

**Changement culturel?  
Les avocats-plaideurs en droit  
commercial et le Programme de  
médiation obligatoire de l'Ontario**

Par : M<sup>m</sup>e Julie Macfarlane

Ce document a été préparé pour la Commission du droit du Canada. Les points de vue exprimés sont ceux de l'auteur(e) et ne reflètent pas nécessairement ceux de la Commission.

This paper is also available in English under the title: Culture Change? Commercial Litigators and the Ontario Mandatory Mediation Program.



# Remerciements

Je dois remercier mes collaborateurs, les professeurs Cynthia Chataway (York University), John Manwaring (Université d'Ottawa), Craig McEwen (Bowdoin College) et Jennifer Schulz (University of Windsor) pour leur appui et leur contribution importante, ainsi que les agrégés de recherche Ellen Travis (York University) et Caron George, qui ont fait passer les entrevues avec moi. J'aimerais remercier tout spécialement Ellen Travis pour son travail d'élaboration de l'instrument de recherche et ses commentaires concernant ce document et le professeur Archie Zariski, de la Murdoch University, pour ses commentaires concernant une version préliminaire du présent document. De sincères remerciements, aussi, à Susan Rotondi-Yousef et à Jennifer Rochleau, qui ont transcrit les entrevues. Enfin, j'aimerais remercier les 14 personnes ayant passé les entrevues de nous avoir si généreusement donné de leur temps et de leurs idées. Cette recherche a été rendue possible grâce à une subvention de la Commission du droit du Canada et du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada en vertu de son initiative de recherche intitulée « Les rapports sociaux », 2000-2001.



# Table des matières

Remerciements .....	iii
I. La pratique juridique comme baromètre de changement .....	1
A. La pratique juridique comme reflet des institutions sociales et des cultures en conflit .....	4
B. Un modèle dominant d'exercice du droit adversatif .....	7
C. L'influence de la culture juridique locale .....	10
II. Méthodologie du projet .....	12
III. Un éventail de paradigmes de pratique : cinq «types idéaux» .....	14
A. Le pragmatiste .....	17
B. Le vrai croyant .....	19
C. L'instrumentaliste .....	20
D. Le hâtif .....	21
E. L'opposant .....	22
IV. De quelle façon les avocats utilisent-ils la médiation? .....	26
A. Pratiques précédant la médiation .....	26
B. Objectifs du processus de médiation .....	31
C. La relation entre la médiation et les objectifs finaux et les résultats recherchés dans la résolution de conflits .....	37
D. Rôle et participation du client .....	40
E. Les utilisations de la médiation : un résumé .....	49
V. Évaluations de la médiation et des médiateurs .....	52
A. Au sujet de la médiation .....	52
B. Au sujet des médiateurs .....	60
VI. Changements systémiques de pratique .....	67
A. Gestion des dossiers .....	69
B. Changements des rôles du client et des relations avec le client .....	75
C. Changements de stratégies et de comportements en vue du règlement .....	79
D. Changements d'attitudes envers l'utilisation de la médiation .....	85

VII.	Conciliation de la médiation au sein de la culture des litiges commerciaux.....	88
A.	À un niveau personnel : les «types idéaux» et leurs expériences de discordance de rôles .....	88
B.	À un niveau systémique : l'effet mutuel de la médiation obligatoire et du litige commercial traditionnel .....	97
C.	Quelques variables possibles.....	106
VIII.	Conclusions .....	114
	Annexe A.....	121

# I. La pratique juridique comme baromètre de changement

Dans le système canadien de justice civile, la plupart des plaideurs sont représentés par un avocat<sup>1</sup>. Dans le domaine de la pratique juridique – le litige commercial – examiné dans la présente étude, il n’y a presque aucun cas de plaideurs qui se représentent eux-mêmes. Le litige constitue essentiellement une dispute entre agents<sup>2</sup>. Jacqueline Nolan-Haley décrit les avocats comme étant [Traduction] «... les joueurs dominants dans le système adversatif»<sup>3</sup>, et peu nombreuses sont les personnes qui feraient objection à cette description. Ces agents et leur culture professionnelle exercent un contrôle puissant sur le [Traduction] «climat du droit»<sup>4</sup> créé par les différends civils. Au même moment, le rôle de l’avocat est lui-même déterminé par les intérêts sociaux et économiques présentés par la loi, y compris les changements de structures économiques (par exemple, la corporatisation et la mondialisation), le climat politique (par exemple un contentieux fondé sur la Charte) et les cultures en litige. Tandis qu’ils doivent s’adapter afin de survivre, les avocats jouent également un rôle essentiel quant à la légitimation des nouvelles idées et des nouvelles pratiques et à la médiation entre ces idées et leurs clients. Ainsi, leur assimilation, leur acceptation, leur rejet, leur intégration ou toute autre réponse aux solutions de rechange des normes de pratique établies sont essentielle aux conséquences pratiques et à l’effet de la réforme et de l’innovation de la justice civile<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Même si le nombre de plaideurs qui se représentent eux-mêmes augmente du fait que les frais de justice augmentent, cela ne représente qu’un petit nombre de parties au litige civil (surtout lorsque les affaires familiales sont exclues et au sein desquelles le nombre de représentations en personne semble plus élevé). Une étude de 45 procès devant un jury de juridiction générale de première instance, aux États-Unis, a démontré que les plaideurs qui se représentent eux-mêmes ont participé à 5 p. 100 ou plus des affaires délictuelles et contractuelles dans seulement 16 de ces procès. La plus grande proportion a été de 13 p. 100. Voir J. Goerd et coll., «A Litigation Dimensions: Torts and Contracts in Large Urban Counties», dans *State Court Journal*, vol. 19, n° 1, 1995, p. 45.

<sup>2</sup> R. Gibson et R. Mnookin, «Disputing Through Agents: Co-operation and Conflict Between Lawyers in Litigation», dans *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, p. 509.

<sup>3</sup> J. Nolan-Haley, «Lawyers, Clients and Mediation», dans *Notre Dame Law Review*, vol. 73, 1998, p. 1369 à 1372.

<sup>4</sup> Richard Miller et Austin Sarat, «Grievances, Claims and Disputes: Assessing the Adversary Culture», dans *Law & Society Review*, vol. 15, 1980-1981, p. 525.

<sup>5</sup> Tout au cours de cette étude, nous comparons les décisions traditionnelles aux «litigociations» [Traduction] conventionnelles (négociation à l’ombre de la loi : voir M. Galanter, «Worlds of Deals: Using Legal Process to

L'étude que ce document décrit met l'accent sur les façons dont les pratiques, les stratégies et les attitudes des avocats-plaideurs en droit commercial ont changé – le cas échéant – en vertu de l'instauration d'une nouvelle règle de procédure civile à Toronto et à Ottawa, qui exige que les parties (avocats et clients) assistent à une séance de médiation dans les 90 jours du dépôt de la défense dans une affaire devant une cour supérieure<sup>6</sup>. Ce que la Règle 24.1 – décrite par le président du Comité des règles en matière civile de ce moment là comme étant [Traduction] «le plus important changement de procédure civile depuis l'instauration des règles (de procédure civile) dans les années 1880»<sup>7</sup> – pense accomplir et la raison pour laquelle elle pense y arriver représentent une question que l'on débat intensément. Pour le gouvernement, les objectifs principaux sont l'économie de coûts et une réduction des affaires en retard dans les cours. La possibilité que la médiation obligatoire semble offrir pour les règlements négociés rapidement peut également être comprise comme améliorant l'accès à la justice pour les parties d'un conflit qui ne veulent pas ou ne peuvent pas financer une affaire qui se prolonge. D'autres voient l'instauration de la Règle 24.1 comme étant un défi fondamental du modèle adversatif, avec la Règle qui exige un règlement rapide<sup>8</sup> et la participation directe du client à la

---

Teach Negotiation», dans *Journal of Legal Education*, vol. 34, 1984, p. 268), non interrompues par la gestion de l'affaire ou la médiation obligatoire. Tout autre élément est caractérisé comme subsidiaire» [Traduction].

<sup>6</sup> Règle 24.1, Règles de procédure civile de l'Ontario, RRO 1990, connue sous le nom de «Programme de médiation obligatoire» (appelé par la suite «PMO» dans le présent document). Des réformes procédurales semblables ont été introduites dans d'autres provinces – voir par exemple *The Queens Bench (Mediation) Amendment Act*, ch. 20, SS 1994, et *Mediation Rules of the Provincial Court, Civil Division for Alberta*, 1997 et dans plusieurs États américains (Voir la revue des développements aux États-Unis dans F. Sander, «The Future of ADR», dans *Journal of Dispute Resolution*, vol. 1, 2000, p. 3)

<sup>7</sup> Attribué à l'ancien juge en chef adjoint John Morden, président du Comité des règles en matière civile pendant le débat sur la formulation et la mise en application de la Règle 24.1 (correspondance par courriel avec Leslie MacLeod, ancienne sous-ministre adjointe au ministère du Procureur général et représentante du gouvernement au sein du Comité des règles).

<sup>8</sup> Les études montrent que les avocats n'entreprennent généralement de discussions sérieuses concernant les règlements qu'après les enquêtes préalables terminées, ou plus tard et que la plupart des règlements ont lieu la veille du procès. Voir John L. Barkai et Gene Kassebaum, «Using Court-Annexed Arbitration to Reduce Litigant Costs and to Increase the Pace of Litigation», *Pepperdine Law Review*, vol. 16, 1989, p. 45 à 47. L'expérience de cet avocat peut ne pas être tout à fait fortuite : Al participait à une affaire; il en était à mi-chemin, je crois, avant que quelques-uns des avocats ne se penchent vraiment sur ce que portait l'affaire» [Traduction] (Ottawa-19 : unité de texte 39).



recherche d'une solution consensuelle par l'intermédiaire de la négociation<sup>9</sup>. Les défenseurs des modèles réparateurs (collaboration, création de liens ou résolution de problèmes) de résolution de différends considèrent l'instauration de la médiation obligatoire en Ontario avec un mélange d'optimisme et de scepticisme. D'un côté, il peut s'agir d'une chance unique de «changement de culture» au sein des procès civils. D'un autre côté, on craint que l'adoption officielle de la médiation, que ce soit par l'intermédiaire de programmes associés à la cour tels que la Règle 24.1 ou par l'intermédiaire d'un nombre croissant de médiations commerciales privées, ne puisse entacher les objectifs transformateurs de la médiation ou mener à leur co-optation. Il y a dix ans, lorsque la médiation associée à la cour a été instaurée aux États-Unis d'une façon assez semblable à celle dont elle est maintenant instaurée au Canada, un universitaire important a écrit : [Traduction] «La question importante à laquelle il faut faire face consiste à savoir si le fait de forcer le REJD à s'adapter à une culture ou à un environnement juridique peut être nuisible aux transformations que les promoteurs du REJD voudraient voir dans nos pratiques de litige<sup>10</sup>.» Cette question a fait du chemin au Canada.

Plusieurs différentes visions des objectifs de la médiation dans les litiges, et des objectifs de la Règle 24.1 en particulier, se retrouvent dans le milieu juridique même et sont reflétées dans les résultats de la présente recherche. Cette recherche est la première à demander aux avocats canadiens de décrire en profondeur ce qu'ils pensent vraiment de la médiation et des répercussions qu'elle a eues sur leur pratique<sup>11</sup>. Leurs réponses sont incroyablement riches et diverses et ce

---

<sup>9</sup> Les études démontrent que les clients ne font généralement pas partie des négociations en tant que participants directs. Par exemple, voir S. Clarke, E. Ellen et K. McCormick, *A Court-Ordered Civil Case Mediation in North Carolina: Court Efficiency and Litigant Satisfaction*, Institute of Government, University of North Carolina, 1995.

<sup>10</sup> C. Menkel-Meadow, «Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-opted or "The Law of ADR"», dans *Florida State University Law Review*, vol. 19, 1991, p. 1 à 3.

<sup>11</sup> Pour les études américaines, voir B. McAdoo et N. Welsh, «Does ADR Really Have A Place On The Lawyer's Philosophical Map?», dans *Journal of Public Law & Policy*, vol. 18, 1992, p. 376; A. Zariski, «Disputing Culture: Lawyers and ADR», dans *Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 7, 2000; C. McEwen, N. Rogers et R. Maiman, «Bring in the Lawyers: Challenging the Dominant Approaches to Ensuring Fairness in Divorce Mediation», dans *Minnesota Law Review*, vol. 79, 1995, p. 1317; M. Medley et J. Schellenberg, «Attitudes of Attorneys Towards Mediation», dans *Mediation Quarterly*, vol. 12, 1994, p. 185.

document tentera pour la première fois de décrire quelques-uns des principaux thèmes qui ressortent de ces données. Toutefois, il est d'abord utile d'illustrer les bases théoriques de l'étude et de les mettre en rapport avec les recherches antérieures au sein de la profession d'avocat. Ces aspects des travaux précédents semblent être particulièrement pertinents lorsqu'il s'agit d'interpréter les données générées par la présente étude : le rapport entre les idéologies de la profession d'avocat et les changements d'environnements social et économique, la domination d'un modèle adversatif de l'exercice du droit et les variables générées par une soi-disant «culture juridique locale». Les idées que nous offre ce travail semblent être hautement pertinentes pour l'avenir de la Règle 24.1 et des initiatives parallèles que nous retrouvons ailleurs.

## A. La pratique juridique comme reflet des institutions sociales et des cultures en conflit

Heinz et Laumann décrivent la profession d'avocat comme étant un «système social surdéterminé»<sup>12</sup>, alléguant qu'il n'est formé que par les institutions sociales changeantes du monde externe. Donald Landon décrit la profession comme étant «plus la créature que le créateur des événements et de l'environnement»<sup>13</sup>. Les changements, sur les plans structurel et pratique, signifient que la prestation de services juridiques et le professionnalisme juridique ne sont formés que par les tendances sociales et économiques du monde externe. De plus, les changements apportés aux lois reflètent les attentes de ce que les avocats pourraient faire pour les clients. Dans l'étude du milieu juridique, nous étudions en fait les changements des institutions sociales, les rapports et les attentes qui sont pertinents pour la loi. Ainsi, les ajustements et les réorientations de la pratique juridique – qu'ils soient administratifs, procéduraux, philosophiques ou stratégiques – font au moins partie de la réponse aux changements dans l'environnement et, plus particulièrement, dans le cas des conflits commerciaux, aux changements des demandes et des besoins des clients. Quelques-uns de ces

---

<sup>12</sup> J. Heinz et E. Laumann, *Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar*, American Bar Foundation, 1982.

<sup>13</sup> D. Landon, *Country Lawyers: The Impact of Context on Professional Practice*, New York, Preager, 1990, p.5.

changements peuvent avoir des répercussions importantes sur la façon dont s'exerce le droit. Ce changement vers des processus de règlement hâtifs obligatoires – illustré dans la Règle 24.1 de l'Ontario – représente un exemple de ce dernier. Parmi les développements parallèles de la profession même, notons l'apparition «de conseillers juridiques spécialistes en règlements»<sup>14</sup>, l'établissement de «services de REJD» dans les grands cabinets et l'élaboration de réseaux d'exercice du droit collaboratifs, où les avocats ne sont mandatés par leurs clients que pour négocier et ne peuvent pas défendre en cour<sup>15</sup>.

Un appétit croissant pour l'établissement rapide de rapports, une planification de règlement stratégique et un règlement hâtif des différends a été remarqué au sein des rapports entre les avocats commerciaux et leurs clients institutionnels (par exemple les institutions financières, les compagnies d'assurance et ainsi de suite). Quelquefois, cela est imputé à l'influence croissante de l'avocat interne qui doit rendre compte de toute dépense juridique et qui doit les justifier auprès de son directeur<sup>16</sup>. Une autre force dynamique de changement a été l'instauration, dans plusieurs administrations, de processus de règlement hâtifs obligatoires – que ce soit la médiation, l'évaluation préliminaire par un arbitre ou les conférences en vue d'une transaction – où l'objectif de la résolution hâtive reflète bien l'intérêt du gouvernement à réduire le nombre d'affaires en retard et les coûts publics du système juridique. Dans les administrations où le REJD est devenu une partie obligatoire du processus judiciaire, le barreau local semble accommoder ces nouvelles exigences en conséquence<sup>17</sup>. Richard Abel<sup>18</sup> fait remarquer qu'une fois que les nouvelles connaissances et compétences seront reconnues

---

<sup>14</sup> W. Coyne, «The Case for Settlement Counsel», dans *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol.14, 1999, p. 367.

<sup>15</sup> Voir par exemple, T. Skolar, «Collaborative Law - A Method for the Madness?», dans *Memphis State University Law Review*, vol. 23, 1993, p. 667.

<sup>16</sup> C. McEwen, «Managing Corporate Disputing: Overcoming Barriers to the Effective Use of Mediation for Reducing the Cost and Time of Litigation», dans *Ohio State Journal on DR*, vol. 14, 1998, p. 1.

<sup>17</sup> Voir par exemple, B. McAdoo, *A Report to the Minnesota Supreme Court: The Impact of Rule 114 on Civil Litigation Practice in Minnesota*, [s.l.], Minnesota Supreme Court Office of Continuing Legal Education, 1997.

<sup>18</sup> R. Abel, *American Lawyers*, Oxford University Press, 1989.

comme étant légitimes et importantes, la profession les adoptera comme moyens importants de s'assurer de son statut professionnel continu – voire sa prépondérance – dans le domaine de la résolution de conflits<sup>19</sup>. On peut comprendre cela comme étant un investissement économique par la profession dans l'avenir de l'exercice du droit ou peut-être une occasion d'améliorer la satisfaction professionnelle<sup>20</sup>. De plus, un important consensus concernant les questions considérées comme ayant une importance normative est essentiel à la stabilité du monopole de la profession dans le marché<sup>21</sup>. Peu importe la motivation, il semble que, lorsque le changement devient inévitable, les avocats l'accueilleront à bras ouverts. La question de la présente étude est la suivante : si la médiation anticipée est perçue (et cela n'est pas une opinion partagée par tous) comme un changement inévitable dans la pratique du droit, quel genre de changement représente-t-elle? Et que devient la médiation lorsqu'elle est incorporée dans un modèle adversatif de la pratique juridique?

---

<sup>19</sup> Démonstré au Canada et aux États-Unis par le nombre important de cours de formation juridique permanente sur le REJD qui, même s'ils sont souvent superficiels, sont devenus un «préalable» pour les hommes de loi.

<sup>20</sup> C. McEwen, L. Mather et R. J. Maiman, «Lawyers, Mediation and the Management of Divorce Practice», dans *Law & Society Review*, vol. 28, 1994, p. 156.

<sup>21</sup> M. Larson, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis*, Berkeley University Press, 1977 et voir la critique des théories du marché dans J. Lande, ci-dessus, à la note 11 de la p. 157-158.

## B. Un modèle dominant d'exercice du droit adversatif

Le contexte culturel dominant de la pratique du droit suppose des résultats gagnants-perdants qui sont en grande partie déterminés par l'expertise des personnes qui connaissent bien les principes normatifs du droit. Dans un jeu à somme nulle où le résultat possible consiste à gagner ou à perdre (comme dans un procès ou les négociations de position ayant lieu dans l'ombre d'un procès), il n'existe clairement un seul résultat acceptable pour le professionnel compétent : gagner. Il s'agit d'un processus d'évaluation dans lequel l'une ou l'autre des opinions est choisie comme triomphant de toutes les autres. Tandis que le fait de reconnaître qu'il existe une importante composante pragmatique de la résolution de conflits – en particulier que plusieurs conflits commerciaux ne nécessitent qu'une «solution d'affaires» – les avocats prennent et assimilent rapidement les arguments fondés sur le mérite que leurs clients avancent et sont généralement satisfaits par une approche relative à la négociation orientée et un mode adversatif, qu'il soit ou non de nature «agressive»<sup>22</sup>. Le principe de «plaidoirie acharnée» inscrit au cœur des codes de déontologie<sup>23</sup> est ainsi compris comme étant les efforts acharnés d'un avocat visant à «gagner la bataille» pour le client. Cela signifie qu'à la préparation d'une affaire en vue d'un procès, l'avocat doit recueillir les renseignements qui en font une affaire fondée sur les droits des parties et qu'inévitablement, ces renseignements (atout en réserve) deviennent relativement moins importants lorsqu'ils sont divulgués à l'autre partie<sup>24</sup>. On recueille les renseignements (preuves) afin d'appuyer ou de défendre une certaine version des événements. Tout autre renseignement considéré comme non pertinent est rejeté ou ignoré. La présentation des

---

<sup>22</sup> Voir M. Heumann et J. Hyman, «Negotiation Methods and Litigation Settlement Methods in New Jersey: "You Can't Always Get What You Want"», dans *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 12, 1997, p. 253 pour consulter une discussion sur les rapports entre le système adversatif et la tendance aux négociations juridiques orientées.

<sup>23</sup> *Model Rules of Professional Conduct*, American Bar Association, 1983. Pour un exposé classique et une critique, voir William H. Simon, «The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics», dans *Wisconsin Law Review*, 1978, p. 29.

<sup>24</sup> W. Simon, *The Practice of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, p. 64-65; voir J. Macfarlane, «Legal Practice and Teaching Practice: What Does the Changing Culture of Legal Practice Mean for Legal Education?», dans *Effective Teaching and Learning in Law*, R. Burridge (éd.), Kogan Page, à paraître en 2001.

renseignements comme preuve signifie les présenter comme un «fait», et cela nécessite la dénégation de toute ambiguïté, de toute circonstance ou de tout contexte (à moins qu'ils ne soient intéressés). Dans un modèle rationnel à somme nulle, la partie possédant les renseignements les plus complets et les mieux construits semble être en meilleure position pour l'emporter. Dans ce paradigme, les renseignements servent à gagner, et non à être partagés, et certainement pas à améliorer les options possibles à la disposition des parties. Cette compréhension de la nature et de la fonction des renseignements est inhérente aux notions traditionnelles de la plaidoirie acharnée (et comprise comme étant responsable)<sup>25</sup>.

Les efforts visant les règlements hâtifs qui comprennent des négociations basées sur les intérêts lors de la médiation, ne supposent pas seulement une analyse différente du conflit même et de sa résolution appropriée, mais également une nouvelle conceptualisation du rôle traditionnel de l'avocat en tant qu'avocat acharné. Comme Carrie Menkel-Meadow l'a écrit, [Traduction] «l'avocat acharné qui garde (et ne partage pas) les renseignements, qui ne révèle pas les faits préjudiciables (et, dans quelques cas, les lois défavorables) à l'autre partie et qui cherche à maximiser les gains pour son client, peut réussir en arbitrage et dans quelques formes de petit procès et d'instructions sommaires devant jury. Cependant, l'avocat acharné, selon toute probabilité, échouera à la médiation, où la créativité, l'accent sur les intérêts des parties opposées et un élargissement – et non pas une réduction des problèmes – peuvent représenter des compétences plus importantes<sup>26</sup>.»

Un autre élément clé de la philosophie de l'exercice du droit adversatif est le type de relations entre l'avocat et le client. La relation entre l'avocat et le client, dans un modèle de négociation prédictif, consiste en un rapport (important) d'expert à naïf qui se reflète dans les hypothèses concernant la prise de décisions, le jugement et l'autonomie. Les négociations prédictives mettent

<sup>25</sup> Pour un exposé classique et une critique, voir William H. Simon, «The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics», dans *Wisconsin Law Review*, 1978, p. 29.

<sup>26</sup> C. Menkel-Meadow, «Ethics in Alternative Dispute Resolution: New Issues, No Answers from the Adversary

l'accent sur les règles et les principes juridiques qui [Traduction] «... proviennent de l'expertise professionnelle des avocats et accroissent celle-ci<sup>27</sup> ». Les travaux classiques de Rosenthal sur la dynamique de la prise de décisions entre l'avocat et le client suggère deux modèles de relations avocat-client. Il y a les relations « traditionnelles », dans lesquelles le client est passif, et l'avocat, assez autonome, et les relations « participatives », dans lesquelles le client joue un rôle plus actif. L'analyse de Rosenthal suggère que le client passif – qui suit les instructions de l'avocat et qui ne participe pas au processus de prise de décision – représente le modèle conventionnel et que tout éloignement de cette norme – les clients qui veulent participer activement à tout autre volet que ceux établis comme étant les leurs – est considéré aussi aberrant que nuisible par plusieurs avocats<sup>28</sup>. Tandis que les clients commerciaux avertis, surtout les clients réitérants, peuvent être généralement moins prêts à être passifs et plus enclins à affirmer leurs souhaits, historiquement, ils semblent avoir choisi de nommer leur représentant juridique comme étant administrateur et agent dans le cadre du différend<sup>29</sup>. Cependant il existe des preuves de plus en plus nombreuses – appuyées par la présente étude – selon lesquelles ces attentes traditionnelles des relations avocat-client changent pour ces genres de clients<sup>30</sup>. L'instauration, en Ontario, de la médiation anticipée obligatoire exigeant la présence – et souvent la participation directe – du client représente un nouveau défi pour le modèle traditionnel de prise de décision dirigée par un avocat autonome.

---

Conception of Lawyers' Responsibilities», dans *South Texas Law Review*, vol. 38, 1997, p. 407-427.

<sup>27</sup> C. McEwen, «Pursuing Problem-Solving or Predictive Settlement», dans *Florida State University Law Review*, vol. 19, 1991, p. 77-81.

<sup>28</sup> D. Rosenthal, *Lawyer and Client: Who's in Charge?* New York, Russell Sage Foundation, 1974. Voir également C. Hosticka, «We Don't Care About What Happened, We Only Care About What is Going to Happen: Lawyer-Client Negotiations of Reality», dans *Social Problems*, vol. 26, 1979, p. 559. (Qui se penche sur les rapports entre les avocats de clinique d'aide juridique et leurs clients.)

<sup>29</sup> Voir R. Gilson et R. Mnookin, «Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation», dans *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, p. 509.

<sup>30</sup> Voir, par exemple R. Abel, *American Lawyers*, 1989, p. 204 et J. Flood, «Anatomy of Lawyering: An Ethnography of a Corporate Law Firm», thèse de doctorat inédite, Northwestern University, 1987.

## C. L'influence de la culture juridique locale

Le troisième domaine de recherche de la profession d'avocat qui semble très pertinent pour les coordonnées de la présente étude est le travail sur l'effet de la culture juridique locale sur les normes de pratique. La culture juridique locale est plus qu'une simple différence des règles ou des pratiques officielles, mais reflète l'idée que, dans un milieu donné, les choses doivent être faites de manière particulière à l'égard de règles et de pratiques particulières. Ces idées proviennent des attentes et des hypothèses locales (par exemple une attente qui fait en sorte que l'on s'attend ou non à faire affaire avec l'avocat avec lequel on avait fait affaire auparavant, une hypothèse selon laquelle le juge sera flexible au sujet de cette question, des mœurs partagées concernant l'urgence de la disposition d'une affaire, etc.)<sup>31</sup>. La culture juridique locale peut être importante pour la compréhension de la dynamique des changements culturels au sein de l'exercice du droit lorsqu'il y a des « secteurs de professionnalisme » évidents et visibles, par exemple, le domaine de la spécialisation particulière, une base de clients particulière, la culture du cabinet et la culture du barreau local<sup>32</sup>.

Le nombre de caractéristiques qui semblent distinguer la pratique dans les grands centres urbains – où les avocats se rencontreront occasionnellement, mais pas de façon fréquente, dans un environnement professionnel – et la pratique en tant que membre d'un barreau plus petit et plus cohésif est particulièrement pertinent pour la présente étude. Les recherches effectuées par Donald Landon à la fin des années 80 illustrent un certain nombre de différences qui ressortent dans les

---

<sup>31</sup> Voir, par exemple, H. Kritzer et F. Zemans, «Local Legal Culture and the Control of Litigation», dans *Law & Society Review*, vol. 27, 1993, p. 535 (où un changement des règles de procédure civile rendant les avocats plus responsables des actions frivoles a été appliqué différemment dans différentes administrations); T. Church, «Examining Local Legal Culture», dans *American Bar Foundation Research Journal*, 1985, p. 449 (défendant l'idée qu'il existe une culture locale plus apparente et un meilleur accord quant aux questions de procédures telles que le besoin d'un procès pour régler une question); plus récemment, D. Sherwood et M. Clarke, «Toward an Understanding of "Local Legal Culture"», dans *The Justice System Journal*, 2000 (défendant l'idée que la culture juridique locale peut être utilisée pour expliquer les différences dans les échéances de traitement des affaires et les délais et les retards entre différents tribunaux).

<sup>32</sup> R. Nelson et D. Trubek, «Arenas of Professionalism: the Professional Ideologies of Lawyers in Context» dans *Lawyers' Ideals/ Lawyers' Practices*, R. Nelson, D. Trubek et R. Solomon (éd.), Cornell University Press, 1992, p. 177.



barreaux plus petits, y compris une plus grande collégialité et une plus grande responsabilité. (La réputation de quelqu'un est plus touchée par les activités répétitives quotidiennes ainsi que par le plus grand potentiel de rapports multiplex, où les avocats communiqueront entre eux et avec leurs clients dans beaucoup de rôles autres que celui du rapport avocat-client, par exemple le club Rotary local et d'autres services professionnels.) Les barreaux plus petits peuvent également être plus habitués à des vices de forme dans leur approche des questions procédurales et administratives, où les initiés fonctionnent sur la base d'une compréhension non officielle. La différence de taille des barreaux de Toronto et d'Ottawa, auprès desquels la présente étude a été effectuée<sup>33</sup>, suggère que quelques-unes de ces caractéristiques peuvent être importantes pour la compréhension des différences entre ces deux groupes de répondants. Le concept de la culture juridique locale peut également aider à comprendre les différences de forme et de niveau de légitimation de la médiation dans les deux villes. Une représentation de l'étendue des changements consiste en la mesure dans laquelle le leadership de la profession est prêt à l'appuyer<sup>34</sup>. Dans les cabinets commerciaux plus grands, cela signifie les partenaires élités du cabinet même et le type d'approche qu'ils encouragent à l'égard de la résolution de conflits; dans les cabinets plus petits, cela peut signifier les leaders de l'association du barreau locale. Les attitudes prédominantes des différents cabinets envers la médiation constitueront également un « secteur de professionnalisme » important et donc une variable supplémentaire pour la présente étude.

## II. Méthodologie du projet

---

<sup>33</sup> Le Barreau de Toronto est beaucoup plus grand que celui d'Ottawa et sert une population beaucoup plus importante (2,2 millions dans la Région du Grand Toronto par rapport à 500 000 dans la région d'Ottawa-Carleton). La taille des cabinets individuels de chaque ville reflète ces différences d'échelle. À Ottawa, un «grand» cabinet signifie plus de 30 avocats, tandis que cela serait considéré comme un cabinet de «taille moyenne» à Toronto, où un «grand» cabinet comporterait plutôt près de 200 avocats.

<sup>34</sup> J. Lande, «Getting the Faith: Why Lawyers and Executives Believe in Mediation», dans *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 5, 2000, p. 137.

Afin de filtrer quelques variables possibles, il a été déterminé à l'avance que les sujets de recherche, pour la présente étude, seraient les avocats qui exercent entièrement ou principalement dans le domaine commercial. L'exercice du droit commercial se définit comme étant la représentation (principale, mais non exclusive) de clients corporatifs qui sont en conflit à propos d'une rupture de contrat et d'autres questions de négociations contentieuses. Il comprend également la pratique du droit des assurances où un avocat travaille pour une compagnie d'assurance défendant. Selon cette hypothèse, les avocats représentant les clients corporatifs ou institutionnels auraient une expérience de médiation différente que ceux qui représentent généralement des plaideurs distincts. La résolution de conflits commerciaux domine les listes de tribunaux civils, et la croissance rapide du travail juridique au nom des clients corporatifs représente une tendance importante en Amérique du Nord<sup>35</sup>. En mettant l'accent sur les avocats-plaideurs en droit commercial, cette étude se penche sur un secteur en rapide croissance du barreau plaidant dont l'influence est essentielle à la culture des conflits au civil.

L'échantillon s'est également limité aux avocats qui avaient participé à au moins dix médiations en vertu du Programme de médiation obligatoire de l'Ontario<sup>36</sup> ou médiations commerciales privées. On a recherché des bénévoles par l'intermédiaire des plus grands cabinets et par les sections du litige civil et des REJD de l'Association du Barreau canadien. On a ensuite choisi l'échantillon en faisant attention à être attentif à la représentativité concernant le sexe et la durée d'exercice<sup>37</sup>. L'échantillon

<sup>35</sup> L'étude de Heinz, de Nelson et de Laumann sur les avocats de Chicago, effectuée en 1975 et de nouveau en 1995, a démontré que le secteur corporatif de la pratique (travail portant ou non sur les contentieux) est passé de 54 p. 100 du temps des avocats répondants en 1975 à 61 p. 100 en 1995. Quelques résultats préliminaires de l'étude de 1995 sont disponibles sur la page Web de l'American Bar Foundation, à l'adresse [www.abf-sociolegal.org](http://www.abf-sociolegal.org).

<sup>36</sup> Pour obtenir des renseignements généraux au sujet de ce programme, consulter l'adresse [<www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/>](http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/).

