tous :

« Some Toronto litigators speculated that they might need to increase file volumes in order to protect themselves against a negative economic impact. Interestingly, in Ottawa where case management is most extensive and has been longer, this does not appear to be borne out by experience. Ottawa lawyers seemed unconcerned about this and some volunteered the opinion that lawyers could profitably handle fewer cases at one time, because of the remuneration associated with front end loading and early settlement. »⁶⁴⁹

Plusieurs se sont adaptés à cette situation en passant à un système de facturation basé sur le résultat qu'ils apportent à leurs clients⁶⁵⁰. La médiation obligatoire a aussi transformé certaines des techniques de négociation utilisées par les avocats. Cet effet semble cependant limité et serait lié à une plus grande exposition à la médiation⁶⁵¹ qui permettait d'en augmenter la crédibilité⁶⁵².

Certains avocats resteront toutefois réfractaires à la médiation et useront de diverses tactiques afin de se défilier de leur obligation de médiation. Il suffit de penser à la « so-called "twenty minute mediation", where counsel agrees to show up, and thus satisfy their obligation under the Rule, but with no preparation and leave after twenty minutes or so »⁶⁵³.

Même si les avocats peuvent voir la médiation d'un bon œil, la médiation obligatoire demeure une option moins intéressante alors que plusieurs d'entre eux considèrent encore qu'elle ne fait qu'ajouter des coûts et des délais pour leurs clients⁶⁵⁴. Les données statistiques tendent d'ailleurs à confirmer qu'il n'y avait pas, au moment de l'enquête de MacFarlane, de

⁶⁴⁷ J. MACFARLANE, préc., note 150, 290

⁶⁴⁸ *Id.*

⁶⁴⁹ *Id.*, 291

⁶⁵⁰ *Id.*

⁶⁵¹ *Id.*, 297

⁶⁵² J. MACFARLANE, préc., note 150, 317; J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, 700

⁶⁵³ J. MACFARLANE, préc., note 150, 268

⁶⁵⁴ *Id.*, 283

réels changements dans la pratique judiciaire⁶⁵⁵. En effet « [w]hat one respondent described as “the new lawyering role” is far from normative for most civil litigators. »⁶⁵⁶. La situation a peut-être changé plus de 15 ans après l’implantation du programme ontarien, mais les études le démontrant sont encore inexistantes.

⁶⁵⁵ *Id.*, 312-313

⁶⁵⁶ *Id.*, 313

TITRE DEUXIÈME : LES CONDITIONS DE RÉUSSITE D'UN PROGRAMME DE MÉDIATION OBLIGATOIRE

Nous avons observé que la plupart des dangers qui sont associés à l'obligation de médiation n'ont pas lieu d'être ou alors peuvent être contrôlés si le programme qui l'entoure est bien construit. Il convient donc de se pencher plus en détail sur ces caractéristiques qui forment la base d'un bon programme de médiation obligatoire. L'étude des différents modèles que nous avons présentés permet de déceler les meilleures pratiques en la matière. Certaines ont trait au processus de médiation lui-même (ch. 1), alors que d'autres concernent plutôt l'implication des participants et l'intégration du programme à la culture locale (ch. 2).

Chapitre I : Les conditions relatives au processus de médiation

Le succès des programmes de médiation obligatoire varie grandement. On peut attribuer ces différences, entre autres, à certains éléments qui touchent directement le processus de médiation. Pensons d'abord au modèle choisi, soit la médiation obligatoire par référence automatique, la médiation par référence discrétionnaire, ou encore la médiation quasi obligatoire (s.1). Un autre élément à considérer est le moyen par lequel les parties intègrent la médiation, et par lequel elles peuvent en être exemptées (s.2). Il ne faudrait pas non plus négliger le moment où la médiation doit débiter (s.2) et enfin, l'imputation des frais qui en découlent (s.4). Une attention particulière portée à ces éléments devrait permettre d'augmenter les chances de réussite d'un programme de médiation obligatoire.

Section 1 : Le modèle de référence à privilégier et le type de dossiers soumis à la médiation obligatoire

Les trois types de médiation obligatoire et quasi obligatoire exposés précédemment présentent chacun des avantages. L'obligation de médiation automatique entraîne une gestion moins coûteuse et plus rapide pour l'administration judiciaire, mais ne tient pas compte des particularités de chaque dossier à moins que les parties ne demandent une exemption. Le système par référence discrétionnaire permet quant à lui d'analyser chaque dossier individuellement pour tenir compte d'éléments qui n'apparaissent pas nécessairement à la face même du dossier. Par contre, il mobilise généralement plus de ressources judiciaires sans

nécessairement être accompagné d'un taux de succès plus intéressant que la médiation automatique. Enfin, la médiation quasi obligatoire permet encore une fois une évaluation individuelle de chaque dossier, mais place les parties dans une situation d'incertitude quant à leurs obligations exactes face au règlement de leur litige. Il faut donc tenir compte de ces caractéristiques avant de choisir le système le plus intéressant dans une situation donnée. Il convient également de considérer certains aspects particuliers à chaque modèle afin de construire un programme viable.

Lorsqu'il est question d'imposer la médiation automatique, il importe de bien définir les catégories qui doivent être visées afin de ne pas miner la réputation du programme en entier. Il faut qu'elles favorisent un taux de règlement acceptable tout en préservant l'autonomie des parties et l'équilibre des pouvoirs.

Des commentateurs s'étant penchés sur le phénomène ont indiqué que certains types de dossiers seraient plus susceptibles de bénéficier de la médiation, même lorsqu'elle est obligatoire. Des études menées aux États-Unis et en Colombie-Britannique suggèrent que les dossiers traitant d'accidents de la route⁶⁵⁷, de fautes médicales⁶⁵⁸, de problèmes liés au logement⁶⁵⁹ ou à la consommation⁶⁶⁰ auraient plus de chance de se résoudre en médiation que d'autres types de dossiers. Par contre, d'autres études démontrent que le type de dossier aurait très peu avoir avec l'éventualité d'un règlement en médiation⁶⁶¹.

S'il n'y a pas d'unanimité quant à l'impact du sujet traité dans un dossier, il n'y en a pas non plus sur les éléments accessoires. Par exemple, on a soutenu qu'aux petites créances, la plupart des dossiers sont plus propices à la médiation en raison du faible montant en jeu⁶⁶². D'un autre côté, un observateur a plutôt constaté que la valeur du litige n'était pas nécessairement liée au taux de règlement⁶⁶³. Selon certains, les parties auraient aussi tendance à participer plus activement à la médiation lorsqu'elles ont des relations futures à préserver,

⁶⁵⁷ GOVERNMENT OF BRITISH COLUMBIA, préc., note 541 . Dans l'État du Maine, ce sont plutôt les dossiers où le taux de règlement était le plus faible avec 41%. C. A. MCEWEN et R. J. MAIMAN, préc., note 11, 250

⁶⁵⁸ C. MENKEL-MEADOW, préc., note 107, à la p. 443

⁶⁵⁹ C. A. MCEWEN et R. J. MAIMAN, préc., note 11, 249-251

⁶⁶⁰ *Id.*

⁶⁶¹ B. EDWARDS, préc., note 11, 296-297; A. STITT et *al.*, préc., note 5, à la p. 460; R. L. WISSLER, préc., note 511, 675

⁶⁶² G. DE PALO et *al.*, préc., note 58, à 5 :00 et 1 :16 :00

⁶⁶³ B. EDWARDS, préc., note 11, 297

augmentant ainsi les chances de succès⁶⁶⁴. En revanche, d'autres études démontrent que cet élément n'aurait aucun impact significatif⁶⁶⁵. D'autres caractéristiques comme la distance entre les positions respectives des parties et la complexité du dossier seraient, quant à elles, liées aux chances de conclure une entente⁶⁶⁶, mais peuvent être plus difficiles à identifier dans le cadre d'un tri préalable. Il n'y a donc pas de formule miracle pour déterminer à l'avance les dossiers qui sont les plus susceptibles d'en arriver à un règlement par la médiation.

Au-delà des perspectives d'un règlement, il faut aussi considérer la préservation des droits des parties et leur autonomie. Certains suggèrent par exemple que les dossiers de consommation devraient être traités différemment. Les consommateurs seraient moins bien informés quant à leurs droits et plus vulnérables par rapport aux commerçants⁶⁶⁷. De plus, la relation de pouvoir en faveur du commerçant créerait une iniquité exacerbée par le processus de médiation⁶⁶⁸. Abel souligne d'ailleurs que les conflits sur des valeurs matérielles portés en médiation ne font qu'engendrer des ententes qui reflètent le pouvoir économique d'une partie sur l'autre⁶⁶⁹. Alors que certains comme Demeulenaere suggèrent d'exclure tout simplement les conflits de consommation de ceux envoyés en médiation⁶⁷⁰, d'autres comme Steffek et Unberath proposent plutôt d'adopter des règles spécifiques à ce domaine pour assurer une plus grande équité⁶⁷¹.

Plusieurs ont argumenté qu'un litige mettant en cause un point de droit important pour la société ne devrait pas être envoyé automatiquement en médiation⁶⁷². Or, il est souvent difficile d'identifier ceux-ci. Parfois, à sa face même, le conflit semble anodin, mais évoluera

⁶⁶⁴ Lela P. LOVE et Joseph B. STULBERG, « Understanding Dispute Resolution Processes », texte reproduit dans Carrie J. MENKEL-MEADOW, Lela PORTER LOVE et Andrea KUPFER SCHNEIDER (dir.), *Mediation. Practice, Policy and Ethics*, 2^e éd., New York (États-Unis), Wolters Kluwer, 2013, p.14, aux p. 14-15; J. MACFARLANE, préc., note 150, 268-270; M. REDFERN, préc., note 521, 91

⁶⁶⁵ R. L. WISSLER, préc., note 511, 675

⁶⁶⁶ *Id.*, 675-676

⁶⁶⁷ Felix STEFFEK, Hannes UNBERATH, et als. « Guide for Regulating Dispute Resolution (GRDR): Principles and Comments », dans STEFFEK, F. et H. UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford (Royaume-Uni), Hart Publishing, 2013, p. 13, à la p. 29

⁶⁶⁸ B. DEMEULENAERE, préc., note 464, 122-123

⁶⁶⁹ R. L. ABEL, préc., note 469, 178; C. A. MCEWEN et R. J. MAIMAN, préc., note 11, 268

⁶⁷⁰ B. DEMEULENAERE, préc., note 464, 122

⁶⁷¹ F. STEFFEK et H. UNBERATH, préc., note 667, à la p. 29

⁶⁷² O. M. FISS, préc., note 454, 1087; F. E. A. SANDER, H. W. ALLEN et D. HENSLER, préc., note 427, 893; J.J. SPIGELMAN, préc., note 518, p. 9

pour porter sur un point essentiel qui n'aurait pas pu être soupçonné au départ⁶⁷³. Et même si les conflits portant sur des points de droit essentiels pour l'intérêt public pouvaient facilement être repérés, on peut se reporter à la question posée par Menkel-Meadow il y a déjà quelques années : « Whose Dispute is it Anyway? »⁶⁷⁴. Est-ce au justiciable de soutenir financièrement un procès qui va au-delà de son intérêt personnel? À cet effet, les tribunaux britanniques ont jugé que les parties ne devaient pas nécessairement s'abstenir de tenter de régler simplement parce que leur dossier met en cause une question de droit qui paraît fondamentale⁶⁷⁵.

Il faut donc considérer plusieurs facteurs avant d'établir les catégories de dossiers à envoyer à la médiation si on fait le choix d'un modèle de référence automatique. Il n'existe évidemment pas de formule infaillible pour déterminer quels sont les dossiers qui devraient être soumis à la médiation, mais il faut s'assurer de tenir compte des particularités de la population visée par un tel programme comme nous le verrons plus loin⁶⁷⁶.

Pour les dossiers référés à la médiation par un juge, l'identification préalable des types de dossiers les plus susceptibles de se régler en médiation devient moins pertinente. Ce qui importe alors serait plutôt la manière dont les parties sont amenées vers la médiation. Quek rappelle la nécessité de former adéquatement les juges et les employés de la cour qui seraient appelés à référer les parties vers la médiation⁶⁷⁷. Il faut éviter de les y envoyer systématiquement et surtout il faut bien leur expliquer la mesure de leurs obligations afin de ne pas créer de sentiment de contrainte à l'intérieur du processus⁶⁷⁸.

Une telle approche devrait aussi être favorisée pour la médiation quasi obligatoire alors que les juges ne doivent pas pénaliser les parties à l'aveuglette pour ne pas avoir participé adéquatement à un mode de PRD. Des balises claires sont nécessaires pour que les parties puissent anticiper les conséquences de leurs choix.

⁶⁷³ L. EISENSTAT WEINRIB, préc., note 497, à la p. 318; M. MUNRO, préc., note 456, 198

⁶⁷⁴ C. MENKEL-MEADOW, préc., note 428

⁶⁷⁵ *Royal Bank of Canada Trust Corporation v. Secretary of State for Defence* [2003] EWHC 1841 (Ch), par. n° 9; H. GENN, S. RIAHI et K. PLEMING, préc., note 35, à la p. 144

⁶⁷⁶ *Infra*, p. 150 et suiv.

⁶⁷⁷ D. QUEK, préc., note 79, 490-491

⁶⁷⁸ U. BOETTGER, préc., note 423, 43 et 46

Section 2 : Les moyens prévus pour intégrer la médiation et pour en être exemptés

Après avoir établi les dossiers qui seraient référés à la médiation, il faut déterminer la manière dont les parties intégreront le processus. Évidemment, lorsque l'entrée en médiation se fait sous la directive d'un juge, la question ne se pose pas. Par contre, quand les parties sont envoyées automatiquement en médiation, il existe deux modèles : le système d'adhésion (*opt-in*) et le système de retrait (*opt-out*).

Le système d'adhésion se traduit généralement par une première rencontre du médiateur avec les parties afin de leur expliquer en quoi consiste la médiation et quels en sont les avantages. Elles ont ensuite la liberté de poursuivre la médiation ou de s'en retirer. Le système d'adhésion prendra souvent plus de temps à se montrer efficace que le système de retrait⁶⁷⁹.

Les États qui ont opté pour un système d'adhésion comme l'Italie et la Roumanie affichent des taux de règlement variables. En Roumanie, on a constaté une augmentation du nombre de personnes qui adhèrent à la médiation après la séance d'information au fil du temps⁶⁸⁰.

En Italie, après un départ difficile, les données commencent enfin à démontrer une certaine efficacité du nouveau modèle de médiation obligatoire par adhésion⁶⁸¹. À l'origine, la faible collaboration du milieu juridique, notamment des avocats, a certainement eu une influence sur le choix des parties de continuer ou non en médiation. Or, certaines mesures plus contraignantes ont permis de rallier les avocats à la cause. Par exemple, lorsque les parties décident de ne pas poursuivre la médiation, le médiateur peut suggérer une proposition de règlement aux parties⁶⁸². Si ces dernières la refusent et que le jugement est identique au règlement proposé, la partie gagnante ne pourra pas réclamer ses frais judiciaires⁶⁸³. Malgré une augmentation du taux de rétention dans le processus de médiation depuis 2011⁶⁸⁴, le

⁶⁷⁹ G. DE PALO et *al.*, préc., note 58, à 44 :30; G. DE PALO et R. CANESSA, préc., note 96, 721

⁶⁸⁰ G. DE PALO et A. E. OLESON, préc., note 95, à la p. 265-266; G. DE PALO et *al.*, préc., note 58, à 11 :20

⁶⁸¹ Francesca DE PAOLIS, *The controversial issue of Mandatory Mediation: the Italian experience*, Lambok (Indonésie), 2016, p. 17, en ligne: <<http://www.asiapacificmediationforum.org/wpfiles/wp-content/uploads/2016/02/DePaolisThe-controversial-issue-of-Mandatory-Mediationthe-Italian-experience.pdf>>

⁶⁸² *Decreto legislativo*, préc., note 219, art. 11

⁶⁸³ *Id.*, art. 13

⁶⁸⁴ F. DE PAOLIS, préc., note 681, p. 17

nombre de dossiers résolus en Italie reste assez faible, puisque la majorité des parties choisissent toujours de se retirer dès le début. L'approche initiale plutôt cavalière pour imposer la médiation semble avoir laissé un goût amer aux avocats qui demeurent, pour la plupart, réticents face à la médiation⁶⁸⁵.

Au Québec, l'expérience est beaucoup plus concluante. En matière familiale, où la séance est d'information est obligatoire dans la plupart des cas⁶⁸⁶, nombreux sont les parents qui ont recours à la médiation. Il importe toutefois de noter qu'il ne semble pas nécessairement y avoir une corrélation parfaite entre la séance d'information et le recours à la médiation. En effet, lorsqu'interrogée sur la façon dont ils avaient entendu parler du service de médiation, la majorité des participants affirme que l'information était d'abord venue d'une personne de leur entourage et non de la séance d'information⁶⁸⁷.

Le système de retrait, quant à lui, a généralement un taux de participation plus élevé associé à son utilisation⁶⁸⁸. Ce dernier envoie automatiquement les parties à une séance de médiation et elles doivent entreprendre certaines démarches de plus ou moins grande envergure afin de s'en soustraire. Plusieurs raisons peuvent expliquer le succès d'un tel procédé, mais une théorie intéressante appliquée par Folberg et Rosenberg au milieu des années 1990 résume bien la situation⁶⁸⁹. Au-delà de l'enthousiasme des acteurs juridiques et des parties pour la médiation, le choix du mode de résolution de leur conflit serait surtout influencé par l'inertie. Lorsque les parties sont déjà investies dans un mode de règlement, elles auront moins tendance à en sortir. Si on les envoie systématiquement en médiation, les parties ne tenteront pas nécessairement de s'en exclure. Or, si on leur propose de joindre la médiation, elles seront peu nombreuses à sortir du processus judiciaire dans lequel elles sont déjà engagées pour revoir le conflit dans un autre contexte⁶⁹⁰. Comme le résument les chercheurs,

« This indicates that litigants and their attorneys often follow the path of least resistance, simply staying on the track into which they were initially slotted regardless of their judgments about the suitability of

⁶⁸⁵ M. A. FODDAI, préc., note 4, 141-142

⁶⁸⁶ Art. 417 C.p.c.

⁶⁸⁷ LÉGER MARKETING, préc., note 523, p.35; J. P. DUPUIS, préc., note 100, p.67

⁶⁸⁸ G. DE PALO et al., préc., note 58, à 44 :45

⁶⁸⁹ Joshua D. ROSENBERG et H. Jay FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis », (1994) 46 *Stan. L. Rev.*, 1487

⁶⁹⁰ *Id.*, 1538

that track for their case. What may appear to be complete freedom of choice to participate in alternative dispute resolution may actually result in no real choices being made at all. »⁶⁹¹

Cette théorie intéressante suggère donc qu'il faut un encouragement un peu plus « robuste », pour reprendre le vocabulaire de certains juges anglais, afin d'inciter les parties à délaissier le processus judiciaire, puisqu'elles ne prendront pas nécessairement une décision en fonction de leurs intérêts.

Le choix du modèle d'adhésion ou de retrait ne peut pas être adopté à l'aveuglette. Évidemment, le modèle de retrait semble plus prometteur au chapitre des résultats, mais il faut aussi garder en tête qu'il est toujours possible de sortir du cadre formel des modèles d'adhésion et de retrait. Comme nous l'avons vu précédemment, le programme britannico-colombien de médiation obligatoire fonctionne avec un système à l'initiative des parties⁶⁹². On propose donc une formule mixte où il s'agit d'un système d'adhésion pour la partie qui envoie la « *Notice to mediate* » et un système de retrait pour celle qui le reçoit. Il faut aussi tenir compte d'autres facteurs pour déterminer le meilleur modèle à chaque cas. Les statistiques sur le nombre de règlements ne suffisent pas.

