

2000 Victoria, C.-B.

Loi uniforme sur la médiation [1]

La médiation

La médiation constitue un mécanisme non exécutoire de règlement des conflits dans le cadre duquel un tiers neutre et impartial, sans pouvoir décisionnel, cherche à faciliter un règlement amiable entre les parties à un différend.[2] Il existe, en pratique, au moins deux styles ou approches en matière de médiation. La première approche, qu'on pourrait appeler «la médiation raisonnée», présente le différend qui oppose les parties sur le plan des besoins, des préoccupations ou des intérêts sous-jacents, et assiste celles-ci dans la formulation de solutions sous forme de choix qui satisfont le plus de besoins ou d'intérêts sous-jacents possible. Dans la seconde, qu'on pourrait appeler la «médiation fondée sur les droits des parties», et qu'on présente également sous le nom de «médiation d'évaluation», les médiateurs supposent que les parties cherchent avant tout à recevoir des conseils en vue de trouver un terrain d'entente approprié leur permettant de régler le différend à l'amiable. Ils présenteront donc le différend sous forme de droits et d'obligations qui s'opposent, ou examineront les droits que les parties auraient devant les tribunaux comme lignes directrices ou repères en vue d'un règlement amiable.

La médiation constitue la forme habituelle de ce qu'on représente sous l'acronyme anglais «ADR»(*ndt: «ADR» ou «alternative dispute resolution» en anglais, et «règlement extrajudiciaire des différends» en français*). À l'origine, cette abréviation anglaise désignait, dans l'esprit des gens, une forme «alternative» de règlement des conflits. Depuis quelques années, toutefois, on y voit plutôt une référence à une forme « appropriée » de règlement des conflits. Ce changement de vocabulaire reflète bien le consensus qui se dégage de plus en plus et selon lequel les solutions susceptibles de régler les conflits ne devraient plus, désormais, être considérées sous l'angle d'une alternative au procès, ni même y être opposées. De ce point de vue, le procès n'est pas considéré comme la solution de départ ou par défaut alors que la médiation serait vue comme une simple alternative au cas où l'approche judiciaire serait rejetée. Au contraire, le choix d'un mécanisme de règlement des conflits découle plutôt de l'examen objectif des différents choix qui s'offrent pour résoudre un conflit et de la sélection de la solution la plus appropriée en l'espèce.

Situation actuelle de la médiation au Canada

Au cours des dernières années, on a décortiqué avec beaucoup de précision l'ensemble des problèmes qui affligent nos systèmes de justice civile, en faisant bien ressortir l'urgence toujours plus grande de la situation. On peut certes affirmer, sans risque de se tromper, qu'un très large consensus s'est dessiné autour de l'idée que la guérison des maux qui attentent à la santé de nos systèmes de justice civile exigent une réponse énergique aux problèmes déjà bien identifiés des coûts, des retards, de la complexité et de l'incertitude. Et, ce qui ne simplifie rien, s'ajoutent les préoccupations sans cesse plus grandes de nos gouvernements quant aux déficits et à la nécessité de réduire les coûts de fonctionnement du système judiciaire. De tous les ressorts au Canada, et

même ailleurs dans les ressorts de common law, on parle de plus en plus non seulement d'un besoin de simple changement mais bien de changements fondamentaux.

Ainsi, le *Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile*, («le Rapport du groupe de travail»), rendu public par l'Association du Barreau canadien en 1996, énonce ce qui suit : (trad.)

- « Veiller à l'existence et à la santé d'un système de justice civile auquel nous aurions tous et toutes accès devrait constituer une pierre d'assise, une valeur fondamentale de notre société. En effet, nous devrions être tous et toutes en mesure de protéger nos droits et intérêts, et de réclamer notre dû dans des domaines pouvant exercer une profonde influence sur nos vies.... Or, l'accès à un tel système, où nos droits prennent vie et puisent leur vigueur, ne devrait pas constituer un luxe que seul un petit nombre de personnes pourraient s'offrir. Le fait que la majorité des Canadiens et Canadiennes ne puissent se permettre de réclamer justice dans le cadre de l'actuel système judiciaire pose un problème qui surpasse largement en magnitude les préoccupations concernant l'accroissement des protections de nature procédurale et l'application régulière de la loi pour les personnes qui sont aujourd'hui en mesure de recourir au système judiciaire. »

Plus loin : (trad.)