<sup>37</sup> Environ 20 p. 100 de la population en exercice de l'Ontario en est à ses cinq premières années d'exercice; environ 20 p. 100 exerce depuis 6 à 10 années; environ 30 p. 100 exerce depuis 10 à 20 années; 30 p. 100 exerce depuis plus de 20 années. Consulter la page Web de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, pour les données de 1998 de l'Ontario, à l'adresse [www.lawnet.com/law.html \[www.flsc.ca/en/lawSocieties/statisticsLinks.asp\]](http://www.flsc.ca/en/lawSocieties/statisticsLinks.asp). Il n'existe pas de données établissant le nombre de femmes exerçant en tant qu'avocates commerciales, mais il est clair que ce nombre, par rapport aux collègues masculins, est très minime. En incluant cinq femmes dans chacun des groupes échantillons de 20 personnes, nous avons probablement commis une erreur de sur-représentation des femmes, mais nous avons voulu nous assurer que leur voix faisait partie des données.

final comprenait 40 avocats-plaideurs en droit commercial, soit 20 dans chaque centre. On a fait passer des entrevues en personne, d'une durée de 60 à 90 minutes, durant les périodes de septembre à décembre 2000 (à Ottawa) et de septembre 2000 à février 2001 (à Toronto). On a adopté un style d'invitation, afin d'en découvrir le plus possible au sujet des répercussions de la médiation sur la pratique, les stratégies et les attitudes de ces plaidants. L'un des rôles principaux des intervieweurs consisté à encourager la réflexivité au moyen d'une approche facilitante (en employant, lorsque cela était approprié, des techniques de communication telles que le résumé, l'approfondissement, les questions ouvertes et la mise au point, en constatant et en clarifiant les changements de contexte, en encourageant les anecdotes et en explorant les liens du récit). Les entrevues n'ont pas été considérées comme un processus neutre de cueillette de faits, mais ont plutôt été conçues en tant que [Traduction] «projet visant l'obtention de sens »<sup>38</sup>, un dialogue entre l'intervieweur et un répondant qui établit activement un sens à l'aide d'expériences de médiation plutôt que d'adopter un format de question fermé ou semi-structuré. On a de plus supposé que les perceptions des répondants seraient essentiellement influencées par leur comportement appris et par leur modèle culturel, qui comprennent ici la culture interne des litiges commerciaux, par le cabinet dans lequel ils travaillent et par leur scolarité juridique. Nous étions donc intéressés par les données concernant les conséquences de l'exposition à la médiation sur la résolution de conflits commerciaux et par les données concernant la façon dont nos répondants assimilent, présentent et organisent leurs expériences (par exemple quelles variables culturelles et quelles valeurs institutionnelles ont un effet sur cette présentation et de quelles lentilles d'interprétation sont utilisées). Cela reflète l'hypothèse additionnelle selon laquelle les contextes dans lesquels chaque répondant a fait l'expérience de la médiation varieront énormément, tout comme les expériences individuelles de la médiation.

Les entrevues étaient structurées autour de 14 questions incitatives élaborées à la suite de bon nombre de discussions au sein de l'équipe de recherche. (Voir l'annexe A.) Ces questions

<sup>38</sup> J. Holstein et J. Gubrium, *The Active Interview*, Thousand Oaks, Ca., Sage Publications, 1989.

reflétaient un ensemble d'hypothèses préliminaires concernant le rôle essentiel joué par les avocats quant à la formation des valeurs et des perceptions de la résolution de conflits au civil et des façons selon lesquelles un autre paradigme de résolution de conflits pourrait modifier les hypothèses, les valeurs et l'exercice du droit. On a enregistré chaque entrevue a été enregistrée sur bande audio afin de produire une transcription complète. Les sujets étaient anonymes. Chaque bande audio et chaque transcription n'ont été identifiées que par des données de base (sexe, année de l'entrevue et nombre d'expériences de médiation), un localisateur de centre (Ottawa ou Toronto) et un numéro (entre 1 et 20).

### III. Un éventail de paradigmes de pratique : cinq « types idéaux »

Une question préliminaire essentielle à la conception de cette étude, et à l'élaboration de l'approche méthodologique en vue de l'analyse des 1 200 pages de transcription d'entrevue produites, a consisté à savoir si l'instauration de la médiation obligatoire supposait ou sous-entendait un seul modèle cohérent de résolution de conflits qui représentait en effet un « paradigme » substitut<sup>39</sup> de l'approche traditionnelle relative aux litiges commerciaux. Au début du projet, cette question a semblé prématurée. De plus, il était évident qu'il existait un grand éventail de points de vue sur les buts et les objectifs de la médiation, comme cela a été décrit plus haut. Peu importe la force des diverses perspectives et de leurs promoteurs, il semblait ne pas y avoir d'orthodoxie ou de consensus au sujet du but ou de l'effet de la Règle 24.1 en particulier ou de la médiation commerciale en général. En vérité, les décideurs peuvent ne pas se soucier de quelle justification philosophique, pour la médiation, devient dominante, pourvu qu'ils atteignent leur but qui consiste à en arriver à des règlements plus efficaces et hâtifs. On pourrait dire que le seul point de référence commun est « l'ancien paradigme » ou le processus de résolution de conflits traditionnel, même si cela comporte également des variations

---

<sup>39</sup> T. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolution*, University of Chicago Press, 1962.

(par exemple la gestion des affaires en vertu de la *Commercial List Practice Direction* à Toronto). Cela peut être que tout ce que l'on peut dire à propos d'un « nouveau modèle » de résolution de conflits dans le contexte de la Règle 24.1 est qu'elle interpose une nouvelle étape procédurale, exigeant que les parties en conflit tentent une médiation à une étape précoce de la résolution. Ce qui devient donc plus important est la façon dont les plaidants répondent et s'adaptent à cette nouvelle étape procédurale, les utilisations réelles qu'ils font de la médiation et la façon dont ils comprennent les types de résolutions de conflits pouvant être possibles au moyen d'un processus de médiation.

Afin de refléter cette réalité, ce document n'offrira pas d'évaluation normative de ce à quoi un seul nouveau modèle de résolution de conflits « devrait » ressembler. Ce qui se passe effectivement au cours du processus de médiation et des expériences de médiation est très variable, et plusieurs styles de médiation distincts sont pratiqués (par exemple prédictive<sup>40</sup>, de résolution de problèmes<sup>41</sup>, évaluative et facilitante<sup>42</sup>). Il existe plusieurs débats dans les documents concernant ce qui constitue une « vraie » médiation et plusieurs arguments de valeur sur ce qui constitue le « meilleur » paradigme. La présente étude ne participe pas à ces débats. Elle essaie plutôt d'évaluer les vraies répercussions de la médiation sur l'exercice de la résolution de conflits commerciaux en explorant, le cas échéant, les différences qu'apporte la médiation aux normes traditionnelles d'exercice du droit adversatif et les différentes façons dont les avocats-plaideurs en droit commercial « donnent un sens » à la médiation dans le cadre de leur propre idéologie de pratique.

Les différences de paradigmes de pratique qui ressortent de la présente étude peuvent être trop complexes pour être simplifiés sous forme de typologies, mais les cinq « types idéaux »<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> C. McEwen, «Pursuing Problem-Solving or Predictive Settlement», au dessus de la à la note 27.

<sup>41</sup> C. Menkel-Meadow, «Towards a New Approach to Problem-Solving», dans *UCLA Law Review*, 1984.

<sup>42</sup> Voir, par exemple, le volume du *Journal of Dispute Resolution* qui se penche sur le débat facilitant-évaluatif. «Symposium», *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2, 2000, p. 245-371.

<sup>43</sup> Il faut remarquer que la notion originale de «types idéaux» de Weber constituait une représentation

ci-dessous offrent un moyen d'analyser la diversité des expériences et des points de vue représentés par les 40 répondants des entrevues. Il est cependant important de noter que plusieurs répondants ont semblé vouloir correspondre à plus de une de ces « attitudes » au cours de une seule conversation sans raison claire du changement. Cela suggère une ambiguïté prépondérante, qui peut à son tour refléter les conceptualisations relativement nouvelles, changeantes de la médiation que plusieurs avocats-plaideurs en droit commercial possèdent et dont on n'a pas cerné la problématique.

imaginaire des caractéristiques essentielles d'un phénomène particulier, dans le but de distinguer ces phénomènes et elle ne voulait donc pas représenter l'ébauche d'une personne existante ou de personnes existantes. Elle voulait faire la lumière sur la réalité en séparant et, ce faisant, en clarifiant ses dimensions. Il est également important de réaliser que le mot « idéal », dans le sens utilisé par Weber, ne fait référence qu'à la nature conceptuelle des « types » et ne suggère d'aucune façon l'autre sens, maintenant plus commun, d'« idéal » en tant que « type » souhaitable ou même parfait de quelque chose. Cette idée est utilisée dans le même sens ici, et un type idéal ne veut pas supposer une personne existante ou des personnes existantes. M. Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Librairie Plon, 1964, 341 pages.

## A. Le pragmatiste

Le<sup>44</sup> pragmatiste a généralement une attitude positive envers la médiation et la perçoit comme étant une occasion utile d'explorer un règlement dans plusieurs cas, mais pas tous. Il la voit également comme ayant un « sens » pratique en ce qui concerne les frais juridiques extraordinaires qui font de plus en plus partie de la norme. Le pragmatiste voit ses clients accepter l'idée de la médiation pour les mêmes raisons et cela consolide mieux son orientation pratique envers la médiation. Il a toujours été très pragmatique envers les règlements : si une affaire doit être réglée, ce qui se passera généralement, pourquoi ne pas le faire le plus rapidement possible à des frais minimales?

Le pragmatiste parle de ses expériences de la médiation d'une façon qui suggère que sa pratique n'a pas changé de façon significative à la suite de celles-ci et qu'il ne se voit pas faire les choses d'une manière bien différente – il n'utilise ses compétences de négociation que dans le cadre d'une médiation. Le pragmatiste reconnaît que, quelquefois, – mais seulement occasionnellement<sup>45</sup> –, la médiation produit des résultats significatifs qui sont surprenants et, en particulier, il reconnaît les répercussions relatives à l'inclusion plus active de certains clients dans le processus de négociation même<sup>46</sup>. Cet autre avocat reconnaît que la médiation retire à l'avocat un certain contrôle traditionnel qu'il exerçait sur le processus de négociation, mais sa réponse concernant la « différence » suggère cependant qu'il ne voit pas la médiation comme étant un processus *différent*, mais plutôt comme étant un nouveau processus hâtif. Cette citation rend bien également l'essentiel du point de vue du

---

<sup>44</sup> Les «types idéaux» sont décrits ici comme étant des hommes non pas pour exclure les femmes, mais plutôt pour refléter la réalité du Barreau de la résolution de litiges commerciaux, qui comprend en grande majorité des hommes.

<sup>45</sup> Par exemple, [Traduction] «je dois dire que j'ai fait face à très peu d'affaires pour lesquelles on a pu dire qu'il y avait une situation ni vainqueur ni vaincu... Je dois dire, malheureusement, que la plupart des médiations auxquelles j'ai participé ne présentaient pas cet aspect bénéfique à tous.» Toronto -16 : unités de texte 348 et 351.

<sup>46</sup> Toronto-18 : unité de texte 15.

pragmatiste que la médiation représente une réponse à l'étude minutieuse des coûts qu'effectuent de plus en plus les clients.

*Toronto-16 : unités de texte 95 à 98*

[Traduction] (La médiation) retire une certaine partie du contrôle. À un niveau quelconque, elle permet également un forum. Elle présente un nouvel élément au processus qui, sans elle, ne ressort pas. Le processus normal est que... la première fois que vous avez une discussion sérieuse à propos d'un règlement se produit soit à l'interrogatoire préalable où les deux parties sont présentes, où les avocats sont présents et où tous les documents sont présents, et vous avez passé beaucoup de temps pour en arriver là... maintenant, de plus en plus de clients demandent une évaluation dès le départ et vous demandent de déterminer le meilleur moment pour l'obtention d'une résolution de la chose, surtout si un avocat interne fait partie de l'équation. Les clients sont très conscients des coûts et ils veulent savoir dès le départ comment l'affaire progresse.

Néanmoins, le pragmatiste suppose généralement qu'il jouera le rôle principal dans le processus de la médiation. Les pragmatistes préfèrent que la médiation prévue ait lieu après l'interrogatoire préalable et traitent souvent de manière hâtive une médiation obligatoire qui a lieu avant l'interrogatoire préalable. Le pragmatiste ne désire pas se rendre jusqu'au procès et ne le fera que si cela est nécessaire. (Il peut même considérer cette option comme étant du nombrilisme, de la part des plaidants, qui n'est plus pertinent.) Il dira que, puisque l'exploration anticipée de règlement représente la direction dans laquelle l'exercice du droit se dirige, les avocats devraient l'accepter et s'adapter en conséquence. Comme il l'entend, les clients déterminent le déroulement des choses, et cela représente une innovation qui nuit à leurs intérêts.

*Ottawa-8 : unités de texte 280 à 283*

[Traduction]...la médiation ne signifie pas qu'il faut régler... Il faut simplement se rappeler que ce sont nos clients qui nous disent quoi faire.

Le pragmatiste détermine qu'il existe de vrais changements des attentes des clients, surtout lorsqu'il s'agit de clients corporatifs ou institutionnels et moins dans la culture professionnelle des avocats-plaideurs. Il a une préférence générale pour les médiateurs évaluateurs, mais il effectuera des



combinaisons et il reconnaît qu'il est occasionnellement utile de déployer une approche facilitante, par exemple lorsqu'un client est particulièrement émotionnel ou que son affaire est mal préparée.

## B. Le vrai croyant

Le vrai croyant a pris un engagement sérieux envers l'utilité du processus de médiation, qui va plus loin que la simple réorientation de ses stratégies d'exercice envers les nouvelles attentes et les nouvelles exigences des clients. Le vrai croyant parle de médiation en termes qui laissent entendre qu'elle a des répercussions significatives sur ses attitudes envers l'exercice, les clients et les conflits. Il peut même utiliser des métaphores presque religieuses telles que « converti » ou « transformé » ([Traduction] « j'ai la religion »<sup>47</sup>; [Traduction] « je crois que vous trouverez que je suis une personne convertie et j'admets croire en la médiation »<sup>48</sup>) pour décrire ce processus de changements personnel et professionnel. Il voit la médiation comme ayant un effet transformateur sur les relations, les résultats et le rôle de la plaidoirie même, qui va au-delà de l'utilisation du processus en tant qu'instrument<sup>49</sup>. Un vrai croyant a décrit ainsi le processus : [Traduction] «... une forme tout à fait différente de processus adversatif »<sup>50</sup>. Un autre compare la médiation aux négociations de règlement traditionnelles en disant [Traduction] «... (mon) rôle a changé de façon significative. Toutes ces choses se font bien différemment lors de la médiation<sup>51</sup> .»

Le vrai croyant considère ce qu'il pense comme un signe de changement systématique de l'environnement de la pratique du droit et est peut-être plus conscient de ce signe ou préoccupé par lui que tout autre type d'attitude. Le vrai croyant joue même quelquefois le rôle d'apôtre; par exemple

---

<sup>47</sup> Toronto-5 : unité de texte 107.

<sup>48</sup> Toronto-20 : unité de texte 608.

<sup>49</sup> J. Lande, «Getting the Faith», ci-dessus, la note 35.

<sup>50</sup> Toronto-5 : unités de texte 202 et 203.

<sup>51</sup> Toronto-20 : unités de texte 186 à 190.

[Traduction] « J'ai pris l'habitude de faire l'éducation des avocats qui se situent de l'autre côté quant à la médiation obligatoire<sup>52</sup>. » En raison de ces perspectives changeantes de la résolution de conflits et du rôle de l'avocat, le vrai croyant fait quelquefois l'expérience d'un sentiment profond de tension entre son rôle adversatif et son rôle lié au règlement.

### C. L'instrumentaliste

L'instrumentaliste considère la médiation et les médiateurs comme étant un processus ou un outil à « prendre » et à utiliser pour faire avancer les objectifs adversatifs – pour la plupart inchangés – des clients<sup>53</sup>. Cet avocat a assimilé la médiation en tant qu'outil procédural devant être utilisé efficacement ou autrement évité ou neutralisé (en se présentant, mais en ne participant pas). Parmi les stratégies instrumentales favorites, notons l'utilisation de la médiation visant à réduire les attentes de l'autre partie ou en tant « qu'interrogatoire à l'aveuglette » visant l'obtention des renseignements préliminaires. L'instrumentaliste ne croit pas que le client puisse jouer de rôle particulier au cours de la médiation, à moins qu'il ne soit fortement orchestré par lui-même. Il n'aura possiblement eu que peu d'expérience – ou pas du tout – avec un style de médiation autre qu'une approche prédictive et évaluatrice. Il ira du rôle adversatif au rôle plus conciliateur sans inconfort apparent en considérant que le second rôle représente un « jeu » plutôt qu'un changement véritable d'orientation. Néanmoins, il est quelquefois pris de court par ce qui ressort de la médiation et, en particulier, reconnaît son utilité pour quelques clients en tant que processus cathartique. Ces expériences ne sont toutefois pas intégrées dans les normes d'exercice, mais reconnues comme passant pour un phénomène distinct.

*Ottawa-11 : unités de texte 167 et 168*

[Traduction] La médiation représente l'occasion parfaite pour un interrogatoire à l'aveuglette, ce qui n'était auparavant pas à la disposition de l'avocat.

---

<sup>52</sup> Ottawa-8 : unité de texte 190.

<sup>53</sup> Il s'agit ici de la notion d'une «tactique de structuration personnelle» de Dean Pruitt (par exemple des excuses tactiques), dans laquelle le but de la tactique est essentiellement compétitif, et non coopératif. D. Pruitt, *Negotiation Behaviour*, 1981, p. 80.

*Toronto-3 : unité de texte 127*

[Traduction] On ne peut pas mieux lier les mains de tous et les empêcher de résoudre leurs différends que par... un processus de médiation.

## D. Le hâtif

Le hâtif considère la médiation comme une nouvelle « passade » qui, en fait, n'offre pas beaucoup de différences par rapport au modèle traditionnel de négociation pour l'obtention d'un règlement et ne présente donc aucun défi spécial au rôle de l'avocat. Les avocats ont toujours négocié – au moment qu'ils croient être le plus avantageux pour le client – et, dans la plupart des affaires, ont toujours obtenu un règlement (ce qui démontre que les avocats doivent être de bons négociateurs).

*Ottawa-12 : unités de texte 83-83*

[Traduction] Écoutez, nous sommes adultes et nous pouvons régler cette sacrée affaire, alors pourquoi avons-nous besoin d'une tierce partie et pourquoi nos clients doivent-ils être présents?

La seule différence fondamentale et importante qui représente un résultat de la médiation obligatoire est que quelques aspects de la préparation du dossier se produisent plus tôt et que les échéances sont donc établies et mises en application par le tribunal (ce que le hâtif trouve généralement insultant et considère comme une intrusion dans l'autonomie et le contrôle d'un avocat). Le hâtif se conforme à cette exigence en [Traduction] « ne faisant les choses que machinalement<sup>54</sup> ».

Les relations avec les clients restent inchangées – comme auparavant, quelques-uns d'entre eux participent au dossier, et d'autres ne le font pas –, et les résultats sont également inchangés,

---

<sup>54</sup> Toronto-6 : unités de texte 233 à 235. Comparer la description de John Lande des [Traduction] «hâtifs»... «faisant les choses machinalement». J. Lande, «Getting the Faith», ci-dessus, en note 35 à la page 223.

quoiqu'ils puissent se concrétiser plus rapidement pour quelques affaires en raison du nouveau système. La médiation est probablement plus utile pour obliger les clients à faire face à la réalité lorsqu'ils n'écoutent pas leur avocat ou qu'on les conseille mal. Ainsi, ce genre d'attitude représente une forte préférence pour les médiateurs évaluateurs qui ont une autorité semblable à celle d'un juge.

## E. L'opposant

Tandis que la résistance envers la médiation – surtout la médiation obligatoire – du hâtif est quelque peu passive et négative, l'opposant est beaucoup plus loquace sur les dangers et les risques que représente un changement de position vers l'établissement d'un consensus en tant que mode amiable de règlement. L'opposant considère le processus de médiation et le rôle de l'avocat dans ce processus comme une déformation de la bonne identité et de la responsabilité professionnelle de l'avocat. Le rôle principal et le plus authentique de l'avocat consiste à gérer une guerre au nom de ses clients. Il est très à l'aise dans ce rôle et ne connaît pas de discordance ou d'inconfort dans ce rôle. Les conflits sont inévitables et laids, et le régime d'arbitrage a été établi pour reconnaître ces réalités. Il ne croit pas que la médiation soit autre chose qu'une façade permettant au gouvernement d'économiser et de se débarrasser des dossiers en retard. En même temps, il considère que l'évolution vers le REJD – surtout lorsque celui-ci est « sensible » – menace l'intégrité du rôle de plaidoirie de l'avocat. Il considère les médiateurs comme de faux médiateurs, manipulateurs et sans compétences. Pourtant, en même temps, il croit que la médiation constitue un endroit risqué pour lui-même et ses clients, puisqu'il s'agit d'un endroit où il n'a pas le contrôle total<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Par exemple, Ottawa-7 : unité de texte 93; Toronto-7 : unités de texte 288 à 290 : [Traduction] «La médiation a tendance à concentrer les énergies des gens et ils s'y rendent et si l'on participe à une médiation qui dure plus de une demi-journée, les gens se concentrent, vraiment sur la tâche visant à régler plutôt que de décider s'ils devraient vraiment le faire. Ils sont tellement concentrés sur le processus de règlement qu'ils oublient le contexte plus large, alors les gens suggéreront des éléments qu'ils ne peuvent peut-être pas prouver ou lanceront des idées ou des mensonges qu'ils savent ne pas pouvoir prouver afin d'en arriver à la fin du règlement.»

*Toronto-2 : unités de texte 354 et 375*

[Traduction] Il est plus facile de régler une affaire que d'imposer un principe, alors lorsque le système juridique est édulcoré... on trouvera que la médiation représente la façon d'agir, mais on se retrouve avec un système juridique édulcoré.

*Toronto-6 : unités de texte 375 à 380*

[Traduction] Alors on trouvera que la médiation représente la façon d'agir, mais on se retrouve avec un système juridique édulcoré. Notre système a été construit sur le processus adversatif, et cela prendra fin – et c'est merveilleux – si c'est ce que les gens veulent, mais je ne crois pas que ce sera le meilleur système en bout de ligne. Le meilleur système devrait produire les meilleurs résultats par l'intermédiaire d'un processus adversatif quelconque d'avocats d'expérience pour qu'en bout de ligne, les clients puissent sentir qu'ils ont obtenu le bon résultat plutôt qu'un résultat fabriqué que personne approuvé.

Dans tout le présent document, on fait référence à ces cinq « types idéaux » afin d'illustrer les versions les plus distinctes et les plus reconnaissables des approches des avocats envers la médiation. Ils représentent la connaissance de soi des répondants mêmes, et on les utilise pour comparer quelques-unes des principales différences d'attitude et d'approche. Parmi les axes essentiels autour desquels ont été établis les cinq types idéaux, notons ceux-ci : les différences, le cas échéant, que voit l'avocat entre les négociations traditionnelles entre avocats et la médiation et surtout les répercussions qu'a le rôle de médiateur sur le processus de résolution de conflits et ses résultats; la manière dont l'avocat comprend la nature de ses rapports avec ses clients et le rôle du client au cours de la résolution de conflits; sa conception personnelle du rôle professionnel (y compris toute tension ou discordance relative à son rôle à laquelle il fait face au cours de la médiation); l'étendue de l'attention et des efforts dont il fait preuve pour trouver des résultats allant au-delà du domaine purement juridique et juridictionnel; sa préférence envers un style particulier de médiateur (ce qui reflète l'objectif compris du processus de médiation).

---

Des hypothèses incorporées dans l'élaboration de ces cinq types idéaux pourraient être contestées. Selon l'une de ces hypothèses, il existe un rapport d'une certaine cohérence et d'une certaine logique entre la façon dont chacun de ces axes est utilisé par chaque « type idéal ». Par exemple, l'avocat qui croit que les clients ont un rôle important à jouer au sein de la médiation rechercheront possiblement plus de résultats d'affaires au-delà de la résolution de conflits, et ainsi de suite. Les types idéaux ne tiennent pas compte des différences d'attitude entre la médiation commerciale obligatoire et privée. À Toronto, l'opinion des avocats au sujet de la médiation – y compris, de façon plus importante, la charge de travail associée à la préparation d'une séance de médiation et à la participation à celle-ci –, était influencée par la question de savoir s'il s'agissait d'une médiation en vertu de la Règle 24.1 ou s'il s'agissait d'un processus volontaire. Dans ces cas, les avocats semblaient beaucoup plus positifs et engagés envers la médiation privée qu'envers la médiation obligatoire anticipée. Cela se reflète quelque peu dans la différence entre les « pragmatistes » et les « vrais croyants », ces derniers étant ouverts à la tentative de médiation dans presque toutes les circonstances, tandis que l'approche pragmatique aurait plus tendance à s'engager dans l'utilisation de la médiation dans les circonstances où l'avocat a le contrôle du moment où elle aura lieu et de la façon dont elle se déroulera. Finalement, les distinctions entre les types mêmes ne sont naturellement pas sans faille. Le fait d'adopter une attitude n'empêche pas nécessairement d'en adopter une autre. La plupart des répondants font des commentaires qui suggèrent au moins deux orientations de type idéal – et peut-être plus – au cours de l'entrevue. Cela se produit quelquefois dans la même phrase. Comme l'a dit un autre avocat, [Traduction] « avec la médiation, l'un des objectifs que j'ai à l'esprit consiste à arriver à un règlement. Et un autre consiste à débusquer l'autre partie<sup>56</sup> ».

Cela rend d'autant plus important le fait de souligner que, dans cette utilisation des « types idéaux », peu de répondants – s'il y en a – de la présente étude se sont clairement et constamment

---

<sup>56</sup> « Instrumentaliste, vrai croyant ou les deux? » [Traduction] Toronto -8 : unités de texte 215 et 216.

classés dans un «type » au cours de leur entrevue. Il semble plutôt exister une improvisation importante tandis que l'avocat tente avec maladresse d'expliquer et de rationaliser son utilisation de la médiation ou qu'il tente de démontrer différentes attitudes et différents points de vue<sup>57</sup>. Plus souvent, on trouve (comme dans l'exemple ci-dessus) des fragments d'une orientation pragmatique, des aperçus de la perspective instrumentaliste et peut-être quelques lignes de songeries qui ressemblent à celles d'un vrai croyant, tout cela au cours de la même entrevue. Un répondant a présenté les trois affirmations suivantes – et a répété des idées semblables à celles-ci plusieurs fois à différents moments de l'entrevue :

[Traduction] ...La médiation a changé la façon dont je pratique le droit et elle a changé la façon dont je vois les choses et elle m'a donné la chance de considérer diverses perspectives d'une façon à laquelle je n'aurais pas pensé si j'avais été engagé dans des négociations seul à seul avec les avocats de l'autre partie, car, généralement, on a la même vision du monde<sup>58</sup>.

[Traduction] La première chose à faire, au cours de la médiation, consiste à intimider l'autre partie<sup>59</sup>.

[Traduction] Pourquoi voudriez-vous passer une année de plus à faire affaire avec moi et à faire face à mes honoraires lorsque vous pouvez avoir une certitude aujourd'hui... D'après mon expérience, la plupart des clients préfèrent avoir des certitudes que des incertitudes<sup>60</sup>.

#### IV. De quelle façon les avocats utilisent-ils la médiation?

Au cœur de l'étude, nous nous sommes demandé comment les avocats utilisent l'occasion (ou, en vertu de la Règle 24.1, l'exigence) d'obtenir par médiation le règlement d'un litige. À ce sujet, selon

---

<sup>57</sup> Cela semble généralement confirmer l'argument de Zariski selon lequel [Traduction] «... les normes professionnelles favorisant le REJD ne sont pas encore appuyées par des explications conséquentes concernant la raison, la manière et l'endroit liés à son utilisation». A. Zariski, «Disputing Culture: Lawyers and ADR», dans *Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 7, 2000. Voir également une discussion plus approfondie au paragraphe 7 (III) ci-dessous.

<sup>58</sup> Toronto-1 : unité de texte 150.

<sup>59</sup> Toronto-1 : unité de texte 9.

<sup>60</sup> Toronto-1 : unités de texte 201 et 202.

une prémisse, la médiation ne constitue pas un processus monolithique, mais peut prendre un nombre infini de formes selon la façon dont les parties l'utilisent<sup>61</sup>. Lorsque nous avons codé les transcriptions des entrevues, nous avons créé des catégories reflétant les utilisations de la médiation qui semblaient donc être les plus importantes pour les répondants et qui semblaient donc être les plus significatives pour leur conduite réelle au cours de la médiation et leur compréhension de la façon dont il faut utiliser le processus de médiation. Les catégories élaborées comprennent une diversité de stratégies (ou de plans) et de pratiques du droit et de réflexions sur les raisons sous-jacentes de la médiation.

## A. Pratiques précédant la médiation

On a demandé aux avocats de décrire ce qu'ils faisaient pour se préparer à la médiation. Quelques-uns de leurs commentaires établissent directement le lien avec le rôle et la participation du client, et ceux-ci sont décrits ci-dessous à (IV). Le thème qui a ressorti le plus souvent portait sur le fait que les dossiers nécessitaient beaucoup plus de « travail précoce » (recherche et évaluation) en raison de la médiation obligatoire. Cela peut signifier que des normes quelque peu différentes sont établies pour l'évaluation de l'information. Voici un exemple :

*Toronto-4 : unités de texte 29 à 31*

[Traduction] Cela vous force, si cela doit être significatif... à effectuer l'évaluation complète des preuves avant même l'interrogatoire préalable. La médiation a souvent lieu avant l'interrogatoire préalable, alors elle change la façon dont vous devez approcher les déclencheurs pour le règlement, car le client n'a pas vraiment eu la chance de voir à quoi ressemblent les documents de l'autre partie, à quoi ressemble le témoin. Même si cela est plus difficile, je trouve qu'à cette étape – nécessaire – que vous devez essayer et évaluer ces éléments tôt et vous devez souvent les essayer et les évaluer plus pour une question de pratique.

Intervieweur : Sans les renseignements que vous utiliseriez autrement?

Répondant : Exact.

---

<sup>61</sup> Cela a constitué la conclusion de l'étude empirique décrite dans C. McEwen, «Managing Corporate Disputing: Overcoming Barriers to the Effective Use of Mediation for Reducing the Cost and Time of Litigation», ci-dessus, à la note 16. Ce que cela implique pour les programmes de recherche est décrit dans C. McEwen, «Toward a Program-Based ADR Research Agenda», dans *Negotiation Journal*, vol. 15, n° 4, 1999, p. 325.



Il y a eu consensus général sur ce point, qui ressortait continuellement. En comparant la médiation obligatoire avec des affaires s'étant déroulées selon la voie traditionnelle, un avocat de Toronto a observé que, [Traduction] « pour les affaires pour lesquelles la médiation n'est pas obligatoire, on va de l'avant et l'on arrive à l'interrogatoire préalable, mais il n'existe rien qui force quelqu'un à vraiment connaître son affaire et à y trouver une théorie d'une façon très informée »<sup>62</sup>. La seule exception concernant les avocats qui ont franchement déclaré qu'ils ne passaient pas de temps à se préparer pour la médiation lorsque le règlement ne leur semblait pas être une possibilité (caractéristique du hâtif). Il existe plusieurs implications découlant du travail de préparation supplémentaire, notamment les effets sur la facturation, le rôle des clients et les stratégies de gestion des dossiers ainsi que la possibilité de changements systémiques dans la façon dont les avocats considèrent les renseignements « essentiels » avant d'entreprendre un dialogue concernant le règlement. On traite de ces questions d'une façon plus approfondie ci-dessous à la section 6.

Il semble exister plusieurs types de pratiques en développement concernant la divulgation et l'échange de documents avant la médiation. Quelques avocats suggèrent qu'ils préparent systématiquement un affidavit des documents avant la médiation et s'attendent à ce que l'autre partie fasse la même chose. D'autres ont simplement dit qu'ils ne divulguaient que ce qui pouvait être utile à cette étape sans vraiment tenir compte des formalités. Cela reflétera souvent un engagement visant à maximiser le potentiel de règlement de la médiation, comme on le voit, par exemple, dans la citation suivante :

*Ottawa-8 : unités de texte 289 et 290*

[Traduction] Je crois vraiment que la médiation obligatoire crée un forum pour la divulgation anticipée et, dans les affaires où la documentation critique ne représente que un ou deux faits où la somme en jeu n'est pas élevée et où l'histoire est claire dès

---

<sup>62</sup> Toronto-11 : unité de texte 425.

le départ, je crois qu'à cette étape, la médiation obligatoire représente une situation favorable pour tous.

Le Barreau d'Ottawa semble posséder une culture plus établie de divulgation et d'échange de documents précédant la médiation que le Barreau de Toronto<sup>63</sup>. À Toronto, les pratiques semblent plus variées et plus susceptibles de refléter l'attitude des individus envers la médiation. Quelques avocats de Toronto nous ont dévoilé qu'ils avaient élaboré leur propre marche à suivre pour l'échange des documents précédant la médiation (au-delà de ce qui est exigé par la Règle) en tant qu'effort pratique visant à maximiser l'utilité de la médiation. Toutefois, comme l'a déclaré un avocat d'expérience de Toronto, [Traduction] « suis-je mal à l'aise à l'idée de donner à l'autre partie tous les renseignements que je possède très tôt? Cela dépend des circonstances. Est-ce que je veux commencer en disant "tous les documents, alors parlons maintenant de règlement?" Généralement pas<sup>64</sup>. » Et, selon la même idée, [Traduction] « on peut arriver à la médiation en tant que personne qui veut jouer en gardant ses cartes très près d'elle et ne donner que les renseignements qu'elle veut donner. Cela est très semblable au rôle que l'on retrouve dans un procès : il ne faut pas se laisser aller simplement parce que l'on se trouve en médiation<sup>65</sup> ».

L'exigence de la Règle 24.1 visant à ce que les affaires aient passé par la médiation dans les 90 jours du dépôt de la première défense signifie que la date de la médiation arrive normalement avant que la date de l'interrogatoire préalable n'ait été déterminée. Les pratiques concernant la divulgation et l'échange de documents ont tendance à être associées aux points de vue de l'avocat au sujet de la pertinence de l'utilisation de la médiation avant que le processus d'interrogatoire préalable

---

<sup>63</sup> Voir, par exemple, Ottawa-20 : unité de texte 76. Une préparation sérieuse et la volonté de divulguer et d'échanger les renseignements s'exemplifient souvent par l'utilisation du mémoire de médiation à Ottawa. Voir, par exemple, Ottawa-11 : unité de texte unit 57, Ottawa-19 : unité de texte 158 et Ottawa-20 : unités de texte 114 à 116. Il faut remarquer que la préparation d'un mémoire de médiation (qui constitue en fait un véhicule d'échange de renseignements) semble jouer un rôle plus important à Ottawa qu'à Toronto – mentionnée au total dans 53 unités de texte, l'expression « mémoire de médiation » est ressortie 43 fois dans les entrevues d'Ottawa et seulement 10 fois dans les entrevues de Toronto.

<sup>64</sup> Toronto 18 : unités de texte 313 et 314.