De nombreuses critiques considèrent que la médiation obligatoire n'est pas appropriée en droit familial alors qu'il est question de sujets plus sensibles et où le déséquilibre entre les parties est souvent présent⁶⁹³. Un système d'adhésion comme celui du Québec permet ainsi de répondre à cet enjeu en offrant aux parties la liberté de décider d'intégrer ou non le processus tout en étant informé sur ce qu'il est vraiment. Ailleurs, on a vu certains programmes, en matière d'endettement agricole par exemple, qui, pour répondre au déséquilibre possible des pouvoirs, prévoient que seule la partie la plus faible pourra se retirer librement du processus⁶⁹⁴. Il peut s'agir là d'une proposition intéressante lorsque cette partie est facile à identifier.

Une fois que les dossiers envoyés à la médiation ont été sélectionnés, il faut déterminer quel sera le mécanisme mis en place afin que les parties qui souhaitent obtenir une exemption à l'obligation de médiation puissent faire valoir leur point de vue. Il faut éviter de créer une

⁶⁹¹ *Id.*

⁶⁹² *Supra*, p. 55 et suiv.

⁶⁹³ *Supra*, p. 84-85

⁶⁹⁴ *Farm Debt Mediation Act 1994* (NSW), art. 8-11; C. BAYLIS et R. CARROLL, préc., note 453, 303-304

panoplie de litiges parallèles liés à l'exemption de la médiation, ce qui irait à l'encontre de l'objectif d'économie de temps et d'argent. Il convient aussi de prendre soin de ne pas laisser de place à la création de stratégies procédurales qui permettent d'éviter de se conformer à son obligation de médiation sans passer par les canaux d'exclusion désirés. À ce chapitre, plusieurs moyens peuvent être mis en place pour s'assurer que le processus de dispense soit efficace sans pour autant le faciliter au point de rendre l'obligation de médiation inopérante.

La dérogation au principe d'obligation de médiation peut généralement être accordée par un juge ou par un employé de la cour. Dans le second cas, elle peut parfois se faire simplement à la demande des parties, sans autre formalité⁶⁹⁵. On pourrait aussi imaginer un modèle dans lequel un agent de la Cour pourrait exempter les parties d'aller en médiation dans certains cas bien définis. Pour qu'un tel système soit efficace, il faut que les critères soient clairs et limités. Il ne faudrait pas non plus qu'il soit en mesure d'exempter toute partie qui en fait la demande au risque de nuire à l'efficacité du programme de médiation. Le projet pilote québécois de médiation obligatoire à la division des petites créances de la Cour du Québec a su bien définir les critères d'exemption pour faciliter le traitement des demandes et éviter les excès⁶⁹⁶.

L'exemption doit aussi être encadrée lorsqu'elle doit être accordée par un juge. Les lois et les règlements qui établissent des critères précis et bien définis permettent de limiter la multiplication des recours inutiles et évitent aux parties de perdre leur temps avec une contestation vouée à l'échec. Il suffit de prendre l'exemple de l'Ontario et de la Saskatchewan pour s'en convaincre. Tel qu'indiqué précédemment, les deux provinces ont adopté des critères précis pour permettre l'exemption que les juges ont définie davantage avec le temps, afin de circonscrire les dossiers dans lesquels une telle exemption est possible⁶⁹⁷.

Enfin, il faut éviter d'offrir l'occasion aux parties de contourner leur obligation par des subterfuges procéduraux. En Ontario par exemple, avant la modification de la loi en 2014, certains avocats qui ne souhaitaient pas que leurs clients participent à la médiation optaient pour un stratagème de « *filing games* » par lesquels ils déposaient leurs requêtes dans un

⁶⁹⁵ *Code de procédure civile suisse*, préc., note 86, art. 199

⁶⁹⁶ *Règlement établissant un projet pilote de médiation obligatoire pour le recouvrement des petites créances découlant d'un contrat de consommation*, préc., note 83, art. 2

⁶⁹⁷ *Supra*, note 135, 136, 154

district judiciaire qui n'était pas visé par l'obligation de médiation et transférait ensuite le dossier dans les districts visés⁶⁹⁸. L'ancien règlement ne s'appliquant qu'aux dossiers ouverts dans ces districts leur permettait donc d'éviter d'avoir à se soumettre à la médiation. Depuis la modification de la loi, l'obligation de médiation concerne également les dossiers transférés dans les districts judiciaires d'Ottawa, de Toronto et de Windsor⁶⁹⁹.

Un programme de médiation obligatoire en Allemagne peut aussi nous servir d'exemple quant aux erreurs à éviter. Alors que les parties à un dossier d'une valeur de moins de 750 euros devaient se présenter en médiation, elles pouvaient s'en exclure simplement en inscrivant leur dossier avec une procédure différente. Devant l'échec du programme, la plupart des États ont choisi de l'abandonner⁷⁰⁰.

Même au Royaume-Uni, où la médiation est quasi obligatoire, on assiste au développement d'une pratique qui vise à éviter d'y participer. Comme le résume bien Neil Andrews,

« Under the post-Halsey practice, litigators were aware of the new costs risk, if they were seen to have inflexibly spurned mediation overtures by the opponent, even if the 'spurner' ultimately defeated the 'spurnee'. To reduce this risk, 'mediation offerees' carefully present written reasons in so-called Halsey letters sent to the opponent, in which they purport to justify a refusal to accept the opponent's offer to mediate, and the mediation offeror responds by listing reasons for picking holes in the mediation offeree's Halsey letter. »⁷⁰¹

En Italie, les parties ont seulement l'obligation d'assister à une séance préliminaire de médiation dans laquelle elles peuvent simplement affirmer ne pas vouloir poursuivre dans cette voie afin d'être exemptées⁷⁰². Pour contrer le retrait massif des avocats, les autorités italiennes ont mis en place plusieurs mesures pour les impliquer davantage. Il suffit de penser à leur présence obligatoire lors des séances de médiation ou encore au statut de médiateur qu'ils obtiennent plus facilement simplement en étant avocats⁷⁰³. Malgré ces mesures, dans

⁶⁹⁸ J. MACFARLANE, préc., note 150, 267-268

⁶⁹⁹ *Règles de Procédure civile* (Ont.), préc., note 89, art. 24.1.04(3)

⁷⁰⁰ B. HESS et N. PELZER, préc., note 92, aux p. 218-219

⁷⁰¹ N. ANDREWS, préc., note 345, à la p. 24

⁷⁰² G. MATTEUCCI, préc., note 196, à la p. 207

⁷⁰³ Paolo ACCOTI, « Mediazione e negoziazione assistita: casi di obbligatorietà e aspetti procedurali », dans *Studio Cataldi. Il diritto quotidiano*, en ligne: <<https://www.studiocataldi.it/articoli/17436-la-mediazione-e-la-negoziazione-assistita-i-casi-di-obbligatorieta-e-gli-aspetti-procedurali.asp>>, (consulté le 29 novembre 2017)

plus de la moitié des dossiers où les parties assistent à la première séance d'information, elles choisissent de se retirer quand même⁷⁰⁴.

La résistance au changement ou à ce qui est imposé est à prévoir lors de l'implantation de n'importe quel programme de médiation obligatoire. Évidemment, il n'est pas toujours possible d'anticiper toutes les ruses avec lesquels les avocats arriveront à contourner les règles d'un programme, mais il importe de s'inspirer des erreurs que les programmes déjà en place ont su corriger pour ne pas les reproduire inutilement. Et malgré cette vigilance, chaque programme devra faire face à son lot d'obstacles et se réajuster rapidement afin d'assurer sa pérennité et conserver une bonne réputation.

Section 3 : Le moment où la médiation est entreprise

Le moment où les parties sont envoyées en médiation peut parfois faire la différence entre un règlement et un durcissement dans leurs positions respectives. Il convient ainsi d'y porter une attention particulière.

Lorsqu'il est question de médiation quasi obligatoire, comme c'est le cas en Angleterre par exemple, les parties doivent généralement garder en tête l'obligation de conciliation tout au long du processus judiciaire⁷⁰⁵. Il n'y a donc pas de moment précis où les parties sont encouragées à se tourner vers la médiation. L'avantage se situe plutôt au chapitre de la flexibilité. Les parties ont la liberté d'entreprendre la médiation au moment qui leur semble le plus opportun.

S'il s'agit plutôt d'une obligation de médiation imposée par un juge, le moment où elle devra être entamée pourra varier, puisque le juge conservera généralement ce pouvoir tout au long du processus judiciaire et pourra l'utiliser quand bon lui semble, comme c'est le cas à la Cour provinciale de l'Alberta⁷⁰⁶.

En Colombie-Britannique, l'obligation peut également intervenir à tout moment, puisqu'elle est déclenchée par les parties⁷⁰⁷. La partie qui envoie l'avis de médiation doit

⁷⁰⁴ F. DE PAOLIS, préc., note 681, p. 17

⁷⁰⁵ *Garritt-Critchley v. Ronnan*, préc., note 344, par. n° 25

⁷⁰⁶ *Mediation Rules of the Provincial Court - Civil Division*, préc., note 283, art. 2

⁷⁰⁷ *Notice to Mediate (General) Regulation*, préc., note 296, art. 3

toutefois attendre un minimum de 60 jours après que le défendeur ait remis sa défense, mais doit le faire au moins 120 jours avant la date prévue du procès⁷⁰⁸. Ainsi, la médiation peut avoir lieu avant ou après que les parties aient constitué leur preuve, mais elle se tiendra plusieurs mois avant la date prévue du procès.

Enfin, pour les médiations automatiques, chaque programme est différent. En Saskatchewan, la médiation doit avoir lieu avant que ne se tiennent les interrogatoires préalables et l'échange de documents⁷⁰⁹. Les parties peuvent toutefois demander à ce qu'elle soit reportée à une étape ultérieure, sans grandes formalités⁷¹⁰. Pour sa part, l'Ontario prévoit aussi que les parties doivent s'y soumettre avant l'étape de la constitution de la preuve⁷¹¹. Si elles sont d'accord, les parties peuvent demander une prolongation de ce délai simplement en déposant leur consentement écrit au coordonnateur de la médiation⁷¹². Cette nouveauté permet plus de flexibilité au programme de médiation obligatoire, alors que les parties n'ont pas à demander une prolongation au juge à chaque fois⁷¹³.

Les opinions des observateurs divergent quant au moment idéal pour entamer la médiation. Une médiation hâtive permettrait d'éviter que les positions des parties ne se soient cristallisées⁷¹⁴. Comme le rappelle Julie MacFarlane, « What often complicates settlement appraisal is the tendency for conflicts to mutate into ethical and value conflicts, even if they did not begin this way »⁷¹⁵. Plus les parties sont investies dans le modèle adversatif du litige, plus il devient difficile de les en sortir⁷¹⁶. Le système contradictoire promu par les tribunaux transformerait les conflits d'intérêts en conflits de valeurs pour les parties⁷¹⁷, et c'est pourquoi la médiation devrait intervenir assez tôt dans le processus pour que les parties ne soient pas contaminées par cet esprit. À cet effet, un avocat australien témoigne des avantages d'entamer la médiation à un stade préliminaire des procédures judiciaires :

⁷⁰⁸ *Id.*, art. 5

⁷⁰⁹ *Loi de 1998 sur la Cour du Banc de la Reine*, préc., note 90, art. 42 (1.1)

⁷¹⁰ *Id.*, art. 42 (1.2)b), (1.3)

⁷¹¹ *Règles de Procédure civile* (Ont.), préc., note 89, art. 24.1.09(1); J. MACFARLANE, préc., note 150, 245-246

⁷¹² *Id.*, art. 24.1.09(3)

⁷¹³ *Id.*; W. K. WINKLER, préc., note 542, p. 18-19

⁷¹⁴ Roderick A. MACDONALD, « Access to Justice and Law Reform #2 », (2001) 19 *Windsor Y.B. Access Justice* 317, 321

⁷¹⁵ J. MACFARLANE, préc., note 59, 689

⁷¹⁶ *Id.*

⁷¹⁷ *Id.*, 689-693

« [...] the parties appear to be less antagonistic and appear still to be on reasonable terms with one another which can be used to advantage in the mediation process, the legal costs incurred are relatively small as a result of which there is less concern to maintain a position in order to justify the expense incurred and the parties appear to be more genuinely. »⁷¹⁸

D'un autre côté, plusieurs avocats de la région de Toronto soutiennent qu'une médiation qui intervient trop tôt dans le processus a peu de chance de succès⁷¹⁹. En effet, la préparation du client à la médiation par son avocat serait un facteur important du succès de la médiation⁷²⁰. Il faudrait donc que l'avocat soit en mesure de préparer adéquatement son client, et qu'il ait en main les informations nécessaires pour ce faire. Cette situation n'a pas toujours lieu au début du processus, alors que les parties n'ont pas encore eu la chance d'examiner les documents et les témoins de l'autre partie⁷²¹. Or, comme le souligne Michaela Keet, cette perception que la médiation intervient trop tôt n'est peut-être pas due au moment où la médiation survient, mais plutôt à la pratique traditionnelle des avocats qui ont l'habitude de passer une par une les étapes « normales » menant au procès :

« Our thesis is, however, that there is nothing in the system itself that sets up threshold waiting periods for the engagement of meaningful settlement discussions. It is rather a function of litigation practice. »⁷²²

Elle ajoute que :

« The concept of a pre-discovery settlement forum is clearly disconcerting to many practitioners. What is ironic about this plea is that many of the original goals of the process of discovery are shared with the early mediation process. Oral discovery is often characterized as providing an opportunity for the general exchange of information, gaining insight into the other party's case, and promoting settlement. »⁷²³

⁷¹⁸ M. REDFERN, préc., note 521, 90-91

⁷¹⁹ J. MACFARLANE, préc., note 150, 263 et 280; W. K. WINKLER, préc., note 542, p. 19

⁷²⁰ J. MACFARLANE, préc., note 150, 261

⁷²¹ *Id.*

⁷²² M. KEET, préc., note 119, 74

⁷²³ *Id.*, 75

Ainsi, la médiation remplirait les mêmes fonctions que les étapes préalables au procès, mais permettrait aussi aux parties de s'exprimer et de raconter leur version de ce qui s'est passé sans être contraintes à la rigidité des procédures judiciaires⁷²⁴.

D'un autre côté, une médiation trop hâtive peut avoir un effet pervers lorsque le dossier est grandement émotif pour les parties. Il faut parfois leur laisser une certaine période de réflexion et de deuil⁷²⁵.

Dans une étude menée en Australie en 2007, Bergin rapportait des taux de succès de 60 % pour les dossiers référés en médiation à un stade avancé des procédures, c'est-à-dire lorsqu'une date de procès était fixée et que les parties s'y préparaient. La même étude révélait aussi des taux de résolution de 27 % tout juste avant que le dossier soit complété, et de 29 % à l'étape préliminaire, c'est-à-dire, après le dépôt de la défense⁷²⁶. Une étude semblable de 2011 rapporte des résultats similaires⁷²⁷. Il faut toutefois prendre ces données avec un grain de sel. En effet, considérant que la grande majorité des dossiers se règlent de toute manière, avec ou sans la médiation, il n'est pas surprenant qu'autant de dossiers soient résolus à un stade avancé des procédures. Un des objectifs principaux de la médiation obligatoire est de devancer le moment du règlement qui interviendra inévitablement. Stitt, Handy et Simm suggèrent donc que le meilleur moment pour assurer des économies de temps et d'argent, tout en ayant une médiation significative, serait tout juste après le dépôt de la première défense, mais avant que les parties n'aient constitué leur preuve⁷²⁸.

Malgré ces généralisations qui peuvent nous aider à déterminer le moment idéal pour imposer la médiation, chaque dossier est différent et le moment le plus opportun pour la médiation demeure très variable⁷²⁹. Même un dossier dans lequel un jugement a déjà été rendu peut encore avoir des chances de se régler en médiation⁷³⁰. Il suffit de se rappeler le succès du programme de conférences de règlement à l'amiable à la Cour d'appel du Québec pour s'en

⁷²⁴ *Id.*, 76

⁷²⁵ A. STITT et *al.*, préc., note 5, aux p. 465-468

⁷²⁶ P.A. BERGIN, préc., note 250, p. 13

⁷²⁷ *Id.*, p. 14

⁷²⁸ A. STITT et *al.*, préc., note 5, à la p. 468

⁷²⁹ P.A. BERGIN, préc., note 250, p. 11-12

⁷³⁰ *Id.*, p. 12

convaincre⁷³¹. Chaque programme propose des échanciers différents, mais la clé est sans doute celle de la flexibilité⁷³². C'est du moins ce que nous enseignent les études de Julie MacFarlane et Michaela Keet en Ontario et en Saskatchewan⁷³³. La flexibilité peut répondre à l'individualité de chaque dossier⁷³⁴. Elle permet aussi aux avocats de garder un certain « contrôle » sur la médiation et entraînerait une plus grande adhésion de ceux-ci au processus⁷³⁵.

Section 4 : L'imputation des frais de la médiation

La médiation implique évidemment des frais, notamment les honoraires du médiateur, et ceux-ci doivent être assumés par quelqu'un. À cet égard, l'approche des programmes varie.

Dans certains cas, ce sont les parties qui assument tous les frais. En Ontario, par exemple, celles qui choisissent un médiateur d'une liste suggéré doivent payer ses honoraires, mais ceux-ci sont règlementés⁷³⁶. En Angleterre⁷³⁷, les parties doivent payer pour la totalité des honoraires du médiateur qui ne sont pas nécessairement règlementés. En Colombie-Britannique, ce sont aussi les parties qui assument les honoraires du médiateur⁷³⁸. En Alberta, dans le cadre du programme qui a été mis en veilleuse en 2012, les parties devaient payer pour les honoraires du médiateur s'il s'agissait d'une médiation privée. C'est sans doute l'une des raisons qui poussaient les parties à se tourner en masse vers la conférence de règlement à l'amiable devant un juge qui, elle, était gratuite⁷³⁹. En Australie, chaque État prévoit des règles différentes. L'État de Victoria et le territoire de la Capitale nationale laissent aux parties le soin de rémunérer leur médiateur. Lorsque l'ordre d'aller en médiation provient d'un juge, celui-ci déterminera généralement dans quelle proportion les parties doivent assumer ces

⁷³¹ Louise OTIS, « Alternative Dispute Resolution: Judicial Mediation » dans *The early settlement of disputes and the role of Judges*. Actes de la 1^e Conférence européenne des juges 2003 tenue du 24 au 25 novembre 2003 à Strasbourg, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005, p. 67, à la p. 71; COUR D'APPEL DU QUÉBEC, « Statistiques et publications », dans *Tribunaux.qc.ca*, en ligne : <<http://courdappelduquebec.ca/a-propos-de-la-cour/statistiques-et-publications/>> (consulté le 2 décembre 2017)

⁷³² J. MACFARLANE, préc., note 150, 263-264 et 281; W. K. WINKLER, préc., note 542, p. 19

⁷³³ J. MACFARLANE, préc., note 150; J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125

⁷³⁴ P.A. BERGIN, préc., note 250, p. 11-12

⁷³⁵ J. MACFARLANE, préc., note 150, 280-281

⁷³⁶ *Honoraires des médiateurs*, préc., note 159

⁷³⁷ S. BLAKES, J. BROWNE et S. SIME, préc., note 332, p. 144

⁷³⁸ *Notice to Mediate (General) Regulation*, préc., note 296, art. 29(2)

⁷³⁹ K. W. JESSE et J. PROUDFOOT, préc., note 190

honoraires⁷⁴⁰. Dans le Territoire du Nord, les honoraires du médiateur sont fixés par règlement et doivent être payés par les parties⁷⁴¹. Si l'une d'elles demande l'ajournement de la médiation sans le consentement de l'autre, elle doit assumer sa part des coûts et celle de l'autre partie quant à la médiation⁷⁴².