<sup>65</sup> Toronto-9 : unités de texte 453 et 454.

n'ait commencé ou ne soit terminé. Plusieurs avocats de Toronto sont du point de vue que la médiation représente une perte de temps à une étape précoce, surtout lorsqu'il s'agit d'affaires commerciales plus complexes. Un avocat – qui a été généralement très positif envers la médiation – a fait le commentaire suivant concernant les variables essentielles à l'évaluation de l'utilité de la médiation anticipée :

*Toronto-17 : unités de texte 60 à 63*

[Traduction] Selon mon expérience, la négociation ou la médiation anticipée est utile, mais seulement si les clients ont des chances presque égales en termes de renseignements – et, si les chances ne sont pas égales, il y a presque toujours un certain niveau de méfiance, et je suis souvent incapable de convaincre un client qu'il est dans son meilleur intérêt de parvenir à un règlement parce qu'il est convaincu qu'il existe d'autres renseignements. Et je suis incapable de lui dire qu'il n'y en a pas...

Il est possible de demander un ajournement de la date de médiation, mais plusieurs avocats de Toronto nous ont dit que, plutôt que de gaspiller du temps et d'assumer des frais pour une telle demande d'un maître, ils accepteraient de rencontrer brièvement l'autre partie (la « médiation de 20 minutes »; voir également la discussion ci-dessous) afin de satisfaire les exigences de la Règle. Quelques-uns ont ajouté qu'ils essaieraient peut-être la médiation plus tard. Voici un exemple :

*Toronto-18 : unités de texte 85 à 87*

[Traduction] Ce qui se passe maintenant, je trouve, de plus en plus souvent, est que je n'assiste à la médiation obligatoire que dans le but qu'elle soit très courte, mais, tout en concluant un accord avec l'autre partie : « Regardez, nous comprenons tous deux les avantages de la médiation, menons l'interrogatoire préalable, échangeons nos documents et entendons-nous pour dire que d'ici un mois, nous irons en médiation. » Je fais cela très, très régulièrement.

Il semble beaucoup plus facile d'obtenir un ajournement de médiation à Ottawa, ce qui permet souvent de reporter la médiation après l'interrogatoire préalable. Évidemment, plusieurs avocats d'Ottawa demandent systématiquement un tel ajournement ou s'entendent autrement avec l'autre partie pour reporter le dépôt de la première défense (ce qui déclenche le compte à rebours du renvoi en médiation) afin d'organiser l'interrogatoire préalable. Cette pratique a fait dire à un avocat d'Ottawa

que [Traduction] « vous retournez presque à cette vieille pratique du reporter jusqu'à ce que cela doive vraiment être fait »<sup>66</sup> – suggérant que l'intégration de la médiation, à Ottawa, pourrait maintenant faire revenir le Barreau à la norme antérieure de négociation après interrogatoire préalable.

---

<sup>66</sup>

Ottawa-14 : unité de texte 67.

## B. Objectifs du processus de médiation

On a analysé les transcriptions pour découvrir que les objectifs psychologiques, procéduraux et essentiels que les répondants ont soulevés l'ont été en faveur de la séance de médiation même (par rapport à la place de la médiation au sein d'un plan stratégique plus large pour le déroulement de la résolution de conflits ou par rapport à un objectif final pour le conflit : voir (III) ci-dessous). Une grande partie de la documentation concernant la médiation met l'accent sur l'utilité de la médiation en tant que moyen de reconstruction ou de réparation réelle d'une relation existante<sup>67</sup>. Parmi nos répondants, la restauration de relations n'est ressortie que peu fréquemment<sup>68</sup>, même s'il y avait souvent reconnaissance du fait que la médiation permet aux clients d'affaires d'avoir des discussions face à face pouvant finalement permettre des relations futures<sup>69</sup>. Au lieu de cela, les avocats ont beaucoup plus souligné les dimensions émotionnelle et psychologique de la séance de médiation face à face en tant qu'expérience unique. Plusieurs avocats ont parlé de l'utilité de la médiation comme d'une occasion, pour les clients, de « se défouler », de « mettre les poings sur la table » ou de « se libérer » de sentiments vifs de colère, et plusieurs ont décrit la médiation de « processus cathartique ». Au même moment, quelques avocats ont reconnu l'importance de la partie ayant le moins d'attachement émotionnel (par exemple un assureur) à reconnaître ces sentiments vifs avec des expressions telles que [Traduction] « veuillez comprendre que c'est ce que nous vivons<sup>70</sup> ». Le même avocat a déclaré qu'il avait conseillé à ses clients défendants de « créer un lien avec eux (l'autre partie) au même niveau qu'ils créaient un lien avec vous » et qu'il était essentiel, selon lui, [Traduction] « que son client parle à la personne assurée pour lui faire comprendre qu'ils sont humains et qu'ils ne sont pas ce nom dur et froid apparaissant sur la lettre leur répondant continuellement “non” »<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Par exemple, R. B. Bush et J. Folger, *The Promise of Mediation*, Jossey-Bass, 1997.

<sup>68</sup> Mais voir par exemple l'histoire de la restauration de la relation dans Toronto-16 : unités de texte 357 à 362.

<sup>69</sup> Voir également la discussion de la section 4(IV), ci-dessous.

<sup>70</sup> Ottawa-13 : unité de texte 253.

<sup>71</sup> Ottawa-13 : unité de texte 246. De la même façon, dans les conflits liés à l'emploi, un autre plaidant souligne

Généralement, on a retrouvé le sentiment de la citation suivante chez un grand nombre de répondants :

*Ottawa-8 : unité de texte 209*

[Traduction] La présence des clients, dans la pièce, se regardant les uns les autres... fait une énorme différence en termes de règlement.

Plusieurs avocats décrivent les règlements subséquents liés aux médiations qu'ils ont attribués au rapport entre les clients et qui se sont avérés des surprises à leurs yeux. Voici un exemple :

*Ottawa-14 : unités de texte 296 à 298*

[Traduction] On y va et on réalise que *ceci* (c'est nous qui soulignons) est tout ce dont il s'agit... tout ce que l'on veut, c'est une excuse ou une acceptation de la raison pour laquelle quelqu'un a fait quelque chose de la façon dont il l'a faite... c'est incroyable.

Un autre objectif du processus de médiation qui a fréquemment été donné en exemple consistait en l'utilité du processus de médiation quant au fait de fournir un « affrontement de la réalité » – pour le client ou pour l'autre partie ou peut-être pour les deux parties. On a quelquefois fait allusion à cela comme une façon dont les clients étaient persuadés d'essayer la médiation – par exemple, [Traduction] « je crois que beaucoup d'employeurs sont ... heureux que quelqu'un fasse entendre raison au demandeur<sup>72</sup>. » Dans quelques cas, l'affrontement de la réalité était clairement associée aux répercussions émotionnelles et psychologiques du fait d'être assis de l'autre côté de la table, en face de l'autre partie, et d'écouter ce qu'elle avait à dire – comprenant peut-être qu'elle est également convaincue de sa position ou voyant exposées les limites pratiques concernant le recours recherché (par exemple la capacité limitée de l'autre partie à payer les dommages). Voici un exemple :

*Toronto-12 : unités de texte 440 à 442*

[Traduction] Souvent, les négociations se font autant avec votre propre client qu'avec l'autre partie, alors la médiation obligatoire amènerait le client dans le processus : il

---

l'importance que le demandeur voie une vraie personne à la médiation et n'imagine pas seulement une [Traduction] «société sans visage» (Toronto-19 : unité de texte 111).

<sup>72</sup>

Toronto-19 : unité de texte 120.

devrait y participer, et la dynamique de la médiation changerait souvent la façon dont les gens se comportent une fois qu'ils ont commencé à entendre la réalité de leur affaire vue par d'autres personnes. On remarque une différence...

La confrontation à la réalité a également quelquefois été associée à une préférence pour la médiation évaluative<sup>73</sup>. Voici un exemple :

*Toronto-9 : unité de texte 218*

[Traduction] Le fait d'avoir une tierce partie objective et surtout quelqu'un du calibre d'un juge à la retraite ou d'avocat compétent dans l'industrie aide beaucoup à mettre le client en présence de la réalité et donc à faire en sorte que le client apprécie qu'il fait preuve de raison lors du règlement.

Quelques avocats ont également décrit certains avantages secondaires de la participation à la médiation, même si le résultat ne constituait pas une résolution complète. Parmi ceux-ci, notons l'obtention de plus de renseignements et de meilleurs renseignements concernant les motivations et les intérêts de l'autre partie, l'évaluation de l'autre partie, l'observation de la performance de son client et, possiblement, de sa révélation de nouveaux renseignements n'étant pas ressortis au cours de discussions précédentes, la planification du processus et, peut-être, la délimitation des questions en litige en vue de la prochaine négociation. Un avocat de Toronto qui représente régulièrement des employeurs déclare qu'il considère la médiation comme valable dans presque tous les cas, qu'il y ait règlement ou non :

*Toronto-19 : unité de texte 274*

[Traduction] Mais, sans cela (le règlement), s'ils ont appris de nouveaux renseignements qu'ils pourront maintenant utiliser, qu'ils ont été capables de délimiter le processus ou qu'ils ont été capables de s'entendre sur d'autres aspects du processus, tous ces éléments sont des résultats possibles qui en valent la peine.

Pour ceux qui adoptent une approche pragmatique, ces objectifs secondaires semblent représenter le « prix de consolation » à la suite d'efforts sincères, mais vains visant un règlement. Dans d'autres cas,

l'avocat semble moins motivé par un désir d'en arriver à un règlement que par un désir d'utiliser le processus de médiation pour obtenir un avantage (l'instrumentaliste). Un autre groupe d'objectifs du processus est associé à l'utilisation instrumentale – quelques-uns diront « manipulatrice » – du processus de médiation où le règlement ne représente clairement ni l'objectif principal ni l'objectif anticipé. Il existe beaucoup de preuves selon lesquelles les avocats utilisent le processus de médiation selon plusieurs façons stratégiquement instrumentales. Comme on peut s'y attendre, cela semble être le plus évident lorsque la médiation est exigée en vertu de la Règle 24.1 et qu'un calendrier strict est imposé. La plus évidente a consisté en l'utilisation du processus de médiation visant à [Traduction] « débusquer l'autre partie »<sup>74</sup> ou à [Traduction] « obtenir un avantage pour plus tard »<sup>75</sup> lorsqu'il n'y avait aucune intention – ou qu'il n'y en avait que peu – d'en arriver à un règlement au cours de la médiation. Voici un exemple :

*Ottawa-11 : unités de texte 167 et 168*

[Traduction] Cela (la médiation) représente une occasion parfaite d'interrogatoire à l'aveuglette qui, auparavant, ne se présentait pas à l'avocat.

Un autre avocat a mentionné qu'un autre avantage (probablement pour les déclarations et les réponses de sa partie) était que les déclarations présentées au cours de la médiation ne l'étaient pas sous serment<sup>76</sup>.

Une seconde tactique à laquelle on a fait référence était l'utilisation de la médiation visant à retarder les débats ou à chercher à gagner du temps. Cela pourrait signifier que l'on suggère la médiation (lorsque celle-ci ne fait pas partie de la Règle), puis que l'on adopte des tactiques de retardement pour la divulgation des documents avant la médiation. Cela pourrait également signifier

---

<sup>73</sup> Voir également la discussion de la section 5(II), ci-dessous.

<sup>74</sup> Toronto-8 : unité de texte 215.

<sup>75</sup> Toronto-8 : unité de texte 88.

<sup>76</sup> Toronto-7 : unité de texte 297.



l'utilisation de la connaissance du « jargon » pour supposer que la médiation est prise au sérieux en tant qu'occasion de règlement, alors qu'elle ne l'est pas vraiment. Voici un exemple :

*Toronto-3 : unités de texte 121 à 127*

[Traduction] Son pire aspect, négatif, est, si... je joue le rôle du grand méchant loup contre le Petit chaperon rouge et que je ne veux pas que ce conflit se règle, je désirerais le retarder le plus longtemps possible, et la médiation obligatoire est faite sur mesure. Je peux perdre plus de temps, je peux l'étirer, je peux m'assurer que rien ne se résout parce que, comme vous l'avez deviné, je connais le langage. Je sais comment faire pour faire croire que je m'en vais dans cette direction. Je fais semblant que je peux faire tous les bons coups du monde, comme s'il s'agissait de la plus merveilleuse chose à laquelle participer quand je n'ai aucune intention de régler cette affaire. J'ai l'intention que ce processus coûte le plus cher possible, qu'il dure le plus longtemps possible, mais cela ira bien. Cela ira tellement bien que nous dirons les bonnes choses, mais nous ne ferons pas les bonnes choses. Vous pouvez lier les mains de n'importe qui et l'empêcher de résoudre son conflit au moyen du processus de médiation obligatoire ou du processus de médiation mieux qu'avec n'importe quoi d'autre.

Une autre tactique utilisée pour déguiser l'intention consistait à [Traduction] «... présenter ce qui semble représenter les questions les plus importantes. Quelquefois, il s'agit des vraies questions, mais, souvent elles ne le sont pas<sup>77</sup>.» Pourtant, une autre façon qui nous a été décrite d'utiliser sciemment le processus à l'avantage de l'avocat consiste à « capturer » le médiateur et à l'utiliser pour « instruire » l'autre partie au sujet des faiblesses de l'affaire<sup>78</sup>. Tous ces usages instrumentaux de la médiation ont fréquemment été suggérés par les plaidants de Toronto, mais de façon sensiblement moins importante par ceux de l'échantillon d'Ottawa. Les avocats d'Ottawa ont eu tendance, en général, à critiquer l'utilisation faite de la médiation par les avocats de Toronto<sup>79</sup>.

Plusieurs avocats de Toronto – où, au cours de la période de l'étude, les affaires ont été choisies au hasard pour la médiation obligatoire et pour la gestion des dossiers selon un rapport de un à quatre – nous ont également parlé de ce que nous avons surnommé leur « jeu de dépôt ». Il s'agit de stratégies servant à éviter d'être sélectionné pour la médiation obligatoire ou, lorsque l'on a été sélectionné, à se

---

<sup>77</sup> Toronto-2 : unité de texte 63.

<sup>78</sup> Par exemple, Ottawa-13 : unités de texte 649 à 659 et Toronto-7 : unité de texte 261.

<sup>79</sup> Voir par exemple, Ottawa-4 : unités de texte 119 à 124 et Ottawa-5 : unités de texte 147 à 151.

retirer de l'affaire et à effectuer un nouveau dépôt dans l'espoir d'échapper à la sélection la seconde fois. Parmi ces « jeux », notons le fait de demander aux auxiliaires juridiques d'apporter plusieurs dossiers au comptoir de la cour afin de déterminer lequel serait assigné à la médiation et lequel ne le serait pas, de déposer à l'extérieur de la juridiction (par exemple à Milton ou à Newmarket) de façon à ce que la Règle 24.1 ne s'applique pas, et de modifier les actes de procédure après la sélection pour la gestion de dossier de façon à ce que la question soit de nouveau déposée avec un nouveau numéro de dossier et l'acceptation, par le défendeur et l'autre partie, de ne pas déposer de défense de façon à ce que la sélection ne soit pas déclenchée. Ces jeux de dépôt (autres que le fait d'aller à l'extérieur de la juridiction, qui n'a été mentionné par aucun avocat d'Ottawa) ne sont pas possibles à Ottawa, où 100 p. 100 des dossiers sont gérés et envoyés à la médiation obligatoire. Une autre tactique dont ont parlé les avocats de Toronto en vue de composer avec l'hésitation à aller en médiation obligatoire a également été mentionnée à Ottawa – la prétendue « médiation de 20 minutes » pour laquelle les avocats acceptent de se présenter (et satisfont donc l'obligation en vertu de la Règle), mais sans préparation et simplement pour partir après 20 minutes (environ)<sup>80</sup>.

En résumé, l'objectif du processus de médiation le plus fréquemment constaté était l'avantage psychologique et émotionnel possible résultant de la discussion directe entre les parties. Également reliée à cela était la référence régulière faite à l'utilité de la médiation en tant que processus visant à affronter la réalité en écoutant le médiateur, l'avocat de l'autre partie ou l'autre partie elle-même. Tout aussi importants, cependant, ont été les commentaires reflétant l'utilisation instrumentale (en tant que moyen de parvenir à d'autres fins) du processus de médiation, plutôt que l'atteinte d'objectifs de règlement discrets quelconques au cours de la médiation.

---

<sup>80</sup> Voir par exemple, Ottawa-1 : unités de texte 233 à 239, Toronto-8 : unité de texte 129, Toronto-17 : unité de texte 64.

## C. La relation entre la médiation et les objectifs finaux et les résultats recherchés dans la résolution de conflits

Un ensemble d'objectifs finaux – reflétant les diverses façons dont l'avocat comprend le rôle du processus de médiation comme faisant partie d'une stratégie d'instance plus large – ressort également des données. Les objectifs instrumentaux décrits ci-dessus au paragraphe (I) peuvent également être compris dans ce sens, mais ils ont généralement trait à la médiation en tant qu'événement unique plutôt que comme faisant partie d'un plan à long terme. Dans la présente section, l'accent est mis sur les objectifs à long terme qui ressortent des commentaires des avocats concernant l'utilisation de la médiation comme faisant partie d'une approche stratégique globale.

Le résultat visé comme objectif final le plus exprimé était l'atteinte d'une solution d'affaires qui offrirait une solution commercialement viable au conflit sans l'accumulation de coûts juridiques excessifs. En théorie, ces types de résultats sont possibles dans tout règlement négocié. Comme l'a dit un avocat, [Traduction] « le règlement vous permet de diviser le bébé en huit parties et de faire toutes sortes de choses merveilleuses<sup>81</sup>. » Parmi les types de résultats d'affaires qui ont surtout été mentionnés comme résultat de la médiation, notons la continuation d'une relation commerciale, une nouvelle relation commerciale de partenaires commerciaux ou coentrepreneurs, la conclusion d'une entente de vente (contestée) et d'achat, l'accès selon des modalités privilégiées, à un nouveau fournisseur, l'entente d'une période d'abstention, l'acceptation d'un jugement pour une somme inférieure, l'acceptation de quitter les lieux afin d'éviter une poursuite d'expulsion et les règlements structurés afin de maximiser les avantages fiscaux pour les parties. Une avocate a décrit une affaire qui s'était réglée parce qu'elle avait été capable de découvrir exactement ce que le demandeur voulait faire avec l'argent qu'elle réclamait (acheter une buanderie). Après avoir cherché à connaître les coûts d'une buanderie dans la région, elle avait été capable de présenter une offre acceptable<sup>82</sup>. Tandis que quelques répondants ont dit qu'ils ne voyaient pas souvent ces types de résultats se produire lors de la médiation, la plupart

---

<sup>81</sup> Toronto-17 : unité de texte 129.

ont reconnu qu'ils avaient lieu de temps en temps, et plusieurs avaient des anecdotes à l'appui de ce point. Certains ont observé que ces types de résultats créatifs les prenaient quelquefois par surprise, surtout lorsqu'ils n'étaient pas habitués à entrer en médiation. L'un d'entre eux a dit que chaque médiation lui [Traduction] « offre un élément de surprise »<sup>83</sup>. Un avocat perplexe a fait référence à [Traduction] «... ces situations souvent bizarres où les parties prennent congé et continuent en affaires »<sup>84</sup>.

Plusieurs avocats ont reconnu que ces types de solutions exigent que leurs clients commerciaux participent directement à la médiation. L'un d'eux a dit ceci : [Traduction] « Les clients jouent un rôle beaucoup plus actif, car ils comprennent leurs affaires mieux que moi. C'est moi qui les comprends le moins »<sup>85</sup>. » Quelques-uns ont songé aux raisons pour lesquelles les parties commerciales préféreraient ces types de solutions « rapides et simples » à un résultat découlant d'un procès en mettant l'accent en particulier sur le désir évident d'éviter les coûts juridiques, mais également sur le besoin d'atteindre leur but, la perte de temps rentable que la résolution de conflits représente pour les cadres dirigeants d'entreprise et une certaine impatience des gens d'affaires envers les méthodes alambiquées du droit. Les ententes conclues entre gens d'affaires semblent souvent être plus simples et plus explicites que ce que pourrait offrir un avocat-plaideur.

*Ottawa-1 : unités de texte 148 et 149*

[Traduction] Je veux dire, on aime avoir un règlement de 27 pages avec toutes les renonciations et tout le reste, avec le langage que l'on sait incompréhensible pour tous, car on a peur que la personne essaie d'en passer une parce qu'elle n'est pas contente et qu'elle a été forcée de signer une entente. Mais les gens d'affaires qui le font volontairement peuvent y arriver en quatre paragraphes dans cette entente.

---

<sup>82</sup> Toronto-20 : unités de texte 130 à 133.

<sup>83</sup> Toronto-17 : unité de texte 136.

<sup>84</sup> Ottawa-6 : unités de texte 140 et 141.

<sup>85</sup> Ottawa-7 : unités de texte 102 et 103.

Alors que l'on a surtout souligné la création de solutions d'affaires exploitables – ce qui n'est pas surprenant étant donné que le groupe échantillon se compose d'avocats-plaideurs en droit commercial aux clients principalement corporatifs ou institutionnels –, d'autres types de résultats ou d'objectifs finaux décrits par les répondants étaient la préservation de la bonne volonté, la restauration de la crédibilité aux yeux des clients (surtout pour les assureurs et les institutions financières), la clôture du dossier « d'atteinte aux droits » et l'évitement d'appels futurs. Certains ont mentionné l'importance que des excuses, une expression de regret ou une forme d'affirmation ou de réaffirmation ont représenté tant pour le processus de règlement que pour le résultat qui était alors possible. Comme l'a dit une personne :

*Toronto-4 : unités de texte 131 et 132*

[Traduction] On peut faire beaucoup de choses dans le contexte d'une médiation consensuelle, dont une cour est incapable. Des choses qui ont rapport aux questions d'affaires entre les parties – et quelquefois des choses ridicules, qu'une partie veut que l'autre partie écrive, dise ou fasse, qui ne jouent pas de rôle dans le résultat d'un procès.

De plus, plusieurs ont parlé du fait que la médiation fournit un moyen d'offrir une clôture rapide et efficace pour les parties.

*Ottawa-4 : unités de texte 179 et 180*

[Traduction] Les deux parties peuvent la clore ce jour-là. Aucun va-et-vient de lettres, que vous recevez cinq jours après que vous avez envoyé quelque chose à un autre avocat, puis l'autre avocat rencontre quelqu'un d'autre et vous répond deux semaines plus tard... Ce jour-là, l'affaire peut prendre fin. Ce jour-là, si vous êtes le client, vous n'avez plus à parler à votre avocat. Ce jour-là, vous pouvez facilement quitter la pièce en sachant que le problème est réglé.

En résumé, les données donnent une preuve soutenue que les résultats se situant au-delà de la résolution de conflits, surtout ceux qui reflètent les réalités du monde des affaires, s'obtiennent par l'intermédiaire de la médiation. Ce qui est moins clair est le surplus de créativité et de flexibilité qui est encouragé ou amélioré par la médiation par rapport aux négociations traditionnelles entre avocats. Une observation possiblement significative que l'on peut faire est que plusieurs des commentaires

ayant trait aux résultats d'affaires ont également fait référence au rôle des clients quant à l'élaboration de ces solutions. En matière de pratique, les clients participeront vraisemblablement plus directement à la médiation qu'aux négociations de règlement selon le modèle adversatif traditionnel<sup>86</sup>. Les données suggèrent que les clients représentent la source de plusieurs idées et solutions qui proviennent de la médiation et que la médiation représente en effet la facilitation des négociations entre des clients d'affaires. De plus, presque tous les avocats interviewés ont reconnu que la présence d'une tierce partie *efficace* avait des effets positifs sur le processus de règlement ou les résultats réels. Ces commentaires sont décrits ci-dessous à la section 5.

## D. Rôle et participation du client

Plusieurs avocats ont présenté des observations sur le rôle croissant et différent des clients au sein de la médiation, où il semble que l'expertise juridique se retrouve quelquefois en arrière-plan, et la connaissance commerciale, à l'avant-plan de l'élaboration d'une solution. Cependant, les avocats ont des opinions très différentes quant aux rôles qu'ils entrevoient pour leurs clients au cours de la médiation. Plusieurs font remarquer que la nature et l'étendue de la participation du client dans tout dossier reflètent des circonstances distinctes. (Par exemple, ce client est-il un client réitérant, un gestionnaire dont le budget est serré, un plaideur personnel ou une personne d'affaires ou un représentant d'une corporation? Le dossier est-il complexe ou relativement simple?) Au-delà de ces variables circonstancielles, nous avons voulu en savoir plus sur la façon dont nos répondants comprenaient leurs responsabilités partagées avec leurs clients et en saisissaient la signification, y compris la question plus vaste de la « propriété » du conflit, dans le contexte de la médiation. Afin d'en arriver à ces questions, on a demandé aux répondants de décrire en détail la façon dont ils travaillaient avec leurs clients en préparation de la médiation et au cours de la médiation, d'expliquer

---

<sup>86</sup> Voir la discussion de la section (IV), ci-dessous.

leur perception des répercussions de ce rôle sur la dynamique de la médiation et du règlement et d'expliquer la relation professionnelle entre avocat et client.

Il y a eu une reconnaissance fréquente du fait que la médiation obligatoire, parce qu'elle se produisait généralement avant l'interrogatoire préalable, avait changé les positions relatives des avocats et des clients, les avocats étant obligés de se fier plus à ce que les clients leur disent – autant ce qui est pertinent pour une évaluation juridique que les renseignements d'affaires pertinents – qu'ils ne le feraient à une étape ultérieure de l'enquête. Voici un exemple :

*Ottawa-6 : unités de texte 77 à 81*

[Traduction] Pour les médiations de l'interrogatoire préalable, les clients participent plus. Ils le font parce qu'ils connaissent les faits. S'il s'agit d'un conflit de comptabilité – ou peu importe l'affaire – nous devons plus nous fier à eux. Je ne connais peut-être pas tous les faits, même si je peux mener une entrevue assez détaillée et me procurer tous les documents.

Et pour une évaluation juridique :

*Toronto-4 : unités de texte 47 et 48*

[Traduction] Le client doit participer plus, car on doit s'y fier plus afin de déterminer ce que devraient être les attentes. Mais vous pouvez, lors des autres étapes, leur dire ce à quoi ils devraient s'attendre selon vous, alors que ce n'est vraiment qu'à l'étape des plaidoiries que vous devez vous fier à eux quant à ce qu'une attitude raisonnable devrait être.

Intervieweur : Cela change-t-il l'équilibre de la relation?

Répondant : Oui, et cela change la dynamique, je crois, en ce sens qu'il s'agit d'une question de confiance, et je crois qu'il faut que je me fie ou plutôt que je fasse confiance à l'instinct du client. Mais ils participent plus au processus pour cette raison. Il faut que ce soit eux qui décident des chiffres et de la négociation, car je n'ai pas beaucoup d'autres choses à dire, à ce moment-là, que ce que je mentionne dans la plaidoirie.

Mis à part les dimensions pratiques de la confiance envers les clients de cette étape, un certain nombre d'avocats ont fait remarquer le caractère constructif du fait d'avoir des clients – surtout des clients commerciaux – qui participent à la négociation d'une résolution anticipée. Ce raisonnement faisait référence à la création de solutions d'affaires dans quelques affaires. Voici un exemple :

*Ottawa-1 : unités de texte 80 à 87*

[Traduction] Avec la médiation obligatoire, ils comprennent comment régler les choses, ils comprennent comment négocier, ils comprennent comment négocier un contrat, ils comprennent comment bâtir des relations et ils en comprennent plus au sujet de la relation continue que moi, alors au lieu de n'engager qu'un général pour se battre à leur place, ce qu'est le litige – une guerre par d'autres moyens –, ils savent comment s'entendre et négocier une relation, et c'est cela, en fait, que l'on négocie... Dans ce contexte, ils mènent presque la médiation, et peut-être que je devrais être l'acteur et qu'ils ne veulent pas dire un mot, mais ils me disent ce qu'ils veulent de façon globale, me donnent le résultat auquel ils s'attendent dans l'ensemble et ils participent vraiment de façon importante à la médiation obligatoire.

Lorsqu'une médiation recherche une solution d'affaire, il peut être important que non seulement les décideurs d'affaires, mais également les individus qui comprennent les détails particuliers du conflit soient présents. Un avocat a décrit la contribution apportée à la négociation par un des clients comme [Traduction] « les choses intangibles qu'un avocat ne peut pas apporter. Comme ce qui a été dit lors d'une réunion particulière lorsque l'entente a été conclue ou ce qu'étaient les perceptions de tous



quant à ce qui se produirait. Ainsi, vous pouvez presque retracer le déroulement des événements qui ont mené au conflit et voir où les attentes de tous n'ont pas suivi, et non pas seulement les attentes des demandeurs<sup>87</sup>. »

Quelques répondants ont semblé apprécier la participation plus importante des clients au processus en faisant remarquer qu'il en ressortait des relations avec les clients plus étroites. Un avocat a fait remarquer ceci :

*Ottawa-2 : unités de texte 86 à 89*

Lorsque l'on entre en litige d'intérêt et en médiation d'intérêts, je crois que l'on descend au niveau personnel, que l'on descend à ce qui est important pour eux et qu'il faut comprendre leurs affaires et leur vie et qu'ils y participent depuis longtemps. Ils ont le sentiment que l'affaire leur appartient, ils participent plus et sont plus intéressés et ressentent plus qu'ils en font partie que lorsque vous effectuez le travail en fonction du droit et que vous dites [Traduction] « je communiquerai avec vous concernant l'interrogatoire préalable... »

Un autre avantage exprimé au sujet de la participation du client a été la valeur que représente le fait d'avoir les parties assises l'une en face de l'autre. Quelquefois, il s'agit d'une valeur de clarification. D'autres fois, il s'agit d'une valeur d'affrontement de la réalité.

*Ottawa-4 : unités de texte 84-84*

[Traduction] Ils ne voient vraiment jamais le défendeur : ils ont simplement les papiers des avocats. Maintenant, soudainement, ils voient cette personne qu'ils peuvent imaginer au banc donner des preuves contre eux, et cela a un réel effet. Ils n'ont pas à parler un jargon juridique ou similaire, mais ne parlent que de l'affaire, et je trouve qu'ils peuvent souvent représenter le meilleur avocat possible au cours de la médiation.

L'importance du fait que les clients soient présents physiquement et participent à la dynamique de négociation ressort bien de l'anecdote ci-dessous<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Ottawa-20 : unités de texte 142 et 143.

<sup>88</sup> Voir également Ottawa-19 : unités de texte 388 à 390.

*Toronto-12 : unités de texte 437 à 449*

[Traduction] La médiation obligatoire ferait participer le client au processus : il devrait participer, et la dynamique de la médiation changerait souvent la façon dont se comportent les gens après qu'ils ont commencé à entendre la réalité de leur affaire d'un autre point de vue... Je ne crois pas qu'il était une coïncidence que deux des défendeurs aient amenés leur clients, que le troisième n'ait eu son client qu'au téléphone et que celui qui était au téléphone a été celui qui se retenait parce que son client n'était pas là à participer à la dynamique et à apprécier les risques d'aller de l'avant avec le procès, tandis que les deux autres étaient là et ont pu mieux le voir et disaient « sommes mieux d'en arriver à un règlement ».

Un autre avocat a déclaré ceci :

*Toronto-17 : unités de texte 135 à 137*

[Traduction] Je peux penser à au moins deux ou trois conflits commerciaux qui représentaient des conflits de personnalités, et le sentiment d'être blessé a joué un rôle très important, même si, en bout de ligne, il s'agissait d'argent. De plus, la médiation a permis aux parties non seulement de se rencontrer face à face et de participer à une médiation, mais également d'en arriver à un règlement et à tout le reste presque tout de suite, et il y aurait une lettre d'excuses, ce genre de choses.

Ce même avocat a également noté l'importance du client sentant qu'il avait un certain contrôle sur le processus<sup>89</sup>. Pour ces raisons, il a semblé évident, pour plusieurs avocats, que les clients devraient participer activement à la médiation et, pour plusieurs, surtout ceux du groupe d'Ottawa possédant le plus d'expérience, que cela représentait un élément essentiel pour que la médiation fonctionne : [Traduction] « Je crois vraiment que, pour que la médiation soit efficace, le client doit parler<sup>90</sup>. » L'effort visant à exclure le client a été considéré, par quelques avocats, comme allant à l'encontre du but recherché. Voici un exemple :

---

<sup>89</sup> Cela est une considération qui ressort souvent à la suite de l'étude sur l'importance des questions de justice procédurale pour les parties d'un conflit. Voir par exemple, J. Thibaut, L. Walker, S. LaTour et S. Houlden, «Procedural Justice as Fairness», dans *Stanford Law Review*, vol. 26, 1974, p. 1271; J. Thibaut et L. Walker, *Procedural Justice: A Psychological Analysis*, New York, Erlbaum, 1975. Pour obtenir un exposé plus récent de l'application des principes de droit procédural à la médiation reliée à la cour, voir N. Welsh, *Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do With It?* à paraître (document avec l'auteur).

<sup>90</sup> Ottawa-8 : unité de texte 106. Le professeur Jean Sternlight fait remarquer le point important suivant la médiation permet aux clients d'évaluer directement l'histoire de l'autre et leurs avocats. Voir J. Sternlight, «Lawyers Representation of Clients in Mediation: Using Economics and Psychology to Structure Advocacy in a Nonadversarial Setting», dans *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 14, 1999, p. 269 et 343-344.

*Ottawa-10 : unités de texte 317 à 320*

[Traduction] On voit des avocats qui entrent et qui ne laissent pas parler leur client : ils lisent le mémoire, dominant la discussion et essaient de pousser le médiateur. Et, lorsque cela se produit, je me dis que l'on ne va nulle part, bien... Je crois que cela est dommage, en général, car cela enlève une bonne partie de la valeur pratique du processus, puisque cela contrôle de trop près la compréhension des clients.

Tandis que ces avocats ont semblé miser sur la participation des clients en tant que moyen utile en soi, d'autres, au contraire, ont dit qu'ils ne feraient participer directement le client que si cela s'avérait stratégique, sinon l'avocat prend toujours les rênes.

*Toronto-9 : unités de texte 232 à 238*

[Traduction] Par exemple, si mon client a un cas qui inspire particulièrement la sympathie, je laisserai mon client le présenter, surtout s'il comporte un élément personnel, par exemple une blessure personnelle. Voici ce qui m'est arrivé, voici la douleur physique avec laquelle j'ai vécu. Je ne peux pas dire cela. Le client doit le faire, mais, dans la plupart des cas, il s'agit d'affaires. Ce n'est pas personnel, donc je peux m'en charger.