Dans certains cas, les honoraires du médiateur seront partagés entre l'État et les parties. C'est le cas en Saskatchewan où les parties doivent payer pour les services du médiateur, à l'exclusion de leur première séance qui est couverte par le ministère de la Justice⁷⁴³. En Italie, les parties doivent payer pour la médiation, mais certains incitatifs fiscaux sont mis en place. Par exemple, les utilisateurs recevront un crédit d'impôt pour une partie des frais liés à la médiation. Celui-ci sera réduit de moitié si la médiation échoue⁷⁴⁴. L'avocat a d'ailleurs l'obligation d'informer son client de l'existence de la médiation, mais aussi des avantages fiscaux qui y sont liés⁷⁴⁵. Dans l'État d'Australie-Occidentale, si les parties font appel à un médiateur accrédité, les seuls frais à déboursier sont ceux prévus par la Cour pour une demande de médiation⁷⁴⁶ qui peuvent varier entre 86 dollars australiens et 560 dollars australiens selon que le demandeur est une personne morale ou physique⁷⁴⁷. Les honoraires du médiateur sont ensuite couverts par la Cour⁷⁴⁸.

D'autres programmes offrent gratuitement la médiation aux parties. C'est notamment le cas à la Cour provinciale de l'Alberta⁷⁴⁹ et au Québec, pour le projet pilote aux petites créances, où les honoraires du médiateur sont assurés par le ministère de la Justice⁷⁵⁰. Cette approche pourrait être attribuable à une volonté d'harmoniser la médiation obligatoire au

⁷⁴⁰ *Supreme Court (General Civil Procedure) Rules 2005 (Vic)*, préc., note 251, art. 50.07(8); *Court Procedures Rules 2006 (ACT)*, préc., note 251, regl. 1181

⁷⁴¹ *Local Court (Civil Jurisdiction) Rules (NT)*, préc., note 251, art. 32.08(3)

⁷⁴² *Id.*, art. 32.09

⁷⁴³ J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, 682

⁷⁴⁴ *Decreto legislativo*, préc., note 219, art. 20

⁷⁴⁵ *Id.*, art. 4

⁷⁴⁶ SUPREME COURT OF WESTERN AUSTRALIA, *Mediation*, en ligne:

<<http://www.supremecourt.wa.gov.au/M/mediation.aspx?uid=6430-2126-2447-6400#What-does-mediation-cost>> (consulté le 17 juillet 2017)

⁷⁴⁷ SUPREME COURT OF WESTERN AUSTRALIA, *Forms and Fees*, en ligne:

<<http://www.supremecourt.wa.gov.au/M/mediation.aspx?uid=6430-2126-2447-6400#What-does-mediation-cost>> (consulté le 17 juillet 2017)

⁷⁴⁸ *Id.*

⁷⁴⁹ ALBERTA COURTS – PROVINCIAL COURT, préc., note 282

⁷⁵⁰ *Règlement sur la médiation des demandes relatives à des petites créances*, préc., note 231, art. 13

modèle de médiation volontaire déjà existant. Puisque les parties n'ont rien à déboursier lorsqu'elles entreprennent la médiation de manière volontaire aux petites créances⁷⁵¹, il aurait été incongru de devoir payer lorsque l'État les oblige à intégrer le processus.

Plusieurs points de vue s'affrontent quant à savoir quelle option devrait être favorisée. Certains suggèrent que, puisque c'est l'État qui oblige les parties à utiliser un tel mode de règlement, ce devrait être ce même État qui en assume les coûts⁷⁵². Cette justification serait d'autant plus vraie que les parties paient déjà, par leurs taxes, pour les tribunaux auxquels on leur « bloque » l'accès temporairement⁷⁵³. Comme le souligne Patricia Hughes :

« Mandatory mediation programs turn a public dispute private at the behest of the public system. Since the parties are usually responsible for paying the cost, these programs offload the cost of dispute resolution onto the parties, not because they have chosen to try mediation, but because they are required to do so. »⁷⁵⁴

Wayne Brazil soutient qu'un système utilisateur-payeur peut effectivement nier l'accès à la justice pour certains types de dossiers⁷⁵⁵. La médiation deviendrait en quelque sorte une manière d'ajouter une taxe supplémentaire à l'utilisation des tribunaux. Ainsi, ce serait plutôt à l'État de financer la médiation obligatoire et non aux parties. Et à ceux qui prétendent que cela ne ferait qu'augmenter les dépenses publiques en ajoutant une autre étape à la procédure civile, les défenseurs de cette idée soutiennent que l'argent investi en médiation sera économisé plus tard, notamment par la diminution des demandes de gestion et par l'élimination des coûts liés au procès dans les cas où il y a un règlement⁷⁵⁶. Au surplus, même avec de faibles taux de règlement, il serait encore justifié de demander à l'État de payer pour la médiation, puisqu'elle encourage la pacification des conflits et l'autonomie des parties à long terme⁷⁵⁷. Enfin, Brazil prétend que le fait pour l'entité qui impose la médiation obligatoire de payer pour les services des médiateurs permet d'assurer la légitimité du processus :

⁷⁵¹ Art. 556 C.p.c.

⁷⁵² W. D. BRAZIL, préc., note 438, 751; F. E. A. SANDER, H. W. ALLEN et D. HENSLER, préc., note 427, 887 et 894

⁷⁵³ Denis FERLAND et COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, préc., note 14, p. 13; Frank E. A. SANDER, « Paying for ADR », (1992) 78 *A.B.A. J.* 105, 105;

⁷⁵⁴ P. HUGHES, préc., note 13, 201

⁷⁵⁵ W. D. BRAZIL, préc., note 438, 723

⁷⁵⁶ EDITOR'S NOTE, préc., note 55, 1094; P. G. MAYR et K. NEMETH, préc., note 585, à la p. 87

⁷⁵⁷ *Id.*, 1095

« A court that visibly uses its own precious resources to pay the full cost of providing ADR services discourages the public from inferring that the purpose of the ADR program is simply to reduce demands for the court's services or to shunt work that the court should be doing off into the private sector. »⁷⁵⁸

L'image projetée par le tribunal qui assume lui-même les coûts de la médiation obligatoire sera donc celle d'un organisme qui croit en la médiation et en ses bienfaits⁷⁵⁹. En d'autres mots, « [...] the public is not likely to assume that a court would use its own money to provide directly in its own name services that it believes are inferior or "second class". »⁷⁶⁰

On soutient aussi que ce ne sont pas seulement les parties qui prennent part à la médiation qui en profite, mais aussi les autres utilisateurs du système judiciaire qui pourront bénéficier d'une plus grande disponibilité du personnel judiciaire et d'une réduction des délais⁷⁶¹. À cet effet, Sanders suggère que tous les justiciables devraient payer pour ces programmes par une augmentation des tarifs judiciaires comme l'ont fait certains districts judiciaires de la Californie⁷⁶². Or, en augmentant les tarifs, on pourrait aussi suggérer qu'on ajoute un nouveau frein à l'accessibilité à la justice.

Pour d'autres, les parties devraient payer pour les honoraires du médiateur, puisqu'elles seraient les seules à bénéficier du résultat de la médiation. Le procès crée un précédent qui profiterait à toute la société, alors que la médiation qui se déroule dans la sphère privée et ne s'intéresse qu'à la résolution d'un litige donné entre les parties ne serait bénéfique que pour ces dernières⁷⁶³. Au surplus, offrir la médiation gratuitement pourrait nuire à la médiation privée dès lors que les justiciables qui s'habituent à une option gratuite n'auront pas nécessairement tendance à vouloir payer pour ces services à l'avenir⁷⁶⁴. Steven Shavell croit que le financement par l'État de la médiation ne peut être qu'une situation temporaire. Il souligne que les parties doivent être conscientes des coûts de la gestion de leur litige afin de

⁷⁵⁸ W. D. BRAZIL, préc., note 438, 751

⁷⁵⁹ *Id.*

⁷⁶⁰ *Id.*

⁷⁶¹ A. STITT et al., préc., note 5, à la p. 473; NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION, *Report 67 (1991) – Training and Accreditation of Mediators*, Sydney, Justice department of New South Wales, 1991, section 6.35, en ligne: <<http://www.lawreform.justice.nsw.gov.au/Documents/Publications/Reports/Report-67.pdf>>

⁷⁶² F. E. A. SANDER, préc., note 753, 105

⁷⁶³ Felix STEFFEK, « Principled Regulation of Dispute Resolution: Taxonomy, Policy, Topics » dans STEFFEK, F. et H. UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford (Royaume-Uni), Hart Publishing, 2013, p. 33, à la p. 47; A. STITT et al., préc., note 5, aux p. 473-474

⁷⁶⁴ ADR INSTITUTE OF ALBERTA, préc., note 524, p. 70

prévenir leur conflit en amont⁷⁶⁵. En effet, une étude européenne a révélé que le pourcentage des frais du procès payés par les parties était en moyenne équivalent à 30 % du prix réel déboursé par l'État⁷⁶⁶. Le fait que les justiciables ne paient directement qu'un faible pourcentage du coût réel des tribunaux ne leur permettrait donc pas d'apprécier l'économie que représente la médiation⁷⁶⁷. Steffek suggère que de payer, du moins en partie, pour la médiation permettrait aussi aux parties de se responsabiliser face à leur conflit⁷⁶⁸. Il proposerait ainsi un compromis où l'État et les parties se partagent les honoraires du médiateur⁷⁶⁹.

Certaines variations pourraient aussi être envisagées, comme celle de devoir assumer entièrement les coûts dans les cas où les parties n'en viendraient pas à un règlement après la médiation ou après une période déterminée suivant celle-ci⁷⁷⁰. L'Observatoire du droit à la justice proposait en 2011 l'approche inverse, soit celle de remettre aux parties leurs frais judiciaires si elles réglaient leur dossier avant une certaine date⁷⁷¹. Une sorte d'incitatif financier qui vise à compenser les parties pour les investissements qu'elles mettraient dans un mode de PRD autre que le procès. Au Danemark, on incite les parties à négocier sérieusement en divisant le paiement des frais pour ouvrir un dossier à la Cour. Un premier paiement est exigé au début du processus, alors que le second ne sera payable qu'au moment où les parties demandent à fixer une date de procès⁷⁷².

Il faut toutefois faire attention pour que ces incitatifs financiers n'imposent pas indirectement aux parties une plus grande pression pour régler alors qu'il n'en va peut-être pas de leur intérêt.

Ces dangereux incitatifs financiers sont parfois imposés aux parties, mais aussi aux médiateurs. Par exemple, si les honoraires des médiateurs varient en fonction de l'aboutissement ou non à un règlement après la médiation, comme c'est le cas en Italie⁷⁷³ ou

⁷⁶⁵ Steven SHAVELL, « Alternative Dispute Resolution : An Economic Analysis », (1995) 24 *J. Legal Stud.* 1, 8

⁷⁶⁶ G. DE PALO et R. CANESSA, préc., note 96, 726-727

⁷⁶⁷ S. SHAVELL, préc., note 765, 8

⁷⁶⁸ F. STEFFEK et H. UNBERATH, préc., note 667, à la p. 47

⁷⁶⁹ *Id.*; voir aussi A. STITT et *al.*, préc., note 5, à la p. 453

⁷⁷⁰ A. STITT et *al.*, préc., note 5, à la p. 453

⁷⁷¹ P. NOREAU, préc., note 75, p. 26-27

⁷⁷² L. ADRIAN, préc., note 444, à la p. 129

⁷⁷³ G. MATTEUCCI, préc., note 528

au Québec⁷⁷⁴, cela pourrait avoir pour effet d'encourager les médiateurs à imposer une pression inappropriée sur les justiciables afin de régler leur conflit au-delà de leur volonté réelle.

Enfin, il faut aussi tenir compte de l'harmonisation du modèle choisi avec les autres options déjà existantes dans les tribunaux de chaque État. Si la médiation volontaire est déjà offerte gratuitement ou à moindre coût aux parties, il serait incongru de leur demander de déboursier des sommes supplémentaires lorsque la médiation leur est imposée.

⁷⁷⁴ *Règlement sur la médiation des demandes relatives à des petites créances*, préc., note 231, art. 13

Chapitre II : Les conditions relatives à l'implication des participants

Peu importe le modèle retenu, certains facteurs touchant directement les parties impliquées peuvent avoir un impact sur la réussite d'un programme de médiation obligatoire. Le choix du médiateur peut avoir une grande influence sur les parties (s.1) tout comme le rôle qu'occupent leurs avocats (s.2). Le degré de participation exigé et les sanctions qui peuvent en découler sont aussi des éléments qui doivent être considérés (s.3). Enfin, le respect de la culture locale et d'autres mesures peuvent favoriser l'adhésion des parties à un programme de médiation obligatoire ou simplement à la médiation volontaire (s.4).

Section 1 : Le choix du médiateur et sa formation

Offrir aux parties le pouvoir de choisir leur médiateur permet de diminuer certains effets négatifs de l'obligation de médiation, notamment quant à leur autodétermination⁷⁷⁵. Le choix du médiateur par les parties augmenterait également leurs chances d'en arriver à un règlement⁷⁷⁶. Or, dans plusieurs programmes comme en Italie, au Québec ou en Saskatchewan, les parties n'ont pas la liberté de sélectionner le médiateur qu'elles désirent⁷⁷⁷. En Ontario, le choix se fait à partir d'une liste préétablie⁷⁷⁸. Les parties ont donc un peu plus de latitude. Elles peuvent aussi se tourner vers le privé et opter pour le médiateur qui leur convient, mais elles ne pourront pas profiter de certains avantages comme la tarification préférentielle des honoraires⁷⁷⁹. Les limitations dans le choix du médiateur s'expliquent souvent par le modèle de financement du programme ou par un souci d'assurer un contrôle sur ces professionnels par une certification particulière.

La réglementation de la profession varie grandement d'un endroit à l'autre. À quelques exceptions près, tout le monde peut s'improviser médiateur au Canada, en Italie, en Australie

⁷⁷⁵ T. GRILLO, préc., note 428, 1585-1586; C. C. HUTCHISON, préc., note 71, 93; M. KEET, préc., note 119, 89; D. QUEK, préc., note 79, 506; W. K. WINKLER, préc., note 542, p. 10-11

⁷⁷⁶ M. MARRIE, préc., note 513, 160-161

⁷⁷⁷ *Decreto legislativo*, préc., note 219, art. 8; *Mediation Services Fees Regulations, 1994*, R.R.S. c. D-18.2, Règl. 3; *Règlement établissant un projet pilote de médiation obligatoire pour le recouvrement des petites créances découlant d'un contrat de consommation*, préc., note 83, art. 8

⁷⁷⁸ *Règles de Procédure civile (Ont.)*, préc., note 89, art. 24.1.08, 24.1.09(4)

⁷⁷⁹ *Id.*, art. 24.1.08(2)c); *Honoraires des médiateurs*, préc., note 159, art. 3(1)

et au Royaume-Uni⁷⁸⁰. Malgré tout, il existe des organismes d'accréditation qui assurent la formation et le suivi des compétences des médiateurs⁷⁸¹.

Au Canada, la formation menant à la reconnaissance officielle varie d'une province à l'autre, tout comme la rémunération des médiateurs⁷⁸². Dans certains cas, ils doivent avoir un parcours juridique⁷⁸³, alors que, dans d'autres, le titre est ouvert à d'autres types de professionnels comme des psychologues, par exemple⁷⁸⁴. En Saskatchewan, près de la moitié des médiateurs qui prennent part au programme sont issus d'un milieu non juridique⁷⁸⁵. Les avocats qui participent à la médiation ont d'ailleurs affirmé qu'ils préféreraient qu'il en soit ainsi, puisque le rôle du médiateur est alors clairement établi : il n'est pas là pour dire le droit, mais plutôt pour faciliter la communication. Les parties peuvent donc mieux distinguer la médiation des autres activités comme la conférence préparatoire⁷⁸⁶.

En Italie, les avocats sont reconnus plus facilement comme médiateurs dans le cadre du programme. Comme les autres, ils doivent suivre une certaine formation, mais bénéficient d'un traitement préférentiel quant à leur accréditation⁷⁸⁷. En Australie, les médiateurs privés sont généralement d'anciens officiers de justice, des avocats ou des professionnels du domaine visé par la médiation. Pour les programmes liés à la cour, ce sont plutôt des greffiers ou des commissaires qui agissent à ce titre⁷⁸⁸.

Plusieurs critiquent le fait que les médiateurs soient principalement des juristes. Sylvette Guillemard souligne que

« [s]'ils sont les spécialistes du droit, ils ne sont pas les plus compétents en relations humaines. Les psychologues, les travailleurs sociaux se qualifient certainement mieux à cet égard. [...] En effet, on

⁷⁸⁰ P.A. BERGIN, préc., note 250, p. 18-19; H. GENN, S. RIAHI et K. PLEMING, préc., note 35, aux p. 165-166; P.-C. LAFOND et M. THÉRIAULT, préc., note 7, à la p. 75; Rafal MOREK, « Mandatory Mediation in Italy - Reloaded », dans *Kluwer Mediation Blog*, 9 octobre 2013, disponible en ligne: <<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2013/10/09/mandatory-mediation-in-italy-reloaded/>> (consulté le 19 novembre 2017)

⁷⁸¹ P.A. BERGIN, préc., note 250, p. 18-19; H. GENN, S. RIAHI et K. PLEMING, préc., note 35, aux p. 165-166; P.-C. LAFOND et M. THÉRIAULT, préc., note 7, à la p. 75; R. MOREK, préc., note 780

⁷⁸² ADR INSTITUTE OF ALBERTA, préc., note 524, p. 30

⁷⁸³ *Règlement sur la médiation des demandes relatives à des petites créances*, préc., note 231, art. 1

⁷⁸⁴ *Règlement sur la médiation familiale*, préc., note 482, art. 1; J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, 682

⁷⁸⁵ J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, 693

⁷⁸⁶ *Id.*, 694

⁷⁸⁷ R. MOREK, préc., note 780

⁷⁸⁸ Art. 9 al. 2, 161-165 C.p.c.; P.A. BERGIN, préc., note 250, p. 3

peut envisager que, selon ce qui importe pour les intéressés, les professionnels à même de les aider sont différents. »⁷⁸⁹

Des observateurs ont réussi à démontrer que les médiations dirigées par des juristes, surtout par d'anciens juges, ont plus tendance à porter sur le droit que sur les intérêts réels des parties⁷⁹⁰. Par ailleurs, certains programmes de médiation obligatoire encouragent les médiateurs à prendre position. C'est le cas en Italie, notamment, où ils peuvent faire des recommandations aux parties⁷⁹¹. L'approche évaluative a parfois moins de succès, puisqu'elle aurait pour effet de rabattre les parties dans leurs positions respectives⁷⁹². D'un autre côté, elle peut aussi permettre une adhésion plus rapide des avocats qui se retrouvent plus facilement dans le processus⁷⁹³.

Certains suggèrent en outre que les juges devraient cesser d'agir comme médiateurs. En effet, si l'un des objectifs de la médiation est de réduire les coûts pour l'administration judiciaire, il semble incongru d'avoir recours à un juge pour la médiation, alors qu'il représente la ressource humaine la plus dispendieuse du système, une ressource par ailleurs en manque dans plusieurs tribunaux au Québec⁷⁹⁴. Prenons l'exemple des Conférences de règlements à l'amiable au Québec. Il est indéniable que cette pratique est appréciée par les justiciables et donne de bons résultats, mais les coûts qui y sont associés sont importants et les juges qui y participent comme conciliateur ne sont alors pas disponibles pour entendre des procès⁷⁹⁵.

Wayne Brazil, ancien juge étatsunien, considère quant à lui que le modèle à favoriser est celui de l'expertise interne au palais de justice. Sans que les médiateurs soient des juges, il suggère qu'ils devraient être des employés du palais de justice et que la médiation se déroule à l'intérieur du bâtiment. Cette intégration permet, selon lui, d'affirmer la confiance des

⁷⁸⁹ S. GUILLEMARD, préc., note 39, 224

⁷⁹⁰ J. MACFARLANE, préc., note 150, 286 et 309; J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, 693-694; R. L. WISSLER, préc., note 511, 680

⁷⁹¹ *Decreto legislativo*, préc., note 219, art. 1(1)a

⁷⁹² J. MACFARLANE, préc., note 150, 285-288

⁷⁹³ *Id.*, 286-287

⁷⁹⁴ Guillaume ST-PIERRE, « Seulement six juges de plus pour le Québec à court terme », dans *Journal de Montréal*, 28 avril 2017, en ligne : <<http://www.journaldemontreal.com/2017/04/28/ottawa-promet-de-nommer-des-juges-bientot-1>> (consulté le 17 octobre 2017)

Michael NGUYEN, « Le juge en chef blâme Ottawa », dans *Journal de Montréal*, 8 avril 2017, en ligne : <<http://www.journaldemontreal.com/2017/04/08/le-juge-en-chef-blame-ottawa>> (consulté le 17 octobre 2017)

⁷⁹⁵ A. DÉSY, préc., note 28, p. 10, 131-151

tribunaux envers la médiation à laquelle ils obligent les parties à prendre part. Tout comme de payer pour la médiation, la fournir sur place renvoie l'image d'une confiance envers le processus par les tribunaux. On évite ainsi qu'elle soit considérée comme une justice de seconde classe⁷⁹⁶. Selon lui, on assure aussi une plus grande participation des personnes impliquées alors que

« Being sent away physically also can distend the sense of social and moral connection with the court system, and thus with the values and behaviors that the system symbolizes and demands. [...] [T]o the extent that the parties associate the courthouse with expectations that they will be on their best behavior, that high moral standards will be used to guide and judge them, and that it is important to honor rules of law, separation from the courthouse could open the way to moral or behavioral lapses that would not occur inside the courthouse itself. »⁷⁹⁷

De plus, avoir des médiateurs à l'intérieur du palais de justice assure un suivi plus rigoureux de leurs compétences et de leur formation⁷⁹⁸. Cela permet enfin d'avoir une meilleure qualité de service alors que les médiateurs reçoivent une rémunération stable, ce qui n'est pas toujours le cas lorsque les honoraires des médiateurs privés sont règlementés⁷⁹⁹.

D'un autre côté, plusieurs avantages sont aussi présents lorsque la médiation se déroule à l'extérieur du palais de justice par des médiateurs privés. Cela encourage le développement d'un plus grand bassin de médiateurs avec des parcours variés⁸⁰⁰. Lorsque plus de juristes sont formés comme médiateurs, on voit parallèlement une transformation dans leur pratique en tant qu'avocats, ce qui peut favoriser le changement de culture en matière de résolution des conflits⁸⁰¹.

Un autre élément à considérer est l'étendue des obligations du médiateur. Parfois, celles-ci sont limitées à la séance de médiation elle-même. La faible rémunération des médiateurs peut entraîner un délaissement du dossier une fois que les parties en sont arrivées à un règlement. En Saskatchewan, les justiciables interrogées ont dit souhaiter que le médiateur

⁷⁹⁶ W. D. BRAZIL, préc., note 438, 747-762

⁷⁹⁷ *Id.*, 754

⁷⁹⁸ *Id.*, 743

⁷⁹⁹ *Id.*, 751-752

⁸⁰⁰ *Id.*, 743

⁸⁰¹ *Id.*, 763

agisse aussi après la médiation pour assurer un suivi du règlement⁸⁰². Il peut donc être souhaitable d'établir des mécanismes afin d'encadrer le suivi des ententes conclues en médiation, que ce soit par le médiateur ou par un tiers.

Dans tous les cas, il est nécessaire de développer un système de plaintes pour garantir la qualité du service de médiation offert. Les États qui l'ont fait en voient généralement les effets positifs⁸⁰³. Un processus rigoureux d'accréditation et de suivi de la formation des médiateurs semble donc impératif, surtout si la médiation est obligatoire⁸⁰⁴.

Il faut enfin offrir certaines garanties aux médiateurs. À plusieurs endroits, ceux-ci jouissent d'une immunité quant à leur travail⁸⁰⁵, alors qu'ailleurs, notamment au Québec, ce n'est pas forcément le cas⁸⁰⁶. Il est important de donner une certaine immunité aux médiateurs afin d'assurer la confidentialité du processus pour les parties. Le médiateur a un rôle important à jouer pour rééquilibrer autant que possible le pouvoir de chaque partie dans le cadre de la médiation. La législation devrait lui offrir les protections et la formation nécessaires pour accomplir cette tâche⁸⁰⁷. D'un autre côté, l'immunité ne devrait pas être consentie sans égard au fait que ce privilège est accordé à peu de professionnels et qu'elle ne doit pas nuire à la qualité du service rendu par le médiateur et à son impartialité⁸⁰⁸. Il faut trouver le juste milieu entre la confidentialité et la qualité du service.

Section 2 : La place de l'avocat et le soutien de la communauté juridique

La présence des avocats en médiation ne fait pas l'unanimité. Certains suggèrent qu'ils ne font que ramener le processus de négociation à sa dimension juridique, alors que d'autres prétendent que leur présence est essentielle afin d'assurer la pleine collaboration des parties.

⁸⁰² J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, 682

⁸⁰³ C'est le cas en Floride notamment. D. QUEK, préc., note 79, 506

⁸⁰⁴ H. GENN, S. RIAHI et K. PLEMING, préc., note 35, à la p. 153; P. HUGHES, préc., note 13, 180

⁸⁰⁵ *Loi de 1998 sur la Cour du Banc de la Reine*, préc., note 90, art. 44; *Mediation Rules of the Provincial Court - Civil Division*, préc., note 283, art. 10; En Australie, le degré d'immunité varie d'un État à l'autre selon les règlements en place, la jurisprudence et les ententes conclues avec le médiateur. P.A. BERGIN, préc., note 250, p. 20-23

⁸⁰⁶ Notamment lorsque le médiateur n'est pas accrédité. Art. 606 al. 2 C.p.c.; S. GUILLEMARD, préc., note 39, 208

⁸⁰⁷ C. BAYLIS et R. CARROLL, préc., note 453, 287 et 292; voir aussi Michael COYLE, « Defending the Weak and Fighting Unfairness : Can Mediators Respond to the Challenge? », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 625

⁸⁰⁸ P.A. BERGIN, préc., note 250, p. 20, 22

S'appuyant sur son expérience de médiatrice en Caroline du Sud, Patricia L. Carson soutient que la présence des avocats en médiation a tendance à faire stagner le processus, puisqu'ils sont moins enclins au compromis⁸⁰⁹. Carson ajoute toutefois que la présence d'un avocat peut s'avérer très importante lorsqu'une partie ne comprend pas bien le processus juridique⁸¹⁰. Les études de Barry Edwards et celle de MacFarlane et Keet suggèrent plutôt que l'implication de l'avocat et sa réceptivité peuvent jouer un rôle déterminant dans le succès de la médiation⁸¹¹. Bien que certains clients aient souligné que les avocats avaient tendance à adopter une approche contradictoire dans la médiation et à limiter l'échange d'information, ce n'était pas tant leur présence, mais plutôt leur attitude qui était remise en cause⁸¹². Quant à eux, Roberge, Poitras et Stimec ont plutôt soulevé que la présence des avocats lors de la médiation n'avait aucun impact majeur sur les chances de règlements, sur la durée de la médiation, sur la satisfaction des parties et sur leur sentiment de justice. Les seules différences importantes se trouveraient dans l'appréciation du rôle du médiateur, qui serait moindre lorsque les avocats sont présents et dans les possibilités de réconciliation et de poursuite de relations harmonieuses entre les parties qui seraient également revues à la baisse dans les cas où les avocats participent à la médiation⁸¹³.

Au Canada, la plupart des programmes de médiation obligatoire encouragent ou obligent les parties à se présenter en médiation avec leur avocat⁸¹⁴. C'est aussi le cas de l'Italie où la présence de l'avocat est obligatoire⁸¹⁵. Cette obligation permet d'exposer les avocats à la médiation le plus possible afin qu'ils en apprécient les bienfaits et puissent la recommander à leur client à l'avenir avant même qu'une obligation de médiation n'intervienne⁸¹⁶. Cette

⁸⁰⁹ P. L. CARSON, préc., note 460, 14

⁸¹⁰ *Id.*

⁸¹¹ B. EDWARDS, préc., note 11, 309; J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, 693

⁸¹² J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, 691-692

⁸¹³ Jean POITRAS, Arnaud STIMEC, Jean-François ROBERGE, « The negative impact of attorneys on workplace mediation outcomes: a myth or a reality? », (2010) 26-1 *Negotiation Journal* 9, 17-18

⁸¹⁴ *Mediation Rules of the Provincial Court - Civil Division*, préc., note 283, art. 5(3); *Notice to Mediate (General) Regulation*, préc., note 296, art. 16; *Règles de Procédure civile (Ont.)*, préc., note 89, art. 24.1.11; Le Québec fait exception, puisque la médiation obligatoire a lieu dans le cadre d'un procès aux petites créances où la représentation par avocats n'est généralement pas permise.

⁸¹⁵ R. MOREK, préc., note 780

⁸¹⁶ C. C. HUTCHISON, préc., note 71, 90; J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, 700; P. NOREAU, préc., note 75, p. 21-22; F. STEFFEK et H. UNBERATH, préc., note 667, à la p. 31; A. STITT et *al.*, préc., note 5, aux p. 471-472; R. L. WISSLER, préc., note 511, 695-696;

mesure s'ajoute à celles déjà en place dans plusieurs États qui obligent les avocats à conseiller leurs clients sur les différents modes de PRD⁸¹⁷.

Il s'agit d'un objectif tout à fait louable, mais on doit aussi s'assurer que les avocats sont formés adéquatement afin de soutenir leur client lors de la médiation. En effet, dans les études de MacFarlane et de Wissler, plusieurs clients rapportaient ne pas avoir reçu une préparation appropriée de la part de leur avocat avant la séance de médiation⁸¹⁸. Il convient donc de les encourager à être présents lors des séances de médiation, mais, surtout, de s'assurer qu'ils reçoivent la formation nécessaire, que ce soit dans le cadre de leur parcours académique ou d'une formation continue. Il faut aussi considérer d'autres mécanismes pour assurer le rôle adéquat de l'avocat. Le moment où la médiation doit être entreprise peut constituer un de ces éléments. Comme nous l'avons vu, lorsque la médiation a lieu plus tôt, les avocats ont tendance à laisser plus de place à leurs clients qui, à ce stade, connaissent leur dossier bien mieux qu'eux⁸¹⁹. L'obligation de remettre certains documents préparatoires à l'avance, comme c'est le cas en Ontario, peut aussi aider l'avocat à préparer son client à la médiation⁸²⁰.

Au-delà du rôle de l'avocat dans un dossier particulier, le soutien général de la communauté juridique peut aussi avoir un impact sur le succès d'un programme de médiation. Comme le rappelle Michaela Keet dans son étude sur l'évolution du rôle des avocats dans la médiation obligatoire :

« [...] cultural change cannot be imposed from the outside. Significant shifts have occurred over the last ten years, but for systemic change to reach the dimensions envisioned in the program's early objectives, the system's agents (lawyers) will need to be fully engaged. »⁸²¹

En Australie, par exemple, l'implantation de l'obligation de médiation a été largement soutenue par la communauté juridique alors qu'elle s'inscrivait dans une longue série de

⁸¹⁷ B. HESS et N. PELZER, préc., note 92, à la p. 218; *Civil Dispute Resolution Act 2011*, (Cth) préc., note 117, art. 12(2)(3); *Code de déontologie des avocats*, RLRQ c. B-1, r. 3.1, art. 42; *Decreto legislativo*, préc., note 219, art. 4(3)

⁸¹⁸ J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, 692; R. L. WISSLER, préc., note 511, 687

⁸¹⁹ J. MACFARLANE, préc., note 150, 271

⁸²⁰ *Règles de Procédure civile* (Ont.), préc., note 89, art. 24.1.10

⁸²¹ Michaela KEET, « The Evolution of Lawyers' Roles in Mandatory Mediation: A Condition of Systemic Transformation », préc., note 147, 342

mesures favorisant le recours aux modes de PRD⁸²². Dans d'autres pays comme la Norvège ou le Danemark, l'intégration de la négociation et des différents modes de PRD au programme scolaire des juristes a également contribué au succès de la médiation⁸²³.

Enfin, les études de MacFarlane et Keet peuvent nous donner certains indicatifs quant aux communautés juridiques qui sont plus susceptibles d'accueillir le changement de culture vers les modes de PRD. On constate effectivement que les barreaux des petites localités sont plus portés à travailler en collégialité que ceux des grandes villes. Ce phénomène serait dû à plusieurs éléments, comme la réputation des membres dans leur pratique quotidienne, le fait que les avocats se côtoient plus à l'extérieur du contexte juridique, la taille des bureaux d'avocats qui est généralement plus petite à l'extérieur des grands centres, influençant aussi la culture d'entreprise, et, enfin, une habitude face à l'absence de formalisme dans les plus petits centres⁸²⁴. La troisième phase de l'implantation d'un programme de médiation proposée par Keet et MacFarlane, celle de l'acceptation générale de la médiation et du développement de nouvelles habiletés pour les juristes, serait ainsi plus facile à atteindre dans des communautés juridiques plus petites. En Saskatchewan par exemple, des endroits comme Prince Albert ont pu parvenir à ce niveau bien avant de plus grandes régions⁸²⁵.

La médiation aurait aussi plus de chances de succès dans les communautés plus homogènes. En effet, les résultats seraient plus positifs lorsque les parties partagent un certain nombre d'expériences communes avec le médiateur. Comme l'explique William L.F. Felstiner,

« Since successful mediation requires an outcome acceptable to the parties, the mediator cannot rely primarily on rules but must construct an outcome in the light of the social and cultural context of the dispute, the full scope of the relations between the disputants and the perspectives from which they view the dispute. Mediation, then, flourishes where mediators share the social and cultural experience of the disputants they serve, and where they bring to the processing of

⁸²² Greg ROONEY, « The Australian Experience of Pre-Litigation ADR Requirements » (2016), *Médiate.com*, disponible en ligne: < <http://www.mediate.com/articles/RooneyG3.cfm> > (consulté le 1er mai 2017)

⁸²³ L. ADRIAN, préc., note 444, aux p. 117-119; A. KARI SPERR, préc., note 84, à la p. 358

⁸²⁴ J. MACFARLANE, préc., note 150, 251

⁸²⁵ J. MACFARLANE et M. KEET, préc., note 125, 701-702

disputes an intimate and detailed knowledge of the perspectives of the disputants. »⁸²⁶

Il y aurait donc plus de chance que la médiation réussisse à s'implanter à l'extérieur des grands centres où la population est généralement moins homogène.

Section 3 : Le degré de participation requis et les sanctions imposées en cas de non-conformité

Le degré de participation qui est imposé aux parties peut varier d'un programme à l'autre. Au Canada, il y a peu d'exigences à ce titre. La seule présence des parties suffit pour remplir son obligation de participation⁸²⁷. Bien que certains règlements demandent aux parties de prendre part à la médiation de bonne foi, aucune sanction précise n'est prévue⁸²⁸. On met plutôt l'accent sur la capacité de la personne présente : elle doit être en mesure de signer une entente si les parties en arrivent à un règlement⁸²⁹. En Italie, lorsque les parties se retirent du processus de médiation, le médiateur propose une solution à leur différend. Si elles rejettent la solution proposée par le médiateur et que celle-ci est identique au jugement rendu plus tard, le juge pourra en tenir compte lors de l'attribution des dépens⁸³⁰. En Australie, le niveau de participation est généralement laissé à la discrétion des parties, mais celles-ci ont l'obligation d'entreprendre de véritables tentatives pour régler le conflit⁸³¹. Par exemple, une partie qui propose la médiation, mais qui n'y assiste pas ne pourrait pas prétendre à avoir véritablement tenté de résoudre le conflit. Enfin, au Royaume-Uni, certains mécanismes permettent de punir une partie qui ne participe pas à la médiation quasi obligatoire, mais les pénalités quant au degré de participation dans la médiation elle-même ne semblent pas encore présentes⁸³².

⁸²⁶ W. L.F. FELSTINER, préc., note 451, 73-74

⁸²⁷ *Loi de 1998 sur la Cour du Banc de la Reine*, préc., note 90, art. 42 (1.3) et (1.5)

⁸²⁸ Art. 2 al. 1 C.p.c.; *Règlement établissant un projet pilote de médiation obligatoire pour le recouvrement des petites créances découlant d'un contrat de consommation*, préc., note 83, art. 16 al. 2; *Mediation Rules of the Provincial Court - Civil Division*, préc., note 283, art. 9

⁸²⁹ *Loi de 1998 sur la Cour du Banc de la Reine*, préc., note 90, art. 42 (1.5); *Règles de Procédure civile* (Ont.), préc., note 89, art. 24.1.1; *Notice to Mediate (General) Regulation*, préc., note 296, art. 16; *Matsqui First Nation v. Canada (Attorney General)*, préc., note 116, par. n° 8; J. MACFARLANE, préc., note 150, 245-246

⁸³⁰ *Decreto legislativo*, préc., note 219, art. 13

⁸³¹ *Civil Dispute Resolution Act 2011*, (Cth) préc., note 117, art. 11, 12(1) et 13

⁸³² *Civil Procedure Rules 1998*, préc., note 333, Pre-action conduct and protocols, par. n° 13-16; *Burchell v. Bullard*, préc., note 354; *Jarron & Anor v. Sellers*, préc., note 354; *P4 Ltd v. Unite Integrated Solutions plc*, préc., note 354; S. BLAKES, J. BROWNE et S. SIME, préc., note 332, p. 104, 119, 133 et 134

La participation dans la médiation est importante. Sans elle, le processus peut devenir inutile. Ceux qui participent de bonne foi à une médiation ont plus de chance d'en arriver à une entente et de profiter des bienfaits du processus que ceux qui se présentent en médiation, mais refusent d'y prendre part réellement⁸³³. Il peut donc être avantageux d'imposer un certain seuil de participation afin d'assurer la collaboration de chacun. Or, nous l'avons évoqué plus tôt, le niveau de participation qui est exigé peut avoir un effet sur la volonté des parties et sur le sentiment de satisfaction qu'elles retirent de la médiation⁸³⁴. L'imposition d'un niveau de participation trop élevé risque de compromettre le caractère volontaire d'une entente entre les parties⁸³⁵.

Selon David Winston, la simple exigence de bonne foi relève d'un concept qui est trop abstrait pour être appliquée correctement⁸³⁶. Ce qui constitue la bonne foi peut varier d'une personne à l'autre⁸³⁷. De plus, cette exigence contribue à juridiciser et judiciariser un processus qui se veut informel à la base⁸³⁸. Comme le souligne Ulrich Boettger,

« Because legal terms and legal procedures will be used to understand the good-faith term, mediation will be further institutionalized. In the end, mandatory mediation will be efficient for average civil cases, but it will be more difficult to adapt mediation procedures to the individual needs of parties. Party empowerment will fade away while liti-mediation will continue to grow, if good faith is forced on participants instead of trying to convince parties and attorneys to participate. »⁸³⁹

En plus d'inculquer des comportements litigieux aux parties dans le cadre de la médiation, une obligation de participation de bonne foi nuirait à l'autodétermination des parties⁸⁴⁰.

Et le problème de l'exigence de participation de bonne foi va encore plus loin. Pour être efficace, elle doit aussi être susceptible de pénalité en cas de non-respect. Cette exigence risque donc de faire augmenter le nombre de recours aux tribunaux qui ont simplement pour

⁸³³ J. MACFARLANE, préc., note 150, 265

⁸³⁴ A. ZYLSTRA, préc., note 480, 70

⁸³⁵ D. S. WINSTON, préc., note 70, 199

⁸³⁶ *Id.*, 197

⁸³⁷ *Id.*, 198; U. BOETTGER, préc., note 423, 17-24

⁸³⁸ U. BOETTGER, préc., note 423, 12 et 15

⁸³⁹ *Id.*, 15

⁸⁴⁰ *Id.*, 12; A. ZYLSTRA, préc., note 480, 93-94

but d'évaluer si le degré de participation d'une partie était suffisant⁸⁴¹. Dans ce contexte, la flexibilité et l'informalité de la médiation peuvent difficilement se marier avec une interprétation uniforme de l'obligation de bonne foi⁸⁴².