Quelques-unes des craintes exprimées par les avocats au sujet de la participation de leurs clients sont directement liées aux questions de confidentialité. Tandis que les discussions de médiation ne sont pas directement admissibles en tant que preuve, les avocats reconnaissent que les renseignements divulgués ne peuvent pas être « remis dans le sac » et que la médiation peut révéler des choses intéressantes pour l'interrogatoire préalable. Le commentaire suivant est typique : [Traduction] « Vous ne voulez pas que le client lâche le paquet au sujet de quelque chose : même si la médiation même est sans préjudice, toute connaissance que vous y gagnez peut être utilisée plus tard<sup>91</sup>. » Un plus petit groupe semble plus optimiste au sujet de ce risque. De nouveau, cela peut refléter son attitude plus prononcée envers la médiation autant que toute évaluation officielle des risques, comme on le voit dans le commentaire suivant :

*Toronto-18 : unités de texte 109 à 113*

[Traduction] ...Je ne vois pas comment il peut être nuisible que mon client dise extrajudiciairement ceci : « Alors vous pensez que ce que nous vous avons donné ne fonctionne pas? » Je ne crois pas que cela me nuise vraiment, puisque mon client devra probablement dire la même chose lors de l'interrogatoire préalable, ou cela sera prouvé d'une façon ou d'une autre. Donc, si mon client dit cela dans ces circonstances, je ne crois pas que nous en disons trop. Cela ressortira de toute façon, et, franchement, le fait de quelquefois se montrer un peu faible en vaut la peine si l'objet de l'exercice consiste à en arriver à un règlement. Il faut que quelqu'un donne quelque chose.

Quelques avocats ont exprimé quelques sérieuses réserves au sujet du « contrôle du client » au cours de la médiation. Il existe également des signes d'ambivalence. Par exemple, l'avocat qui encourageait la participation du client ci-dessus a également parlé de simplement indiquer quoi faire et quoi dire, en médiation, aux clients «qui ne veulent pas s'en mêler»<sup>92</sup>. Inévitablement, la médiation, dans le contexte de la résolution de conflits, signifie que l'avocat doit également être prêt dans l'éventualité d'un procès. L'anecdote suivante illustre ce dilemme :

*Toronto-7: unités de texte 147 à 159*

[Traduction] J'interviens beaucoup plus avec le client en ce qui concerne ce que nous allons dire et ne pas dire dans une affaire de médiation que dans un litige normal, car on n'a qu'à microgérer ce que le client dit en médiation, puisque, si l'affaire ne se règle pas, on a laissé tomber les bombes. Il faut donc vraiment donner littéralement au client des directives non seulement verbales, mais également physiques. Je dirai à un client « si je fais ceci, vous arrêtez de parler pendant la médiation ». J'ai même eu à donner un coup de pied à un client qui essayait de parler pendant la médiation : je ne voulais pas qu'il le fasse, car il en disait trop. Parce que les gens vont en médiation en pensant que cela se réglera peut-être et qu'alors plus ils parleront mieux cela sera. Non, si l'affaire ne doit pas se régler, vous avez empiré les choses, car, à ce moment, le chat est sorti du sac.

Intervieweur : Pouvez-vous m'en dire un peu plus au sujet de l'incident au cours duquel vous avez donné un coup de pied à votre client?

Répondant : Il ouvrait une boîte de Pandore, alors je lui ai donné un coup de pied, et il s'est arrêté. C'est ce qu'il faut faire de temps en temps.

Finalement, il y a eu un petit groupe de répondants qui ne percevaient pas que la participation à la médiation comme faisant une vraie différence dans leur relation de travail avec leurs clients ou dans la

---

<sup>91</sup> Toronto-9 : unité de texte 248.

<sup>92</sup> Ottawa-10 : unités de texte 102 et 103.

manière dont les clients participaient à l'élaboration de solutions. Ces avocats n'ont pas considéré les clients comme jouant un rôle actif dans la médiation. En fait, ils ont vivement résisté à l'idée. Voici un exemple :

*Toronto-3 : unités de texte 170 à 173*

[Traduction] Faites-vous quelque chose de différent en termes de préparation du client ou pouvez-vous penser à quelque chose qui a un effet sur votre relation avec le client lorsque vous le préparez à la médiation?

Répondant : Je leur montre à « se taire ».

Intervieweur : Alors vous vous voyez toujours comme l'acteur principal?

Répondant : Absolument.

Ce groupe n'était généralement pas enthousiaste envers la médiation, et cela peut se refléter dans le manque d'engagement et d'enthousiasme de leurs clients envers le processus. Les membres de ce groupe font penser à des opposants, ou au moins à des hâtifs. Quelquefois, leur perspective est justifiée en fonction de ce que désirent les clients – et par le fait qu'ils savent ce qu'ils veulent et que ce n'est pas la médiation. Voici un exemple :

*Toronto-6 : unités de texte 163 et 164*

[Traduction] Ils (les clients) pensent qu'ils sont assez intelligents pour savoir quand ils veulent en arriver à un règlement. L'avocat en qui ils ont confiance fera de son mieux pour aller en cour ou pour en arriver à un règlement. Ils n'ont pas besoin d'une autre personne leur indiquant quand régler : ils pensent qu'il ne s'agit que de frais supplémentaires qui ne sont pas nécessaires...

Subsidiairement ou également, leurs clients peuvent ne pas être enthousiastes au sujet de la médiation parce qu'ils croient qu'ils doivent abandonner quelque chose afin d'en arriver à un règlement. Dans ce cas, les avocats ne risquent pas de défier cette évaluation.

*Toronto-6 : unités de texte 151 à 160*

Intervieweur [Traduction] Quel genre d'apport vous attendez-vous à recevoir du client au cours de la médiation?

Répondant [Traduction] Pas grand-chose. Tout ce que client désire faire... laissez-moi revenir en arrière et je vous en parle. D'abord, les clients

ne sont généralement pas très enclins à aller en médiation, car ils perçoivent généralement qu'elle représente une perte de temps et que c'est quelquefois la faute de l'avocat, mais je trouve moi-même que les avocats sont impatients de régler. Ils ne peuvent y amener leur client, car ce dernier pense qu'il s'agit d'une journée où il faut qu'il donne tout; c'est sa perception. Il ne croit pas qu'il obtiendra un bon résultat cette journée-là : il se demande plutôt ce qu'il faudra qu'il abandonne. Alors les clients n'aiment pas cela, n'aiment pas que quelqu'un leur dise qu'il faut qu'ils cèdent, à moins qu'ils n'aient à le faire. Je n'ai donc pas trouvé beaucoup de clients qui veulent vraiment aller en médiation.

En résumé, malgré des commentaires occasionnels tels que ce dernier, la plupart des avocats reconnaissent que l'hypothèse selon laquelle les clients assisteront et participeront probablement à la médiation représente un changement significatif et qui n'est pas simplement procédural ou mécanique. La possibilité de dynamiques différentes de négociation et de types différents de résultats est largement reconnue (surtout par l'échantillon d'Ottawa). Il y a lieu de croire que plusieurs avocats, spécialement ceux qui possèdent moins d'expérience en médiation, adopteront une attitude assez prudente envers la participation des clients et qu'il existe de vraies inquiétudes au sujet du contrôle et de la confidentialité. Chose intéressante, ceux qui ont fait un pas de plus en vue d'encourager la participation de leur client en parlent en termes très positifs, que ce soit à l'égard de leur propre satisfaction liée au travail ou des résultats. Il est important de se rappeler que cet ajustement est très contre-intuitif pour les avocats : l'idée selon laquelle, en l'absence de la médiation, les avocats « géreront » le litige avec relativement peu de participation des clients est bien enracinée, comme la citation suivante – d'un avocat-plaideur pourtant en faveur de la médiation – l'illustre :

*Ottawa-1 : unités de texte 76 à 78*

[Traduction] Eh bien, si vous n'allez pas de l'avant avec la médiation, le client a... mis son affaire entre vos mains et dit « c'est votre domaine, alors vous n'avez qu'à faire ce que vous pensez être le mieux et obtenez-moi les résultats auxquels je m'attends ». Franchement, il s'agit là de la seule façon dont vous pouvez vraiment traiter les affaires de résolution de conflits. Les clients... dirigent le reste de leur vie et ils veulent que vous dirigiez le litige – puis vous dites « bonne journée ».

## E. Les utilisations de la médiation : un résumé

On pourrait émettre l'hypothèse d'un rapport entre les quatre aspects des utilisations de la médiation décrites dans la présente section, c'est-à-dire entre la façon dont les avocats comprennent le processus de la médiation, la façon dont ils entendent la médiation comme faisant partie d'une stratégie globale de la résolution de conflits, la façon dont ils préparent et planifient la médiation et la façon de faire participer leurs clients qu'ils choisissent. On pourrait s'attendre à ce que la façon dont un avocat conceptualise et transpose, dans sa pratique, chacun de ces aspects de l'utilisation de la médiation soit en harmonie avec les trois autres. Par exemple, on pourrait ne pas s'attendre à ce qu'un avocat fasse la promotion de la médiation en tant que processus cathartique au cours duquel les clients s'affrontent, puis indique à son client de ne rien dire au cours de la médiation et de le laisser tout contrôler. Ou encore à ce que l'avocat considère la médiation que principalement comme un obstacle à surmonter, puis prenne beaucoup de temps à préparer ses propres soumissions et arguments pour la médiation. Cependant, pour la plupart des avocats, il est possible que ces liens ne soient pas établis consciemment. Dans la plupart des entrevues, il existe une incohérence (ou une indécision?) évidente au sujet de ces aspects de l'usage de la médiation et une certaine ambiguïté profonde. Cela donne à penser, comme nous l'avons mentionné plus tôt, qu'il ne se produit pas de changement de paradigme clair ou uniforme, mais plutôt plusieurs réactions différentes et discrètes quant au phénomène de la médiation. Il n'existe pas de remplacement intégral de «l'ancien» paradigme<sup>93</sup>, mais on l'utilise plutôt comme base (comme c'est le cas pour l'instrumentaliste), on le rejette (comme c'est le cas pour le vrai croyant) et on l'assimile (comme c'est le cas pour le hâtif).

On peut faire deux autres observations à l'aide des données. La première concerne en la très grande importance du contexte. L'usage fait de la médiation dépendra de l'affaire, des clients, de la série d'objectifs, etc., dont on parle, et ces considérations peuvent également changer au cours de la durée du dossier de résolution de conflits. La seconde, est qu'il semble que plusieurs avocats

---

<sup>93</sup> En ce sens que la conception originale de «changement de paradigme» de Thomas Kuhn a rendu l'ancien paradigme désuet. Voir T. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolution*, ci-dessus, à la note 39.

procèdent de façon assez ponctuelle et en se fiant à leurs instincts au sujet de ce que nécessite chaque affaire plutôt que de relier consciemment ces différents éléments de leur utilisation de la médiation. Il peut ressortir des orthodoxies de procédures et de processus (par exemple qui est choisi comme médiateur; voir ci-dessous), mais il n'existe pas encore de parcours normatifs ou conceptuels établis pour passer par l'éventail de choix de pratiques possibles au sujet de l'utilisation du processus, des objectifs relatifs aux résultats, de la préparation et de la participation du client à la médiation en cour (qu'elle soit obligatoire ou privée). Cela signifie que (par exemple), dans la même entrevue, un avocat peut parler de l'importance du dévouement du client au cours de la médiation à laquelle il a assisté, de l'utilisation d'une autre médiation en tant « qu'interrogatoire à l'aveuglette », d'une absence de quoi que ce soit d'autre que des résultats distributifs (juridiques) provenant du manque de résultats de la médiation, de sa surprise relative à un résultat d'une affaire au cours de laquelle une relation d'affaires a été établie et de son désir que le client se taise dans le cas où il serait même présent lors de la médiation. Cela suggère également que l'on pourrait dire que relativement peu d'avocats faisant partie de notre échantillon représentent, purement et systématiquement, l'un des cinq profils types suggérés plus haut, mais qu'ils reflètent plutôt plus de une de ces attitudes.

Une relation que l'on avait anticipée et qui est ressortie avec clarté à la suite du codage des données est celle où les avocats qui ont indiqué avoir constaté des avantages psychologiques et émotionnels importants ressortant de la médiation sont plus susceptibles de parler en faveur de l'importance de faire participer les clients activement et directement au processus de médiation. Quelques-uns de ces répondants décrivent également, dans un langage hésitant qui semble indiquer qu'ils analysent et traitent toujours activement ce fait, une dynamique qui se produit lorsque les clients communiquent en médiation, ce qui représente un facteur important pour le règlement et qui se situe à l'extérieur du modèle rationnel juridique de prévision du règlement. Par exemple, un avocat a fait remarquer les réactions très différentes des clients présents lors de la médiation (les réactions étant pourtant formulées comme présentant des « risques au procès ») et celles des clients participant par



téléphone<sup>94</sup>. Un autre a fait remarquer que [Traduction] «... les clients doivent se rejoindre, car *c'est cela qui crée le résultat...*»<sup>95</sup> (c'est nous qui soulignons). Ces données donnent à penser qu'il existe un rapport entre la façon dont l'avocat entrevoit ce qui pourrait se produire au cours de la médiation et la façon dont il conceptualise – ou conceptualise de nouveau – ensuite le rôle du client. Cela doit ensuite les mener à reconsidérer leur propre rôle<sup>96</sup>.

Enfin, il existe certaines raisons permettant de dire que les normes d'utilisation de la médiation sont plus établies et plus ouvertes à l'utilisation de la médiation à Ottawa qu'elles ne le sont à Toronto. Cela est surtout évident pour la relation des utilisations instrumentales du processus de la médiation, qui semble beaucoup plus répandu à Toronto qu'à Ottawa. Les avocats d'Ottawa ont également été plus susceptibles de parler d'un rôle actif positif dont ils ont été témoins chez le client participant à la médiation et de suggérer un degré d'aisance plus élevé quant à ce rôle.

## V. Évaluations de la médiation et des médiateurs

### A. Au sujet de la médiation

Des commentaires généralement positifs, au sujet de la médiation, ont été codés tout au long des transcriptions et ils peuvent être divisés en plusieurs catégories. La première traite de la médiation d'incitation qui permet une évaluation de l'affaire et une discussion relative au règlement précoces. Un bon nombre de répondants, surtout dans l'échantillon d'Ottawa, ont fait remarquer que la médiation obligatoire met fin à la réticence – autant chez le client que chez l'avocat – à discuter du règlement et à communiquer des offres de règlement. Comme l'a dit un avocat, [Traduction] « la médiation obligatoire

---

<sup>94</sup> Toronto-12 : unités de texte 437 à 449; voir plus haut la note 37.

<sup>95</sup> Ottawa-8 : unité de texte 218.

<sup>96</sup> Voir la discussion plus approfondie à la section 7 (I) ci-dessous.

mérite sa médaille, à mes yeux, dès le départ car elle nous fait passer par-dessus cet obstacle<sup>97</sup>. » Un autre a fait remarquer [Traduction] « qu'ils (ses clients commerciaux) veulent une excuse pour en arriver à un règlement et que, si la médiation est obligatoire, cela leur donne une raison de continuer à parler »<sup>98</sup>. Plusieurs ont également déclaré que la médiation, surtout la médiation obligatoire, impose aux deux parties une discipline incitant à préparer l'affaire en vue de négociations sérieuses, ce qui est généralement bien accueilli. Quelques-uns de ces avocats ont observé que la charge de travail initiale exigée par la médiation anticipée sur un dossier a beaucoup de sens pour les clients institutionnels plus importants qui ne veulent pas que les réserves soient bloquées par un litige prolongé indéfiniment et pour les clients commerciaux moins importants qui ont besoin de solutions rapides et peu coûteuses. Un avocat a fait remarquer que cela représentait du travail [Traduction] «... qu'il faut faire de toute façon pour se préparer à l'interrogatoire préalable, ou certainement à la phase précédant l'instruction. Il ne s'agit donc pas d'une perte de temps ou d'argent pour le client<sup>99</sup>... » Un autre a fait remarquer que les répercussions de la Règle 24.1 visaient à [Traduction] « changer les habitudes des gens... dans la bonne voie... afin qu'ils exercent d'une meilleure façon »<sup>100</sup>. L'élément principal de cette évaluation est le point de vue de l'avocat relatif au moment opportun de la médiation, surtout lorsqu'elle est imposée par la Règle 24.1. La réceptivité à la médiation obligatoire a été, de façon constante, liée à la possibilité de choisir le moment opportun de la médiation. On discute, ci-dessous, de cela de façon plus approfondie.

Un autre groupe de commentaires évaluateurs positifs reflète une reconnaissance du fait que, même lorsque la médiation ne produit pas de règlement, elle peut comporter d'autres avantages secondaires, y compris l'échange de renseignements et l'évaluation non officielle de la crédibilité de l'affaire de chaque partie. Quelques personnes mentionnant cet avantage ont peut-être

---

<sup>97</sup> Ottawa-1 : unité de texte 34.

<sup>98</sup> Ottawa-1 : unités de texte 16 à 19.

<sup>99</sup> Toronto-17 : unité de texte 65.

<sup>100</sup> Ottawa-2 : unités de texte 43 et 49.

intentionnellement établi la médiation comme un « interrogatoire à l'aveuglette » plutôt que comme un effort réel d'en arriver à un règlement (une approche instrumentaliste). D'autres ont peut-être participé de bonne foi, mais ont reconnu d'autres conséquences constructives s'il y avait échec de la négociation d'une résolution (une approche pragmatique). Peu importe la façon dont la motivation est interprétée, un bon nombre d'avocats, surtout dans l'échantillon d'Ottawa, ont parlé de leur volonté de voir la médiation comme un échange constructif et utile, qu'il en résulte ou non un règlement au moment de la médiation ou plus tard. Comme l'a dit l'un d'entre eux, [Traduction] « si rien d'autre n'en ressort, on a déjà gagné du temps parce que ... tout le monde ressort (de la médiation) et sait exactement quel est le vrai problème de l'affaire<sup>101</sup>. » De plus, l'importance de faire participer les clients directement à la négociation – ce qui leur donne l'occasion d'avoir une discussion face à face, et possiblement un certain affrontement de la réalité – est fréquemment revenue comme raison d'aller en médiation tôt, même si un règlement entier, à cette étape, peut être prématuré. (On discute de l'effet de la participation du client en profondeur ci-dessus, à la section 4 (IV).)

Plusieurs des attitudes négatives adoptées par les avocats semblent refléter l'inconfort – ou la réticence – envers les exigences imposées par la médiation obligatoire, en particulier à l'égard du moment opportun de la médiation même, de la liste des médiateurs « approuvés » et du rôle de supervision global de la cour. Un avocat d'Ottawa, regrettant la fin d'une époque où l'on pouvait laisser de côté un dossier pendant un certain temps, nous a franchement dit ceci :

*Ottawa-5 : unité de texte 160*

[Traduction] Sur un plan humain, il était bien d'être capable de mettre des choses de côté de temps en temps. On ne peut plus faire cela maintenant, alors je me sens comme s'il y avait quelqu'un tout près. Cette pensée relève presque de la paranoïa, de qui mène la barque...

---

<sup>101</sup> Ottawa-13 : unités de texte 544 et 545.

Un certain nombre d'avocats – surtout dans l'échantillon de Toronto – croyait que le fait d'imposer la médiation, en vertu de la Règle 24.1, si tôt au cours de la durée d'un dossier la rendait fréquemment inutile aux fins du règlement, ne leur laissant que des raisons pratiques d'utiliser le processus (voir ci-dessus, à la section 4(II)). Un avocat a décrit sa conception du règlement comme étant quelque chose de progressif, sans lien avec un événement en particulier et ne pouvant se produire que rarement tôt au cours du traitement du dossier, mais qui devait plutôt évoluer au fil du temps, alors que s'établit la confiance et que se prépare l'interrogatoire préalable<sup>102</sup>. Plusieurs avocats, surtout à Toronto, ont semblé accepter le principe de médiation, mais veulent la contrôler lorsqu'elle a lieu. Comme on peut s'y attendre, selon l'explication la plus souvent donnée quant à savoir pourquoi la médiation avant l'interrogatoire préalable était prématurée, il n'existe pas de base suffisante à partir de laquelle évaluer les meilleures chances de règlement. Les avocats ont déclaré ne pas avoir en leur possession tous les renseignements dont ils ont besoin : [Traduction] « On ne veut pas y arriver sans rien, en ne se basant que sur les plaidoiries<sup>103</sup> » et ont également déclaré avoir besoin de temps pour assimiler les renseignements avant de pouvoir négocier de façon sérieuse. S'ils ne possédaient pas ces renseignements, ils ne [Traduction] « faisaient les choses que machinalement » et ne consacrerait pas l'effort nécessaire dans le processus de médiation, par exemple, en sélectionnant un médiateur de leur choix (plutôt, ils laissent aux autres le choix du médiateur) ou en se préparant de façon sérieuse à la séance de médiation.

Un certain nombre de variables pourraient expliquer les différentes attitudes quant au choix du moment opportun de la médiation. D'un côté pratique, le problème de se voir obligé d'assister à la médiation avant que l'avocat ne se sente « prêt » est obvié à Ottawa par la volonté du protonotaire responsable de la gestion de la cause à Ottawa de se montrer flexible quant à l'ajournement de la médiation après l'interrogatoire préalable. Cette approche du protonotaire d'Ottawa semble réduire considérablement le ressentiment envers l'obligation de participer à la médiation avant l'interrogatoire

<sup>102</sup> Toronto-18 : unités de texte 67 et 303.

préalable. À Toronto, les avocats se plaignent du fait que les coûts et les efforts nécessaires pour demander un ajournement peuvent signifier qu'il était plus avantageux d'effectuer une [Traduction] « médiation de 20 minutes »<sup>104</sup>. Une autre distinction qui peut être importante doit être établie entre les avocats ayant des clients commerciaux, c'est-à-dire entre ceux dont l'expérience de la médiation est plus importante et qui croient souvent que la médiation pourrait être utile si elle avait lieu le plus tôt possible et les avocats de préjudice personnel, dont les inquiétudes ont rapport au calcul stable des dommages et qui désirent donc fréquemment attendre jusqu'à ce que l'on puisse évaluer avec précision ce montant<sup>105</sup>. La façon dont les avocats comprennent le rapport entre la collecte de renseignements et les résultats finaux, et leurs attitudes profondes envers la collecte et l'analyse des renseignements comme faisant partie d'une stratégie d'instance globale est un autre facteur à considérer. On discute de cela de façon plus approfondie à la section 6 (I) ci-dessous.

Mis à part la critique concernant le moment choisi pour la médiation obligatoire, un certain nombre de commentaires négatifs laissent entrevoir des inquiétudes au sujet de la nature changeante du rôle de l'avocat en tant que défenseur. Ces inquiétudes ont été exprimées de différentes façons et à différents niveaux d'intérêt. Une de celles-ci est en la peur que la profession perde une fonction essentielle – la plaidoirie en première instance – alors que de moins en moins d'affaires se rendent au procès. De plus, un avocat était d'avis que l'utilisation de la médiation pourrait réduire le pouvoir de négociation des avocats puisqu'ils deviendraient « trop dépendants » de l'intervention d'un médiateur pour élaborer une solution négociée<sup>106</sup>. D'autres ont reconnu que le travail associé au procès est plus captivant et plus intéressant : [Traduction] « Être en cour est très amusant, mais sinon, il s'agit d'un travail assez ennuyant<sup>107</sup>. » À un niveau plus profond, l'inquiétude

<sup>103</sup> Toronto 12 : unité de texte 270.

<sup>104</sup> Voir la discussion plus approfondie ci-dessus, à la section (II).

<sup>105</sup> Voir Ottawa-14 : unités de texte 25 à 28.

<sup>106</sup> Par exemple, Toronto-14 : unité de texte 224; Toronto-10 : unité de texte 474.

<sup>107</sup> Toronto-6 : unité de texte 210.

au sujet du rôle professionnel se reflète dans des commentaires négatifs au sujet de la substitution d'un modèle de jugement basé sur les droits par un modèle à caractère informel. Par exemple,

*Toronto-2 : unités de texte 281 et 282*

[Traduction] Il est clair que nous aurons des conflits et que mener des litiges sérieux coûtera beaucoup d'argent. Il faut donc me faire comparaître devant un juge le plus tôt possible afin d'obtenir une décision. La médiation ne représente pas la solution.

Ces avocats considéraient que l'arrivée de la médiation, et en particulier de la médiation obligatoire, usurpait ce « vrai » modèle. En résulterait un « système juridique édulcoré » dans lequel [Traduction] « généralement seuls les gens riches et les corporations riches se feront entendre en cour »<sup>108</sup>. Le fait de lutter contre la philosophie de la médiation « sensible » était perçu comme une bataille à propos des valeurs de la résolution de conflits.

*Toronto-13 : unités de texte 179 à 183*

[Traduction]

Intervieweur : Voyez-vous le fait d'aller en cour comme étant essentiel à la résolution des conflits?

Répondant : Il s'agit d'un outil très important que le système a bien tenté de nous enlever... (E)n imposant des choses comme la médiation obligatoire.

Cette approche peut être assimilée à la perspective de l'opposant décrite plus tôt. De ce point de vue, l'approche du modèle adversatif et de la plaidoirie en première instance pour la résolution de conflits représente l'approche pratique réelle à la résolution de conflits, ce qui fait contraste avec le style « bonne pâte » de la médiation – [Traduction] «...l'approche trop roucouillante envers le monde<sup>109</sup>...» – et aux autres efforts visant un règlement anticipé. Les avocats qui aiment la médiation sont décrits

---

<sup>108</sup> Toronto-6 : unités de texte 357 et 375.

<sup>109</sup> Toronto-8 : unité de texte 226.

comme « peureux » [Traduction]<sup>110</sup>. Un autre avocat a fait remarquer [Traduction] « qu'il est plus facile d'aller en médiation, soyons francs, que de prendre un risque. La plupart des gens ne sont pas des preneurs de risques. Aller en cour représente un risque<sup>111</sup>. » Selon ce cadre de valeurs, prendre des risques représente le « sentier du guerrier » (un avocat a décrit le rôle de l'avocat comme celui du [Traduction] « directeur de la guerre »)<sup>112</sup>, plutôt qu'une utilisation possiblement non efficace ou non appropriée des fonds du client. Également selon ce point de vue, la retenue – la participation à un interrogatoire préliminaire approfondi, le dépôt de requêtes ou tout autre acte de guérilla – représente le meilleur parcours pour obtenir un bon résultat. Il s'agit là d'une juxtaposition intéressante, surtout à la lumière de plusieurs commentaires qui ont été formulés (dont quelques-uns par ces mêmes avocats) au sujet de l'importance de rapprocher la réalité et les inquiétudes souvent urgentes des clients commerciaux envers le système de résolution de conflits. Un avocat a même attribué son orientation « bonne pâte » (dans ses propres mots) à son « expérience en affaires », ce qui complète cette série fascinante de connexions conceptuelles<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> Toronto-6 : unité de texte 324.

<sup>111</sup> Toronto-3 : unités de texte 370 à 393. Il faut cependant remarquer que selon d'autres commentaires certains avocats – normalement des hâtifs et des opposants – considéraient la médiation comme étant un endroit risqué en raison du contrôle moins prononcé de l'avocat sur le processus. Voir par exemple, Ottawa-7 : unité de texte 93 et Toronto-14 : unité de texte 230.

<sup>112</sup> Toronto-2 : unité de texte 134. Il faut remarquer que ce répondant a utilisé le mot « guerre » 11 fois au cours d'une entrevue de 45 minutes.

<sup>113</sup> Ottawa-7 : unités de texte 231 à 233. Une explication possible de la conclusion tirée ici entre de l'expérience en affaires et le fait de se montrer « indulgent » (dans le sens de rechercher des règlements négociés) est l'antipathie ressentie par plusieurs gens d'affaires envers un système possiblement fixe et contraignant d'antécédents ou de règles (tel que le système juridique). Dans l'étude de John Lande sur les avocats internes, une personne a remarqué « Alors que je contemple ma carrière en affaires, je ressens de l'antipathie pour les antécédents à certains moments parce que je les trouve contraignants quant à la possibilité de faire des choses nouvelles. Bien, je ne cherche pas toujours nécessairement à savoir "Comment cela s'est-il produit avant?" ou "Qu'est-ce qu'une cour précédente a décidé?" ou "Qu'a conclu un organisme réglementaire précédent à ce sujet?" Je dis plutôt "Donnez-moi les faits et les circonstances d'aujourd'hui et où vous voulez aller à l'avenir. Essayez de définir un problème ou l'occasion en terme de vision du futur plutôt que par rapport aux antécédents du passé." » [Traduction] J. Lande, « Failing Faith in Litigation? A Survey of Business lawyers and Executives Opinions », dans *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 3, 1998, p. 1 à 6.

Ce groupe considère également la cour (en sa capacité de supervision) et le médiateur comme étant une menace à leur autonomie professionnelle de juger de la bonne façon de mener le dossier.

Par exemple,

*Toronto-6 : unités de texte 163 et 164, 192*

[Traduction] Ils (les clients) pensent qu'ils sont assez intelligents pour savoir quand ils veulent en arriver à un règlement. L'avocat en qui ils ont confiance fera de son mieux pour aller en cour ou pour en arriver à un règlement. Ils n'ont pas besoin d'une autre personne pour venir leur dire quand le faire, ils pensent qu'il ne s'agit que de frais supplémentaires qui ne sont pas nécessaires... Je considère toujours les options de règlement à différentes étapes du litige... je n'ai pas besoin de Règle pour me dire à quel moment je dois le faire.

Finalement, des inquiétudes au sujet de la dilution possible du rôle de plaidoirie traditionnel de l'avocat ont également été exprimées – pourtant généralement discrètement et souvent de façon secondaire – en faisant référence aux répercussions de la facturation d'un règlement anticipé. Plusieurs avocats croyaient qu'il s'agissait d'un problème abstrait, tout en soutenant que leur clientèle était tellement nombreuse qu'ils ne seraient pas touchés – mais que d'autres le seraient. Par exemple, un d'entre eux a observé que le règlement anticipé

*Toronto-5 : unités de texte 43 et 44*

[Traduction] ... touche directement à mon compte de banque, ou pas moi parce que j'ai des clients qui désirent contester ces gros montants, mais... si l'on veut être tout à fait égoïste et ne regarder que les intérêts des avocats, alors pourquoi voudrais-je le faire?

Un autre avocat parle de ce qu'il appelle la « peur innée » que la médiation [Traduction] « réduise leurs affaires »<sup>114</sup>. Le même avocat (Toronto-5) qui était d'avis que peut-être 97 p. 100 de ce que les

---

<sup>114</sup> Ottawa-4 : unité de texte 244. Dans l'étude de Craig McEwen au sujet des avocats internes, on a trouvé très peu de preuve que la peur à l'égard des factures moins coûteuses entraînait l'antipathie envers la médiation. Cela peut possiblement s'expliquer partiellement par une réticence de se confesser de cette peur : comme l'a dit un interviewé, [Traduction] « ce n'est pas une confrérie » (Toronto-6). Voir C. McEwen, «Managing



avocats font était « gaspillé » a ensuite mentionné les 100 boîtes de documents de résolution de conflits qui occupaient son bureau. En pensant à voix haute, il a même posé cette question rhétorique [Traduction] « Mais comment paierai-je les 100 boîtes<sup>115</sup>? »

Tandis qu'il semble inévitable que si la médiation fait épargner de l'argent aux clients, elle réduira les frais juridiques liés à tout dossier. Certains avocats n'acceptent pas du tout l'idée que la médiation fasse épargner de l'argent aux clients; plusieurs avocats dans les deux villes estimaient que la médiation entraînait des frais supplémentaires « inutiles » pour les clients<sup>116</sup>.

## B. Au sujet des médiateurs

Les opposants, et à un degré moindre les hâtifs dont les commentaires au sujet de la médiation sont généralement négatifs, sont plus susceptibles de dénigrer les médiateurs et de les qualifier d'incompétents et d'inefficaces. Cela s'exprima en partie par un scepticisme marqué au sujet des qualifications des médiateurs. Certaines personnes croient que les médiateurs inventent ou « gonflent » leurs qualifications et leur expérience, d'autres questionnent l'étendue de la présélection qui a lieu avant qu'une personne ne soit ajoutée à la liste des médiateurs pour la médiation obligatoire (il y a eu certaines remarques au sujet des médiateurs qui ne sont pas des avocats; une personne a déclaré [Traduction] « ils (les clients) ne parleront pas à quelqu'un qui n'exerce pas, et moi non plus »<sup>117</sup>, et plusieurs croyaient que les médiateurs représentaient des personnes n'ayant pas réussi dans l'exercice du droit. Il vaut la peine de faire remarquer que plusieurs avocats – *y compris* ceux qui

---

Corporate Disputing: Overcoming Barriers to the Effective Use of Mediation for Reducing the Cost and Time of Litigation», ci-dessus, à la note 16.

<sup>115</sup> Toronto-5 : unité de texte 39.

<sup>116</sup> Dans son étude de 1982 sur les négociations pour préjudices personnels au Royaume-Uni, Hazel Genn a examiné la question qui consiste à savoir jusqu'à quel point le désir de faire augmenter les frais entraine en conflit avec le désir de faire avancer les choses en vue d'un règlement. Elle a conclu : « L'incertitude générale qui s'étend sur tout le secteur des poursuites pour préjudice corporels à l'égard de la responsabilité et des montants... crée des conditions parfaites pour la justification explicite ou implicite de presque toute stratégie. » [Traduction] H. Genn, *Hard Bargaining*, Oxford University Press, 1982, p. 108.

<sup>117</sup> Voir par exemple Toronto-6 : unité de texte 96, Toronto-11 : unités de texte 438 à 442.

étaient généralement favorables à la médiation – se sont dits mécontents des normes et de la qualité de la formation en vue de la médiation, et plusieurs ont observé que le simple fait d'assister à un programme de formation ne faisait pas nécessairement de quelqu'un un bon médiateur. Un plus petit groupe a indiqué à maintes reprises n'avoir pas « besoin » de médiateurs pour régler les conflits, que les avocats faisaient cela constamment de toute façon. Cette opinion peut renforcer le sentiment, dans ce groupe, que les médiateurs représentent le chaman du XXI<sup>e</sup> siècle, qui troque des biens fictifs. Une personne a comparé les médiateurs à des vendeurs d'assurance-vie, [Traduction] «... qui vous expliqueront pourquoi vous avez vraiment besoin d'une assurance-vie et qui vous diront ce qui vous sera utile, et vous passez beaucoup de temps à comprendre les chiffres et vous réalisez ensuite que ce n'est pas aussi intéressant que cela en a l'air<sup>118</sup>...» Le même avocat qui a affirmé [Traduction] « qu'une partie de ce pour quoi... les médiateurs sont formés est de mentir. Il en est ainsi afin que les parties qui donnent quelque chose croient obtenir quelque chose en retour ou que l'autre partie perd plus qu'elle, afin de les rassurer – cela fait partie du processus de formation<sup>119</sup>. » D'autres font référence, bien qu'en des termes moins hostiles, à la « manipulation » des médiateurs. D'autres se plaignent que les médiateurs expriment clairement leur désir de mettre à tout prix un règlement en application, et s'attardant inutilement sur les points « évidents » concernant les coûts et l'incertitude quant à la poursuite de la résolution de conflits.