De plus, pour évaluer la participation, il faut parfois briser la promesse de confidentialité que la médiation met de l'avant. Un médiateur pourrait se voir forcé de dévoiler les discussions qui ont eu lieu au cours d'une séance afin de prouver la bonne ou la mauvaise foi d'une partie⁸⁴³. Kimberlee Kovach propose que le médiateur remplisse un formulaire où il identifierait certains comportements des parties associés à la mauvaise foi lors de la médiation⁸⁴⁴. Mais, encore une fois, cette idée nuirait à la neutralité du médiateur dès lors qu'il deviendrait le juge de la bonne foi des parties plutôt que leur conciliateur⁸⁴⁵. Une exigence trop élevée risque donc de nuire à la confidentialité et à l'absence de formalisme de la médiation pouvant lui faire perdre son essence. Une obligation de « participation significative » ne résoudrait pas le problème non plus⁸⁴⁶. Demander aux parties d'atteindre un niveau de participation qui doit s'évaluer de cette manière, peu importe les termes utilisés, ne répondrait pas aux impératifs de confidentialité et d'efficacité. C'est ainsi que Winston soutient que « [t]he participation standard in a mandatory mediation statute should encourage, but not require, interactive participation between the parties »⁸⁴⁷.

Même si les auteurs ne s'entendent pas tous sur le degré de participation qui devrait être exigé des parties, quelques règles de base se dessinent tout de même. Pour être efficace, il doit d'abord être clair⁸⁴⁸. Il doit aussi pouvoir être évalué objectivement et sans avoir à s'immiscer dans la séance de médiation elle-même.

À cet effet, on doit impérativement exiger la présence physique des parties lors de la séance de médiation⁸⁴⁹. On devrait également requérir que la partie qui se présente en

⁸⁴¹ U. BOETTGER, préc., note 423, 37; D. S. WINSTON, préc., note 70, 198 et 200; A. ZYLSTRA, préc., note 480, 90-91

⁸⁴² U. BOETTGER, préc., note 423, 16 et 33

⁸⁴³ *Id.*, 26-29; D. S. WINSTON, préc., note 70, 200

⁸⁴⁴ K. K. KOVACH, préc., note 615, 11

⁸⁴⁵ U. BOETTGER, préc., note 423, 39; A. ZYLSTRA, préc., note 480, 95-97

⁸⁴⁶ D. S. WINSTON, préc., note 70, 198-199

⁸⁴⁷ *Id.*, 199

⁸⁴⁸ *Id.*, 201

⁸⁴⁹ EDITOR'S NOTE, préc., note 55, 1096

médiation ait un réel pouvoir de régler l'affaire⁸⁵⁰. Le fait d'avoir une partie en mesure de prendre une décision sur-le-champ augmente grandement les chances de succès de la médiation. La disponibilité par téléphone ou les instructions données à un représentant n'offriraient pas les mêmes avantages. La partie qui est présente physiquement lors de la séance de médiation pourra mieux apprécier les intérêts de l'autre partie, les changements d'orientation des discussions et bénéficier de l'effet de catharsis de la médiation⁸⁵¹. La présence de l'avocat devrait aussi être requise afin de démontrer sa confiance dans le processus⁸⁵².

Au surplus, on devrait exiger des parties qu'elles se préparent adéquatement pour la séance de médiation. Cette préparation est extrêmement importante, bien qu'elle puisse représenter une augmentation des coûts et du temps que les parties consacrent à leur dossier. Même si la médiation n'aboutit pas à un règlement, la préparation restera utile pour le procès, alors pourquoi s'en priver⁸⁵³? Il est facile d'évaluer objectivement si une partie s'est préparée pour la médiation, notamment par l'échange de certains documents. En Ontario, par exemple, les parties doivent produire un exposé des questions de faits et de droits en litige, de leurs positions, de leurs intérêts et fournir certains documents⁸⁵⁴. Un auteur suggère aussi que l'on demande aux parties de soumettre chacune une offre qui devra être considérée par l'autre partie⁸⁵⁵. Ce sont là quelques exemples d'une préparation susceptible d'être évaluée objectivement avant que les parties n'intègrent la médiation.

Avec des exigences claires et susceptibles d'évaluation objective en tête, on pourrait songer à des pénalités en cas de non-respect qui se traduisent par l'imputation des frais de justice à la partie fautive. La partie qui aura pris le temps de se préparer et de se présenter en médiation, en plus d'y attribuer les ressources financières nécessaires, pourra alors être compensée par la partie qui n'a pas pris le processus au sérieux. Il s'agit là d'une mesure d'équité qui est facilement justifiable⁸⁵⁶.

⁸⁵⁰ D. S. WINSTON, préc., note 70, 201-202

⁸⁵¹ *Thompson v. Freeman*, 2008 CanLII 41174 (ON S.C.)

⁸⁵² EDITOR'S NOTE, préc., note 55, 1096; R. MOREK, préc., note 780

⁸⁵³ D. S. WINSTON, préc., note 70, 203

⁸⁵⁴ *Règles de Procédure civile* (Ont.), préc., note 89, art. 24.1.10

⁸⁵⁵ D. S. WINSTON, préc., note 70, 195 et 202

⁸⁵⁶ *Id.*, 204-205

La réglementation entourant la médiation obligatoire doit permettre aux parties de faire un choix quant à l'issue de la médiation qui n'est pas influencée par les contraintes qu'un refus de régler pourrait entraîner⁸⁵⁷. Dans tous les cas, non seulement il faut que les règles soient claires pour les juristes, mais aussi pour les parties. Il ne faut pas que le justiciable ressente une pression pour mettre un terme à ses demandes uniquement en raison des conséquences financières que pourrait lui imposer un juge. Cela irait à l'encontre de l'aspect volontaire de la médiation et nuirait à la légitimité du processus.

La présence des parties, leur capacité de prendre une décision et la préparation de certains documents avant la médiation peuvent donc constituer des critères de participation souhaitable. Ces critères permettent d'évaluer la conduite des parties avant que ne débute la médiation, sans que cela n'ait d'effet sur leur comportement pendant celle-ci⁸⁵⁸.

Et pour les cas où la médiation se fait par référence discrétionnaire par un juge, celui-ci devrait expliquer clairement aux parties les attentes qu'il a quant à leur degré de participation dans la médiation pour éviter toute ambiguïté⁸⁵⁹.

Zylstra propose aussi certaines mesures qui pourraient être employées par les médiateurs afin d'augmenter la participation des justiciables. Par exemple, l'exigence de bonne foi pourrait être incluse dans l'entente de médiation. Cela permettrait de mettre la table et d'établir les règles du jeu dès le départ pour les parties⁸⁶⁰. D'un autre côté, l'importance que les parties accordent à cette entente de médiation n'est pas toujours très grande. Cette proposition a donc peu de chance d'avoir un impact significatif. Les différentes techniques de médiation comme le caucus et l'ajournement pourraient cependant être utilisées pour favoriser la bonne foi de tous⁸⁶¹. Selon certains, le fait que les parties aient à assumer elles-mêmes les honoraires du médiateur pourrait aussi les inciter à participer plus activement à la médiation⁸⁶².

⁸⁵⁷ *Id.*, 206

⁸⁵⁸ D. QUEK, préc., note 79, 496

⁸⁵⁹ U. BOETTGER, préc., note 423, 43; A. ZYLSTRA, préc., note 480, 100

⁸⁶⁰ A. ZYLSTRA, préc., note 480, 100

⁸⁶¹ *Id.*

⁸⁶² *Id.*; S. SHAVELL, préc., note 765, 8

Plusieurs avenues peuvent donc être envisagées pour encourager les parties à s'investir pleinement dans la médiation, mais si une évaluation de leur participation est requise, il doit être possible de la faire avant le début de la médiation afin de ne pas influencer les décisions qu'elles prendront lors du processus. Il reviendra au médiateur, et aux avocats des parties de trouver des solutions pour assurer une participation adéquate des parties.

Section 4 : La prise en compte des différences culturelles et les autres mesures pour favoriser la médiation

La réunion des éléments que nous avons soulignés comme « bonnes pratiques » dans la médiation obligatoire ne constitue pas une panacée. Il ne faudrait surtout pas appliquer aveuglément les enseignements d'un programme à un autre sans tenir compte de la culture locale. Au même titre que la culture des juristes est importante pour la réussite d'un programme de médiation obligatoire, celle des justiciables l'est tout autant. Certains peuples ont une plus grande tendance à se tourner vers des modes de PRD⁸⁶³, alors que pour d'autres, c'est le procès qui doit être priorisé⁸⁶⁴.

En étudiant le phénomène de la médiation, on nous suggère parfois de s'inspirer de ce qui se fait en Asie, notamment en Chine où le recours à la médiation est quasi-systématique et où la médiation obligatoire fait partie des mœurs depuis longtemps. Or, cette comparaison s'avère hasardeuse. La place du médiateur et son rôle sont bien différents en Chine et au Canada par exemple⁸⁶⁵. L'impartialité et l'indépendance des juges, notamment ceux qui agissent comme médiateurs, sont moins importantes en Chine qu'en Occident⁸⁶⁶ et la possibilité pour ceux-ci d'obtenir une promotion est souvent tributaire du nombre de dossiers

⁸⁶³ L. ADRIAN, préc., note 444, à la p. 97 (Danemark); A. KARI SPERR, préc., note 84, à la p. 335-336 (Norvège)

⁸⁶⁴ Nabil N. ANTAKI, « Cultural Diversity and ADR Practices in the World », dans Jean-Claude GOLDSMITH, Gérard POINTON et Arnold INGEN-HOUSZ (dir.), *ADR in Business, Practices and Issues Accross Countries and Cultures*, Alphen aan den Rijn (Pays-Bas), Kluwer Law International, 2006, p.265, à la p. 274-296 ; G. DE PALO et A. E. OLESON, préc., note 95, à la p. 243 (Italie); B. HESS et N. PELZER, préc., note 92, à la p. 212 (Allemagne); P. G. MAYR et K. NEMETH, préc., note 585, à la p. 69 (Autriche); P. NOREAU, *Droit préventif. Le droit au-delà de la loi*, préc., note 5, p. 33; M. PEL, préc., note 55, à la p. 315 (Pays-Bas); I. VEROUGSTRAETE, préc., note 57, à la p. 97 (Belgique); Enriquer VESCOVI, préc., note 469, à la p. 178

⁸⁶⁵ Sarah E. HILMER, « Theory and Practice of Court-Annexed Mediation in China: Quo Vadis? », dans Tania SOURDIN et Archie ZARISKI (dir.), *The Multi-tasking judge. Comparative judicial dispute resolution*, Sydney (Australie), Thomson Reuters, 2013, p.103, à la p. 112

⁸⁶⁶ Archie ZARISKI et SHI Chang-qing, « Settlement Judges East and West: A Comparison of Judicial Settlement Activity in China and Canada », dans Tania SOURDIN et Archie ZARISKI (dir.), *The Multi-tasking judge. Comparative judicial dispute resolution*, Sydney (Australie), Thomson Reuters, 2013, p.121, à la p. 124

qu'ils parviennent à régler sans la tenue d'un procès⁸⁶⁷. Au surplus, la culture chinoise encourage les parties à chercher l'harmonie dans leur relation afin d'assurer la paix sociale⁸⁶⁸. La médiation n'est donc pas vue uniquement comme un processus de résolution des conflits, mais surtout comme un exercice éducatif lors duquel le juge-médiateur jouit d'une grande autorité quant au sort des parties⁸⁶⁹.

La manière de mener une médiation peut varier énormément d'une culture à l'autre. Comme le rappelle Isabelle Gunning par rapport au modèle étatsunien de médiation dont s'est fortement inspiré le Canada,

« Mediation, as a method of resolving disputes, has a long tradition that is not exclusively American. The American emphasis on non-intervention as the mark of neutrality is a product of the culture. Other cultures have made different choices on the "activism" of mediators. For example in both the Navajo Peacemaker Court and the Filipino Katarungang Pambarangay system, traditional methods of non-adversarial dispute resolution are kept alive which involve "mediators", called peacemakers or barangay captains, who intervene much more actively than their American counterparts even though they too are not decisionmakers for the parties. »⁸⁷⁰

Ainsi, alors que la médiation se traduit par un concept différent d'une culture à l'autre, on ne peut appliquer la règlementation entourant son imposition sans égards au type de médiation qu'elle impliquera et aux parties qui en seront les objets. La variété des types de médiation privilégiée par les médiateurs (évaluative, distributive, facilitative ou transformative⁸⁷¹) doit être considérée lors de l'importation d'un modèle de médiation obligatoire. Il faut aussi garder en tête que l'objectif des parties qui entrent en médiation est souvent de régler leur conflit purement et simplement :

« Mediation participants, including individuals, organizations, mediators, and attorneys, consider settlement the primary goal of mediation. Process-oriented values may not be valued as highly by participants as they are by mediators and academics. »⁸⁷²

⁸⁶⁷ S. E. HILMER, préc., note 865, à la p. 114; A. ZARISKI et SHI C.-q., préc., note 866, à la p. 124

⁸⁶⁸ A. ZARISKI et SHI C.-q., préc., note 866, à la p. 128

⁸⁶⁹ S. E. HILMER, préc., note 865, à la p. 113

⁸⁷⁰ Isabelle R. GUNNING, « Diversity Issues in Mediation: Controlling Negative Cultural Myths », (1995) *J. Disp. Resol.* 55, 83-84

⁸⁷¹ P.-C. LAFOND et M. THÉRIAULT, préc., note 7, aux p. 68-69

⁸⁷² B. EDWARDS, préc., note 11, 319

Il faut enfin s'assurer que les modalités du programme que l'on souhaite importer s'harmonisent bien avec les mesures déjà en place pour favoriser le recours aux différents modes de PRD. Le projet pilote du *Central London County Court* témoigne de l'échec que peut avoir une importation aveugle d'un modèle étranger. En 2004, la ville de Londres avait lancé un programme de médiation obligatoire en tous points semblable à celui de l'Ontario. Or, alors que l'Ontario pouvait se féliciter de son succès, le projet anglais s'est plutôt soldé par un échec retentissant alors que près de 80 % des dossiers faisaient l'objet d'une demande d'exemption et que les juges ne semblaient pas vouloir inciter les parties à participer à la médiation contre leur gré. L'accueil peu chaleureux que les juges ont réservé au programme et la publication de la décision *Halsey* à la même époque, qui précisait qu'on ne pouvait imposer aux parties d'avoir recours à la médiation, ont sans doute contribué à cet échec⁸⁷³.

Il est essentiel de tenir compte de tous ces aspects avant d'imposer la médiation aux justiciables. Il faut prendre le temps de choisir les modalités les plus appropriées avant d'implanter un programme de médiation à grande échelle. Dans certains cas, l'obligation de médiation n'est peut-être pas la solution idéale. Il s'agit d'une proposition parmi tant d'autres qui peuvent favoriser l'utilisation des modes de PRD. D'autres mesures peuvent aussi permettre d'augmenter le recours à la médiation et d'assurer une meilleure satisfaction des parties.

Par exemple, l'éducation auprès des juristes et de la population quant à la médiation est une première étape importante⁸⁷⁴. Même le meilleur des programmes de médiation obligatoire, s'il n'informe pas correctement les justiciables et les juristes sur ce qu'est la médiation et les avantages qu'elle comporte, ne réussira pas à changer les mentalités.

Certains suggèrent également qu'un meilleur encadrement juridique de la médiation et des privilèges du médiateur pourraient favoriser un plus grand engouement pour ce mode de

⁸⁷³ H. GENN, S. RIAHI et K. PLEMING, préc., note 35, à la p. 146; D. QUEK, préc., note 79, 501-502

⁸⁷⁴ Frédérique FERRAND, « Regulation of Dispute Resolution in France: Evolutions and Challenges », dans STEFFEK, F. et H. UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford (Royaume-Uni), Hart Publishing, 2013, p. 175, à la p. 205; Lord Rupert JACKSON, « Chapter 36. Alternative Dispute Resolution », dans *Review of Civil Litigation and Costs: Final Report*, Londres (Royaume-Uni), Ministère de la Justice du Royaume-Uni, 2009, p.355, à la p. 363

PRD⁸⁷⁵. Cette affirmation reste encore à prouver alors que d'autres prétendent plutôt qu'une réglementation serait sans effet⁸⁷⁶ ou aurait un impact négatif sur la flexibilité du processus⁸⁷⁷.

D'autres obligations comme celle de remplir un formulaire peuvent aussi inciter les parties à avoir recours à la médiation sans nécessairement les en obliger. Il suffit de penser au « *Genuine Steps Statement* » de l'Australie, au « *Pre-action Protocol* » de l'Angleterre, et au protocole de gestion de l'instance du Québec. Les avocats italiens ont eux aussi une obligation à ce titre envers leurs clients. Ils doivent leur proposer divers modes de règlements de leur différend et leur faire signer un formulaire à cet effet⁸⁷⁸. Ces quatre modèles, bien que les obligations qui en découlent varient, ont l'avantage de permettre aux parties de considérer plus sérieusement la médiation dans la recherche du mode le plus approprié pour régler leur différend.

Le modèle que nous avons décrit comme la médiation obligatoire automatique par adhésion, bien qu'elle ne constitue pas une médiation à proprement parler, peut aussi être une avenue intéressante. Le succès des séances d'informations sur la médiation et la coparentalité au Québec nous permettent d'espérer qu'un modèle semblable pour la médiation civile de manière plus générale pourrait inciter les parties à avoir recours plus amplement à ce mode de PRD⁸⁷⁹.

Peu importe le modèle choisi pour augmenter l'usage des modes de PRD, il faut se garder de rejeter du revers de la main la proposition de médiation obligatoire simplement parce qu'elle semble constituer un oxymore. À cet effet, certains auteurs nous rappellent que :

« On closer inspection, from a policy point of view the true oxymoron, based on empirical evidence from all over the world is voluntary mediation. There is simply no country where there is a significant number of mediations, where there are no mandatory elements in getting parties to experience mediation. »⁸⁸⁰

Un minimum de contrainte est donc nécessaire afin d'encourager les parties à avoir recours à la médiation. À différents niveaux, la médiation obligatoire peut offrir une réponse aux

⁸⁷⁵ F. STEFFEK, H. UNBERATH, et als., préc., note 667, à la p. 15-18

⁸⁷⁶ G. DE PALO, A. FEASLEY et F. ORECCHINI, préc., note 64, p. 719

⁸⁷⁷ S. GUILLEMARD, préc., note 39, 211-213

⁸⁷⁸ *Decreto legislativo*, préc., note 219, art. 4(3)

⁸⁷⁹ P. L. CARSON, préc., note 460, 15

⁸⁸⁰ G. DE PALO et R. CANESSA, préc., note 96

problèmes de popularité de la médiation volontaire. Comme nous l'avons démontré, les avantages qu'elle présente peuvent parfois être plus nombreux que les dangers qu'elle sous-tend. De même, certaines précautions permettent d'éliminer ou de réduire plusieurs des craintes envisagées. La nécessité d'avoir un modèle harmonisé avec les mesures déjà mises en place est sans doute le point le plus important à retenir. La préservation du caractère confidentiel de la médiation devrait aussi être au centre des priorités, surtout dans l'évaluation du degré de participation. À cet effet, il est essentiel d'exiger des participants à la médiation la préparation de certains documents, et ce, dès le début des procédures afin de les inciter à négocier le plus tôt possible. Gardons en tête que l'objectif n'est pas nécessairement que les parties en arrivent à un règlement, mais plutôt de devancer le moment où ce règlement inévitable interviendra. Enfin, peu importe le modèle choisi, il faut laisser une certaine liberté aux parties. Il faut qu'elles puissent faire des choix, que ce soit celui du médiateur ou du moment où elles entament la médiation, certaines décisions doivent venir des parties afin de favoriser leur sentiment d'engagement dans le processus et envers l'éventuelle entente qui en découlera. La médiation obligatoire devrait donc être envisagée avec un souci particulier d'équilibre entre les différents éléments de contrainte et de liberté qu'elle met de l'avant.