Pour le groupe le plus négatif, la médiation semble être considérée comme relativement « sécuritaire » lorsqu'elle est évaluative (soulignant ce qui est connu, c'est-à-dire les résultats juridiques anticipés) et « risquée » lorsqu'elle est facilitante (soulignant ce qui est inconnu, c'est-à-dire les facteurs de règlement autres que l'évaluation juridique). Paradoxalement, ceux qui tourneraient en ridicule les « vrais croyants » comme étant peu disposés à prendre des risques font également leur propre évaluation des risques et évitent la médiation facilitante pour cette raison même<sup>120</sup>. Ce groupe

<sup>118</sup> Toronto-2 : unité de texte 91.

<sup>119</sup> Toronto-2 : unités de texte 74 et 75.

<sup>120</sup> Voir la discussion ci-dessus à la section 5 (l) et en particulier la note 113.

affiche une préférence marquée pour les médiateurs autoritaires, crédibles, évaluateurs qui veulent et peuvent donner des évaluations juridiques, parce qu'ils structurent le discours d'une façon bien connue de l'avocat et avec laquelle il est à l'aise – ils «... vont au bien-fondé », « bien-fondé » étant le bien-fondé juridique<sup>121</sup>. Mis à part les opposants, il existe cependant une préférence marquée pour les médiateurs évaluateurs dans tout l'échantillon de Toronto. Un seul répondant<sup>122</sup> de ce groupe a indiqué qu'il préférerait les médiateurs qui ne sont pas avocats; essentiellement, presque tous les avocats de Toronto, peu importe leur approche générale vis-à-vis la médiation, ont clairement indiqué qu'ils préféreraient presque toujours (voir ci-dessous) un médiateur-avocat capable d'offrir au moins une opinion experte de la loi (même s'ils sont quelquefois facilitateurs également ou à la place), ils préfèrent les médiateurs-avocats. Cela se rapporte directement à la compréhension d'un objectif principal de la médiation comme étant [Traduction] «... de déterminer la valeur de votre affaire. Qui ... ne se produit qu'avec les médiateurs qui sont prêts à vous donner une évaluation générale de votre affaire<sup>123</sup>. »

En adoptant une approche pragmatique, certains avocats soutiennent que les clients ont besoin d'entendre l'opinion d'une personne crédible [Traduction] « je crois que vous allez gagner ou je crois que vous allez perdre »<sup>124</sup>, et que cela est parfois nécessaire afin de surmonter les trop grandes attentes des clients : [Traduction] « Alors cela remet les choses en perspective pour le client, à savoir que ce n'est pas que l'avocat soit pessimiste, mais qu'une tierce partie affirme qu'il s'agit d'un vrai problème<sup>125</sup>... » Quelques-uns utilisent des termes plus forts : [Traduction] «...ils (les

---

<sup>121</sup> Toronto-9 : unité de texte 410. De plus, le professeur Archie Zariski se pose la question suivante « à quelle fréquence (les mots) "bien-fondé juridique" représentent-ils un code pour les avocats pour dire "cela est peut-être vrai, mais pouvez-vous le prouver en cour? " » [Traduction] Correspondance par courriel avec l'auteur, 15 juin 2001.

<sup>122</sup> Toronto-18.

<sup>123</sup> Toronto-1 : unité de texte 70.

<sup>124</sup> Toronto-2 : unité de texte 111.

<sup>125</sup> Toronto-9 : unité de texte 210.

juges-évaluateurs) réprimandent les clients et cela les aide à embarquer »<sup>126</sup>. L'avocat ci-dessus a également fait l'observation plus réfléchie qu'un médiateur évaluateur peut garantir au client que le règlement représentait un parcours raisonnable :

*Toronto-9 : unités de texte 219 et 220*

[Traduction] Le client pense, avec certaines réserves, qu'il n'est pas raisonnable lorsqu'il en vient à un règlement, il pense qu'il abandonne. Ce dont il a besoin, c'est de se faire appuyer afin de croire qu'il agit de façon raisonnable en arrivant à un règlement.

Tandis que la préférence pour les médiateurs évaluateurs a été marquée, surtout à Toronto, d'autres points de vue intéressants ont été exprimés. Plusieurs avocats ont fait remarquer qu'il semblait ne pas souvent y avoir avantage à ce que l'avocat répète les arguments fondés sur les droits des parties (énoncés précédemment). Plusieurs ont observé que tandis qu'ils avaient supposé précédemment qu'une évaluation juridique représenterait la façon la plus efficace de résoudre une affaire, leur expérience les avait convaincus du contraire. Par exemple, un avocat a fait remarquer ceci :

*Toronto-12 : unités de texte 356 à 360*

[Traduction] J'ai découvert, à ma grande surprise, qu'elle (une évaluation juridique) n'aide pas les deux parties en ce qui concerne une tentative de règlement de l'affaire. Si vous êtes celui à qui il (l'évaluateur) a dit « Vous allez gagner », vous vous diriez « Pourquoi devrais-je faire un compromis? » Et si vous êtes celui à qui il a dit « Vous allez perdre », vous vous diriez « Qu'est-ce qu'il en sait? »

En reconnaissance des répercussions réelles, pour les parties au conflit, d'entendre une opinion d'évaluation, ce commentaire semble reconnaître les limites d'une approche purement prédictive envers le règlement<sup>127</sup>. Un autre thème connexe ayant ressorti de certaines entrevues était qu'un règlement obtenu en médiation se doit de contenir des principes, si on veut pouvoir le vendre aux deux parties et aux avocats.

*Toronto-3 : unités de texte 154 à 157*

---

<sup>126</sup>

Toronto-1 : unité de texte 62.

[Traduction]... Vous ne réglerez pas un différend à moins de trouver une base de principe en vertu duquel vous pouvez régler... pas comme lorsque je me retrouve dans une résolution de différends pure et simple par une tierce partie, (au cours de laquelle) je n'admettrai pas mes faiblesses et, tandis que le processus consiste à laisser la tierce partie trouver vos faiblesses, ... en médiation, vous céderez toujours en ce qui concerne une faiblesse, ce qui représentera alors votre base de principe pour le règlement. Alors nous sommes allés en médiation en nous disant que nous allions assumer la responsabilité... sur la base de ce pourcentage. Nous justifierons cette base de pourcentage par une analyse rigoureuse des données. Notre expert justifiera cette analyse rigoureuse de cette répartition des pourcentages des causes principales de dommages économiques et cela représentera notre base de principe pour le règlement. Médiateur, vous ne pouvez pas nous présenter une autre base de principe (différente) qui convient au règlement ou si l'autre partie ne peut pas nous donner une base reposant sur des principes qui nous convient, alors il est inutile de discuter.

Les « principes » auxquels on fait référence ici semblent être plus larges que les principes juridiques proprement dits. De plus, les limites d'une évaluation juridique, telles qu'elles sont décrites plus haut, semblent indiquer qu'il est nécessaire d'avoir de la facilité à résoudre les problèmes pour qu'un médiateur efficace puisse aller au-delà de l'approche évaluative. Un certain nombre d'avocats se sont plaint de la tendance des médiateurs évaluateurs – et en particulier les anciens juges – de cogner les têtes, puis de suggérer que les parties « coupent la poire en deux ». On n'aimait pas cette approche – plusieurs avocats ont fait remarquer qu'ils avaient assez d'expérience juridique pour en arriver à une évaluation aussi crédible que celle du juge de toute façon – et on l'a considéré comme inefficace aussi bien que sans fondement. Un avocat a déclaré : [Traduction] « Les médiateurs qui essaient simplement de couper la poire deux sont inutiles<sup>127</sup>... » Il semble que lorsque la base (juridique) traditionnelle d'un règlement de principe n'est pas acceptée par les parties – et n'a pas le pouvoir d'imposer ce jugement – certains médiateurs évaluateurs sont incapables de trouver une autre base qui repose sur des principes pour le règlement (par exemple, la discussion et l'adoption de conventions ou de normes commerciales « réalistes » et « justes »). Un certain nombre d'avocats ont observé que, alors que les anciens juges pouvaient offrir une expertise et une autorité, ils étaient

---

<sup>127</sup> J. Macfarlane, «Why Do People Settle?», dans *McGill Law Journal*, vol. 46, n° 2, 2001, p. 63.

<sup>128</sup> Toronto-8 : unité de texte 106.

souvent « épouvantables » en ce qui concerne la facilitation du dialogue et la mise en application des compromis.

Mis à part ce type de critique, cependant, les avocats ou les juges d'expérience qui ont un rôle de médiateur évaluateur détiennent des pouvoirs de persuasion considérables. L'avocat suivant précise que le statut de médiateur peut parfois suffire à persuader les clients que la proposition est raisonnable.

*Toronto-10 : unité de texte 401*

[Traduction] Le médiateur ne tolère pas réellement cela (le règlement), mais il y a un sentiment, surtout lorsque vous avez recours aux services d'un médiateur bien respecté, qu'il sera au moins raisonnable, sinon l'affaire se serait résolue et le médiateur aurait peut-être encouragé ce point ou cet autre point.

Il y a également un sentiment que les avocats recherchent, afin d'aller d'une approche fondée sur les droits des parties à une approche fondée sur les intérêts des parties, une plus grande flexibilité que celle que les médiateurs offrent actuellement (en général, la perspective du pragmatiste). Un certain nombre d'avocats généralement favorables à la médiation et considéreraient le modèle facilitant comme ayant de la valeur, croyaient également qu'il serait exaspérant d'affronter un médiateur qui aurait un attachement presque religieux à l'une ou l'autre des approches. Ces avocats aimeraient pouvoir demander les services d'un médiateur évaluateur s'ils croient que la situation en fait une approche efficace, et sont frustrés par le manque apparent de souplesse, surtout en vertu de la Règle 24.1 (bien qu'elle n'exige pas une approche facilitante, certains médiateurs se trouvant sur les deux listes interprètent leur rôle comme se limitant à la facilitation). D'un autre côté, un groupe un peu moins important qui était plus à l'aise avec le modèle évaluatif et prédictif, a reconnu, dans certains cas, qu'un modèle fondé sur les intérêts des deux parties permettrait de se pencher sur les besoins importants (parmi les exemples donnés, notons les parties ayant de gros problèmes personnels) ou ferait dévier l'attention des faiblesses de l'affaire (par exemple lorsqu'un défendeur avait mal préparé une affaire juridique). De plus, un certain nombre d'avocats ayant affiché une préférence marquée

pour les médiateurs évaluateurs ont également parlé de l'importance que le médiateur puisse [Traduction] « développer des affinités avec les parties »<sup>129</sup> en reconnaissant que la capacité d'évaluer n'était pas toujours suffisante en elle-même pour qu'on puisse en arriver à un règlement.

Fait anodin, les avocats qui sont généralement positifs envers la médiation et l'appuient ont également tendance à faire plus de commentaires au sujet de l'habileté des médiateurs qu'ils ont observés (même s'ils avaient quand même tous des « histoires d'horreur » à raconter). Toutefois, l'éventail de raisons et de niveaux auxquels ils appuient l'utilisation de la médiation se reflète dans l'étendue des évaluations de ce qui fait essentiellement un bon médiateur. Une série de commentaires a porté sur l'utilité et l'habileté des médiateurs à gérer un processus de négociations, faisant référence, en particulier, à la capacité de faire entrer en caucus les parties et de les en faire sortir (et de les faire passer de discussions privées à conjointes, et vice versa) au bon moment, de décourager les avocats de chaque côté de gesticuler, d'établir un plan de jeu initial pour la médiation, et de faire en sorte que le processus aille toujours de l'avant afin que l'on ait le sentiment que les choses progressent. Plusieurs avocats ont observé qu'ils désiraient avoir un médiateur proactif, qui participerait activement aux discussions et exercerait un certain contrôle sur le processus<sup>130</sup>. D'autres ont souligné l'importance que le médiateur améliore la communication constructive entre les parties, en particulier pour communiquer la perspective de chacune d'elles à l'autre partie. Un d'entre eux a déclaré que le meilleur médiateur qu'il connaissait était une personne qui pouvait [Traduction] « intérioriser leur point de vue » de manière authentique<sup>131</sup>, sauver l'honneur des clients et des avocats, acquérir la confiance des parties et être crédible à leurs yeux<sup>132</sup> et offrir une « persuasion »<sup>133</sup>. Un avocat a décrit cette dynamique [Traduction] «... c'est presque comme avoir un

<sup>129</sup> Ottawa-14 : unité de texte 114

<sup>130</sup> Voir par exemple, Toronto-19 : unités de texte 84 et 85.

<sup>131</sup> Toronto-3 : unité de texte 289.

<sup>132</sup> Toronto 20 : unités de texte 439 et 440.

<sup>133</sup> Ottawa-7 : unité de texte 253.

conseiller matrimonial. Vous avez un médiateur pour vous aider à communiquer avec quelqu'un<sup>134</sup>. »

Un troisième groupe de commentaires concernant les habiletés des meilleurs médiateurs a porté sur leur efficacité à susciter des résultats créatifs, en particulier des résultats que les avocats n'auraient pas atteints autrement. Un avocat a observé qu'il en est ainsi parce qu'un bon médiateur peut aller au-delà des problèmes présentés et [Traduction] «... trouver ce qui trouble vraiment les parties »<sup>135</sup>.

D'autres ont fait des remarques sur la capacité du médiateur à permettre aux avocats et aux clients d'aller plus loin que les solutions juridiques ou d'affaires conventionnelles. [Traduction] « Un médiateur compétent, formé juridiquement ou autrement, peut aider les avocats à se défaire de cette vision fermée du monde et à le considérer autrement<sup>136</sup>. »

## VI. Changements systémiques de pratique

Les sections précédentes tentent d'établir en détail l'éventail et la diversité des réponses à nos questions concernant la façon dont les avocats utilisent la médiation et en comprennent l'utilisation. La prochaine section tente de résumer quelques-uns des principaux thèmes qui sont ressortis des données et qui suggèrent des changements systémiques de pratique et qui peuvent avoir des répercussions en vue d'une culture de conflit plus approfondie. Clifford Geertz soutient qu'afin de comprendre le contexte culturel des comportements et des attitudes, on doit être conscient du rapport important existant entre les normes de pratique – ce qu'il appelle les [Traduction] « éléments matériels » de la culture – et du sens que les acteurs en donnent. Geertz décrit les sens donnés aux pratiques nouvelles et établies comme étant les [Traduction] « éléments immatériels » d'une culture de pratique<sup>137</sup>. De plus, les différents sens donnés à une action ou à une pratique particulière peuvent

---

<sup>134</sup> Toronto-8 : unité de texte 237.

<sup>135</sup> Toronto-18 : unité de texte 213.

<sup>136</sup> Toronto-1 : unité de texte 151.

<sup>137</sup> Cette distinction est traitée dans A. Zariski, «Disputing Culture: Lawyers and ADR», dans *Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 7, 2000, p. 2 et pour le rapport entre les éléments matériels et immatériels de la culture en général, voir C. Geertz, «Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture», dans *The*



être très diversifiés, comme c'est le cas dans la présente étude. Quelques-uns des changements de l'exercice de résolution de conflits visant à permettre la médiation obligatoire pour les affaires au civil, peuvent paraître, à première vue, ne pas être plus que des ajustements fonctionnels – la préparation à une négociation plus tôt que d'habitude, une rencontre avec le client pour lui expliquer comment participer à la médiation, et ainsi de suite. Au niveau fonctionnel, il existe également plus de similarités apparentes que de différences dans la façon dont les avocats répondent à la médiation. Cependant, si l'on examine ce que Geertz appelle [Traduction] « les structures empilées d'inférences et d'implications<sup>138</sup> » présentes dans le sens donné aux ajustements même les plus mineurs des routines de la pratique, celles-ci peuvent refléter des changements significatifs de pensée, tout dépendant de la façon dont les acteurs comprennent leurs actions et la signification de leurs actions. Geertz soutient que les changements réels en matière de pratique deviennent spécialement importants lorsqu'ils semblent avoir un effet sur les notions de rôle et d'identité. En invitant nos répondants à songer à leur rôle et en quoi, le cas échéant, la médiation a eu un effet sur lui, nous cherchions [Traduction] «... à découvrir les structures conceptuelles qui sont à la base des actes de nos sujets, les "dires" du discours social...» de l'intérieur de la culture de litiges commerciaux<sup>139</sup>. À partir de ces données, il est possible, non seulement de déterminer les changements qui semblent s'être produits au sein de la pratique relative au litige, mais également les diverses explications offertes pour ces changements par nos sujets de recherche. C'est précisément dans cette discussion que l'on pourrait chercher des réponses à la question : La médiation change-t-elle vraiment quelque chose au sein de la culture plus large de résolution de conflits de la profession même?

Lorsque nous avons analysé les transcriptions à la recherche de changements systémiques, il est vite devenu évident qu'il existait des différences importantes entre les deux groupes échantillons

---

*Interpretation of Cultures*, Basic Books, 1973.

<sup>138</sup> C. Geertz, *The Interpretation of Cultures*, Basic Books, 1973, p. 7.

<sup>139</sup> C. Geertz, *The Interpretation of Cultures*, Basic Books, 1973, p. 27.

d'Ottawa et de Toronto. Cette variable, et d'autres qui peuvent expliquer les différences entre les opinions et les expériences de médiation offertes par nos répondants sont décrites en détail à la section 7 (III). Cette différenciation apparemment importante entre les étapes de légitimité de la médiation des deux barreaux se reflète dans tous les aspects des données de changement mentionnées et analysées ci-dessous.

## A. Gestion des dossiers

*Toronto-20 : unités de texte 416 à 418*

[Traduction] Avant 1990, nous travaillions tous vers, nous visions tous la phase précédant l'instruction et vous ne pensiez pas vraiment à en arriver à un règlement avant cette étape. Vous pensiez peut-être en arriver à un règlement à la phase précédant l'instruction, mais vous aimiez tout de même vous rendre jusqu'au procès, à moins qu'il ne s'agissait d'une bonne affaire à régler. *Alors cela voulait dire que vous pouviez travailler sur un dossier pendant deux ou trois années sans jamais penser à sa valeur et aux conditions de règlement.* (c'est nous qui soulignons)

Tous les répondants ont rapporté des changements – auxquels ils ont attribué un sens et une signification très différents – dans la nature de la gestion des dossiers en vertu de la Règle 24.1. Tandis que certains avocats (généralement les hâtifs) ont reconnu l'effet des exigences procédurales comme étant assez minime puisqu'ils ne faisaient que très peu de travail de préparation en vue de la médiation, plusieurs avocats – et surtout ceux de l'échantillon d'Ottawa – ont reconnu que l'instauration de la Règle avait fait une différence plus importante et plus conséquente dans leurs pratiques de gestion de dossiers (ce qui est réitéré par les échéances établies et mis en application par le Système de gestion des cas judiciaires). Ce changement a souvent été décrit comme représentant le « travail précoce » sur les dossiers liés au litige, tandis que le travail s'effectue au début du traitement du dossier afin qu'il soit prêt pour la médiation et en vue de discussions sérieuses de règlement plus tôt qu'il ne le serait autrement. Un avocat d'Ottawa a décrit cela ainsi :

*Ottawa-12 : unités de texte 93 à 95*

[Traduction] Le dossier exige un travail précoce et représente une hausse rapide des coûts pour le client à court terme... À long terme, je crois que les épargnes définitives

se réalisent parce que vous effectuez tout ce travail tôt... c'est plus coûteux à court terme, mais ce qui se produit, c'est que vos chances de réussir et de régler le dossier sont plus grandes et le règlement se produit plus rapidement.

Un certain nombre d'avocats (il s'agissait généralement du point de vue des pragmatistes) ont fait remarquer que ce travail représentait du travail qui devait se faire de toute façon, si l'affaire allait de l'avant, et qu'il n'y avait donc pas de coûts supplémentaires pour eux-mêmes ni pour le client lorsqu'il fallait préparer l'affaire pour les négociations et l'interrogatoire préalable le plus rapidement possible. Quelques-uns se sont plaint du fait que ce travail précoce représentait une perte de temps et d'argent (opinion répandue chez les opposants et les hâtifs), puisqu'il n'y avait pas réellement de chance de règlement au point où la médiation était exigée, soutenant que la préparation en vue de la médiation ne faisait que les distraire et les empêcher de travailler sur d'autre ouvrage qui aurait pu être accompli. Quelques avocats d'Ottawa et de Toronto ont indiqué qu'afin d'éviter de désigner un médiateur, ils planifiaient maintenant des discussions de règlement, souvent par téléconférence, même avant la date établie pour la médiation obligatoire. Une autre conséquence mentionnée par certains avocats d'Ottawa est une tendance à établir moins d'étapes procédurales précoces, comme le dépôt de demandes reconventionnelles et le dépôt des requêtes, ces activités étant quelquefois remplacées par la médiation.

L'effet net est que plus de dossiers se règlent plus rapidement – ils ne sont plus rangés à l'écart et souvent inactifs pendant plusieurs mois consécutifs. Il n'existe plus la possibilité permanente de déposer une requête et de retourner le dossier au cabinet. Comme un avocat l'a mentionné d'un air quelque un peu tristement,

*Ottawa-14 : unité de texte 44*

[Traduction] Les dossiers sur lesquels nous savions que nous pouvions toujours travailler au cours d'une petite semaine ne se trouvent plus sur nos chaises et sur nos planchers. Tout d'un coup, il faut faire tout ce travail, en même temps, et on se demande – à moins d'avoir un volume important de travail – que se passera-t-il le mois prochain ou dans deux mois?

Un certain nombre d'avocats d'Ottawa ont décrit le « facteur il-faut-s'y-mettre » (basé sur le nombre d'occasions où les avocats doivent effectuer des tâches au sein d'un régime de gestion des cas judiciaires) comme menant à des efforts plus précoces et plus intenses de régler une affaire. À Ottawa, les plaidants nous ont dit qu'ils avaient généralement moins de dossiers plus actifs.

*Ottawa-6 : unités de texte 3 à 7*

[Traduction] Nous avons estimé le roulement des fichiers selon l'ancien système comme étant un roulement d'environ cinq années, ce qui me permettait d'avoir une charge de travail d'environ 400 dossiers. Le nouveau roulement, nous croyons, est d'environ 12 à 15 mois, du début jusqu'au procès. Ce qui, en raison de ce roulement, nous a fait faire d'énormes changements dans la façon dont nous pratiquons notre profession. Puisque vous ne pouvez plus vous charger de 400 dossiers. ...les avocats-plaideurs principaux peuvent se charger de 75 à 100 dossiers, selon leur spécialité, ou selon la façon dont vous avez besoin qu'ils rapportent des dépens pour ce type de problème. Pour les avocats qui débutent, pas plus de 20 dossiers.

Nos répondants ont compris les répercussions de ce changement de plusieurs façons différentes. Une perspective se rapporte principalement à l'économie changeante de l'exercice du droit. Un avocat d'Ottawa a décrit le système de facturation de son cabinet de taille moyenne comme passant de la [Traduction] « facturation selon l'inventaire » à la [Traduction] « facturation selon les résultats »<sup>140</sup>. Il s'agit là d'un ajustement économique significatif pour plusieurs cabinets, et il se produit également à Toronto. Un avocat de Toronto a mentionné que [Traduction] «...beaucoup de cabinets vivent de ces gros dossiers qui... se prolongent pendant plusieurs années, ils sont en interrogatoire préalable pendant des mois – et en réalité, ces affaires sont de moins en moins fréquentes »<sup>141</sup>. Il a continué en ajoutant que [Traduction] «...quelquefois, on voit un dossier qui aurait pu être en interrogatoire préalable pendant trois mois et qui vient juste d'être réglé en très bons termes pour le client, et l'on se dit "Une toute petite minute! Voilà la chose la plus étrange que j'ai jamais faite!" Je crois qu'il existe un peu de cela, surtout chez les partenaires principaux qui se disent "Une minute!" Puis il y a de la tension. On ne peut pas nier qu'il existe de la tension<sup>142</sup>. » Quelques avocats-plaideurs

---

<sup>140</sup> Ottawa-7 : unités de texte 266 à 268.

<sup>141</sup> Toronto-16 : unités de texte 451 et 452.

<sup>142</sup> Toronto-16 : unités de texte 470 à 473.

se demandent s'ils devraient changer leurs charges de dossiers pour se protéger contre un effet économique négatif<sup>143</sup>. Chose intéressante, selon l'opinion exprimée le plus fréquemment au sujet de la gestion de dossiers à Ottawa, où la gestion de dossiers judiciaires est plus approfondie, les avocats peuvent s'occuper avec profit de moins d'affaires à la fois en raison de la rémunération associée au travail précoce et au règlement anticipé.

Certains avocats ont décrit les répercussions relatives aux attitudes et à la stratégie, ainsi que les ajustements économiques comme étant le résultat de ces changements dans la façon de gérer les dossiers. Ces avocats ont dit que la Règle 24.1 avait modifié leur attente quant à la tenue de négociations de règlement sérieuses avant la fin de l'interrogatoire préalable où même à l'étape précédant l'instruction. Tandis que les avocats-plaideurs ne se penchent sur le règlement qu'une fois l'interrogatoire préalable terminé, autrement que dans les affaires de moindre importance et apparemment « simples », la Règle 24.1 exige que des étapes associées au règlement aient lieu beaucoup plus tôt au cours du processus. De cette façon, les changements dans la gestion des dossiers permettent à certains avocats de réévaluer le moment approprié pour tenir des discussions sur le règlement et ainsi, le rapport entre le règlement et les méthodes conventionnelles d'élaboration de la théorie et de collecte des faits. Cela peut rendre ces avocats plus ouverts à la possibilité d'un règlement anticipé<sup>144</sup>. Le modèle de jugement – et la prépondérance d'un style adversatif d'exercice du

---

<sup>143</sup> Toronto-17 : unité de texte 183.

<sup>144</sup> L'étude du Professeur Bobbi McAdoo sur l'effet de la Règle 114 du Minnesota – une règle de [Traduction] «considération obligatoire» qui exige que l'avocat considère officiellement la possibilité de REJD et permet aux juges d'imposer une exigence de REJD dans certaines affaires – sur les pratiques de litiges civils suggère des changements semblables dans la façon dont les avocats approche la question du nombre de renseignements nécessaires avant d'entreprendre les négociations en vue du règlement. Même si, contrairement à la Règle 24.1, la Règle 114 du Minnesota (Minn. Gen.R.Prac 114 (1994)) n'exige ni n'encourage apparemment que la médiation ait lieu avant l'interrogatoire préalable, quelques avocats ont déclaré qu'ils prenaient maintenant en considération les négociations en vue du règlement avant l'interrogatoire préalable. «Je crois que les avocats se sont beaucoup améliorés en n'allant pas inutilement en interrogatoire préalable. **Je crois que nous (maintenant) prenons des décisions plus consciencieuses au sujet de ce que nous appelons un plan d'action.**» D'autres croyaient que la Règle 114 avait accéléré le processus d'interrogatoire préalable, tandis que les avocats tentent d'y mettre fin avant la médiation. Voir B. McAdoo, *The Impact of Rule 114 on Civil Litigation Practice in Minnesota*, ci-dessus, à la note 17, p. 35 à 37.

droit – suppose que la fonction de collecte des renseignements et des faits consiste à appuyer les arguments fondés sur les droits des parties (et inversement de répudier ceux de l'autre partie). Toutefois, les renseignements jugés pertinents à cette fin peuvent être pertinents et utiles lors de la négociation d'une solution pragmatique. Presque toutes les personnes de nos échantillons ont indiqué qu'en l'absence d'une médiation anticipée, ils adoptaient une analyse adversative assez conventionnelle des besoins de collecte de renseignements et une recherche juridique avant d'entreprendre des négociations sérieuses. Cependant, certains avocats, en particulier ceux possédant plus d'expérience de la médiation, ont dit qu'ils se voyaient maintenant douter de ces hypothèses. Quelques-uns ont indiqué qu'au moins une partie des renseignements qu'ils jugeaient essentiels à l'entreprise de discussions sérieuses en vue du règlement pouvaient, en fait, ne pas être pertinents au type de solution qui pouvait surgir et surgissait quelquefois de ces négociations très précoces. Un d'entre eux a dépeint la préoccupation de l'avocat comme étant [Traduction] «... une obsession exagérée à tout connaître sur un dossier avant de dire quoi que ce soit à son sujet »<sup>145</sup>. Un autre a fait ce commentaire remarquablement franc :

*Toronto-5 : unités de texte 35 et 36*

[Traduction] Je me préoccupe personnellement du fait que si seulement 3 p. 100 des affaires se rendent actuellement au procès, que cela signifie que 97 p. 100 des fois, tout le travail effectué durant la phase précédant l'instruction est gaspillé jusqu'à un certain niveau, 97 p. 100 de l'argent que je gagne provient donc de temps perdu.

Un autre avocat-plaideur, en parlant de sa conviction croissante que le règlement au cours de la médiation anticipée est possible pour certaines affaires, a émis le commentaire suivant :

*Toronto-1 : unité de texte 249*

[Traduction] Mon radar est assez bien orienté vers une entente qui, je crois, correspond aux souhaits du client... qui correspond au client et qui est probablement assez proche de ce que j'aurais pu obtenir autrement en deux années, après des milliers de dollars gaspillés en litige. En passant, ce gaspillage va dans mes poches.

---

<sup>145</sup> Ottawa-10 : unités de texte 252 et 253.

Ces commentaires semblent indiquer que le fait d'avoir participé aux règlements atteints avant les étapes conventionnelles de collecte de faits et de documents du litige peut avoir entraîné des réflexions plus profondes et peut-être plus troublantes au sujet de ce que les avocats passent le plus de temps à faire – c'est-à-dire recueillir des preuves factuelles et documentaires qui pourraient être essentielles en vue de préparer la meilleure affaire, mais pas nécessairement rechercher le meilleur résultat<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> Le règlement qui a fait l'objet d'une grande publicité relativement à la poursuite pour diffamation de Stockwell Day avec l'avocat Lorne Goddard en est un exemple concret. Dans ce cas, l'offre initiale de règlement de 60 000 \$ a finalement été acceptée par Day, mais à cette étape, un montant supplémentaire de 700 000 \$ avait été dépensé en frais juridiques. *Globe & Mail*, 21 janvier 2001.

## B. Changements des rôles du client et des relations avec le client

Certains avocats ont été francs à l'égard du pouvoir et du contrôle qu'ils ont l'habitude d'exercer dans leur relation avec leurs clients.

*Toronto-6 : unité de texte 213*

[Traduction] Vous décidez pratiquement tout lorsque le client vous confie son affaire. Un bon avocat-plaideur conduit le bateau. Les clients disent toujours : « Faites ce que vous voulez. » C'est comme être le metteur en scène d'une pièce de théâtre et, lorsque vous êtes devant la cour, le plus grand président-directeur général est témoin et il est dans votre monde – et vous... mettez en scène la pièce afin d'obtenir, vous l'espérez, un bon résultat en bout de ligne devant un juge.

Même s'il existe réellement une diversité dans les approches utilisées<sup>147</sup> à la participation des clients au processus de médiation, les avocats reconnaissent généralement que l'hypothèse selon laquelle l'avocat-plaideur aura carte blanche est en cours de changement. Ce changement est motivé en partie par des raisons économiques. Les changements d'attitudes au sein des sociétés et des institutions relativement au financement de litiges prolongés sont, bien sûr, une réaction aux coûts élevés encourus. Plusieurs avocats dont les clients sont principalement des établissements et des corporations (par exemple, des banques et des assureurs) ont parlé des changements relatifs aux exigences de compte rendu. Un d'entre eux a déclaré [Traduction] « finie l'époque où les assureurs exigeaient des lettres de compte rendu de 25 pages. Ce n'est plus ce qu'ils veulent. Ils veulent des évaluations de responsabilité, des évaluations des dommages, des évaluations de couverture si la couverture est une question importante, des recommandations – et "Combien cela nous coûtera-t-il d'en arriver à un règlement?" et "Quand pourrons-nous le faire<sup>148</sup>...?" » Un autre facteur important est le nombre croissant d'avocats internes et leur rôle dans la gestion du litige. Les avocats internes accordent une grande importance à l'efficacité des affaires en général de leur organisation, ce qui

---

<sup>147</sup> Voir la discussion ci-dessus, à la section 4(IV).

<sup>148</sup> Ottawa-14 : unités de texte 80 à 82.



n'est pas le cas des d'une façon que les avocats-plaideurs externes<sup>149</sup>. Plusieurs avocats-plaideurs disent avoir à travailler de près avec les avocats internes d'une façon qui limite leur autonomie habituelle et les rend plus responsables de toute décision prolongeant la durée et haussant les coûts du litige.

Naturellement, les clients institutionnels ont toujours cherché à obtenir des résultats efficaces.

*Ottawa-4 : unités de texte 28 à 30*

[Traduction] Avec une approche plus traditionnelle, le client institutionnel poussait toujours pour que l'affaire avance rapidement. Il ne poussait pas pour obtenir une médiation, il poussait pour que l'affaire avance dans le système plus rapidement. Alors il nous incombait de nous assurer que l'interrogatoire préliminaire ait lieu tôt, que nous fassions avancer l'affaire et que nous nous rendions à la phase précédant l'instruction tôt et ainsi de suite... il voulait que nous passions rapidement dans le système afin d'en arriver à un moment donné à une étape où l'affaire se réglait.

Toutefois, la médiation obligatoire et l'élaboration croissante de systèmes de REJD internes pour les clients corporatifs et institutionnels a fondamentalement changé la façon d'atteindre cet objectif efficace.

*Ottawa - 11 : unités de texte 216 à 218*

[Traduction] Les avocats qui pratiquaient leur profession depuis plusieurs années selon l'ancien style selon lequel bien sûr ils recevaient des instructions et ne pensaient pas sans instructions... mais je crois qu'ils avaient une meilleure idée de leur rôle de meneur... de leur rôle à prendre toutes les décisions sur la façon de gérer une affaire.

Intervieweur : Plutôt que de partager ces décisions avec le client?