CONCLUSION

Plusieurs motifs sont à l'origine du développement de la médiation obligatoire. La perte de confiance envers les tribunaux et leur manque d'accessibilité ont poussé les justiciables à se tourner vers d'autres modes de résolution de leurs conflits. Or, la médiation reste encore trop peu populaire auprès de ceux qui s'engagent dans l'arène judiciaire. Une obligation de médiation a donc été perçue par certains comme la solution tout indiquée afin de faire découvrir ce mode de règlement à un plus grand nombre de personnes, en plus de briser certaines barrières qui empêchaient les parties de proposer la médiation à leur adversaire.

L'expérience d'imposer aux parties d'essayer de régler leur différend par elles-mêmes devant un tiers neutre a été tentée à plusieurs endroits. Que l'on pense aux programmes de médiation automatique de la Saskatchewan et de l'Ontario ou encore à l'implantation d'un projet pilote à la division des petites créances de la Cour du Québec, la médiation obligatoire a la cote. Même son de cloche pour les programmes qui fonctionnent par référence d'un juge. Les exemples de l'Australie et de la Cour provinciale de l'Alberta démontrent bien que la médiation obligatoire peut être synonyme de succès. D'autres modèles plus originaux, comme celui proposé par la Colombie-Britannique où ce sont les parties qui détiennent le pouvoir de choisir si la médiation est appropriée ou non, peuvent aussi servir d'exemples. Enfin, la version quasi obligatoire de la médiation est une pratique qui semble de plus en plus en vogue. Des obligations indirectes incitant les parties à avoir recours à différents modes de PRD ont fait leur apparition en Australie et en Angleterre ces dernières années.

Certains programmes n'ont toutefois pas su résister aux épreuves que présente la médiation obligatoire. Citons la tentative italienne de médiation obligatoire à grande échelle de 2010 et le défunt programme albertain qui proposait aux parties des options variées pour la résolution de leurs conflits. Le pouvoir des juges italiens de référer les parties à la médiation ne semble pas non plus avoir pris son envol, alors que peu d'entre eux l'utilisent. Le sous-financement des institutions, la réticence des acteurs du milieu et les contestations judiciaires ne sont que quelques-uns des obstacles auxquels les programmes de médiation obligatoire doivent faire face.

Malgré ces quelques insuccès, on peut conclure que la médiation obligatoire gagne en popularité un peu partout en Occident. Des modèles qui sont adéquatement conçus et adaptés à la culture locale sauront se tailler une place au sein de la communauté juridique. On retiendra ainsi l'exemple de la médiation obligatoire en Saskatchewan qui a su transformer l'attitude des avocats face à la médiation. Le succès du programme ontarien, plus particulièrement dans la région d'Ottawa, témoigne aussi d'un changement de mentalité chez les intervenants de justice.

Les exemples présentés nous permettent de soutenir que la médiation obligatoire ne doit pas automatiquement être vue comme un oxymore contrairement à ce qu'en pensent certaines critiques. Un programme de médiation obligatoire bien construit peut s'avérer bénéfique. Comme plusieurs chercheurs l'ont démontré, la volonté des parties à l'intérieur de la médiation n'est pas forcément influencée par la manière dont elles intègrent le processus. L'obligation d'assister à une séance de médiation n'entraînerait donc pas nécessairement un sentiment de contrainte lors des discussions qui s'y tiendront, ou même, quant au règlement qui pourrait intervenir entre les parties. Nous ne prétendons pas que l'obligation d'intégrer le processus est sans risques, mais plutôt que la plupart de ces risques peuvent être contrôlés si le programme est bien construit, notamment par une formation adéquate des médiateurs et du personnel judiciaire qui réfère les parties à la médiation.

Le niveau élevé de satisfaction que retirent les parties de la médiation témoigne d'ailleurs d'un certain succès de ces programmes. Il confirme que la médiation répond à une réelle demande d'une justice différente, qu'elle soit imposée ou volontaire. Et cette satisfaction se fait également sentir chez les avocats qui découvrent la médiation sous un nouveau jour en y étant confrontés sur une base régulière.

Même si les taux de règlement des dossiers qui sont passés par la médiation ne sont pas aussi remarquables lorsque le processus a été entamé de manière obligatoire, par comparaison à la médiation volontaire, il faut se garder de tirer la conclusion d'un échec. Les données doivent être analysées sur l'ensemble des dossiers ouverts devant les tribunaux, et non seulement sur ceux qui ont effectivement participé à une séance de médiation. Le taux de règlement devient donc beaucoup plus impressionnant. Il ne faudrait pas non plus se fier uniquement aux statistiques touchant la résolution complète des dossiers pour juger de la

pertinence d'un programme de médiation obligatoire. Rappelons que la majorité, pour ne pas dire la quasi-totalité, des dossiers qui sont ouverts devant la Cour se régleront avant d'arriver à procès. Ce n'est donc pas nécessairement le nombre de dossiers réglés qu'il importe d'examiner, mais plutôt le moment et la manière dont ils sont réglés⁸⁸¹. Sur ces points, la médiation peut aider les parties à en arriver à une entente plus tôt dans le processus, qu'elle soit obligatoire ou volontaire, et peut-être même à une entente plus satisfaisante.

L'obligation de médiation peut évidemment avoir un impact sur les différentes techniques qu'utilisent les médiateurs. Elle influence également certains éléments psychologiques inhérents à la médiation volontaire qui incitent normalement les parties à négocier de bonne foi. Or, comme nous l'avons souligné, aucun d'entre eux n'est insurmontable. De nouvelles techniques peuvent être mises en place pour assurer la collaboration des parties. Une attention particulière portée à la manière dont les parties intègrent le processus peut également aider à recréer certaines prédispositions à la négociation de bonne foi chez le justiciable. Et comme plusieurs chercheurs l'ont aussi démontré, les gens qui intègrent la médiation obligatoire ne le font pas nécessairement contre leur gré, mais plutôt parce qu'ils ne connaissent pas suffisamment le processus ou encore par simple inertie. Ils ne devraient donc pas se priver aveuglément d'un outil comme l'obligation de médiation qui leur permet de découvrir un nouveau moyen de résoudre leur conflit et d'être plus actifs dans la gestion de celui-ci.

Certaines craintes demeurent toutefois bien réelles et il importe d'en tenir compte lors de l'élaboration et de la mise en œuvre d'un programme de médiation obligatoire afin de ne pas mettre en péril les droits des parties et la légitimité de la médiation. Il faut ainsi porter une attention particulière à l'équilibre des pouvoirs entre les parties. Une formation adéquate des médiateurs et une sélection rigoureuse des dossiers référés à la médiation ne sont que quelques moyens qui peuvent être mis en place pour assurer une plus grande équité de la médiation. À cet effet, il faut aussi circonscrire l'étendue de l'obligation de participation qui est exigée. Une exigence de participation trop stricte et qui n'est pas susceptible d'évaluation neutre et préalable à la médiation peut difficilement se réconcilier avec la nature confidentielle et informelle du processus. Au même titre, les parties pour qui la médiation ne serait pas

⁸⁸¹ C. MENKEL-MEADOW, préc., note 428, 2664-2665

appropriée, comme ceux qui vivent des situations de violence physique ou psychologique, doivent pouvoir être exemptés d'y participer. Il faut toutefois être prudent et ne pas tomber dans une procédure d'exclusion trop laxiste qui aurait pour effet de rendre l'obligation de médiation inopérante.

Les programmes doivent aussi offrir de la flexibilité notamment dans le choix du moment où les parties peuvent entamer la médiation, et si possible, dans le choix du médiateur. Cette latitude leur permet de garder le contrôle sur le processus et favorise leur *empowerment*. À l'inverse, une certaine rigueur est de mise quant au moment où les parties doivent intégrer la médiation. En effet, il serait illusoire de laisser aux parties la liberté de trainer les procédures en longueur et de ne commencer les négociations qu'à la veille du procès, alors que les programmes de médiation obligatoire visent justement à devancer le règlement d'un dossier qui interviendrait de toute manière. Il faut donc trouver le juste équilibre entre l'équité, l'absence de formalisme et l'efficacité.

Tous ces éléments doivent être considérés lors de l'élaboration d'un programme de médiation obligatoire, et surtout lors du choix du modèle. Parmi les modèles proposés, soient la médiation obligatoire automatique, la médiation obligatoire par référence discrétionnaire ou la médiation quasi obligatoire, il n'y en a pas un qui se démarque par son efficacité. Chacun présente certains avantages et inconvénients et il importe de choisir le modèle qui se marie le mieux avec les mesures d'encouragement à la médiation déjà en place et à la culture juridique dans une collectivité donnée. L'importation d'un modèle éprouvé à l'étranger n'est pas garant de réussite, puisque le succès d'un programme repose sur une multitude d'éléments qui varient d'une société à une autre.

Enfin, aucun effort ne devrait être ménagé pour inclure les acteurs du monde juridique dans la médiation. Les études démontrent que l'exposition accrue des avocats à la médiation augmente la confiance que ceux-ci ont envers le processus et les chances qu'ils ont de le recommander à leurs clients par la suite. Il faut donc s'assurer que les avocats et les juges se voient attribuer un rôle actif dans le processus de médiation et dans le développement du programme de médiation. Ils doivent être consultés afin de ne pas sentir qu'un programme dont ils n'ont que faire leur est imposé. Le dialogue entre les différents acteurs est essentiel pour le changement de culture juridique tant espéré ces dernières années.

L'étude des divers programmes de médiation obligatoire nous a permis de constater que malgré certains désavantages que peut apporter une imposition de la médiation, les avantages que les justiciables et les acteurs du système judiciaire peuvent retirer d'une telle expérience sont généralement plus nombreux que les inconvénients. Nous pouvons en conclure que les effets de la médiation obligatoire ne sont pas aussi drastiques que certains commentateurs souhaiteraient nous faire croire. Elle peut favoriser un meilleur accès à la justice malgré son caractère contraignant. Avec une idée claire des dangers potentiels qui peuvent survenir, il est possible de mettre en place un programme de médiation obligatoire qui saura répondre aux besoins des justiciables et pourra offrir des économies de temps et d'argent autant à ceux qui y participent, qu'à tous les usagers du système judiciaire.

Il faudrait toutefois se garder de voir la médiation obligatoire comme une panacée. Elle peut être souhaitable pour une certaine période, mais ne devrait pas forcément être envisagée comme un modèle à long terme. Elle permet aux gens de se familiariser avec le processus et de développer un « réflexe médiation », lorsque confronté à un conflit. Il faut la considérer seulement pour la période nécessaire au changement des mentalités, sans quoi la médiation risque de trop se judiciariser et de perdre son essence pour ne constituer qu'une étape supplémentaire dans le labyrinthe judiciaire. Il faut s'assurer que l'objectif du programme soit d'abord de développer cette nouvelle culture, plutôt que de simplement réaliser des économies de temps et d'argent.

Enfin, il peut être difficile de prévoir l'influence qu'aura une mesure ou une autre sur le développement de la médiation et sur ses acteurs. On peut toutefois espérer que la médiation obligatoire saura poser les jalons du changement de culture tant souhaité au cours des dernières décennies. Comme le rappelait Michaela Keet :

« Mandatory mediation can have an enormous impact on individuals and communities involved in conflict. However, one of its largest legacies may be its impact on the way the civil justice system operates. »⁸⁸²

Il convient de cesser d'envisager la médiation obligatoire uniquement pour les règlements qu'elle peut produire directement. Ses effets vont au-delà de ce qui se passe lors d'une séance

⁸⁸² M. KEET, « The Evolution of Lawyers' Roles in Mandatory Mediation: A Condition of Systemic Transformation », préc., note 147, 321

de médiation. Elle incite les parties à entamer des discussions plus tôt dans le processus par la préparation qu'elle demande aux parties. Elle peut aussi agir comme catharsis pour les parties qui auront enfin l'occasion de raconter leur histoire sans se soucier de la qualification juridique de leur conflit. Elle permet du même coup d'ouvrir les canaux de communication qui auraient pu se fermer avec l'introduction de procédures judiciaires. Même si elle n'aboutit pas à un règlement complet du litige, elle offre la possibilité aux parties de s'entendre sur certains points diminuant ainsi le nombre de requêtes devant les tribunaux. Enfin, elle sert surtout à remettre les parties au centre de leur dossier et à humaniser la résolution de leur conflit⁸⁸³.

Il sera intéressant de suivre l'actualité des prochains mois afin de voir quelles leçons nous pourrions tirer du projet pilote actuellement en cours à la division des petites créances de la Cour du Québec. Aucune étude approfondie ne semble être menée sur le sujet pour le moment. Il faudra aussi attendre pour voir si le projet sera élargi à d'autres districts judiciaires, ou à d'autres domaines de droit. Plus encore, il faudra voir si l'expérience sera assez concluante pour modifier l'article 2 du nouveau *Code de procédure civile* qui prévoit justement que « [l]es parties qui s'engagent dans une procédure de prévention et de règlement des différends le font volontairement » (nos soulignements) afin d'imposer la médiation aux parties.

L'interprétation que feront les tribunaux des premiers articles du nouveau Code est aussi à surveiller. Peu de décisions traitent actuellement de la portée exacte de l'obligation de « considérer » les différents modes de PRD au Québec. Certains éléments tendent à nous indiquer que l'obligation est peu contraignante pour les parties, mais l'avenir pourrait bien changer les choses. Comment les tribunaux interpréteront-ils ce nouvel outil? Opteront-ils pour l'interprétation qu'ont faite leurs homologues anglais et australiens d'une obligation similaire, imposant une forme de médiation quasi obligatoire aux justiciables? Ou favoriseront-ils une interprétation hybride entre la simple obligation de considérer l'existence des modes de PRD et celle de réellement s'y prêter? L'avenir nous dira si une quasi-obligation de médiation est en train de se dessiner au Québec.

⁸⁸³ MINISTRY OF ATTORNEY GENERAL, préc., note 425, 225-226

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DE LA LÉGISLATION

Textes canadiens des provinces de common law

Homeowner Protection Act, SBC 1998, c.31, art.29

Notice to Mediate (Residential Construction) Regulation, Reg. 152/99 (B.C.)

Insurance (Vehicle) Act, RSBC 1996, c.231, art.96

Notice to Mediate Regulation, Reg. 127/98 (B.C.)

Judicature Act, R.S.A. 2000, c.J-2, art.28.1-28.3

Alberta Rules of Court, Reg. 124/2010 (Alta)

Law and Equity Act, RSBC 1996, c.253, art.68

Notice to Mediate (Family) Regulation, Reg. 296/2007 (B.C.)

Notice to Mediate (General) Regulation, Reg. 4/2001 (B.C.)

Loi de 1998 sur la Cour du Banc de la Reine, L.S. 1998, c. Q-1.01

Règlement sur la Cour du Banc de la Reine, R.R.S. c. Q-1.01, Règl. 1

Provincial Court Act, R.S.A. 2000, c.P-31, art.9, 65-68

Mediation Rules of the Provincial Court – Civil Division, Reg. 271/1997 (Alta)

Règles de Procédure civile, R.R.O., 1990, Reg.194 (Ont.)

Honoraires des médiateurs (règle 24.1, règles de procédure civile), Reg. 451/98(Ont.)

Rules of the Supreme Court, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D, Rule 37A Court Ordered Mediation

The Justice and Attorney General Act, S.S. 1983, c. J-4.3

Mediation Services Fees Regulations, 1994, R.R.S. c. D-18.2, Règl. 3

The Saskatchewan Farm Security Act, S.S. 1988-89, c. S-17.1

Textes québécois

Code de déontologie des avocats, RLRQ c. B-1, r. 3.1

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01

Règlement établissant un projet pilote de médiation obligatoire pour le recouvrement des petites créances découlant d'un contrat de consommation, RLRQ, c. C-25.01, r.1

Règlement sur la médiation des demandes relatives à des petites créances, RLRQ c C-25.01, r 0.6

Règlement sur la médiation familiale, RLRQ c C-25.01, r 0.7
Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, projet de loi n° 28 (sanctionné – 21 février 2014), 1^{re} sess., 40^e légis. (Qc)
Loi sur la justice administrative, RLRQ, c. J-3, art.120
Loi portant réforme du Code de procédure civile, projet de loi n° 54 (sanctionné – 8 juin 2002), 2^e sess., 36^e légis. (Qc)

Textes australiens

Alternative Dispute Resolution Act 2001, (Tas)
Civil Dispute Resolution Act 2011, (Cth) No.17
CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS DU PARLEMENT DU COMMONWEALTH DE L'AUTRALIE,
Explanatory Memorandum - Civil Dispute Resolution Bill 2010
Civil Law (Wrongs) Act 2002, (ACT)
Civil Procedure Act 2005, (NSW)
Civil Procedure Act 2010, (Vic)
Civil Procedure and Legal Profession Amendments Act 2011 (Vic)
Court Procedures Act 2004, (ACT)
Court Procedures Rules 2006, (ACT)
Evidence Act 2011, (ACT)
Family Law Act 1975, (Cth)
Farm Debt Mediation Act 1994, (NSW)
Federal Court of Australia Act 1976, (Cth)
Federal Court Rules 2011 (SLI No 134 of 2011), (Cth)
Local Court (Civil Jurisdiction) Act 1989, (NT)
Local Court Rules, (NT)
Supreme Court Act 1935, (SA)
Supreme Court Civil Rules 2006, (SA)
Supreme Court Civil Supplementary Rules 2014, (SA)
Supreme Court Act 1935, (WA)
Rules of the Supreme Court 1971, (WA)
Supreme Court Act 1970, (NSW)
Supreme Court (General Civil Procedure) Rules 2005, (Vic)

Textes italiens

Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, JO, 5 mars 2010, n° 53

Decreto legislativo, JO, 4 mars 2010, n° 28 (It.)

Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile, JO, 19 juin 2009, SO 95

Textes anglais

The Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes Regulation 2015 (R-U), No.1392

Civil Procedure Act 1997 (R-U), c.12

Civil Procedure Rules 1998 (R-U), No 3132 (L.17)

Autres textes étrangers

Rules and Procedures of the Alternative Dispute Resolution Program, Supreme Court, New York County, Commercial Division

General Order #47. Mandatory Mediation Program, United States District Court for the Northern District of New York, 23 mai 2016, Section 2.1 A, en ligne:

<http://www.nynd.uscourts.gov/sites/nynd/files/general-ordes/GO47_9.pdf>

Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, SR 272

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

Jurisprudence canadienne des provinces de common law

A. (D.) v. Canada (Attorney General), 1998 CanLII 13365 (SK QB)
Alberta Construction Consulting Associates Ltd. v. Hy-Lok Canada Inc., 2011 ABQB 710
Bank of Nova Scotia v. Powers, 1989 CanLII 4677 (SK Q.B.)
Drodge et al. v. Martin et al., 2005 NLTD 73
G.O. v. C.D.H., 2000 CanLII 22691 (ON S.C.)
IBM Canada Limited v. Kossovan, 2011 ABQB 621
Le Soleil Hotel & Suites v. Le Soleil Management, 2008 BCSC 953
Matsqui First Nation v. Canada (Attorney General), 2015 BCSC 1409
Poplar Beach Campground Owners Corp v. Resort Village of Wakaw Lake, 2015 SKQB 245
Rogacki v. Belz, 2003 CanLII 12584 (ON S.C.)
Rossmesl v. Keewatin Yatthé Regional Health Authority, 2006 SKQB 120
Scott v. George Weston Ltd., 2004 CanLII 11880 (ON S.C.)
Serban v. Serban, 2016 BCSC 2419
Thompson v. Freeman, 2008 CanLII 41174 (ON S.C.)
Underhill v. Central Aircraft Maintenance Ltd., 2016 SKQB 354
Webb v. K-Mart Canada Ltd., 1999 CanLII 15078 (ON S.C.)
Welldone Plumbing, Heating & Air Conditioning (1999) Ltd. v. Total Comfort Systems Inc.,
2002 SKQB 475
Wheataliba Farms Ltd v. Alhauser, 2010 SKQB 391

Jurisprudence québécois

Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc., 2010 QCCA 1600 (CanLII)
Drolet c. Bradley, 2017 CanLII 4771 (QC C.M.)
K.P. c. SAAQ, SAS-M-074173-0103/SAS-M-080221-0110/SAS-M-080227-0110/ SAS-M-
086129-0204/SAS-M-099375-0307, 23 décembre 2004
Larue c. TVA Productions inc., 2011 QCCS 5493
Loiselle c. Industries Iko ltée, 2016 QCCQ 6973
Picard c. 9100-9910 Québec inc. (Vistech), 2016 QCCQ 5029
S. L. et Ministre de l'Emploi et de la Solidarité Sociale, 2006 CanLII 88634 (QC TAQ)

Jurisprudence étrangère

- Asic v. Rich*, [2005] NSWSC 489
- Binns v. Firstplus Financial Group Ltd* [2013] EWHC 2436 (QB)
- Burchell v. Bullard* [2005] EWCA Civ 358
- Courtwell Properties Ltd. v. Glencore PF (UK) Ltd.* [2014] EWHC 184 (TCC)
- Dunnet c. Railtrack plc*, EWCA Civ 303, [2002] 1 WLR 2434, CA
- Garritt-Critchley v. Ronnan* [2014] EWHC 1774
- Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002
- Higgins v. Higgins*, [2002] NSWSC 455
- Idoport Pty Ltd v. National Australia Bank Ltd et Donald Robert Argus*, [2001] 21 NSWSC 427
- Jarron & Anor v. Sellers* [2007] EWHC 1366 (Ch)
- Lakehouse Contracts Ltd v. UPR Services Ltd* [2014] EWHC 1223 (Ch)
- Mediazione*, Cour constitutionnelle, 6 décembre 2012, (2012), arrêt n° 272
- McMillan Williams c. Range*, [2004] EWCA Civ 294; [2004] 1 WLR 1858
- Northrop Grumman Mission Systems Europe Ltd v. BAE Systems (Al Diriyah C41) Ltd* [2014] EWHC 3148 (TCC)
- PGF II SA v. OMFS Company*, [2013] EWCA Civ. 1288
- P4 Ltd v. Unite Integrated Solutions plc* [2006] EWHC 2924
- Remuneration Planning Corporation Pty Ltd v. Fitton*, [2001] NSWSC 1208
- Returned & Services League of Australia (Queensland Branch) Sarina Sub Branch Inc v. Returned & Services League of Australia (Queensland Branch) (No 2)* [2012] FCA 1138
- Royal Bank of Canada Trust Corporation v. Secretary of State for Defence* [2003] EWHC 1841 (Ch)
- Singh v. Singh*, [2002] NSWSC 852
- Swain Mason v. Mills & Reeve*, [2012] EWCA Civ 498; [2012] S.T.C. 1760; [2012] 4 Costs L.O. 511
- Thomas v. Yates and Anor*, [2008] NSWSC 282
- Williams c. Range* [2004] EWCA Civ 294; [2004] 1 WLR 1858

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et ouvrages collectifs

- AVRUCH, K., *Culture & Conflict Resolution*, Washington D.C. (États-Unis), United States Institute of Peace Press, 1998
- BARUCH BUSH, R. A. et J. P. FOLGER, *The Promise of Mediation Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1994
- BLAKES, S., J. BROWNE et S. SIME, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, 4e édition, Oxford (Royaume-Uni), Oxford University Press, 2016
- DALLA BERNARDINA DE PINHO, H. et J. LOSS DE ANDRADE (dir.), *Contemporary Tendencies in Mediation*, Madrid (Espagne), Editorial Dykinson, 2015
- DE LEVAL, G., *Le citoyen et la justice civile : un délicat équilibre entre efficacité et qualité*, Bruxelles (Belgique), Bruylant, 2006
- DE PALO, G., A. FEASLEY et F. ORECCHINI (dir.), *Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis*, Bruxelles, Directorate-General for Internal Policies, European Parliament, 2011
- DE PAOLIS, F., *The controversial issue of Mandatory Mediation: the Italian experience*, Lambok (Indonésie), 2016, en ligne:
<<http://www.asiapacificmediationforum.org/wpfiles/wp-content/uploads/2016/02/DePaolisThe-controversial-issue-of-Mandatory-Mediationthe-Italian-experience.pdf>>
- DÉSY, A., *L'efficacité de la médiation judiciaire*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014
- FARROW, T. C.W., *Civil Justice, Privatization and Democracy*, Toronto, University of Toronto Press, 2014
- FISHER, R. et W. URY, *Getting to yes*, 3^e éd., New York, Penguin Books, 2011
- GIARD, M. et M. PROULX, *Pour comprendre l'appareil judiciaire québécois*, Sillery, Presse de l'Université du Québec, 1985
- GOH B. C., *Law Without Lawyers, Justice Without Courts. On traditional Chinese mediation*, Burlington (États-Unis), Ashgate, 2002
- GUILLEMARD, S. (dir.), *Le Code de procédure civile : quelles nouveautés?*, coll. Les Cahiers de droit, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016
- HENRY, S. *Private Justice. Towards Integrated theorising in the sociology of law*, London, Routledge & Kegan Paul, 1983
- LAFOND, P.-C., *L'accès à la justice au Québec. Portrait général*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012
- LAFOND, P.-C. (dir.), *Régler autrement les différends*, Montréal, LexisNexis, 2015

- LALONDE, L. et S. BERNATCHEZ (dir.), *Le Nouveau code de procédure civile du Québec. « Approche différente » et « accès à la justice »?*, Sherbrooke, les Éditions R.D.U.S., 2014
- LEGAULT, G. A., *Les modes de règlement des différends : vers une autre « justice »?*, coll. Essais et conférences, doc. n° 11, Chaire d'éthique appliquée, Université de Sherbrooke, Sherbrooke, CGC éditions, 2001
- MARQUIS, L., *Droit de la prévention et du règlement des différends (PRD): principes et fondements: une analyse dans la perspective du nouveau Code de procédure civile du Québec*, Sherbrooke, les Éditions R.D.U.S., 2015
- MENKEL-MEADOW, C., L. PORTER LOVE et A. KUPFER SCHNEIDER (dir.), *Mediation. Practice, Policy and Ethics*, 2^e éd., New York, Wolters Kluwer, 2013
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, DIVISION DE LA RECHERCHE ET DE LA STATISTIQUE, *Élargir nos horizons. Redéfinir l'accès à la justice au Canada : Compte rendu du symposium (31 mars 2000)*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000
- NOREAU, P., *Droit préventif. Le droit au-delà de la loi*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1993
- RELIS, T. *Perception in Litigation and Mediation : Lawyers, Defendants, Plaintiffs and Gendered Parties*, New York (États-Unis), Cambridge University Press, 2009
- RIENDEAU, A. (dir.), *Dire le droit: pour qui et à quel prix?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005
- ROOKE, J.D. *The Multi-Door Courthouse is Open in Alberta: Judicial Dispute Resolution is Institutionalized in the Court of Queen's Bench*, Faculté de droit, University of Alberta, Edmonton, mémoire de maîtrise, 2010
- SOURDIN, T. et A. ZARISKI(dir.), *The Multi-tasking judge. Comparative judicial dispute resolution*, Sydney (Australie), Thomson Reuters, 2013
- SPIGELMAN, J. J., *Address to the LEADR Dinner*, Sydney (Australie), University and Schools Club, 9 Novembre 2000
- STEFFEK, F. et H. UNBERATH (dir.), *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford (Royaume-Uni), Hart Publishing, 2013
- UZELAC, A. et C.H. VAN RHEE (dir.), *Public and Private Justice. Dispute Resolution in Modern Societies*, Intersentia Antwerpen, 2007

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

- ABEL, R.L., « Big Lies and Small Steps: A Critique of Deborah Rhode's *Too Much Law, Too Little Justice: Too Much Rhetoric, Too Little Reform* », (1997-1998) 11 *Geo. J. Legal Ethics* 1019
- ABEL, R.L., « Informalism: A Tactical Equivalent to Law? », (1985-1986) 19 *Clgh Rev* 375
- ABEL, R.L., « Mediation in Pre-Capitalist Societies », (1983) 3 *Windsor Y.B. Access Justice* 175

- ALLAMEHZADEH, M., « Pratique du droit et influence du comportement », (2015) 74 *R du B* 503
- ANTAKI, N. N., « Cultural Diversity and ADR Practices in the World », dans J.-C. GOLDSMITH, G. POINTON et A. INGEN-HOUSZ (dir.), *ADR in Business, Practices and Issues Across Countries and Cultures*, Alphen aan den Rijn (Pays-Bas), Kluwer Law International, 2006, p.265
- AUDET, P. E., « La médiation obligatoire pour les petites créances d'au plus 15 000\$ découlant d'un contrat de consommation », dans *Justice privée et décrochage judiciaire. Session IV : Le processus de résolution des différends (PRD) : un préalable obligatoire à la saisine du juge?*, Montréal, Les Entretiens Jacques-Cartier, 2014, p. 1
- BAYLIS, C. et R. CARROLL, « The Nature and Importance of Mechanisms for Addressing Power Differences in Statutory Mediation », (2002) 14-2 *Bond. L. Rev.* 285
- BELLEY, J.-G., « Le Droit comme *terra incognita* : Conquérir et construire le pluralisme juridique », (1997) 12-2 *Can. J.L. & Society* 1
- BELLEY, J.-G., « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science de droit », (2011) 26 *Can. J.L. & Society* 257
- BELLEY, J.-G., « Une justice de la seconde modernité: proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile », (2001) 46 *McGill L.J.* 317
- BELLEY, J.-G., « What Legal Culture for the Twenty-First Century? », (2011) 26 *Can. J.L. & Society* 237
- BERGIN, P.A., « The Objectives, Scope and Focus of Mediation Legislation in Australia », conférence donnée lors de *Mediate First*, Hong Kong, Hong Kong International Arbitration Center and The Hong Kong Mediation Council, 2012
- BOETTGER, U., « Efficiency Versus Party Empowerment – Against A Good-Faith Requirement In Mandatory Mediation », (2004) 23 *Rev. Litig.* 1
- BONAFÉ-SCHMITT, J.-P., « La médiation : une alternative à la justice? », dans N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Édition Thémis, 2002, p.141
- BRAZIL, W. D., « Comparing Structures for the Delivery of ADR Services by the Courts: Critical Values and Concerns », (1999) 14 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 715
- CARSON, P. L., « Mandatory Mediation: A Burden or Benefit », (2010-2011) 1 *Resolved J. Alternative Disp. Resol.* 13
- CASA, T. « Mandatory Mediation and Conciliation in California », (2006) 15 *San Joaquin Agric. L. Rev.* 117
- CLARKE, S. H. et E. E. GORDON, « Public Sponsorship of Private Settling: Court-ordered Civil Case Mediation », (1997) 19 *Just. Sys. J.* 311
- COYLE, M., « Defending the Weak and Fighting Unfairness : Can Mediators Respond to the Challenge? », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 625

- DAYTON, K., « The Myth of Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts », (1990-1991) 76 *Iowa L. Rev.* 889
- DE KOVACHICH, H., « La médiation privée et la conciliation judiciaire », dans Collection des habiletés 2016-2017, École du Barreau du Québec, *Justice participative*, Cowansville, 2016, p. 67
- DELGADO, R., C. DUNN, P. BROWN, H. LEE et D. HUBBERT, « Fairness and Formality: Minimizing the risk of prejudice in alternative Dispute resolution », (1985) *Wis. L. Rev.* 1359
- DEMEULENAERE, B., « La médiation et les droits des consommateurs », (1987) 7 *Windsor Y.B. Access Justice* 118
- DE PALO, G. et R. CANESSA, « Sleeping? Comatose? Only mandatory consideration of mediation can awake sleeping beauty in the European Union », (2014-2015) 16 *Cardozo J. Conflict Resol.* 713
- EDITOR'S NOTE, « Mandatory Mediation and Summary Jury Trial: Guidelines for Ensuring Fair and Effective Processes », (1990) 103 *Harv. L. Rev.* 1086
- EDWARDS, B., « Renovating the Multi-Door Courthouse: Designing Trial Court Dispute Resolution Systems to Improve Results and Control Costs », (2013) 18 *Harv. Negot. L. Rev.* 281
- ENGLE MERRY, S., « Book Review. Dispute without Culture », (1987) 100 *Harv. L. Rev.* 2057
- FELSTINER, W. L.F., « Influences of social organization on dispute processing », (1974-1975) 9 *Law & Soc'y Rev.* 63
- FISS, O. M., « Against Settlement », (1984) 93 *Yale L.J.* 1073
- FODDAI, M. A., « Mediation on Trial : Incongruencies within a Traditional Legal Paradigm », (2014) 4-1 *R.A.M.J.A.M.* 123
- GABELLINI, R., « The Italian Mediation Law Reform », (2010) 12-3 *ADR Bulletin* 64
- GALANTER, M., « La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux », dans M. CAPPELLETTI (dir.), *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984
- GALANTER, M., « The Duty Not to Deliver Legal Services », (1975-1976) 30 *U. Miami L. Rev.* 929
- GALANTER, M., « Why the “haves” come out ahead: Speculations on the limits of legal change », (1974-1975) 9 *Law & Soc'y Rev.* 95
- GORMLY, J., « The Children of the Revolution: A Change in Dispute Culture », discours donné lors de la *Dispute Resolution Conference, Dispute Resolution in the Next 40 Years: Répertoire or Revolution*, Sydney, University of New South Wales, 2 décembre 2011
- GRAMMOND, S. et N. VERMEYS, « La justice par... les médias et les médias sociaux », dans Colloque *Les voies de la justice du Consommateur*, Fondation Claude Masse, Montréal, 9 novembre 2017

- GREEN, G., « ADR : Where did the “alternative” go? Why mediation should not be a mandatory step in the litigation process », (2010) 12-3 *ADR Bulletin* 54
- GREER, S., « Should Pre-Action Protocols be Adopted by the New Zealand Civil Justice System? », (2014) 22 *Waikato L. Rev.* 165
- GRILLO, T., « The Mediation Alternative: Process Dangers for Women », (1991) 100 *Yale L.J.* 1545
- GU, W., « Civil Justice Reform in Hong Kong : Challenges and Opportunities for Development of Alternative Dispute Resolution », (2010) 40 *Hong Kong L.J.* 43
- GUILLEMARD, S., « Médiation, justice et droit : un mélange hétéroclite », (2012) 53-2 *C. de D.* 189
- GUNNING, I. R., « Diversity Issues in Mediation: Controlling Negative Cultural Myths », (1995) *J. Disp. Resol.* 55
- HANKS, M., « Perspectives on Mandatory Mediation », (2012) 35 *UNSWLJ* 929
- HEDEEN, T., « Coercion and Self-Determination in Court-Connected Mediation: All Mediations Are Voluntary, but Some Are More Voluntary than Others », (2005) 26 *Just. Sys. J.* 273
- HUGHES, P., « Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion? », (2001) 19 *Windsor Y.B. Access Justice* 161
- HUTCHISON, C. C., « The case for Mandatory Mediation », (1996-1997) 42 *Loy. L. Rev.* 85
- KATZ, L.V., « Compulsory Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two-Headed Monster or Two Sides of the Coin? », (1993) 22-33 *J. Disp. Resol.* 1
- KAKALIK, J. S., T. DUNWORTH, L. A. HILL, D. MCCAFFREY, M. OSHIRO, N. M. PACE et M. E. VAIANA, « An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation under the Civil Justice Reform Act: A Summary », (1997) 3 *Disp. Resol. Mag.* 4
- KEET, M., « From Litigation to Mediation: Using Advocacy Skills for Success in Mandatory or Court-Connected Mediation », (2001) 64 *Sask. L. Rev.* 57
- KEET, M., « The Evolution of Lawyers’ Roles in Mandatory Mediation: A Condition of Systemic Transformation », (2005) 68-2 *Sask. L. Rev.* 313
- KICHAVEN, J. G., « ADR Does Not Save Time or Money? Great News! », (1997) 3 *Disp. Resol. Mag.* 15
- KITAMURA, I., « L’avenir de la “justice conciliatoire” », *L’avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz/P.U.F./Éditions du JurisClasseur, 1999, p. 801
- KOVACH, K. K., « Lawyer Ethics in Mediation: Time for a Requirement of Good Faith », (1997-1998) 4 *Disp. Resol. Mag.* 9
- KUHN, S. C., « Mandatory Mediation: California Civil Code section 4607 », (1984) 33 *Emory L.J.* 733

- LUBAN, D., « Bargaining and Compromise: Recent Work on Negotiation and Informal Justice », (automne 1985) 14-4 *Philos. Public Aff.* 397
- MACDONALD, R.A., « Accessibilité pour qui? Selon quelles conceptions de la justice? », (1992) 33 *C. de D.* 457
- MACDONALD, R. A., « Access to Justice and Law Reform #2 », (2001) 19 *Windsor Y.B. Access Justice* 317
- MACFARLANE, J., « ADR and the Courts: Renewing our Commitment to Innovation », (2011-2012) 95 *Marq. L. Rev.* 927
- MACFARLANE, J., « Culture Change? A Tale of Two Cities and Mandatory Court-Connected Mediation », (2002) 2 *J. Disp. Resol.* 241
- MACFARLANE, J., « Mediating Ethically: The limits of Codes of Conduct and the Potential of Reflective Practice Model », (2002) 40 *Osgoode Hall L.J.* 49
- MACFARLANE, J., « Time to Shatter the Stereotype of Self-Represented Litigants », (2013) 1 *Disp. Resol. Mag.* 14
- MACFARLANE, J., « Why do People Settle », (2000-2001) 46 *McGill L.J.* 663
- MACFARLANE, J. et M. KEET, « Civil Justice Reform and Mandatory Civil Mediation in Saskatchewan: Lesson From a Maturing Program », (2005) 42-3 *Alta. L. Rev.* 677
- MACK, K., « Court Referral to ADR: The Legal Framework in Australia », (2004) 22 *Law Context: A Socio-Legal J.* 112
- MARRIE, M., « Alternative Dispute Resolution in Administrative litigation : a Call for Mandatory Mediation », (2010) 37-2 *Advoc. Q.* 149
- MASOOD, A. et B. BILLINGSLEY, « Evolution, revolution & culture shift: A critical analysis of compulsory ADR in England and Canada », (2016) 45-2-3 *CLWR* 186
- MCEWEN, C. A. et R. J. MAIMAN, « Mediation in Small Claims Court: Achieving Compliance Through Consent », (1984) 18 *Law & Soc'y Rev.* 11
- MCEWEN, C. A. et R. J. MAIMAN, « Small Claims Mediation in Maine: an Empirical Assessment », (1981) 33 *Me. L. Rev.* 237
- MCMUNIGAL, K. C., « The Cost of Settlement: The Impact of Scarcity of Adjudication on Litigating Lawyers », (1989-1990) 37 *UCLA L. Rev.* 833
- MENKEL-MEADOW, C., « Whose Dispute is it Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases) », (1994-1995) 83 *Geo. L.J.* 2663
- MINISTRY OF ATTORNEY GENERAL, « Ministry of Attorney General Green Paper : The Foundation of Civil Justice Reform », (2005) 63 *Advocate (Vancouver)* 221
- MORISSETTE, Y.-M., « (Dé)judiciarisation, (dé)juridicisation et accès à la justice », (1991) 51 *R du B* 585
- MUNRO, M., « Musing on the Consequences of Mandatory Mediation », (1999) 57 *Advocate (Van.)* 193
- MURABIT, A., « Overview of Mandatory Mediation Programs in Canada » (2015), Strathmore University, en ligne:

<<http://www.strathmore.edu/sdrc/uploads/documents/articles/Mandatory-Mediation-programs-in-Canada-Overview-June-2015.pdf>>