Répondant : Plutôt que de faire participer le client comme il participe maintenant en vertu de la médiation obligatoire.

L'intégration des clients dans la médiation représente une réaffirmation du contrôle des clients commerciaux sur la résolution de problème. La sensibilisation croissante au REJD dans le monde des

---

<sup>149</sup> C. McEwen, «Managing Corporate Disputing: Overcoming Barriers to the Effective Use of Mediation for Reducing the Cost and Time of Litigation», ci-dessus, à la note 17.

affaires peut également entraîner un changement du point de vue des clients commerciaux, qui croient que le litige représente l'approche implicite « dure des affaires » à la résolution de conflits<sup>150</sup>. Un avocat-plaideur a déclaré [Traduction] «Récemment, j'ai remarqué que certains de mes clients commerciaux, ceux qui étaient en faveur de se battre à tout prix sans regarder la dépense, sans même penser à une approche (c'est-à-dire à l'ouverture des négociations) ne semblent plus être là<sup>151</sup>. » Il existe un sentiment répandu selon lequel les types de résultats généralement obtenus à la suite de la médiation – l'entente envers une résolution monétaire pragmatique à un conflit et peut-être la préservation de la relation d'affaires et le retour aux affaires – ne semblent pas fondement aux dans un contexte commercial, mais en harmonie avec les besoins et les objectifs des clients<sup>152</sup>.

Pour le pragmatiste, les besoins des clients d'éviter des procès coûteux donnent une explication suffisante et une raison des changements de comportement dans la pratique :

*Ottawa-15 : unités de texte 91 à 93*

[Traduction] Lorsque je suis sorti de l'école de droit, tout ce que je voulais faire c'était d'aller en cour... Je voulais participer à la bataille et à la bagarre. Mais je me suis bien rendu compte, après trois ou quatre années d'exercice, que les gens qui étaient assis en face de moi à mon bureau ne voulaient pas de procès. Je veux dire, s'il fallait aller en cour, alors soit. La grande majorité des clients arrivaient avec un problème à résoudre et ils voulaient savoir s'il pouvait être résolu le lendemain ou s'il pouvait être résolu dans trois ans à des frais beaucoup plus élevés, mais ils obtenaient le même résultat, ils traversent tout ce processus. Si je leur avais présenté les deux options, je sais qu'ils auraient tous, sans exception, demandé de régler le problème le lendemain. Lorsque j'ai réalisé cela, j'ai réalisé que c'était mon rôle d'obtenir ce qu'ils voulaient le plus rapidement possible.

*Toronto-9 : unités de texte 18 à 22*

---

<sup>150</sup> John Lande croit que la «rudesse» corporative ne correspond plus au fait d'être très litigieux. Voir J. Lande, «Failing Faith in Litigation? A Survey of Business Lawyers and Executives Opinions», ci-dessus, à la note 113, p. 18-19.

<sup>151</sup> Ottawa-19 : unité de texte 80.

<sup>152</sup> Ici, le «vrai monde» des besoins des clients correspond à une orientation vers le règlement. Cela soulève un paradoxe apparent puisque quelques avocats-plaideurs font explicitement correspondre la résolution de conflits, *et non pas la médiation ou les négociations*, à des tactiques «dures de la réalité» Voir également la discussion ci-dessus à la section 5 (I) et la discussion ci-dessous à la section 7(II) («affinités étranges»).

[Traduction] La vraie évaluation préliminaire cherche à connaître l'objectif du client. Le client recherche-t-il un litige et dans notre profession, lorsque nous sommes généralement l'avocat du défendeur et, d'habitude, pour une compagnie d'assurance, la réponse est habituellement non. Le client a rarement besoin d'un litige. Le client désire généralement résoudre un certain problème d'affaires, le plus tôt étant le mieux. On recherche donc toujours à ne pas aller en cour afin d'obtenir un bon résultat. Mais, que dois-je faire pour que mon client s'en sorte le plus rapidement possible au moins de frais possible?

Certains commentaires vont plus loin et sous-entendent des hypothèses changeantes au sujet du contrôle et de la responsabilité du conflit, ce qui semble indiquer un changement fondamental de philosophie plutôt que de répondre de façon pragmatique à la nouvelle demande d'un client. Un membre haut placé du Barreau d'Ottawa a fait le commentaire suivant :

*Ottawa-5 : unités de texte 85 à 87*

[Traduction] Lorsque j'ai commencé à pratiquer le droit au milieu des années 60, il y avait énormément d'arrogance dans notre profession. Nous pensions que tous les clients n'étaient pas nécessairement stupides, mais qu'ils ne savaient pas ce qui était mieux pour eux et qu'ils n'avaient aucune idée de ce qui se passait dans le système juridique. Les gens sont énormément plus avertis maintenant; en général, ils savent ce qui se passe dans le système et sont plus conscients du chemin qu'emprunte leur argent qu'ils ne l'étaient auparavant.

Un avocat plus jeune a mentionné que les attentes au sujet du contrôle des clients ont changé au cours des 20 dernières années et il a déclaré qu'au contraire de ses collègues plus âgés, il ne s'était jamais attendu à tenir les rênes sans recevoir d'importantes suggestions de ses clients<sup>153</sup>. Quelques-uns des avocats de notre échantillon font explicitement correspondre ce changement à une évolution du rôle et de l'identité professionnels de l'avocat. Un avocat chevronné de Toronto décrit cela comme : [Traduction] «...un éloignement de la personne attirée par l'appât du gain rapide, et un rapprochement de l'agent du client au fil des années »<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> Ottawa-11 : unités de texte 216 à 228.

<sup>154</sup> Toronto-18 : unité de texte 120.

Ces idéologies changeantes de la résolution de conflits – qu'elles soient économiques, philosophiques ou pragmatiques ou qu'elles représentent une combinaison des trois – forcent des modifications à l'exercice. La profession d'avocat ne peut pas se permettre de prendre du retard par rapport à ces changements. Sa légitimité (surtout son statut de monopole) dépend beaucoup de sa capacité à développer l'expertise nécessaire pour satisfaire aux nouvelles attentes des clients. En ce moment, les clients commerciaux s'attendent au moins à ce que les avocats soient capables de leur donner des renseignements et des conseils au sujet des options et des services de résolution de conflits de non-jugement. De plus en plus, cela peut également comprendre les attentes au sujet de l'utilisation stratégique efficace des processus de REJD, des compétences liées à la connaissance de la conception de processus discrets et d'excellents comportements de médiation et de négociation.

### C. Changements de stratégies et de comportements en vue du règlement

*Toronto-14 : unités de texte 236 et 237*

Traduction Je crois que l'on accepte de plus en plus que notre rôle est davantage lié à la résolution de conflits qu'à celui de maître du système adversatif. Je crois qu'il s'est développé une acceptation et un consentement grandissants des mécanismes de résolution de rechange comme partie intégrante du processus.

L'échantillon entier reflétait une reconnaissance que l'exercice du droit en général et que la résolution de conflits au civil en particulier ont changé considérablement en raison de l'obstacle que sont les frais juridiques. Se montre procédurier et adopter une attitude antagoniste dans le contexte d'une poursuite en 2001 est susceptible d'entraîner des délais beaucoup plus longs et de coûter beaucoup plus cher que lorsque l'on présentait une affaire en procès il y a 30 ans<sup>155</sup>. Ce changement est bien illustré dans la citation suivante :

*Toronto-20 : unités de texte 176 à 182*

---

<sup>155</sup> Voir par exemple l'anecdote d'Ottawa-10 : unités de texte 59 à 65.

[Traduction] Je croyais que mon rôle en tant qu'avocat consistait à présenter des affaires en procès et de gagner. Et je crois que, parce j'ai été appelé en 1979 dans le domaine dans lequel j'exerce, c'est ce qu'ont été les 10 premières années de mon existence. J'ai participé à beaucoup de procès avec jury et nous présentions chaque affaire possible en procès et je croyais que c'était là mon devoir. Et j'aimais cela. Ce sont les affaires qui deviennent plus complexes et ce sont les sommes d'argent plus élevées qui sont en jeu avec les frais croissants de résolution de conflits. Maintenant, mon rôle semble être un rôle de négociateur.

Il y avait beaucoup moins d'unanimité lorsqu'on a demandé aux avocats si, par voie de conséquence, ils avaient élaboré des stratégies de règlement nouvelles et différentes, en particulier à l'égard de la médiation. Nous avons déjà vu que quelques personnes de l'échantillon des deux côtés ont décrit les changements de stratégies et de comportements de règlement comme étant limités à l'exigence voulant qu'ils se préparent plus à l'avance afin d'être prêts plus tôt pour la médiation<sup>156</sup>. Généralement, les avocats qui n'entrevoient rien de vraiment nouveau au sujet de la médiation (les « hâtifs » et ceux qui s'opposaient à la médiation (les « opposants ») n'étaient pas enclins à identifier de changement réel dans leur façon d'évaluer les chances de règlement et d'établir des stratégies relatives à celles-ci dans une affaire donnée. Certaines personnes ayant tendance à exprimer ces points de vue ont reconnu que le résultat de la médiation était quelquefois étonnamment bon, mais n'avaient apparemment pas changé leur approche de négociation pour cette raison. Toutefois, au contraire, les avocats qui semblaient davantage participer au processus de médiation – que ce soit comme pragmatiste, instrumentaliste ou vrai croyant – en avaient beaucoup à dire à propos des répercussions de leurs comportements associés au règlement.

Quelques-uns de ces comportements semblaient indiquer des changements fondamentaux dans la façon dont ces avocats perçoivent le conflit et les façons appropriées de trouver une résolution, ne serait-ce que pour la simple raison d'une exposition continue aux processus d'établissement de consensus. Par exemple,

---

<sup>156</sup> Voir la discussion de la section 6 (I) ci-dessus.

*Ottawa-16 : unités de texte 125 à 127*

[Traduction] Je trouve de moins en moins nécessaire de prendre des positions qui sont noires ou blanches et de simplement défendre cette prise de position et de me mettre des œillères et d'aller de l'avant et de me dire, voici une offre, elle est à prendre ou à laisser – peut-être cela est-il partiellement attribuable au fait que je me rends de façon répétée dans une salle avec beaucoup de gens et un médiateur et nous nous asseyons et nous tentons de trouver des solutions aux problèmes.

Un thème qui est ressorti assez fréquemment des données d'Ottawa était que la médiation avait changé les façons et l'étendue selon lesquelles les avocats pensaient aux intérêts et aux perspectives de l'autre partie d'une poursuite judiciaire et les analysent, par rapport à l'époque où ils ne se penchaient qu'exclusivement, ou presque exclusivement, sur la position de leurs clients. Plusieurs avocats ont comparé les attitudes adversatives qu'ils adoptaient de manière conventionnelle envers la négociation directe avec l'autre partie – par exemple lors du contre-interrogatoire au cours de l'interrogatoire préalable ou au procès – et l'importance d'être conscients de ce qui troublait vraiment l'autre partie, de ce qui les dérangeait et de ce qu'étaient leurs besoins et leurs intérêts au cours de la médiation, et de s'y intéresser. Un avocat a présenté la comparaison de la façon suivante :

*Toronto-14 : unités de texte 184 et 185*

[Traduction] On ne se soucie pas tant de l'autre partie au procès parce qu'il s'agit de l'autre partie. Lorsqu'on essaie d'en arriver à un consensus, alors là, c'est autre chose.

Deux autres avocats ont davantage élaboré ce même point :

*Ottawa-2 : unités de texte 112 à 116*

[Traduction] J'appelle cela le nouveau rôle d'exercice du droit. Il faut être à l'écoute des intérêts de l'autre partie. On commence à penser à ce que sont ses intérêts et ce qu'elle recherche réellement de cette médiation, et souvent il ne s'agit que de cela, comprendre, ou pour elle ou votre client, de voir l'autre partie et d'entendre son affaire et de voir ce qui la motive et sa personnalité.

*Ottawa-3 : unité de texte 79 à 81*

[Traduction] Le plus gros changement que j'ai probablement effectué a été de vraiment penser au... profil de la partie opposée et de faire un véritable effort pour me mettre à sa place... c'est ce que je fais principalement lorsque j'établis une stratégie pour l'affaire.

Trois autres points sont ressortis assez souvent comme exemples de changements de comportements associés au règlement. Un d'entre eux a été l'importance croissante accordée à l'élaboration explicite d'une stratégie, et d'une stratégie qui considérait le *processus entier de résolution de conflits* plutôt qu'une stratégie qui évoluait étape par étape sur le plan procédural. Plusieurs avocats d'Ottawa nous ont dit qu'ils s'asseyaient maintenant en équipe au début du travail sur un dossier et établissaient un plan stratégique de médiation, de négociation, pour l'interrogatoire préalable et ainsi de suite<sup>157</sup>. Cela a souligné la nécessité de travailler en équipe de façon coordonnée pour établir la planification – par exemple entre les services centraux et de litiges au sein d'un même cabinet ou entre avocats et d'autres professionnels participant à l'affaire. Un certain nombre d'avocats d'Ottawa ont également formulé des commentaires sur la façon dont la médiation avait mené à l'établissement de rapports personnels et professionnels plus proches et meilleurs avec d'autres avocats<sup>158</sup>. Tandis que cette

---

<sup>157</sup> Par exemple, Ottawa-3 : unités de texte 277 à 282.

<sup>158</sup> Par exemple, Ottawa-13 : unités de texte 519 à 522.

importance de la planification stratégique générale a été plus apparente à Ottawa, un certain nombre d'avocats de Toronto ont également parlé du fait que l'on délaissait la préparation procédurale pour se pencher davantage sur les stratégies de règlement, en vue de la médiation obligatoire anticipée. Comme l'a dit un avocat, [Traduction] « J'exerce le droit de plus en plus au téléphone en discutant de stratégie. Et je mentionne de moins en moins les mots procédure civile<sup>159</sup>. » Lorsqu'on leur a demandé de nous parler de leurs discussions générales avec des collègues au sujet de la médiation, les avocats d'Ottawa ont reconnu d'emblée qu'ils parlaient souvent de stratégies au cours de la médiation et pour la médiation. Au contraire, les avocats de Toronto ont semblé moins parler de médiation et lorsqu'ils le faisaient, cela se limitait généralement à la comparaison de notes concernant les médiateurs afin d'éviter que les individus soient considérés comme incompetents ou inefficaces.

Un nombre d'avocats de l'échantillon – et surtout à Toronto – ne pensaient pas qu'il était nécessaire d'acquérir de nouvelles compétences pour la médiation, puisqu'ils considèrent le processus comme étant un prolongement du rôle traditionnel de l'avocat, qui est d'obtenir de façon responsable un règlement. Ces avocats ne considéraient pas ce qu'ils faisaient au cours de la médiation, mis à part la dimension procédurale, comme étant différent de ce qu'ils ont toujours fait au cours des négociations. D'autres ont quand même reconnu que de nouvelles compétences fonctionnelles et souvent très précieuses étaient nécessaires – par exemple, afficher une attitude amicale et obligeante en cours de médiation<sup>160</sup>. Un autre groupe d'avocats ont décrit de nouvelles compétences distinctes qu'ils apprenaient et qui leur semblaient rendre le rôle du défendeur de la médiation assez différent de leur rôle de négociateur plus traditionnel. La plupart de ces avocats se trouvaient dans l'échantillon d'Ottawa, pourtant la citation suivante provient d'un avocat-plaideur principal de Toronto :

*Toronto-20 : unités de texte 186 à 190*

---

<sup>159</sup> Toronto-9 : unité de texte 303.

<sup>160</sup> Voir par exemple, Toronto-7 : unités de texte 186 et 187.



[Traduction] Alors mon rôle a beaucoup changé et je ne crois pas que maintenant un avocat-plaideur puisse être un avocat-plaideur sans également être une... personne qui possède des compétences de plaidoirie pertinentes à l'exécution du processus de médiation... Comment faites-vous une déclaration d'ouverture? Comment déterminez-vous les problèmes? Comment savez-vous de quelle façon vous préparer à déterminer quels problèmes vous voulez abandonner? Quels problèmes voulez-vous défendre? Comment présenter de la meilleure façon l'affaire de votre client? *Toutes ces choses se font assez différemment au cours de la médiation* (c'est nous qui soulignons) parce que le processus adversatif, jusqu'à un certain point, a été abandonné... Maintenant, au lieu d'arriver en défendeur agressif disant "je vais vous poursuivre en cour", il faut arriver quelque peu en conciliateur parce que vous êtes là pour régler le différend.

Plusieurs des compétences et des outils particuliers constatés dans cette déclaration, et également dans les commentaires d'autres avocats, vont directement dans le sens de la nécessité d'une analyse plus serrée des intérêts de l'autre partie (voir ci-dessus). Parmi les autres compétences qui ont été mentionnées par les avocats, mentionnons l'adoption des manières et du ton du conciliateur, la capacité de mettre sur pied un rapport avec l'autre partie, la capacité de faire correspondre le médiateur à l'affaire, la démonstration de confiance et d'ouverture, la capacité de penser autrement que selon les solutions conventionnelles juridiques afin de développer des compétences de résolution de problèmes créatives<sup>161</sup> et, à cet égard, une connaissance et une sensibilisation accrues du monde des affaires.

Un certain nombre d'avocats qui étaient enthousiastes à propos de la médiation se sont donné beaucoup de mal pour souligner qu'il s'agissait [Traduction] «... toujours de la plaidoirie ». « Il ne s'agit que d'une autre flèche dans le carquois de la plaidoirie<sup>162</sup>. » Un autre a déclaré que les avocats, peut-être, ne font que commencer à se sensibiliser à ce qui rend un avocat en médiation compétent. [Traduction] « Je ne crois pas que les gens sachent vraiment ce qu'est un bon avocat en médiation. Nous commençons à comprendre ce qu'est un bon médiateur. Mais je ne sais toujours pas quel rôle je joue vraiment... Peut-être que cela deviendra plus clair au cours des cinq à dix prochaines

---

<sup>161</sup> Par exemple, Ottawa-16 : unité de texte 125.

<sup>162</sup> Ottawa-15 : unités de texte 245 et 255.

années<sup>163</sup>. » Cela souligne le point que plusieurs avocats croient maintenant que la plaidoirie de médiation sous-entend des compétences distinctes et différentes, et qu'il ne s'agit pas simplement d'une question de reproduire les compétences de négociations de position traditionnelles.

## D. Changements d'attitudes envers l'utilisation de la médiation

Les données recueillies aux deux endroits révèlent une croyance générale que le niveau d'acceptation de la médiation a augmenté et que le niveau de scepticisme a diminué au cours des dernières années. Certains avocats attribuent ce changement au programme de médiation obligatoire et au fait d'être « forcé » de recourir à la médiation. Chose intéressante, la reconnaissance qu'il s'est produit un changement général d'attitudes face à la médiation ressort de façon assez marquée de l'échantillon de Toronto, même s'il existe plus de signes du rôle important joué par la médiation et d'une résistance continue envers la médiation dans ce groupe que dans celui d'Ottawa. Plusieurs avocats d'Ottawa ont exprimé spontanément leur opinion à l'effet que le Barreau de Toronto n'avait pas accepté de recourir autant à la médiation que le Barreau d'Ottawa. Un avocat d'Ottawa<sup>164</sup> a observé qu' [Traduction]«... il n'y a certainement pas, à Toronto, l'acceptation (de la philosophie sous-jacente de la Règle) et il existe toujours de la résistance ». Presque tous les individus de l'échantillon d'Ottawa ont parlé des changements significatifs d'attitude face à la médiation, autant sur le plan personnel qu'au sein du milieu juridique local. Lorsque les avocats d'Ottawa ont exprimé leur opinion sur les changements qu'ils ont constatés au cours des cinq années écoulées depuis l'instauration de la médiation obligatoire dans la région d'Ottawa-Carleton, ils ont généralement décrit la résistance et le cynisme initiaux comme on l'aurait fait pour une anecdote historique amusante et presque toujours de façon vraiment indépendante (affirmant qu'ils ne souscrivaient pas à un tel cynisme, que c'était leurs collègues qui étaient sceptiques et non pas eux). Par exemple,

---

<sup>163</sup> Toronto-18 : unités de texte 266 à 271.

<sup>164</sup> Ottawa-5 : unité de texte 485.

*Ottawa-12 : unités de texte 82 à 84*

[Traduction] Il y a eu beaucoup de murmures au début, comme vous l'avez sûrement entendu. Pourquoi? Comme on me l'a dit, la raison est la suivante : ... Regardez, nous sommes assez vieux et nous pouvons régler cette sacrée chose, pourquoi avons-nous besoin d'une tierce partie et pourquoi nos clients doivent-ils être présents?

Afin d'expliquer ce qu'ils ont perçu comme étant un climat contemporain différent, les répondants ont constaté des changements selon un certain nombre de continuums connexes, y compris le passage du scepticisme au sujet de l'utilité de la médiation à l'acceptation de sa valeur et même lorsqu'elle ne débouche pas sur un règlement; du travail au sein d'un paradigme tout à fait juridique à une plus grande ouverture face aux possibilités de règlement qui ne sont pas traditionnelles et que les avocats n'anticipent peut-être pas; de l'approche de la médiation en suivant la même procédure que les négociations traditionnelles à une reconnaissance de son exigence de compétences de plaidoirie distinctes; de l'inconfort vis-à-vis la participation du client à un niveau d'aise et d'appréciation envers sa contribution. Ce dernier changement – et son rapport avec d'autres hypothèses sur les négociations en vue d'un règlement – a été décrit par un avocat d'Ottawa selon les termes francs et pittoresques suivants :

*Ottawa-7 : unités de texte 56 à 62*

[Traduction] Cela m'a tout à fait surpris au début. Pour les premières médiations, je n'avais aucune formation. Ma seule formation consistait en l'attitude générale répandue au sein de la profession selon laquelle il ne s'agit que de la merde et les règlements me sautaient aux yeux et je n'arrivais pas à croire que mes clients me trahissaient de la façon dont ils le faisaient. J'étais très inquiet d'avoir un problème de contrôle auprès de mes clients.

Le même avocat a continué en décrivant son aise, maintenant, à faire participer les clients activement au processus de médiation. D'autres avocats ont également décrit leur passage de sceptique à « croyant ».

Voici une de ces anecdotes.

*Toronto-20 : unités de texte 590 à 608*

[Traduction] Lorsque la médiation a d'abord été mise en place en 1990, je n'y croyais pas. Quelle foutaise! Pourquoi avais-je besoin d'un médiateur lorsque je pouvais m'asseoir et parler à l'avocat?... Vous ne m'en auriez pas convaincue en 1991, 1992, 1993. Je trouvais cela ridicule. Je n'y trouvais aucun avantage. Je ne trouvais pas que cela pouvait résoudre quoi que ce soit. Ce n'est pas que j'avais peur que mes dossiers prennent fin. J'étais plutôt inquiète de perdre mon temps et mon argent. Alors je n'étais pas intéressée à faire ce genre de choses et puis, on m'y a forcée et je suis tombée enceinte. Mon fils est né en 1991 et tout le monde commençait à faire ces médiations et je me suis dit « Je ne sais pas ce que je fais », alors pendant que j'étais enceinte, je me suis dit que j'allais prendre du temps pour aller suivre un cours de médiateur. C'est ce que j'ai fait et j'ai assisté à un cours de cinq jours et j'ai appris à être médiatrice et je me suis dit, « Wow! Cela comporte son propre ensemble de compétences de plaidoirie et c'est presque amusant. C'est différent. Ce n'est pas tout à fait comme défendre une cause, mais si c'est ce qui s'en vient, il est dans mon intérêt de l'utiliser à son meilleur et de chercher à savoir ce que je peux faire. » Et maintenant je suis croyante et je reconnais que la médiation représente une bonne chose... Je crois que vous pourrez dire que je suis une personne qui est maintenant convertie et j'admets avoir foi en la médiation.

Les niveaux généralement plus élevés d'expérience en médiation dans le groupe d'Ottawa pourraient laisser croire que l'acceptation selon les continuums décrits ci-dessus croît avec l'expérience<sup>165</sup>. Un avocat de Toronto a donné cette raison pour expliquer son changement d'attitude.

*Toronto-11 : unités de texte 453 à 455*

[Traduction] Je crois qu'il est juste de dire que mon expérience de la médiation s'est améliorée chaque fois et je crois qu'il en sera ainsi pendant encore un certain temps.

## VII. Conciliation de la médiation au sein de la culture des litiges commerciaux

### A. À un niveau personnel : les « types idéaux » et leurs expériences de discordance de rôles

Les avocats qui participent régulièrement à la médiation semblent faire face à plusieurs défis relativement à leur rôle adversatif traditionnel. Simplement sur le plan technique, le processus est

---

<sup>165</sup> Voir également la discussion ci-dessous, à la section 7(III).

différent de celui de la plupart des négociations de règlement traditionnelles parce qu'il comprend une tierce partie qui n'appartient pas au domaine judiciaire dans un rôle non autoritaire, parce qu'il a lieu face à face plutôt que par correspondance et parce qu'il fait directement participer les clients d'une certaine façon<sup>166</sup>. De plus – au moins dans le cas des médiations en vertu de la Règle 24.1 – la médiation a lieu longtemps avant le début des discussions au sujet du règlement. À un niveau conceptuel, il n'est pas difficile d'imaginer que l'orientation visant à atteindre un consensus, que l'élaboration d'un style de plaidoirie convivial approprié au règlement et que les résultats entraînés par les affaires recherchés par plusieurs clients commerciaux puissent présenter une certaine tension quant aux rôles des avocats-plaideurs traditionnels et laissent possiblement présager des changements importants au sein de l'identité professionnelle et des valeurs personnelles. Un exemple qui comporte la pratique et les principes est la divulgation. Tandis que la médiation et les négociations visant à résoudre les problèmes exigent un certain échange de renseignements afin d'être efficaces, il existe une forte tendance contre la révélation de ses cartes ou la divulgation de tout signe de faiblesse de déontologie adversative. En plus du conflit de rôle interne ([Traduction] « Quel est mon rôle ici? Dois-je me battre pour le dernier cent ou faciliter le règlement? »), il existe également une possibilité de conflit de rôle produit par des facteurs et des attentes externes ([Traduction] « Je préfère aller en procès, un règlement anticipé n'a pas de sens pour mes affaires »<sup>167</sup>.

La clarté du rôle de l'avocat-plaideur traditionnel – décrit de plusieurs façons comme étant un « défenseur acharné »<sup>168</sup>, « un enfant de chienne »<sup>169</sup>, « un directeur de guerre »<sup>170</sup> et un

---

<sup>166</sup> Pour obtenir une bonne description des caractéristiques des négociations traditionnelles d'avocat à avocat, voir par exemple, S. Clarke, E. Ellen, et K. McCormick, *Court-Ordered Civil Case Mediation in North Carolina: Court Efficiency and Litigant Satisfaction*, Institute of Government, University of North Carolina, 1995.

<sup>167</sup> Ces types de conflits externes ont déjà été observés avec les données de l'effet économique de la médiation obligatoire (ci-dessus, à la section 6(1)) et des regrets concernant l'absence de procès et de négociations « à l'ancienne » d'avocat à avocat à l'interrogatoire préalable ressortent (ci-dessus, à la section 5(1)).

<sup>168</sup> Voir par exemple M. Freedman, *Lawyers' Ethics in an Adversary System*, Bobbs-Merrill, 1975 et le ABA Model Rules of Professional Conduct, 1983.

<sup>169</sup> Ottawa-6 : unité de texte 113.

« pit-bull »<sup>171</sup> – s'est érodée puisque les coûts des litiges ont augmenté de façon exponentielle et les clients commerciaux ont commencé à s'attendre à différentes approches envers la résolution de problème créative. De telles attentes sont en conflit de plusieurs façons avec la formation juridique officielle, comme l'ont fait remarquer plusieurs répondants. Par exemple,

*Ottawa - 1 : unités de texte 52 et 53*

[Traduction] Nous sommes formés comme des pit-bulls, je ne vous mens pas! Nous sommes formés comme des pit-bulls et les pit-bulls ne s'assoient pas naturellement gentiment pour discuter avec un collègue pit-bull, l'instinct consiste à se battre et vous l'avez dès le premier coup de téléphone. Je suis plus gros et plus dur et plus fort que vous. L'attitude en est une de confrontation et à partir de là, vous pensez bien, est-ce que je réponds en jappant ou est-ce que je passe simplement à « parlons d'une médiation volontaire »?

---

<sup>170</sup> Toronto-2 : unité de texte 47.

<sup>171</sup> Ottawa 1 : unité de texte 53. Le même avocat continue en disant «c'est comme si la dernière personne qui reste debout gagne» [Traduction] (unité de texte 62).

*Ottawa - 2 : unités de texte 298 et 299*

[Traduction] Tout d'abord, notre formation est une formation de plaidoirie fondée sur les droits des parties, c'est d'abord cela et cela crée de la tension parce que vous parlez de règlement et ils disent « Pourquoi? » Vous vous demandez « Pourquoi suivre une vraie formation, peut-être que je n'en ai pas besoin, je n'ai peut-être besoin que de la formation en résolution de problème? » Nous avons cette formation, elle est là et vous devez toujours l'utiliser et donc, le compromis est toujours acculé à votre formation jusqu'à un certain point.

Néanmoins, ce ne sont pas tous les avocats qui déterminent le même type ou la même intensité de conflit de rôle. Certains avocats ne font face qu'à peu ou pas de tension entre les objectifs de la médiation et ceux de la résolution de conflits. En général, les avocats qui adoptent une approche pragmatique, instrumentale ou hâtive vis-à-vis la médiation ne sont pas enclins à voir ce qui se produit au cours de la médiation, ou à reconnaître que leur rôle au sein du processus est considérablement différent des normes adversatives traditionnelles. Leur approche se caractérise par un effort – pas nécessairement explicite ou reconnu – d'adapter un modèle de médiation aux normes d'une stratégie de résolution de conflits plus conventionnelles et de l'assumer. Le hâtif, en particulier, voit la médiation comme étant une nouvelle « passade » qui se présente de façon très peu différente du modèle traditionnel de négociations en vue d'un règlement et, pour lui, il ne représente pas de défis spéciaux pour le rôle de l'avocat. Puisqu'ils ne considèrent pas la médiation comme ajoutant quelque chose d'utile ou de différent aux négociations entre avocats, les personnes qui adoptent une approche hâtive ne voient généralement rien de conflictuel ou de complexe au fait de s'engager dans le processus. En fait, la médiation est considérée par les hâtifs et les opposants comme assez inutile et indigne de leur attention. Ce point de vue est bien rendu dans les déclarations suivantes :

*Toronto-6 : unités de texte 233 à 237*

[Traduction]

Intervieweur : Selon vous, quel est l'essentiel de votre rôle dans une cause qui doit aller en médiation?

Répondant : Fondamentalement, me conformer aux règles. Une conformité minimale parce que je ne pense pas que cela m'aidera à en arriver à un meilleur règlement et il ne s'agit en fait que de plus d'argent dépensé... Je crois qu'il s'agit d'un bon mal de tête pour les avocats qui sont occupés et

cela ne rend pas la cause plus facile à régler que d'autres causes que j'ai eues.

*Toronto-9 : unités de texte 317 et 318*

[Traduction]

Intervieweur : De quelles façons la représentation d'un client destiné à la médiation obligatoire exige-t-elle de vous des choses différentes ou un changement de rôle?

Répondant : D'aucune façon! Cela ne fait que... vous ne faites que vous adapter à la médiation. Généralement elle représente une étape inutile qui dure trop longtemps puisque j'aurais réglé l'affaire si elle avait été prête au moment où on a imposé la médiation obligatoire.

D'autres hâtifs neutralisent efficacement l'utilisation de la médiation en comprenant qu'il s'agit d'un processus dont l'efficacité dépend de leur rôle principal de négociateurs. De cette façon, toute possibilité de conflit entre le rôle de négociation traditionnel des avocats et la médiation est éliminée.

Par exemple,

*Toronto-6 : unités de texte 136 et 137*

[Traduction] Nous avons décidé que les avocats pouvaient régler cette affaire plus facilement. Alors, tous les deux mois, une fois je les ai emmenés chez Canoe en haut pour prendre un verre, ils me sortent et nous essayons de régler, nous sommes proches, nous sommes maintenant très proches, mais nous n'y sommes pas encore arrivés et la journée de médiation, tout le monde l'a reconnu, a été une perte de temps.

D'autres se voient comme intégrant la médiation et la « litigociation »<sup>172</sup> d'une manière pragmatique.

Par exemple, le pragmatiste ne sent pas particulièrement de conflit de rôle parce que ses clients ont intérêt, tout comme lui par le fait même, à régler le différend.

Les personnes qui adoptent une approche pragmatique vis-à-vis la médiation ont probablement déjà intégré des normes et des pratiques d'affaires dans leur stratégie de négociation et sont habituées à régler la plupart des causes. En ayant établi ce point de référence par rapport aux

---

<sup>172</sup> M. Galanter, «Worlds of Deals: Using Legal Process to Teach Negotiation», ci-dessus, à la note 5.



besoins énoncés par ses clients, le pragmatiste a une perspective flexible du rôle pertinent qu'il doit jouer dans une affaire en particulier. S'il convient mieux aux besoins de ses clients de négocier ou d'entrer en médiation, c'est ce qu'il fera (et c'est ce qu'il a toujours fait); s'il doit déposer une requête, c'est ce qu'il fera. Cette attitude est bien illustrée dans l'échange suivant :

*Ottawa-8 : unités de texte 280 à 283*

[Traduction]

Intervieweur : Voyez-vous de la tension entre la situation victoire-perte traditionnelle et la médiation?

Répondant : Non, parce que la médiation ne signifie pas que vous deviez régler. Si la médiation exigeait que vous régliez, ce serait autre chose. Nous devons nous rappeler que *ce sont nos clients qui nous disent quoi faire*. (c'est nous qui soulignons)

Les pragmatistes eux-mêmes expliquent tout sentiment de discordance qu'ils peuvent ressentir comme étant la conséquence de la participation directe de leurs clients au processus de négociation de la médiation, plutôt qu'une conséquence des normes ou de la dynamique intrinsèques du processus même. Un avocat décrit cela de la façon suivante :

*Toronto-16 : unités de texte 193 à 196*

[Traduction] On me surprend en médiation, mais c'est rarement le processus qui me surprend... La surprise vient plutôt du sentiment de ce qu'ils sont prêts à faire pour arriver à une résolution. C'est avec cela qu'on me surprend et cette surprise a tendance à découler de leur changement de position de négociation ou de stratégie de règlement.