- NADER, L., « The ADR Explosion – The Implications of Rhetoric in Legal Reform », (1988) 8 *Windsor Y.B. Access Justice* 269
- NÉLISSE, C., « Le règlement déjudiciarisé : entre la flexibilité technique et la pluralité juridique », (1992) 23 *R.D.U.S* 269
- NOREAU, P., « Accès à la justice et démocratie en panne : Constats, analyses et projections », dans Pierre NOREAU (dir.), *Révolutionner la justice*, Montréal, Thémis, 2010, p. 13
- NOREAU, P., « La justice est-elle soluble dans la procédure? Repères sociologiques pour une réforme de la justice civile », (1999) 40 *C. de D.* 33
- OTIS, L., « Alternative Dispute Resolution: Judicial Mediation » dans *The early settlement of disputes and the role of Judges*. Actes de la 1^e Conférence européenne des juges 2003 tenue du 24 au 25 novembre 2003 à Strasbourg, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005, p. 67
- PEARSON, J. et N. THOENNES, « Divorce Mediation : An Overview of Research Results », (1985) 19 *Colum. J.L. & Soc. Probs.* 451
- PERREAULT, J., « La conciliation au Tribunal administratif du Québec : un incontournable! », dans S.F.C.B.Q., Barreau du Québec, *Développement récents en matière d'accidents d'automobiles*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 99
- PICHÉ, C., « La disposition préliminaire du Code de procédure civile », (2014) 73 *R du B* 135
- PRINCE, S., « ADR after the CPR: Have ADR initiatives now assured mediation as an integral role in the civil justice system in England and Wales? », dans D. DWYER (dir.), *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, Londres (Royaume-Uni), Oxford University Press, 2009, p.327
- POITRAS, J., A. STIMEC, J.-F. ROBERGE, « The negative impact of attorneys on workplace mediation outcomes: a myth or a reality? », (2010) 26-1 *Negotiation Journal* 9
- QUEK, D., « Mandatory Mediation: an Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program », (2010) 11 *Cardozo J. Conflict Resol.* 479
- REDFERN, M., « ADR : Where did the “alternative” go? A Response », (2011) 12-4 *ADR Bulletin* 90
- RESNIK, J., « Managerial Judges », (1982-1983) 96 *Harv. L. Rev.* 374
- RESNIK, J., « Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline », (1986) 53 *U. Chi. L. Rev.* 494
- RICHLER, J., « Court-Based Mediation in Canada », (2011) 50 *Judges J.* 14
- ROBERGE, J.F., S. A.-L. HOUNTOHOTEGBÈ et E. GRAHOVIC, « L'article 1^{er} du *Nouveau Code de procédure civile* du Québec et l'obligation de considérer les modes de PRD : des recommandations pour réussir un changement de culture » (2015) 49 *R.J.T.* 1

- ROBERGE, J.-F., S. A.-L. HOUNTOHOTEGBÈ et E. GRAHOVIC, « L'ère de la coopération procédurale et de la saine gestion de l'instance sous le nouveau Code de procédure civile du Québec », (2016) 75 *R. du B.* 391
- ROSENBERG, J. D., et H. J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis », (1994) 46 *Stan. L. Rev.* 1487
- ROȘU, A., « Meditation – Voluntary or Mandatory Procedure », (2010) 2010 *Acta U. Danubius Jur.* 121
- RUNDLE, O., « The purpose of court-connected mediation from the legal perspective », (2007) 10-2 *ADR Bulletin* 28
- SAMSON, P., « Le savoir-faire des avocats », (Février 2015) 47 *J. du Bar.* 11
- SANDER, F. E. A., « Another View of Mandatory Mediation », (hiver 2007) 13 *Disp. Resol. Mag.* 16
- SANDER, F. E. A., « Paying for ADR », (1992) 78 *A.B.A. J.* 105
- SANDER, F. E. A., H. W. ALLEN et D. HENSLER, « Judicial (Mis)use of ADR? A Debate », (1996) 27 *U. Tol. L. Rev.* 885
- SHAVELL, S., « Alternative Dispute Resolution : An Economic Analysis », (1995) 24 *J. Legal Stud.* 1
- STEARNS JOHNSEN, J., « Women and Negotiation: The Double Bind », (novembre 2015) 9 *Just. Res. E-News i.* 1
- STIPANOWICH, T. J., « ADR and the “Vanishing Trial”: The Growth and Impact of “Alternative Dispute Resolution” », (2004) 1 *J. Empirical Legal Stud.* 843
- SMITH, G., « Unwilling actors: Why Voluntary Mediation Works, Why Mandatory Mediation Might Not », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 847
- VESCOVI, E., « Le règlement des conflits hors des tribunaux », dans H. KÖTZ et R. OTTENHOF (dir.), *Les conciliateurs. La conciliation. Étude comparative*, coll. Études juridiques comparatives, Paris, Economica, 1983, p.173
- VETTORI, S., « Mandatory mediation: An obstacle to access to justice? », (2015) 15-2 *Afr. Hum. Rights Law J.* 355
- WEIXIA, G., « Civil Justice Reform in Hong Kong : Challenges and Opportunities for Development of Alternative Dispute Resolution », (2010) 40 *Hong Kong L.J.* 43
- WELSH, N. A., « The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization? », (2001) 6 *Harv. Negot. L. Rev.* 1
- WINSTON, D. S., « Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: “You Can Lead a Horse to Water...” », (1996) 11-1 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 187
- WISSELER, R. L., « Court-Connected Mediation in General Civil Cases: What We Know from Empirical Research », (2002) 17 *Ohio St. J. On Disp. Resol.* 641

- WISSELER, R. L., « The Effects of Mandatory Mediation : Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts », (1997) 33 *Willamette L. Rev.* 565
- WOODMAN, G. R., « The alternative law of dispute resolution », (1991) 31 *C. de D.* 1
- YEAZELL, S. C., « The Misunderstood Consequences of Modern Civil Process », (1994) *Wis. L. Rev.* 631
- ZYLSTRA, A., « The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled », (2001) 17 *J. Am. Acad. Matrimonial Law.* 69

Documents gouvernementaux et rapports

- ADR INSTITUTE OF ALBERTA, *ADRIA Mediation Advocacy Task Force Whitepaper*, Edmonton, 2016
- BARREAU DU QUÉBEC, *Barreau-Mètre 2015. la profession en chiffre*, Montréal, janvier 2015, en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/barreau-metre-2015.pdf>>
- COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *Rethinking Civil Justice: Research Studies For the Civil Justice Review*, Toronto, Commission de réforme du droit de l'Ontario, 1996
- CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Modèles d'administration des tribunaux judiciaires*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, Septembre 2006
- COUR DU QUÉBEC, *Rapport Public 2015*, Cour du Québec, 2016
- COUR DU QUÉBEC, *Statistiques sur les dossiers de petites créances en 2016*, Cour du Québec, 2017, en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/c-quebec/PetitesCreances/PetitesCreances_Stat2016.pdf>
- COUR DU QUÉBEC, *Statistiques sur les dossiers en matière civile 2015-2016*, Cour du Québec, 2017, en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/c-quebec/CommuniquésDocumentation/Stats_MatCivile2015_2016.pdf>
- COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC, *Rapport d'activités 2010-2014. Une cour au service des citoyens*, Cour supérieure du Québec, Montréal, 2015
- DUPUIS, J. P. (dir.), *Troisième rapport d'étape du Comité de suivi sur l'implantation de la médiation familiale*, Québec, Gouvernement du Québec, 2008
- FERLAND, D. et COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *La révision de la procédure civile. Une nouvelle culture judiciaire (Rapport Ferland)*, Sainte-Foy, Ministère de la Justice du Québec, 2001
- GINER, K.-E. et M. PERRON, *Rapport : Enquête sur le sentiment d'accès et la perception de la justice au Québec*, Lévis, INFRAS inc., Ministère de la Justice du Québec, 2016
- GOUSSEVA, A. et B. ALBRECHT, *Research and Support for the Action Committee on Access to Justice in Civil and Family Matters. Inventory of Reforms Research. Final Report to*

- the Canadian Bar Law for the Future Fund*, Edmonton, Canadian Forum on Civil Justice, Septembre 2009
- GUILLEMARD, S., *Mémoire présenté à la Commission des Institutions de l'Assemblée nationale du Québec (dispositions relatives à la médiation)*, dans le cadre de la Consultation publique portant sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile, Sainte-Foy, Université Laval, 2011
- GRIEVE, D., et J. DJANOGLY, *The Dispute Resolution Commitment*, Ministry of Justice, Royaume-Uni, 2011, en ligne : http://www.bimagroup.org/images/stories/articles/why_mediate.pdf
- HUNT MCDONALD, S., *Into the future : The agenda for civil Justice Reform*, rapport soumis à la Cour provincial de l'Alberta, Saskatchewan, mai 2006, en ligne : <http://cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2006/hunt-mcdonald-en.pdf>
- INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Le bilan démographique du Québec. Édition 2016*, Québec, Gouvernement du Québec, 2016
- JACKSON, R., *Review of Civil Litigation and Costs: Final Report*, Londres (Royaume-Uni), Ministère de la Justice du Royaume-Uni, 2009
- LÉGER MARKETING, *Étude sur la qualité de la prestation de services et la satisfaction des personnes ayant obtenu un jugement en matière familiale à l'égard du service de médiation familiale. Rapport d'analyse*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 2008, en ligne : https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais/_centredoc/rapports/couple-famille/etude-med-f.pdf
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Rapport annuel de gestion 2016-2017 du ministère de la Justice*, n° 3563-20171003, Québec, Gouvernement du Québec, 2017
- MINISTRY OF JUSTICE AND ATTORNEY GENERAL, *Annual Repport (07-08)*, Saskatchewan, 2008, en ligne : <http://www.finance.gov.sk.ca/annreport/Justice%20and%20Attorney%20General%20and%20Sask%20Financial%20Services%20Commission%202007-08%20Annual%20Report.pdf>
- NATIONAL ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION ADVISORY COUNCIL (NADRAC), *ADR Statistics. Published Statistics on Alternative Dispute Resolution in Australia*, Barton (Australie), Attorney-General's Department, 2003
- NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION, *Report 67 (1991) – Training and Accreditation of Mediators*, Sydney, Justice department of New South Wales, 1991, en ligne : <http://www.lawreform.justice.nsw.gov.au/Documents/Publications/Reports/Report-67.pdf>
- NOREAU, P. (dir.), *Mémoire de l'Observatoire du droit à la justice. Présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec dans le cadre de la consultation générale et des auditions publiques sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau*

Code de procédure civile, Montréal, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, 2011

ONLINE DISPUTE RESOLUTION ADVISORY GROUP et R. SUSSKIND (dir.), *Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims*, Royaume-Uni, Civil Justice Council, Février 2015, en ligne: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/02/Online-Dispute-Resolution-Final-Web-Version1.pdf>>

QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 36^e lég, 2^e sess, vol. 37, n^o 82 (4 juin 2002)

QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires de la ministre de la Justice : Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, Québec, Publications du Québec, 2015

ROBERGE, J.-F., *Le sentiment d'accès à la justice et la conférence de règlement à l'amiable. Rapport de recherche sur l'expérience des justiciables et avocats à la Cour supérieure du Québec et à la Cour du Québec*, Sherbrooke, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2014, en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/c-superieure/pdf/rech_exp_justiciables_cs_cq.pdf>

THOMPSON, B. J. (dir.), R. W. COSMAN, S. V. POTTER, J. S. KELLY et J. GIOKAS, *Rapport du Groupe de travail de l'Association du barreau canadien sur les solutions de rechange au règlement des conflits : une perspective canadienne*, Ottawa, Association du Barreau Canadien, 1989

VALLÉE, S., « Mot de la Ministre de la Justice », *Commentaires de la ministre de la Justice : Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, Québec, Ministère de la Justice, 2015

WOOLF, H., *Access to Justice Final Report : Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, Londres, Ministry of Justice, juillet 1996

WINKLER, W. K., *Evaluation of Civil Case Management in the Toronto Region. A Report on the Implementation of the Toronto Practice Direction and Rule 78*, Toronto, Février 2008, en ligne: <<http://www.ontariocourts.ca/coa/en/ps/reports/rule78.pdf>>

WITTMAN, N. C., et J. D. ROOKE, *Notice to the Profession. Mandatory Dispute Resolution Requirement Before Entry for Trial*, Court of Queen's Bench of Alberta, 12 février 2013

Articles de journaux et blogues

ACCOTI, P., « Mediazione e negoziazione assistita: casi di obbligatorietà e aspetti procedurali », dans *Studio Cataldi. Il diritto quotidiano*, en ligne: <<https://www.studiocataldi.it/articoli/17436-la-mediazione-e-la-negoziazione-assistita-i-casi-di-obbligatorieta-e-gli-aspetti-procedurali.asp>>, (consulté le 29 novembre 2017)

ASSOCIATED PRESS, « More couples seeking kinder, gentler divorces », dans *NBC News.com*, New York, 18 décembre 2007, en ligne: <http://www.nbcnews.com/id/22315262/t%20/t%20%22_blank#.WhMhH1Xiabg> (consulté le 20 novembre 2017)

- COUSINEAU, M.-È. « Désengorger les petites créances par la médiation », *Radio-Canada.ca*, Montréal, reportage du 18 juillet 2016, en ligne : <<http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/791693/mediation-obligatoire-cour-des-petites-creances-consommation>> (consulté le 4 mai 2017)
- GLATER, J. D., « Study Finds Settling Is Better Than Going to Trial », dans *The New York Times*, 7 août 2008, en ligne : <<http://www.nytimes.com/2008/08/08/business/08law.html>> (consulté le 20 novembre 2017)
- JESSE, K. W. et J. PROUDFOOT, « Canada : Court Suspends Enforcement of Mandatory ADR Rules », *Mondaq*, 8 avril 2013, en ligne : <<http://www.mondaq.com/canada/x/231326/court+procedure/Court+Suspends+Enforcement+Of+Mandatory+ADR+Rules>> (consulté le 4 décembre 2017)
- MATTEUCCI, G., « Civil mediation, how to kick-start it; the Italian experience », dans *Global Pound Conference Blog*, 15 mai 2017, en ligne : <<https://gpcseries.files.wordpress.com/2017/05/adr-matteucci-2017-05-01-civil-mediation-how-to-kick-start-it-the-italian-experience.pdf>>
- MCKIERNAN, M., « The Going Rate. 2015 Canadian Lawyer Legal Fees Survey », dans *Canadian Lawyer*, 1^{er} juin 2015, en ligne : <<http://www.canadianlawyermag.com/author/michael-mckiernan/the-going-rate-2913/>> (consulté le 20 novembre 2017)
- MOREK, R., « Mandatory Mediation in Italy - Reloaded », dans *Kluwer Mediation Blog*, 9 octobre 2013, en ligne : <<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2013/10/09/mandatory-mediation-in-italy-reloaded/>> (consulté le 19 novembre 2017)
- MORRIS, J. et G. FURLONG, « Mandatory Mediation – Changes and Update 2010 », dans *ADR Institute of Ontario, ADR Update*, automne 2009 en ligne : <<http://www.agreeinc.com/ChangestoMandatoryMediation-2010.html>> (consulté le 1 mai 2017)
- NGUYEN, M., « Le juge en chef blâme Ottawa », dans *Journal de Montréal*, 8 avril 2017, en ligne : <<http://www.journaldemontreal.com/2017/04/08/le-juge-en-chef-blame-ottawa>> (consulté le 17 octobre 2017)
- ROONEY, G., « The Australian Experience of Pre-Litigation ADR Requirements », *Médiate.com*, 2016, en ligne : <<http://www.mediate.com/articles/RooneyG3.cfm>> (consulté le 1^{er} mai 2017)
- SPINA, G., « Mediazione obbligatoria diventa stabile con la manovra correttiva », *Altalex*, 7 juillet 2017, en ligne : <<http://www.altalex.com/documents/news/2017/07/06/mediazione-manovra-correttiva>> (consulté le 4 décembre 2017)
- ST-PIERRE, G., « Seulement six juges de plus pour le Québec à court terme », dans *Journal de Montréal*, 28 avril 2017, en ligne :

<<http://www.journaldemontreal.com/2017/04/28/ottawa-promet-de-nommer-des-juges-bientot-1>> (consulté le 17 octobre 2017)

VAN RHIJN, J., « Focus, Time to re-evaluate the Mandatory Mediation Program », *Law Times*, en ligne: <<http://www.lawtimesnews.com/201604115329/focus-on/focus-time-to-re-evaluate-the-mandatory-mediation-program>> (consulté le 11 avril 2016)

WINESTONE, J., « Mandatory Mediation: A Comparative Review of How Legislatures in California and Ontario are Mandating the Peacemaking Process in Their Adversarial Systems », *Médiate.com*, février 2015, en ligne: <<https://www.mediate.com/articles/WinestoneJ4.cfm>> (consulté le 4 décembre 2017)

Vidéos

BLANEY, A.-M., « What does Mandatory Mediation really mean? », dans *International Mediation Conference*, Maynooth (Irlande), Edward M. Kennedy Institute for Conflict Intervention, 2014, en ligne: <<https://www.youtube.com/watch?v=WOFiIlajdFU>> (consulté le 1er mai 2017)

DE PALO, G., C. A. GAVRILĂ, H. GENN, L. MANCE, B. MARSH, M. RUSHTON et D. WALLIS, *Mandatory mediation. A worthwhile experiment*, Ashfords LLP, Londres (Royaume-Uni), 2014 (1:34:07), en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=0JPRNgUBgVE>> (consulté le 1er mai 2017)

MATTEUCCI, G., *Mandatory mediation. The Italian experience*, 22 mai 2015 (12:13), en ligne: <https://www.youtube.com/watch?v=rUt_XSHAohM> (consulté le 1er mai 2017)

Sites web

ALBERTA COURTS – PROVINCIAL COURT, *Provincial Court Civil Claims Mediation Program*, Alberta Courts, en ligne: <<https://albertacourts.ca/provincial-court/civil-small-claims-court/mediation>> (consulté le 10 juillet 2017)

ADMINLAWBC.CA, *Online Help Guide*, en ligne : <<http://www.adminlawbc.ca/early-resolution/choosing-dispute-resolution-option>> (consulté le 1er mai 2017)

BARREAU DU QUÉBEC, *Votre avocat, maître en solutions*, (campagne publicitaire), Barreau du Québec, 2014-2016, en ligne : <<http://votrejustice.ca/>> (consulté le 5 décembre 2017)

CANADIAN FORUM ON CIVIL JUSTICE, *Projects*, en ligne : <<http://www.cfcj-fcjc.org/projects>> (consulté le 1er mai 2017)

CIVIL RESOLUTION TRIBUNAL, *Civil Resolution Tribunal*, en ligne : <<https://civilresolutionbc.ca/>> (consulté le 1er mai 2017)

GOVERNMENT OF BRITISH COLUMBIA, *Notice to Mediate (General) Regulation*, en ligne: <<http://www2.gov.bc.ca/gov/content/justice/about-bcs-justice-system/mediation/notice-to-mediate/notice-to-mediate-general-regulation>> (consulté le 28 août 2017)

JUSTICE AND SOLICITOR GENERAL (ALBERTA), *Government of Alberta Dispute Resolution Network*, en ligne:
<https://www.justice.alberta.ca/programs_services/mediation/drn/Pages/default.aspx>
(consulté le 1er mai 2017)

JUSTICE QUÉBEC, *Projet pilote de médiation obligatoire aux petites créances*, en ligne :
<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/programmes/mediation_creances/accueil.htm>
(consulté le 1er mai 2017)

MINISTÈRE DU PROCUREUR GÉNÉRAL (ONTARIO), *Renseignements généraux : Programme de médiation obligatoire de l'Ontario*, en ligne :
<<https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/courts/manmed/notice.php>>
(consulté le 1er mai 2017)

NEW YORK STATE UNIFIED COURT SYSTEM, « ADR Overview », *Commercial Division, NY Supreme Court, New York County Supreme Court*, en ligne:
<<http://www.nynd.uscourts.gov/adr-program>> (consulté le 11 juillet 2017)

QUEENSLAND LAW SOCIETY, *Mediation*, en ligne:
<http://www.qls.com.au/For_the_community/Dispute_resolution_services/Mediation>
(consulté le 17 juillet 2017)

SUPREME COURT OF WESTERN AUSTRALIA, *Mediation*, en ligne:
<<http://www.supremecourt.wa.gov.au/M/mediation.aspx?uid=6430-2126-2447-6400#What-does-mediation-cost>> (consulté le 17 juillet 2017)

UNITED STATES DISTRICT COURT. NORTHERN DISTRICT OF NEW YORK, *ADR Program*, en ligne: <<http://www.nynd.uscourts.gov/adr-program>> (consulté le 1er mai 2017)