Plusieurs pragmatistes décrivent des situations semblables qui quelquefois ont mené à ce qu'ils croyaient représenter des dilemmes éthiques concernant le règlement. On nous a donné plusieurs exemples de causes où l'avocat croyait que le client aurait pu faire mieux, mais s'est éventuellement incliné devant sa demande. L'anecdote suivante en représente un bon exemple :

*Toronto-17 : unités de texte 106 à 114*

[Traduction] J'ai quelquefois trouvé plus difficile d'enlever le chapeau d'avocat et de voir les clients arriver prêts à régler. Je pense en particulier à une médiation où étaient

présentes plusieurs parties différentes et où, encore une fois, nous représentions une banque demanderesse, et la réclamation de la banque s'élevait à 4 000 000 \$. Un certain nombre de parties étaient présentes, y compris deux assureurs de l'autre côté. Le bien-fondé de l'affaire, je croyais, justifiait un règlement assez élevé. Encore une fois dans cette affaire, un nouveau directeur de comptes est désigné et était prêt à prendre sa retraite, mais il voulait inclure une victoire dans son dossier avant de la prendre. En bout de ligne il a réglé pour 20 ou 30 cents le dollar afin d'éviter d'aller en procès, mais surtout parce qu'il voulait mettre fin à cette affaire avant de prendre sa retraite. Dans ce cas, je me suis retrouvé en caucus pour dire au client « il s'agit bien sûr de votre décision, mais je crois que l'affaire vaut bien plus que 20 ou 30 cents le dollar ». J'ai trouvé difficile à certains moments d'enlever le chapeau d'avocat et d'être à l'écoute des objectifs d'affaires des clients.

L'instrumentaliste – qui est beaucoup plus sceptique que le pragmatiste au sujet des avantages de la médiation – est davantage susceptible de se rendre compte qu'il existe une certaine tension ou une certaine contradiction entre les normes de règlement de la médiation et les objectifs du litige. Il déclarera volontiers qu'il « joue souvent un rôle » au cours du processus de médiation, afin de séduire la tierce partie et la partie opposée pour qu'elles croient qu'il est sincère à propos du règlement – quand, en fait, il n'utilise le processus de médiation que comme instrument pour faire progresser les objectifs adversatifs. Tandis que l'instrumentaliste rejette ainsi implicitement (consciemment ou autrement) l'idée que les discussions de règlement peuvent présenter des avantages inhérents (et peut-être imprévisibles), ses efforts visant à « renverser » intentionnellement le processus sous-entendent également une reconnaissance de la divergence des valeurs et des rôles entre la médiation et la résolution de conflits (sinon il n'y aurait rien à renverser).

L'instrumentaliste considère que « changer de chapeau » (ou de comportement ou de stratégie) représente quelque chose que les avocats doivent souvent faire et passe, avec facilité et sans inconfort apparent, du rôle adversatif à un rôle plus conciliatoire. Nos répondants nous ont donné beaucoup d'exemples à cet effet.

*Toronto-7 : unités de texte 185 à 187*

[Traduction] À la médiation, nous verrons M<sup>me</sup> Obligeante... Je serai une personne du type hôtesse de l'air la plus obligeante, la plus joviale que vous n'aurez jamais vue – mais si cette médiation échoue alors nous trancherons la gorge.

*Ottawa-4 : unités de texte 100 à 102*

[Traduction] Il faut avoir différentes attitudes. C'est comme si je m'ancrais dans cette attitude pour la médiation – puis en ressortais lorsque je retourne au reste du système judiciaire.

*Ottawa-15 : unités de texte 82 et 83*

[Traduction] Alors j'ai tendance à être plutôt non agressif. Si je suis en cour, je suis très différent. Je crois que les gens voient tout d'un coup une personne différente, mais il ne s'agit là que du *caractère de la profession*. (c'est nous qui soulignons)

Tandis que la plupart de ces avocats ne se sentaient pas trop décontenancés à l'idée de faire cette transition, d'autres ont admis ressentir des sentiments plus contradictoires au sujet de la pertinence de jouer ce qu'un avocat a décrit comme un [Traduction] « rôle d'hypocrite »<sup>173</sup>. Par exemple,

*Toronto-7 : unités de texte 194 à 197*

[Traduction]

Intervieweur : Et êtes vous à l'aise avec ce changement de rôle?

Répondant : Je me sens un peu louche quand je m'y prête, simplement du point de vue éthique. Cela me semble louche, il ne s'agit que d'une façade et habituellement les clients de l'autre côté sont tellement naïfs qu'ils n'y voient rien et, d'un point de vue éthique, cela n'est pas gratifiant, mais c'est ce que nous faisons. Les avocats qui semblent ressentir la plus grande tension entre le rôle de la médiation et le rôle d'avocat plaideur traditionnel ont tendance à être ceux possédant les opinions les plus arrêtées, négatives et positives, au sujet de la médiation et qui ont le plus à dire au sujet de la question de l'identité professionnelle. Ceux qui ont exprimé des sentiments propres aux opposants<sup>174</sup> ont tendance à avoir des opinions fermes et catégoriques au sujet de l'importance des valeurs solides relatives à la plaidoirie qui, croient ils, sont souvent minées par la médiation.

*Toronto-2 : unités de texte 281 à 283*

[Traduction] La bonne philosophie consiste à dire que nous aurons des conflits et que la résolution sérieuse de ces conflits coûtera beaucoup d'argent et le truc consiste à me faire

---

<sup>173</sup> Toronto-4 : unité de texte 75.

<sup>174</sup> Par exemple, Toronto-2, 6, 11 et 14.

comparaître devant un juge le plus rapidement possible et d'obtenir jugement. La médiation n'est pas la solution. L'attitude est complètement différente.

*Toronto-6 : unités de texte 375 à 378*

[Traduction] Alors on trouvera que la médiation représentera la façon d'agir, mais on se retrouve avec un système juridique édulcoré. Notre système a été construit sur le processus adversatif et cela prendra fin... Je ne crois pas que ce sera le meilleur système en bout de ligne. Le meilleur système devrait produire les meilleurs résultats par l'intermédiaire d'un processus adversatif quelconque avec des avocats d'expérience, pour qu'en bout de ligne les clients puissent avoir le sentiment d'avoir qu'ils ont obtenu le bon résultat, plutôt qu'un résultat fabriqué qui ne satisfait personne.

Le rôle du « directeur de guerre » au sein d'un modèle adversatif est tellement clair et fixe pour ceux qui expriment les sentiments propres aux opposants qu'un avocat a répondu ainsi lorsqu'on lui a demandé comment il réagirait à la suggestion de discussions en vue d'un règlement.

*Toronto-2 : unités de texte 50 à 53*

[Traduction] Intervieweur Et si le client commence à avoir peur pour quelque raison que ce soit et vous dit, « Je veux que vous alliez les voir et leur demandiez s'ils seraient prêts à en arriver à un règlement », comment répondriez vous à cela?

Répondant : Très mal!

Intervieweur : Que diriez vous au client?

Répondant : Je dirais au client, si vous êtes intéressé à en arriver à un règlement, vous allez et vous en parlez avec l'autre partie, je suis très mauvais à ce jeu, mon travail consiste à gérer la guerre et non à gérer la paix.

À l'autre bout du continuum d'attitudes envers la médiation, les vrais croyants éprouvent un sentiment profond de tension entre leurs rôles adversatifs et de règlement, se retrouvant souvent à réfléchir à ce que cela veut dire relativement à leur pratique du droit et à la pratique du droit en général. En particulier, plusieurs avocats ont fait des observations sur les façons dont la médiation offrait une analyse tout à fait différente des conflits – de leurs causes et de leurs conséquences – que celle qu'offre la résolution de conflits traditionnelle. Par exemple,

*Ottawa-14 : unités de texte 296 à 298*

[Traduction] En tant qu'avocats ou qu'avocats-plaideurs ou qu'avocats défenseurs, nous devenons peut-être tous cyniques et tout ce à quoi nous pensons gravite autour de l'idée que les gens veulent de l'argent, l'équivalent de l'argent ou quelque chose de connexe comme épargner de l'argent, ainsi de suite. On va en médiation et tout concerne une excuse ou une acceptation de la raison pour laquelle quelqu'un a fait quelque chose de la façon dont il l'a faite. Cela arrive et c'est étonnant.

Plusieurs des personnes qui se sont dites de vrais croyantes ont passé des remarques sur l'insuffisance de leur éducation en droit pour les préparer pour accepter de remplir ce genre de rôle<sup>175</sup>. Quelques-uns estimaient que le sentiment de tension du rôle qu'ils ont éprouvé était peut-être plus faible dans la génération d'avocats plus jeunes pour qui les processus de règlement étaient familiers et presque normatifs<sup>176</sup>. Un certain nombre d'avocats en faveur du recours à la médiation ont également fait remarquer la tension existant entre le règlement et les aspects économiques de l'exercice du droit. Un d'eux a déclaré, [Traduction] « Je suis avocat, mais pas adversatif de façon inconditionnelle. Je me mets constamment en difficulté en affaires et il s'agit là d'une chose difficile à faire<sup>177</sup>... » D'autres, même s'ils admettent d'emblée les différences que la médiation imposent sur leurs stratégies d'exercice, continuent de travailler à intégrer ces normes aux valeurs et au vocabulaire traditionnels de plaidoirie et de représentation. Par exemple,

*Toronto-5 : unités de texte 202 et 203*

[Traduction] ... Je vois une forme tout à fait différente du processus adversatif. Vous appelez « médiation » le fait de travailler ensemble pour en arriver à une entente, mais nous sommes tout de même des adversaires – j'essaie quand même d'obtenir la meilleure entente possible.

*Toronto-14 : unité de texte 249*

[Traduction] Cela exige certainement une attitude différente, mais une des choses qu'il faut apprendre consiste en ce que vous pouvez avoir une médiation sans

---

<sup>175</sup> Par exemple, Ottawa-15 : unité de texte 93, Ottawa-16 : unité de texte 134.

<sup>176</sup> Un avocat a mentionné que la génération plus âgée « n'était pas formée pour négocier. Ils ont été formés pour se battre. » (Ottawa-14 : unité de texte 172.) Pour d'autres exemples, voir Ottawa-11 : unités de texte 470 à 480, Toronto-14 : unité de texte 243, Toronto-19 : unités de texte 339 et 340.

<sup>177</sup> Toronto-16 : unité de texte 463 et 464.

compromettre votre prise de position adversative – cela représente l'une des choses que vous essayez et que vous faites.

## B. À un niveau systémique : l'effet mutuel de la médiation obligatoire et du litige commercial traditionnel

Une question théorique importante de la présente étude a consisté à savoir quel était l'effet mutuel de la médiation obligatoire et du processus de jugement traditionnel. Il y a eu beaucoup de spéculation quant au potentiel de la médiation à changer ou à diminuer la culture adversative du litige, avec un argument irréfutable à l'effet que la médiation connexe à la cour deviendra inévitablement cooptée ou assimilée dans le modèle dominant<sup>178</sup>.

Peu importe la forme qu'elle prend en réalité – et cette étude a démontré la diversité des expériences de médiation – il existe d'importantes différences entre les hypothèses de la médiation et celles du règlement judiciaire de différends. Selon une hypothèse centrale de la médiation, les faits particuliers à un conflit sont souvent des signes d'un différend sous-jacent qui est principalement au sujet d'intérêts ou de ressources plutôt que de valeurs – et donc un compromis négocié est possible. Selon l'hypothèse principale du modèle de règlement judiciaire de différends, les conflits sont toujours normatifs et nécessitent un résultat déterminant moral ou juridique provenant d'une tierce partie. La mesure selon laquelle ces deux approches de la résolution de conflits restent distinctes dépend de la mesure dans laquelle la première demeure un exercice réel de concertation – qui peut faire appel ou non à une confiance explicite ou exclusive envers les normes juridiques – et de la mesure dans laquelle la deuxième demeure centrée sur les arguments d'autorité et la prise de décision. Tandis qu'on ne doit pas comprendre que les différentes hypothèses de ces deux approches à la résolution de conflits sont incompatibles ou dichotomiques, tout mariage ou fusion de celles-ci changera

<sup>178</sup> Voir par exemple C. Menkel-Meadow, «Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-opted or "The Law of ADR"», dans *Florida State University Law Review*, vol. 19, 1991, p. 1; E. Gordon, «Attorney's Negotiation Strategies in Mediation: Business as Usual», dans *Mediation Quarterly*, vol. 17, 2000, p. 377; A. Gerencser, «Alternative Dispute Resolution Has Morphed into Mediation: Standards of Conduct Must Be Changed», dans *Florida Law Review*, vol. 50, 1998, p. 843; et N. Welsh, «Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do With It?», (à paraître).

inévitablement le caractère de chacune d'elles. Selon la façon dont nous comprenons leur effet mutuel, les caractères tant de la médiation que du règlement judiciaire de différends traditionnel peuvent changer (« convergence ») ou l'un peut changer au dépens de l'autre (« assimilation »). Selon une troisième possibilité, il n'y aura pas d'effet mutuel et le résumé simpliste des différences fondamentales décrites ci-dessus restera vrai (« divergence »). Quatrièmement, on pourrait penser à l'hypothèse voulant que l'effet mutuel des deux modèles puisse être tel qu'au fil du temps, un nouveau paradigme de résolution de conflits se créera et remplacera à la fois la médiation et le règlement judiciaire de différends. Fait important à considérer ici, ces deux modèles de résolution de conflits ne font pas interaction sans lien de dépendance. Plutôt, la médiation s'insère dans un processus déjà orienté vers le règlement judiciaire de différends. Dans les affaires décrites par les avocats dans la présente étude, la médiation (qu'elle soit privée ou qu'elle concerne le tribunal) et le règlement judiciaire de différends sont entrelacés et sont utilisés simultanément par les parties pour résoudre leur conflit<sup>179</sup>.

Ces quatre hypothèses concernant l'effet mutuel de la médiation et de la résolution de conflits traditionnelle peuvent être examinées à la lumière des données fournies par la présente étude. Le résultat le plus commun où une culture établie rencontre une culture marginale ou moins puissante est l'assimilation de la dernière par la tradition dominante. Selon cette hypothèse, le règlement judiciaire de différends avalera, renversera ou assimilera simplement les différents objectifs du processus de médiation – qui pourraient inclure le simple fait de ridiculiser l'approche « sensible » de la médiation<sup>180</sup> – et les transformeront en un exercice traditionnel de négociation sur positions. Parmi les signes évidents d'assimilation, mentionnons le détournement apparent de la médiation judiciaire par un petit

<sup>179</sup> La réponse à la question de l'effet mutuel peut également dépendre du fait de définir la médiation en tant que médiation obligatoire ou en tant que médiation commerciale privée. Cette étude s'est penchée sur l'utilisation et l'effet de la médiation obligatoire par l'intermédiaire de la Règle 24.1 en Ontario, mais plusieurs des répondants ont également parlé de leurs expériences parallèles en médiation commerciale privée. Il n'est pas possible de tirer des conclusions distinctes à partir de ces données sur toute différence entre l'effet de la médiation commerciale privée et celui de la médiation obligatoire.

groupe de juges très évaluateurs à la retraite (qui sont très bien décrits par James Fini comme étant des [Traduction] « cribleurs, cogneurs et vandales »<sup>181</sup>) dont l'approche souvent caractérisée par l'exercice de la pression met l'accent sur le bien-fondé juridique du conflit. Les répondants de la présente étude ont certainement exprimé une préférence claire pour ce type de médiateur<sup>182</sup>. Une autre utilisation assimilatrice de la médiation remarquée par la présente étude a été l'utilisation de la médiation obligatoire en tant que processus d'interrogatoire préalable précoce et peu coûteux, ce qui réduit en soi la possibilité d'atteindre les objectifs plus transformateurs – par exemple, l'établissement de rapports, la confrontation avec la réalité et même une quelconque catharsis personnelle – décrits par quelques répondants<sup>183</sup>. Une réponse légèrement différente, mais possiblement motivée de façon semblable, à la médiation consiste à neutraliser son effet en ne la prenant pas au sérieux ou en se préparant de façon à ce que le processus ne réussisse pas nécessairement à être efficace (une attitude hâtive). Les deux approches indiquent l'assimilation des normes de la médiation par les normes adversatives dominantes, et peu d'effet de la médiation, le cas échéant, sur ces normes, au niveau conceptuel ou encore en pratique. Même parmi ceux qui considèrent la médiation plus sérieusement, il existe des signes à Ottawa d'un retour vers la norme visant à n'explorer le règlement qu'après l'interrogatoire préalable – ce qu'un avocat d'Ottawa a décrit comme étant cette vieille approche de reporter jusqu'à ce que cela doive vraiment être fait<sup>184</sup> – qui pourrait également être considérée comme un exemple d'assimilation.

Selon Nancy Wells, il existe des preuves significatives de l'assimilation de la médiation dans un modèle d'exercice de résolution de conflits adversatif. Elle écrit que [Traduction] « La médiation

---

<sup>180</sup> Voir par exemple, Toronto-12 : unité de texte 455.

<sup>181</sup> J. Alfini, «Trashing, Bashing & Hashing it Out: Is This The End of "Good Mediation"?, dans *Florida State University Law Review*, vol. 19, 1991.

<sup>182</sup> La même préférence importante a été observée par la Professeure McAdoo dans son étude des avocats au Minnesota. Voir la note 18 ci-dessus, p. 37-39.

<sup>183</sup> Voir la section 4(II) ci-dessus.

<sup>184</sup> Ottawa-14 : unité de texte 67. Voir la discussion à la section 4(I) ci-dessus.



judiciaire des affaires au civil non familiales ressemble étrangement à la conférence de règlement devant les tribunaux » dont les marques importantes sont le manque de participation directe du client et une concentration sur les arguments juridiques et leur bien-fondé relatif<sup>185</sup>. Sans observation directe et systématique des médiations, il est difficile de savoir jusqu'à quel point elles peuvent représenter une description précise des médiations commerciales en Ontario. Tandis que les répondants de cette étude ont exprimé une préférence marquée pour les médiateurs évaluateurs, il est moins clair que les avocats entendent la fonction de ces médiateurs comme étant de simplement diriger une conférence de règlement du style judiciaire. Au contraire, plusieurs commentaires donnaient à penser que les avocats voulaient que le médiateur ait une évaluation juridique « dans leur poche arrière » si tous les autres efforts visant un règlement échouaient<sup>186</sup>. La flexibilité de l'approche (ce qui ne caractérise pas du tout les conférences de règlement judiciaire) a également été déclarée toute aussi importante. De plus, il existe suffisamment d'éléments de preuve dans la présente étude qu'au moins quelques avocats ont reconnu l'importance de la participation directe des clients à la médiation<sup>187</sup>, même s'il est juste de dire que l'avocat se voit encore souvent aux commandes<sup>188</sup>. Cela en soi ne doit pas être considéré comme une preuve d'assimilation – l'avocat a toujours un rôle à jouer, et celui-ci pourrait bien être le rôle de directeur du processus.

Cependant, en général, les commentaires des avocats-plaideurs de cette étude laissent croire que quelque chose de plus diversifié, de plus complexe et de plus subtil que la simple assimilation se produit en Ontario. Une autre possibilité apparaissant lorsque différentes cultures de résolution de

<sup>185</sup> N. Welsh, «The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?», dans *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 6, p. 101 à 125. Welsh soutient qu'il s'agit du prix qui a été payé pour la légitimité achetée avec l'institutionnalisation de la médiation dans le système juridique.

<sup>186</sup> Voir la discussion ci-dessus à la section 5 (II), surtout 50 et 51.

<sup>187</sup> Voir la discussion ci-dessus à la section 6 (II).

<sup>188</sup> Par exemple, Ellen Gordon rapporte que, dans les médiations qui ont été observées, la minorité des clients qui ont joué un «rôle actif» étaient «des acteurs de soutien plutôt que des acteurs principaux» [Traduction]. E. Gordon, «Attorney's Negotiation Strategies in Mediation: Business as Usual», ci-dessus, à la note 178, p. 383

conflits se rencontrent dans le même espace – comme la médiation et la résolution de conflits traditionnelle le font présentement dans le système de justice civile – est qu'une convergence naturelle se produit<sup>189</sup>. On entend ici par « convergence », la description de l'influence mutuelle qui provient de la transformation ou de l'intégration visant à créer un nouveau paradigme de rechange<sup>190</sup>, dans lequel chaque culture de résolution de conflits intègre des idées, valeurs et pratiques de l'autre. La convergence de différentes cultures peut être comparée à une combinaison chimique, où les propriétés essentielles de chaque processus ou de chaque culture en sont transformées de façon significative<sup>191</sup>. Il existe un certain nombre de façons dont cette étude indique une certaine convergence entre la pratique de la médiation et la pratique de la résolution de conflits. Par exemple, les pratiques de médiation ont été adaptées au contexte de la cour en officialisant des règles relatives à l'échange de documents<sup>192</sup> et à l'utilisation croissante de médiateurs évaluateurs. La pratique de la médiation dans le contexte des procès civils est inévitablement touchée par un processus parallèle de recherche des faits et d'établissement de théories s'orientant vers le jugement, et on pourrait s'attendre à ce que [Traduction] « l'ombre de la loi »<sup>193</sup> soit plus importante à la suite des négociations consécutives. Plusieurs de nos répondants croyaient que la pratique en litige était également touchée, par exemple, par la mise en cause du postulat bien établi qu'on ne devrait pas songer à tenir des négociations de règlement avant la fin de l'interrogatoire préalable<sup>194</sup>, ou que les clients ne devraient pas participer directement aux négociations<sup>195</sup>. Un certain nombre d'avocats ont remarqué des résultats de médiation qui étaient essentiels à la résolution et qu'ils n'auraient autrement pas

---

<sup>189</sup> Je suis reconnaissante envers mon collègue Paul Emond pour sa discussion sur le potentiel de la convergence et de la divergence.

<sup>190</sup> Le concept de « changement de paradigme » de Thomas Kuhn signifie la substitution ou le remplacement réel de l'ancien paradigme par un nouveau – ce n'est pas ce dont il est question ici. Voir ci-dessus, la note 39.

<sup>191</sup> Je suis reconnaissante envers Ellen Travis pour cette métaphore.

<sup>192</sup> Règle 24.1.10.

<sup>193</sup> R. Mnookin et C. Kornhauser, « Bargaining in the Shadow of the Law: the Case of Divorce », dans *Yale Law Journal*, vol. 88, 1979, p. 950.

<sup>194</sup> Voir la discussion ci-dessus, à la section 6 (I).

<sup>195</sup> Voir la discussion ci-dessus, à la section 6 (II).

considérés, tels que des excuses et une reconnaissance<sup>196</sup>. Certains ont également décrit l'élaboration de nouvelles compétences de plaidoirie pour la médiation qu'ils considéraient comme imposant de nouvelles exigences particulières quant à leur expertise<sup>197</sup>.

Bien sûr, on peut toujours douter de l'étendue et de l'authenticité de la convergence. Par exemple, on pourrait voir l'établissement de l'État providence moderne comme étant la conséquence de l'influence des principes du marxisme et du collectivisme sur le capitalisme industriel, ou une mesure peu coûteuse visant à désamorcer l'opposition et à stabiliser le contrôle des classes corporatives<sup>198</sup>. De la même manière, l'acceptation modérée (à Toronto) et générale (à Ottawa) de la médiation en tant que processus de résolution de conflits légitime pourrait être perçue comme un signe de l'influence des principes de l'établissement d'un consensus sur la culture de la résolution de conflits ou simplement comme une « façade » à la mode pour ce qui constitue essentiellement le même modèle fondé sur les droits des parties, utilisée comme moyen de manipulation par les instrumentalistes ou les hâtifs pour leur avantage, ou au mieux acceptée pour des raisons d'affaires par les pragmatistes. La convergence donne certainement souvent lieu à des « affinités étranges ». Ici, il semble y avoir une coïncidence d'intérêts entre le capitalisme du marché privé et les processus de médiation non officiels et confidentiels pour les conflits commerciaux<sup>199</sup>. Un répondant est même allé plus loin et a reformulé le rapport entre les questions de droit et les questions d'affaires dans le contexte de la médiation, de la façon suivante :

<sup>196</sup> Voir la discussion ci-dessus, aux sections 4 (II) et (III).

<sup>197</sup> Voir la discussion ci-dessus, à la section 6 (III).

<sup>198</sup> De plus, voir J. Macfarlane, «When Cultures Collide», dans *Intercultural Dispute Resolution in Aboriginal Contexts: Canadian and International Perspectives*, C. Bell et D. Kahane (éd.), University of British Columbia Press, à paraître en 2001.

<sup>199</sup> Il est intéressant de remarquer que le rapport entre la pensée des affaires – les valeurs, les conventions et les pratiques d'affaires – et le litige commercial puissent être considéré comme un parallèle possible de l'intégration des modèles de médiation et de jugement au sein de la résolution de conflits. Plusieurs répondants avaient déjà intégré entièrement la pensée d'affaires à leur pratique du litige, de façon à ce que leur approche relative à une cause commerciale est allée au-delà de l'analyse juridique afin de tenir compte des intérêts et des solutions d'affaires pratiques, et considéraient l'expertise commerciale et l'expérience du client comme faisant partie intégrante de la résolution de problème.

*Ottawa-19 : unités de texte 217 et 344*

[Traduction] Assez souvent ... il s'agit davantage d'une décision d'affaires que d'une décision juridique... À la médiation, il s'agit vraiment d'une décision d'affaires qui tient compte des paramètres juridiques.

Une explication possible de l'attitude positive adoptée par plusieurs avocats commerciaux vis-à-vis de la médiation – surtout ceux possédant le plus d'expérience de la médiation– consiste à dire que qu'il y a compatibilité apparente des solutions d'affaires privées élaborées en médiation avec les besoins corporatifs d'affaires. Ce que plusieurs pourraient considérer comme un véhicule pour la transformation sociale et personnelle (médiation et établissement de consensus) pourrait en fait représenter également de façon commode un moyen de produire des solutions d'affaires privées, non réglementées et hautement pragmatiques pour les corporations. Cela soulève des questions au sujet de la valeur inhérente de la convergence, peu importe la forme quelle prend, qui dépassent la portée du présent document. Par exemple, la médiation commerciale privée cadre t elle dans la culture des droits publics de règlement judiciaire de différends? Les intérêts commerciaux devraient ils avoir les moyens d'éviter leur responsabilités juridiques? Le modèle de médiation dominé par les avocats représente t il nécessairement une bonne ou une mauvaise chose?

Une troisième possibilité consiste à affirmer que forcer la coexistence de la médiation et du règlement judiciaire de différends au sein d'une médiation associée à la cour crée une divergence, plutôt qu'une convergence. Plusieurs approches et plusieurs compréhensions des conflits sont renforcées et mieux établies avec très peu d'amélioration sur le plan de la compréhension mutuelle, sinon aucune. On peut voir des signes de divergence dans la présente étude en analysant les différentes réponses dans la profession au sujet de la croissance de la médiation, et plus radicalement en analysant l'écart entre les vrais croyants d'une part et les opposants d'autre part. La rhétorique de la « foi » dans le domaine de la médiation sert à renforcer l'impression de divergence (entre les « croyants » et les « non-croyants »). Le potentiel de deux « voies » de pratique du droit distinctes, l'une orientée vers le règlement et l'autre vers le différend, peut également être constatée dans

l'émergence des avocats spécialisés en règlement<sup>200</sup>, l'établissement de « boutiques de REJD » et de « services de REJD » dans les plus grands cabinets et l'établissement de réseaux collaborateurs de pratique du droit où les avocats sont mandatés par leurs clients exclusivement en vue de la négociation et ne peuvent plaider<sup>201</sup>.

Finalement, la conséquence de l'exposition prolongée à une autre approche – différente, stimulante – à la résolution de conflits pourrait éventuellement consister en des changements fondamentaux dans les normes internes de chaque approche qui vont au-delà de l'influence mutuelle vers la création de nouveaux paradigmes de résolution de conflits. Une vraie intégration des valeurs et des pratiques offrirait un nouveau paradigme de défense. Par exemple, est-ce de plus en plus normatif que les discussions de règlement soient crédibles et utiles plus tôt au cours du processus de résolution de conflits plutôt que d'être considérées comme une admission de faiblesse?

*Toronto-14 : unités de texte 87-87*

[Traduction] Je crois que ce que la médiation a accompli c'est d'avoir rendu plus facile d'essayer de négocier un règlement ou de discuter d'un règlement sans le faire à partir d'un point de vue ou sans donner l'impression que vous le faites parce que vous vous inquiétez de l'affaire, ou qu'il s'agit d'une faiblesse parce que vous ne pouvez dire que tout le monde le fait, alors vous voulez le faire.

Tandis qu'il existe des preuves de changements systémiques dans l'exercice, l'émergence d'un nouveau paradigme, un paradigme de rechange, n'est clairement pas appuyé par les données. Ce qu'un répondant a appelé [Traduction] «le nouveau rôle d'exercice du droit»<sup>202</sup> est loin de représenter la norme pour les avocats-plaideurs au civil. Cependant, il existe des signes que les paradigmes existants sont soumis à des pressions, en particulier dans les descriptions d'un sentiment

---

<sup>200</sup> W. Coyne, «The Case for Settlement Counsel», dans *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 14, 1999, p. 367.

<sup>201</sup> Voir par exemple T. Skolar, «Collaborative Law - A Method for the Madness?», dans *Memphis State University Law Review*, vol. 23, 1993, p. 667.

<sup>202</sup> Ottawa-2 : unité de texte 145.

de conflit de rôle et de discordance chez quelques avocats-plaideurs<sup>203</sup>. L'instauration de processus de médiation anticipée au sein du litige commercial, où les avocats ont été formés à être très compétitifs et adversatifs, semble avoir un effet sur l'identité principale des acteurs, sur les plans personnel et professionnel.

En résumé, tandis que peut-être les preuves les plus péremptoires recueillies dans nos entrevues avec les avocats-plaideurs en droit commercial pointent vers une certaine assimilation – et donc une érosion – du caractère non officiel de la médiation par les valeurs adversatives juridiques traditionnelles, il existe également des signes de convergence et de divergence. La citation suivante rend bien l'idée que les trois conséquences peuvent se produire simultanément, sans qu'aucune ne soit clairement le résultat de la co-existence de la médiation et du règlement judiciaire de différends.

*Toronto-12 : unités de texte 455-460*

[Traduction] Les médiateurs ont quelquefois tendance à dire « Eh bien, ne pouvons-nous pas régler cette affaire, n'y a-t-il pas une façon de nous réconcilier et de nous en aller chez-nous? » (*assimilation et ridicule*)... ce type de médiation fonctionne peut-être dans certaines circonstances mais représente l'antithèse de l'ancien style de résolution de conflits où l'on « ne prenait aucun prisonnier » (*divergence*). J'aime croire que moi-même et la plupart des avocats-plaideurs ordinaires se trouvent maintenant quelque part entre tout cela (*convergence ou influence mutuelle*).

## C. Quelques variables possibles

Un petit nombre de variables principales peuvent aider à expliquer la diversité des réponses personnelles vis-à-vis la médiation de nos répondants. Les mêmes facteurs environnementaux et circonstanciels peuvent également apporter un peu de lumière sur la preuve non concluante et apparemment contradictoire que le résultat du mariage forcé de la médiation et du règlement judiciaire de différends représente quelquefois une assimilation, quelquefois une convergence et quelquefois une divergence.

---

<sup>203</sup> Voir la discussion ci-dessus, à la section 7 (I).

La première de ces variables est le site pilote même – Ottawa ou Toronto – et la culture juridique locale en résultant. Les avocats-plaideurs d'Ottawa beaucoup plus clairement et en bien plus grand nombre l'effet sur leur pratique de la gestion de dossiers en général et de la médiation obligatoire en particulier que leurs collègues de Toronto. Les avocats d'Ottawa tendaient à offrir des observations et des idées plus concrètes que leur collègues de Toronto au sujet des façons dont leur pratique s'était ajustée ou avait changé afin de refléter les exigences de la médiation. Leur analyse des changements et de leur effet sur leur pratique a semblé être plus réfléchie et plus introspective, et les idées qu'ils ont suggérées étaient plus complexes et plus subtiles. Presque tous les avocats d'Ottawa avec lesquels nous avons parlé avaient déjà bien pensé aux questions que nous leur avons posées, quelques-uns avaient discuté de ces questions avec des collègues, ce qui se voyait dans la profondeur de plusieurs de leurs réponses. À Toronto, plusieurs avocats avaient l'air de réfléchir pour la première fois aux questions que nous leur avons posées.

Les avocats d'Ottawa étaient généralement plus enthousiastes à l'égard de la médiation que leurs compatriotes de Toronto, et souvent assez critiques de l'esprit adversatif dont les avocats de Toronto – ont-ils déclaré – faisaient preuve face à la médiation. Presque tous les vingt répondants de l'échantillon d'Ottawa étaient des « vrais croyants » à un certain niveau, même si cela était souvent mélangé à une dose élevée de pragmatisme. À Toronto, les « vrais croyants » étaient beaucoup moins en évidence (7 ou 8 dans l'échantillon ont exprimé ces sentiments, mais non sans une certaine ambiguïté) et ceux qui étaient vraiment en faveur de la médiation conservaient généralement une approche instrumentale envers les tactiques de représentation en médiation, ce qui ressemble beaucoup plus aux normes de règlement judiciaire de différends traditionnelles. En d'autres mots, être un « vrai croyant » à Toronto peut comporter des implications quelque peu différentes qu'être un « vrai croyant » à Ottawa, alors que l'approche plus ambiguë et quelquefois cynique des Torontois indique des différences culturelles plus grandes entre les deux villes.

Une explication évidente de ces différences importantes entre les avocats des deux sites pilotes consiste en les différents niveaux de mise en application de la médiation obligatoire entre Ottawa et Toronto. La médiation obligatoire et la gestion de dossiers ont été utilisées pour toutes les affaires au civil déposées à Ottawa-Careleton depuis 1997<sup>204</sup>, tandis qu'à Toronto, le niveau actuel de gestion de dossiers n'est qu'à 25 p. 100 (on prévoit qu'il augmentera à 100 p. 100 d'ici le 1<sup>er</sup> juillet 2001<sup>205</sup>). Cela signifie qu'à Ottawa, aucune autre solution de rechange à la poursuite ne s'est présentée en vertu de (ce qui est maintenant) la Règle 24.1 au cours des quatre dernières années, tandis qu'à Toronto, il est possible d'échapper complètement à la médiation obligatoire ou simplement faire une nouvelle demande<sup>206</sup>. Le fait de ne pas avoir d'autre choix que d'utiliser la médiation peut avoir eu comme effet que les avocats-plaideurs d'Ottawa ont fait un investissement pour que la médiation fonctionne, ce qui ne se voit pas chez leurs collègues du Barreau de Toronto<sup>207</sup>. Au même moment, l'aspect coercitif de la Règle 24.1 est réduit à Ottawa par la souplesse et la volonté apparentes du protonotaire responsable de la gestion de la cause d'Ottawa de permettre l'ajournement de la médiation jusqu'à la fin de l'interrogatoire préalable. La même dispense semble beaucoup moins accessible à Toronto, ce qui contribue à un sentiment général de dégoût envers le programme de médiation obligatoire<sup>208</sup>.

Les différences entre les deux groupes peuvent également refléter différentes étapes de la légitimation de la médiation dans les deux villes. Un élément essentiel aux attitudes changeantes envers l'utilisation de la médiation par les avocats-plaideurs consiste en la crédibilité attribuée au processus par l'appui des dirigeants professionnels. Presque tous les avocats de l'échantillon d'Ottawa ont fait des observations – sans qu'on leur demande – sur le rôle de leadership joué par le juge James

<sup>204</sup> La médiation obligatoire à 100 p. 100 a commencé à Ottawa en 1997 par l'instauration de l'instruction relative à la pratique, O.R. (Réf.) par le juge Chadwick. Elle a été remplacée par la Règle 24.1 en 1999.

<sup>205</sup> Pour obtenir des renseignements supplémentaires, consulter <[www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french](http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french)>.

<sup>206</sup> Voir la discussion ci-dessus, à la section 4(l).

<sup>207</sup> Je suis reconnaissante envers Ellen Travis pour ce point.

<sup>208</sup> Voir la discussion ci-dessus, à la section 6(l).



Chadwick et le protonotaire Robert Beaudoin pour créer un mouvement en faveur de la médiation obligatoire à Ottawa. À Toronto, certains dirigeants professionnels sont en faveur de la médiation, mais ceux-ci sont beaucoup moins nombreux et moins puissants que leurs compatriotes d'Ottawa. Cela se reflète dans les normes de groupe de pairs. Il n'est pas nécessairement à la mode pour les avocats-plaideurs en droit commercial de haut niveau de souscrire fortement à la médiation, en particulier, le programme de médiation obligatoire. Au contraire, à Ottawa, l'acceptation répandue de la médiation, y compris de la Règle 24.1, est telle que les avocats désirent qu'on voie qu'ils appuient un développement si bien considéré. Par exemple,

*Ottawa-5 : unités de texte 452 et 471*

[Traduction] Les avocats-plaideurs d'Ottawa Les bons avocats, dans cette ville, comprennent en quoi consiste la médiation... Je crois que c'est ce qui est accepté dans le système, alors les avocats ont fait le changement.

Nous avons remarqué que les questions concernant la médiation auxquelles songeaient les avocats de Toronto étaient également bien différentes de celles de leurs collègues d'Ottawa. Les avocats de Toronto ont réfléchi tout haut à l'utilité de la médiation, à son potentiel de faire encourir des frais supplémentaires, à savoir si la médiation démontrerait qu'elle peut faire régler plus d'affaires plus rapidement, et ainsi de suite. Ces questions représentent des questions que les utilisateurs posent habituellement au sujet d'un changement novateur tandis qu'un nouveau processus ou que de nouvelles procédures prennent racine; on se concentre sur l'efficacité et l'amélioration de la performance passée. Ces questions ne se sont pas présentées dans les discussions avec les avocats d'Ottawa, qui semblaient supposer que la valeur de la médiation résidait dans l'amélioration d'un processus plus accessible et moins coûteux pour les clients. À une étape antérieure à celle de la reconnaissance de sa légitimité, les sceptiques ont tendance à se demander [Traduction] « si cela améliore le processus ou le système existant, et si oui, en quoi<sup>209</sup>? ». À l'étape subséquente à la

---

<sup>209</sup> Voir P. Tolbert et L. Zucker, «Institutional Sources of Changes in the Formal Structure of Organizations: The Diffusion of Civil Service Reform 1880-1935», dans *Administrative Science Quarterly*, vol. 28, 1983, p. 22, 35-36.

reconnaissance de la légitimité, l'attention se déplace vers la façon de mieux faire fonctionner le nouveau processus ou système. On suppose également maintenant qu'il présente des avantages et l'on se penche alors sur la façon de les maximiser<sup>210</sup>. Le Barreau d'Ottawa se trouve peut-être maintenant à une étape d'acceptation où il prend pour acquis que la médiation est une « bonne chose », plutôt qu'à l'étape où il est nécessaire que la médiation « fasse ses preuves ». Au contraire, la plupart des avocats ont concentrés leurs efforts sur la façon d'utiliser efficacement la médiation pour répondre aux besoins de leurs clients et sur la façon d'améliorer leurs propres niveaux de compétence et d'assurance au sein du processus de médiation; l'investissement dans de nouvelles connaissances et dans de nouvelles compétences est calculé de façon rationnelle afin d'accroître les profits.

Quel est donc alors le rôle de l'expérience en médiation pour l'utilisation de la médiation et des attitudes vis-à-vis la médiation. Les travaux de John Lande donnent à penser que ce qu'il décrit comme étant la [Traduction] « croyance en la médiation »<sup>211</sup> augmente à mesure qu'il est exposé au processus<sup>212</sup>. Une étude des avocats de l'Indiana les a également amenés à conclure que leurs attitudes favorables vis-à-vis la médiation au civil sont significativement corrélées avec leur expérience de médiation à titre de représentants<sup>213</sup>. La présente étude a trouvé des preuves indiquant que les attitudes vis-à-vis la médiation deviennent de plus en plus positives lorsque l'expérience et la connaissance du processus sont accrues<sup>214</sup>. Ici, l'échantillon d'Ottawa possédait généralement beaucoup plus d'expérience que le groupe de Toronto. Tous les avocats de l'échantillon d'Ottawa, sauf quatre, avaient participé à 30 expériences de médiation ou plus, tandis qu'à Toronto, seuls cinq avocats avaient participé à 30 expériences ou plus de médiation obligatoire ou de médiation

---

<sup>210</sup> Voir P. Tolbert et L. Zucker, «Institutional Sources of Changes in the Formal Structure of Organizations: The Diffusion of Civil Service Reform 1880-1935», précité.

<sup>211</sup> J. Lande, «Getting the Faith: Why Business Lawyers and Executives Believe in Mediation», ci-dessus, à la note 34, p. 171-176.

<sup>212</sup> Précité à 199.

<sup>213</sup> M. Medley et J. Schellenberg, «Attitudes of Attorneys Toward Mediation», ci-dessus, à la note 11, p. 195-196.

<sup>214</sup> Voir la discussion à la section 7(IV) ci-dessus.

commerciale privée. Ainsi, les attitudes plus positives et renforcées à l'égard de la médiation que l'on a retrouvées au sein de l'échantillon d'Ottawa – et en particulier le grand nombre de vrais croyants – sembleraient indiquer qu'une plus grande expérience de la médiation aboutit à des attitudes plus favorables envers son utilisation. Au même moment, cette conclusion amène la question suivante, « quel genre d'expérience de médiation? » Cette étude a démontré la grande diversité d'expériences de médiation, reflétant les différents styles de médiation et de médiateurs, les besoins et les objectifs des participants, l'approche relative à la plaidoirie adoptée par les avocats, la relation entre les parties, les questions en litige, et ainsi de suite. De plus, il existe de bonnes et de mauvaises expériences de médiation – chaque répondant avait au moins une « histoire d'horreur » à nous raconter. Il est remarquable que trois des cinq avocats ayant le plus d'expérience (plus de 30 médiations) de l'échantillon de Toronto étaient également assez ou très négatifs à l'égard de la médiation<sup>215</sup>. Cependant, les avocats de Toronto qui ont exprimé des points de vue se rapprochant de ceux du « vrai croyant » faisaient également partie du groupe possédant le plus d'expérience (de 20 à 30 médiations). Les avocats possédant le moins d'expérience avaient également tendance à être plus négatifs ou au moins, à adopter une utilisation plus instrumentale de la médiation.

L'étude en Indiana a corrélé des attitudes favorables envers la médiation au sein d'une génération d'avocats plus jeunes<sup>216</sup>. Avec peut-être la même logique, presque tous nos répondants ont précisé qu'ils prévoyaient que plus d'avocats plus âgés se montreraient réticents et hostiles face à la médiation, tandis que le groupe plus jeune serait plus ouvert et plus susceptible de l'accepter. Certains des avocats plus jeunes des deux parties de l'échantillon ont certainement fait remarquer qu'ayant été initiés au REJD à l'école de droit, et/ou que n'ayant pratiqué le droit que dans un climat où l'on encourageait la médiation, ils avaient moins de réticences à l'utiliser et acceptaient sa place au sein de litiges au civil, plutôt que d'avoir à se faire convaincre de sa valeur. On a demandé à une

---

<sup>215</sup> Toronto-2, Toronto-3, Toronto-14.

<sup>216</sup> M. Medley et J. Schellenberg, «Attitudes of Attorneys Toward Mediation», ci-dessus, à la note 11.

avocate (inscrite au Barreau en 1995) – qui était très enthousiaste au sujet de la médiation – si l'on prenait toujours les avocats-plaideurs comme des exemples à son (très grand) cabinet. Voici ce qu'elle a répondu :

*Toronto-4 : unité de texte 211*

[Traduction] Nous avons tellement peu d'avocats-plaideurs que je n'ai pas remarqué cela – en fait, les gens qui sont des avocats-plaideurs, je crois, sont ceux qui se battent pour correspondre à cette mentalité, plus que le reste d'entre nous se bat pour être de bons avocats-plaideurs.

Toutefois, l'hypothèse de plusieurs de nos répondants selon laquelle les membres plus âgés du Barreau seraient plus susceptibles de résister à la médiation ne s'appliquait pas aux avocats plus âgés de Toronto ou d'Ottawa. À Toronto, sept de l'échantillon de 20 pratiquaient le droit depuis plus de 20 années. De ces sept, quatre appuyaient fermement ou modérément la médiation. Le plus âgé d'entre eux (inscrit au Barreau en 1968) représentait l'un des défenseurs les plus ardents de la médiation. Cinq membres de l'échantillon d'Ottawa pratiquaient le droit depuis plus de 20 années et tous étaient favorables à la médiation. Encore une fois, le plus âgé d'entre eux (inscrit au Barreau en 1965) était l'un des défenseurs les plus ardents de la médiation. D'un autre côté, seulement trois avocats de l'échantillon de Toronto pratiquaient depuis moins de 10 années, et deux d'entre eux se trouvaient parmi ceux affichant l'attitude la plus négative et la plus cynique du groupe. Ainsi, rien dans cette étude ne nous porte à croire qu'il existe une corrélation claire ou même légère entre la durée d'exercice et l'attitude face à la médiation.

Cette étude n'a pas non plus conclu à une corrélation entre le sexe et les attitudes face à la médiation. Les dix femmes (cinq à Toronto et cinq à Ottawa) qui ont fait partie du groupe échantillon possédaient des points de vue et des attitudes s'étalant sur tout le spectre, à partir du vrai croyant jusqu'au pragmatiste en passant par l'instrumentaliste. La seule observation constante que nous pouvons faire au sujet des répondantes de l'étude est qu'aucune d'elles ne s'est montrée réellement négative, soit en tant que hâtive ou qu'opposante, mais puisque ces points de vue n'ont pas été

exprimés par beaucoup de personnes dans tout l'échantillon, cela reflète peut-être simplement la petite taille du groupe de femmes.

La culture juridique locale, combinée à l'expérience de la médiation, semble donc représenter les facteurs les plus significatifs pour prévoir les attitudes personnelles face à la médiation. Les mêmes variables peuvent servir à expliquer les preuves contradictoires entourant l'effet mutuel de la médiation et du règlement judiciaire de différends (par exemple, la convergence entre la pratique de la médiation et la pratique du litige est plus apparente et plus reconnue à Ottawa qu'à Toronto, et les signes de divergence sont les plus remarquables lorsque la résistance à la médiation est la plus forte). Les données présentent également des indices attrayants, plutôt que des preuves substantielles, de quelques autres variables possibles. Quelques avocats ont dit croire que la philosophie corporative de leur principale base de clients avait un effet significatif sur leur approche – [Traduction] « Il existe toutes sortes de philosophies corporatives différentes, dont quelques-unes sont plus litigieuses et d'autres moins<sup>217</sup>. » D'autres ont fait remarquer l'attitude adoptée par leur secteur du Barreau<sup>218</sup> – en fait, un autre aspect de la culture juridique locale – ou la pertinence des types particuliers de conflit pour la résolution en médiation<sup>219</sup>. Finalement, certains commentaires donnent à penser que certains avocats-plaideurs trouvent plus difficiles que d'autres d'accepter les dimensions émotives des conflits qui ressortent quelquefois de la médiation. Par exemple, un avocat nous a franchement avoué ceci :

*Toronto-13 : unités de texte 191 et 192*

---

<sup>217</sup> Toronto-19 : unité de texte 30. Par exemple, plusieurs avocats ont mentionné la réticence de CMPA vis-à-vis toute forme de compromis obtenu en médiation; voir par exemple Ottawa-5 : unité de texte 460, Ottawa-6 : unité de texte 17.

<sup>218</sup> Par exemple, le barreau des assureurs qui est en médiation au sujet de la *Loi sur les assurances* depuis 1990 (Toronto-20) et le barreau de l'emploi dont les affaires ont été reportées en plus grand nombre à la médiation obligatoire en vertu du programme pilote précédent (Toronto-19).

<sup>219</sup> Par exemple, les affaires relatives à l'emploi où le seul problème représente le montant : voir Toronto-19 : unités de texte 65, 296 et 352. Pour obtenir un commentaire au sujet des différentes considérations présentées en médiation par un litige commercial en opposition à une poursuite pour préjudice corporel, voir Ottawa-14 : unités de texte 25 à 28.

[Traduction] Je ne suis pas très bon pour traiter avec des clients émotifs, qui ont des problèmes personnels et d'autres avocats sont mieux placés que moi pour cela. Je suis plus enclin à me concentrer sur les faits concrets, sur la solution d'affaires au problème.

Évoquant l'importance des variables de personnalité, cela nécessiterait clairement une étude plus approfondie.

## VIII. Conclusions

En conclusion, les données recueillies au cours des 40 entrevues comprises dans la présente étude montrent une grande diversité d'idées sur la façon d'utiliser la médiation au cours de litiges civils, ainsi que la signification et l'effet de l'incorporation du processus de médiation dans le système de règlement judiciaire de différends. Les cinq « types idéaux » établis à partir de ces données résument les thèmes qui ressortent le plus souvent en réponse à ces questions. Mais tandis que les types idéaux nous permettent de constater une certaine convergence d'approches ou d'attitudes, il existe également ici une certaine diversité. Par exemple, chez les opposants, il existe différentes raisons motivant une résistance à la médiation (par exemple, elle ébranle la base de principe de la prise de décision de jugement, elle est trop « sensible », elle ajoute des coûts supplémentaires)<sup>220</sup>. De la même façon, parmi les vrais croyants, il existe différents points de vue sur ce qui constitue une « bonne » médiation et ce qui représente un « bon » médiateur (par exemple, un gestionnaire du processus, un négociateur proactif, un résolveur de problème créatif, quelqu'un qui nous confronte à la réalité, un symbole d'autorité<sup>221</sup>). Cela signifie que les arguments continus à savoir si en fait la médiation obligatoire signifie la « co-option » ou l'assimilation des « vraies » valeurs de la médiation sont inévitables.

---

<sup>220</sup> Voir la discussion ci-dessus, à la section 5 (I).

<sup>221</sup> Voir la discussion ci-dessus, à la section 5 (II).

Les avocats qui possèdent des opinions des plus arrêtées au sujet de la médiation – ceux qui prennent position en tant qu'opposant ou vrai croyant – sont également ceux qui sont les plus susceptibles d'entrevoir la médiation comme étant une solution de rechange radicale à la contentation traditionnelle<sup>222</sup>. Le même groupe est également davantage susceptible de vivre une tension de rôle entre son rôle en médiation et en négociation traditionnelle. Pour un petit nombre d'avocats, la conséquence de l'intégration de la médiation aux stratégies de leur pratique semble représenter un questionnement fondamental de leurs normes et de leur identité professionnelles, accompagné d'un sentiment de discordance entre leur formation et les défis de l'établissement d'un consensus qui se sont présentés au cours de la médiation. Les avocats qui font face à une discordance de rôle subiront une pression croissante pour rationaliser et peut-être repenser leur rôle d'experts en résolution de conflits. Il pourrait également y avoir une divergence croissante entre ceux qui considèrent l'instauration de la médiation dans le système juridique civil comme étant un développement très important – qu'ils la considèrent comme positive ou négative – et ceux qui considèrent cette innovation comme n'ayant aucune conséquence, comme n'étant qu'une simple « passade », ou ceux qui sont simplement indifférents quant à son utilisation ou à même y penser à moins de n'y être forcés (principalement les hâtifs et les instrumentalistes). Ces deux types de divisions entre les avocats et les professeurs de droit deviennent de plus en plus apparents au sein des barreaux locaux, des associations de barreau et des écoles de droit.

Une des raisons pour laquelle les avocats et les professeurs ne prennent pas la médiation civile au sérieux est qu'il n'existe pas beaucoup de théories pour appuyer la pratique ou l'apprentissage de la plaidoirie de médiation efficace. Nos données ne révèlent aucun paradigme en voie de formation clair lié à la pratique qui offrirait un cadre de travail conceptuel compatible et cohérent pour l'utilisation de la médiation au sein du litige civil. Avec seulement quelques exceptions à chaque extrémité du spectre des opinions, il existe un sentiment profond d'hésitation, d'ambiguïté et

<sup>222</sup> M. Galanter, «Worlds of Deals: Using Legal Process to Teach Negotiation», ci-dessus, à la note 5.

d'improvisation dans ce que les avocats-plaideurs disent de la médiation. Cela est illustré dans les différents types idéaux qui ressortent d'une même entrevue et également dans l'absence apparente de liens conceptuels et stratégiques faits par les avocats entre, par exemple, les objectifs qu'ils entrevoient pour la médiation en tant que séance unique et en tant que faisant partie d'une stratégie générale de résolution de conflits. Les données donnent à penser que les avocats qui indiquent avoir vu des clients tirer des avantages psychologiques et émotionnels importants de la médiation sont plus susceptibles de parler de l'importance de faire participer les clients activement et directement à la médiation, mais ce lien (et d'autres) est rarement établi de façon explicite par les avocats eux-mêmes. Cela semble indiquer qu'il ne se produit pas ici de changement de paradigme clair ou uniforme, mais plutôt un regroupement de réponses diverses et discrètes au phénomène de la médiation. Les avocats expliqueront peut-être cet éclectisme comme étant leur réponse au contexte et aux circonstances uniques de chaque affaire; en effet, plusieurs avocats ont parlé de leur besoin d'évaluer la pertinence et la mise en application de la médiation (par exemple, le choix d'un médiateur en particulier) en fonction de chaque cas. Toutefois, je ferai valoir que l'incertitude profonde – et à Toronto, le manque apparent de dialogue entre les intervenants au sujet de ces questions – reflète également l'absence plus prononcée de cadres de travail conceptuels que les avocats pourraient utiliser pour faire ces jugements et pour élaborer leurs stratégies en vue de la médiation.

Les données présentent certains signes d'effet systémique de la médiation – surtout dans les pratiques de gestion de dossiers, dans les stratégies de règlement et dans les relations avec les clients – surtout à Ottawa et chez les avocats possédant le plus d'expérience de la médiation. Cela signifie que, malgré le manque apparent de modèles explicites ou de cadres de travail concernant la façon d'évaluer efficacement dans cet environnement, l'exercice du droit change en raison de la médiation. Les avocats changent la façon dont ils évoluent à la fois fonctionnellement (par exemple en ayant une charge de travail plus importante au début des nouveaux dossiers) et conceptuellement (par exemple par la façon dont ils établissent une stratégie envers les résultats de règlement). Nous pouvons nous attendre à ce que cet écart entre la pratique et la théorie diminue à mesure que l'on



accepte que la médiation représente une composante importante de la pratique du droit, digne de débats et d'échanges par un dialogue informel et l'élaboration de théories au moyen de programmes d'éducation juridique permanents. De plus, le rapport entre l'exposition croissante à la médiation et la confiance accrue en son utilité qui a été décrit ci-dessus pourrait donner à penser qu'il s'agit d'une conséquence possible de la croissance générale de l'utilisation de la médiation, dans des programmes commerciaux privés et liés à la cour. Il sera intéressant de voir la façon dont les hâtifs et les instrumentalistes (ci-dessus) répondent à cette évolution.

Il existe un appui ferme nous amenant à conclure que les normes d'utilisation de la médiation sont plus établies et que le Barreau accepte plus sincèrement l'utilisation de la médiation à Ottawa qu'à Toronto. Cela souligne l'importance de la culture juridique locale en tant que facteur pour comprendre les changements de l'exercice du droit. Les différences entre la culture de médiation à Ottawa et à Toronto sont surtout apparentes à l'égard des utilisations instrumentalistes du processus de médiation, qui semblent être beaucoup plus courantes à Toronto qu'à Ottawa. Les conventions en matière d'échange de documents et l'utilisation de mémoires de médiation exhaustifs semblent également mieux établies à Ottawa qu'à Toronto. Les avocats d'Ottawa étaient également davantage susceptibles de parler d'un rôle positif et actif qu'ils voient assumé par leurs clients dans le cadre de médiations et de suggérer un sentiment plus profond de confiance à cet égard. Encore une fois, cela appuie la conclusion que la médiation a un effet sur la manière dont *certain*s avocats-plaideurs exercent le droit et pointe dans la direction d'une influence mutuelle plutôt que vers une co-option. Cependant, il existe également des signes – notamment limités à Toronto – que la médiation est absorbée dans le litige traditionnel comme étant une simple étape mécanique qui peut être neutralisée soit en la transformant en interrogatoire préalable informel soit en ne lui accordant que « 20 minutes » de son temps. Cela représente une réflexion évidente de l'omniprésence du modèle dominant de plaidoirie et de ses normes adversatives.

Le présent document a débuté en décrivant le rapport entre les normes de l'exercice du droit et les cultures sociales et institutionnelles du monde du litige. Les faits démontrent de manière évidente, dans la présente étude, que les clients corporatifs et institutionnels, en particulier, définissent des attentes de règlement anticipé qui nécessitent que les avocats-plaideurs réajustent de manière importante leurs normes et leurs pratiques de règlement. Il est possible que nous voyons les membres du Barreau commencer à se transformer en spécialistes des règlements et en avocats de première instance. Une autre possibilité est que les procès deviennent de plus en plus rares en litige commercial et que les normes et les pratiques de l'avocat-plaideur en droit commercial soient réorientées vers la poursuite de solutions anticipées, efficaces et conviviales au monde des affaires pour les conflits. Certains avocats ayant participé à la présente étude pourraient soutenir que c'est ce qui se produit déjà.

*Toronto-20 : unités de texte 181 à 187*

[Traduction] Mon rôle semble maintenant être celui de résolveur. Ou peut-être plus que cela. Peut-être le rôle de quelqu'un qui doit faire la différence entre le blé et la paille et déterminer s'il s'agit d'une affaire qui devrait être réglée ou s'il existe un principe juridique accablant si important que peu importe tous nos points de vue, nous avons besoin d'un juge pour prendre une décision? Il s'agit là des affaires qui semblent aller de l'avant. *Pas celles qui allaient de l'avant auparavant.* (c'est nous qui soulignons) Alors mon rôle a beaucoup changé et je ne pense plus qu'un avocat-plaideur puisse être un avocat-plaideur sans être également un médiateur. Je ne veux pas dire un médiateur dans le sens de la personne qui est en fait la médiatrice, mais une personne dont les compétences de plaidoirie sont pertinentes au processus de médiation.



# Annexe A

## Questions d'entrevue

### Introduction (par l'intervieweur)

Dans le présent projet, on s'intéresse à vos expériences de la gestion de dossiers qui ont été désignés pour aller en médiation en vertu de la Règle 24.1. Nous nous intéressons à tous les aspects de cette expérience, y compris le travail que vous avez effectué pour ces affaires, la façon dont vous avez préparé ces dossiers pour la médiation, comment vous avez travaillé avec les clients, quelles étaient vos stratégies afin d'obtenir le meilleur résultat possible de la médiation et ainsi de suite. Nous nous intéressons principalement à l'effet du programme de médiation obligatoire, c'est-à-dire aux médiations en vertu de la Règle 24.1 – cependant nous nous attendons à ce que les personnes avec qui nous parlons possèdent d'autres expériences de la médiation en-dehors de la Règle 24.1, c'est-à-dire des médiations commerciales privées. Lorsque cela est possible, je vous demanderai de faire la différence entre ces expériences et celles en vertu de la Règle 24.1, mais je m'intéresse également à toute différence que vous concevez entre les médiations en vertu de la Règle et les autres médiations commerciales privées<sup>223</sup>.

L'entrevue sera enregistrée sur bande audio, puis retranscrite. Nous vous garantissons la confidentialité – ce que vous nous dites ne vous sera pas attribué dans le rapport final des résultats. Il est possible que nous utilisions une de vos citations, mais elle ne vous sera pas attribuée. Nous dirons simplement qu'il s'agissait d'un avocat de Toronto ou d'Ottawa. Ces résultats seront fournis à la Commission du droit du Canada au printemps 2001, et de plus, les résultats de la présente étude

---

<sup>223</sup>

Si des répondants ont eu des expériences parallèles de médiation commerciale privée, il est difficile de voir comment ces expériences ne ressortiront pas dans leurs réponses à plusieurs de ces questions. Nous essaierons d'assortir les expériences – médiation obligatoire ou médiation privée – aux réflexions et aux observations qu'elles ont suscitées.

pourront être utilisés dans des publications universitaires à venir, par exemple des articles de périodiques.

J'aimerais commencer en vous demandant de qualifier votre approche lorsque vous préparez des affaires pour un litige traditionnel et je poursuivrai en vous posant quelques questions sur la façon dont vous gérez les causes qui ont été désignées en vue d'une séance de médiation obligatoire en vertu de la Règle 24.1.

1. Je voudrais commencer en vous demandant de me décrire comment vous gérez un dossier de litige, en commençant par ces phases préliminaires, jusqu'au point où vous êtes prêt à entreprendre des négociations sérieuses avec l'autre partie en vue d'un règlement. Pourriez-vous me décrire étape par étape le travail que vous effectuez pour un dossier de litige, à partir du moment où il arrive sur votre bureau jusqu'au moment où vous pourriez vous considérer prêt à discuter d'options de règlement avec l'autre partie? (Aussi : « vous aurez peut-être à faire des distinctions critiques, p. ex. entre les causes de demandeurs et de défendeurs. » Pensez aux étapes du processus à suivre, telles que : la révision d'une déclaration de réclamation ou de défense; toute recherche juridique; tout contact avec les clients, etc. Essayez de parler des échéances, du moment où l'évaluation générale d'une stratégie appropriée d'un dossier est effectuée, y compris ce qu'un dossier peut « valoir » aux yeux de l'avocat et du client, du moment où l'on entre en communication avec l'autre partie et comment, quand et à quelle fréquence un avocat rencontre le client pour lui parler, et quel travail et quelle quantité de travail est effectué sur le dossier avant l'interrogatoire préalable).
2. À quel type d'intervention relative à la gestion d'un dossier de litige pouvez-vous « généralement » vous attendre des clients? (la personne peut déjà avoir répondu à cette question à la question 1) (Essayez de parler des rencontres avec les clients (combien, à quelle fréquence et dans quel but), du genre d'intervention recherchée et à quel moment elles le sont et essayez de savoir si les clients participeront aux négociations de règlement et en quelle qualité). En général, comment décririez-vous votre relation de travail avec vos clients (s'agit-il d'un partenariat, d'un rapport expert-client ou d'autre chose?)
3. Pouvons-nous maintenant nous pencher sur les causes qui ont été sélectionnées pour la médiation obligatoire?

D'abord, pourriez-vous me décrire les étapes que vous suivez pour gérer ces affaires, du moment où elles arrivent sur votre bureau au moment de la séance de médiation?

4. À quel genre d'intervention vous attendez-vous du client – à quel titre participera-t-il à la préparation en vue de la médiation? (Essayez de parler du niveau d'intervention du client, du type de consultation, du moment opportun de l'intervention du client, des attentes entourant les rôles à jouer à la séance de médiation par l'avocat et le client, respectivement.)
5. Quelles sont les autres différences, le cas échéant, que vous voyez entre la façon dont vous gérez une affaire de médiation et la façon dont vous gérez une affaire de litige conventionnelle (laquelle pourrait utiliser ou non les services d'un médiateur à un moment donné?) (Essayez de parler du type de travail que vous effectuez pour le dossier, du moment où ce travail est effectué, de la personne qui participe au travail, du rôle du client, etc.)
6. Pouvez-vous décrire la façon dont vous vous percevez ou dont vous percevez votre rôle en tant qu'avocat? (Quels sont les éléments qui constituent une « représentation responsable »? Pouvez-vous me donner des exemples de la façon dont ce rôle est joué en pratique, dans une situation « idéale »? Que se passe-t-il lorsque ce rôle « idéal » est plus difficile à jouer? Pourquoi en a-t-il été ainsi?)
7. Que percevez-vous comme étant l'essentiel de votre rôle dans une cause destinée à la médiation?
8. De quelles façons la représentation d'un client dans une cause destinée à la médiation exige-t-elle que vous fassiez quelque chose de différent ou quelque chose qui modifie l'essentiel de ce rôle? (Par exemple, cela change-t-il certaines de vos valeurs relatives au service à la clientèle? (Reportez-vous à la question 2 ci-dessus); êtes-vous à l'aise à l'idée de ces différences, les acceptez-vous? Les considérez-vous toutes aussi pertinentes pour les affaires de médiation? Les considérez-vous toutes aussi pertinentes pour les causes qui ne sont pas destinées à la médiation?)
9. Comment évaluez-vous généralement un « bon » résultat en litige commercial? (Pouvez-vous me donner des exemples? Y a-t-il des différences entre un bon résultat et un « simple »

résultat? Y a-t-il une différence entre un « bon résultat » pour votre client et un simple résultat en général? Y a-t-il une différence entre un « bon » résultat d'un procès et un « bon » résultat obtenu par l'intermédiaire d'un règlement? Quelle est-elle? Quelle est votre perception des « bons » résultats à la suite d'une médiation? Ceux-ci sont-ils différents – y a-t-il des considérations différentes – des « bons » résultats obtenus par l'intermédiaire de négociations de règlement? (ci-dessus.)

10. Y a-t-il des différences (pratiques et conceptuelles) entre cela et ce que vous considérez comme étant un « bon résultat » en médiation? (en essayant de donner des exemples concrets si possible. Aussi, quel type de médiateur recherchez-vous lorsque vous choisissez un médiateur afin d'obtenir un « bon résultat »?)
11. Pouvez-vous déterminer d'autres manières dont votre expérience en médiation obligatoire a changé la façon dont vous gérez les dossiers, qu'ils soient ou non liés à la médiation? (Essayez de parler de la question de savoir si le répondant est plus enclin ou susceptible de considérer la médiation dans les affaires qui ne sont pas destinées à la médiation obligatoire, de tout effet de votre volonté à tenter des négociations hâtives de règlement d'avocat à avocat, de tout effet sur la disposition à aller en interrogatoire préalable avant de tenter toute négociation sérieuse?)

Si la réponse est positive : Pourquoi pensez-vous que vous avez apporté ces changements ou ajustements? (Parce que le cabinet s'y attend, parce que les clients s'y attendent, parce que je crois qu'il s'agit d'une bonne idée, parce que...)

12. Pensez-vous que la médiation offre quelque chose de vraiment différent des négociations traditionnelles entre avocats? La médiation vous permet-elle de faire des choses que vous ne feriez pas au cours de négociations entre avocats? (Essayez de parler du moment opportun des discussions, de la signification d'un regard précoce à la cause de l'autre partie, du moment opportun pour faire une offre ou une proposition de règlement dans chacun des cas, de la question qui consiste à savoir si le rituel classique de l'offre exagérée et de la contre-offre sous-estimée se produit en médiation comme il se produit en négociation, de la question qui consiste à savoir si la médiation résulte en solutions traditionnelles de séparation de la différence ou s'il se produit des discussions et des solutions fondées sur les intérêts des deux parties, du rôle du client. Percevez-vous des approches de résolution de problème et de



négociation orientée comme étant combinées dans la médiation? et demandez des exemples. Il pourrait y avoir recoupement avec la question 2.)

13. De quelles façons, le cas échéant, la gestion des conflits dans votre cabinet ou votre service a-t-elle changé au cours des dernières années et attribueriez-vous ces changements au programme de médiation obligatoire – ou à la croissance de la médiation en général? (par exemple, l'éducation des clients, le temps passé en préparation avec les clients, le temps passé sur les dossiers plus tôt au cours du processus de litige, l'utilisation de l'interrogatoire préalable? Vous pourriez demander : Comment vos collègues perçoivent-ils la médiation obligatoire? Les avocats de votre cabinet parlent-ils de médiation obligatoire? Qu'en disent-ils? Parlent-ils de stratégies de médiation? Quel a été, selon vous, l'effet général du programme de médiation obligatoire sur la façon dont le litige commercial est mené au sein de votre cabinet? Y a-t-il eu plus de formation interne? De spécialisations?) Voyez-vous des changements au sein de la profession en général en raison du programme de médiation obligatoire?
  
14. Quelles sont les pressions exigeant le changement? Voyez-vous une tension évidente entre le programme de médiation obligatoire et la culture adversative? (p. ex., les anciennes habitudes sont difficiles à perdre, la tendance à utiliser des stratégies de négociation sur positions au cours des négociations plutôt qu'une approche de résolution de problème? L'utilisation de non-juristes comme médiateurs? La tension entre la culture dominante de dissimulation et de non-divulgateion en négociations et la pression de divulguer ses cartes en médiation? La tendance à l'analyse rationnelle axée sur un problème unique, des coûts-avantages numériques de la négociation traditionnelle est-elle contestée par le type d'analyse de coûts-avantages suggéré par la médiation (plusieurs problèmes, élargir la tarte, etc.)? Dans chaque cas, quelles sont les conséquences de la tension ou du choc des valeurs et des hypothèses?)

Croyez-vous que je devrais vous poser d'autres questions? Y a-t-il autre chose que vous voudriez ajouter?