- « ... et de plus en plus de Canadiens et de Canadiennes appartiennent au groupe de personnes qui ne peuvent avoir accès au système judiciaire en raison des coûts.[3] »

Le Rapport énonce enfin ce qui suit : (trad.)

- « Le Groupe de travail est convaincu que l'on pourra bien davantage réduire les coûts et les retards en mettant l'accent sur l'application convenue des mécanismes de résolution des conflits à une étape précoce.[4] »

De même, le gouvernement fédéral ainsi que plusieurs gouvernements provinciaux sont maintenant convaincus que l'amélioration de l'accès à la justice dépend du recours accru à la médiation qui permettra d'atténuer les problèmes de coûts, de retards et de complexité associés au système judiciaire. En outre, les gouvernements démontrent aussi leur intérêt pour l'expérience sans cesse croissante en ce domaine, qui révèle que la médiation est moins stressante pour les parties et que le degré de «satisfaction dans le processus» tend à être très élevé pour les parties y ayant recours.[5] Les entreprises commerciales, par exemple, manifestent leur intérêt pour la médiation non seulement en raison des économies qu'elle peut engendrer, mais également parce qu'elle permet de préserver les relations d'affaires mieux que ne le font les procès.[6] Il appert que le recours à des mécanismes non exécutoires de règlement des conflits produit habituellement, dans le cas de la médiation, des taux de règlement variant entre 50 et 80%. Il existe aussi de sérieuses indications selon lesquelles la médiation entraîne des règlements plus rapidement. Tant les parties que leurs avocats réagissent en général positivement à la médiation et considèrent habituellement ce mécanisme comme un moyen équitable et efficace de parvenir à un règlement. Au surplus, le fait d'exiger la participation des parties à la médiation ne réduit pas de façon importante ces taux de règlement ou les degrés de satisfaction à l'égard du

processus. C'est pourquoi la plupart des gouvernements au Canada appuient fermement le recours à la médiation.

La législation sur la médiation en vigueur au Canada

Quelques lois de ressorts canadiens ne font que reconnaître ou encourager le recours à la médiation.[7] De plus en plus, toutefois, on remarque l'obligation qui est faite aux parties qui se retrouvent devant les tribunaux de recourir à la médiation. Ainsi, retrouve-t-on des dispositions en ce sens dans les lois, les règlements, les règles de pratique des tribunaux et les directives en matière de pratique judiciaire. Il n'est d'ailleurs pas étonnant de constater que les dispositions rendant obligatoire le recours à la médiation sont beaucoup plus détaillées que celles qui se limitent à l'encourager. Soulignons, à titre d'exemples :[8]

La Saskatchewan

Le paragraphe 54 (2) de la loi intitulée «Queens Bench Act» dispose qu'après la clôture de la plaidoirie écrite dans les affaires civiles contestées, à l'exception des affaires familiales, les parties doivent participer à une séance de médiation avant de passer à une nouvelle étape. La Couronne coordonne les services de médiation.

La Loi met en œuvre ce programme dans les centres judiciaires de Regina, Saskatoon, Prince Albert et Swift Current. De projet pilote qu'elle était auparavant, cette initiative est devenue un programme à part entière à l'automne 1997. Ce programme touche environ 75% de toutes les actions intentées dans la province. On prévoit d'ailleurs étendre l'application du programme jusqu'à ce qu'il ait été implanté dans tous les centres judiciaires.

L'Ontario

La Règle 24.1 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* (ndt : *il s'agit, en fait, de la Règle 24.1 des Règles de procédure civile prises en application de cette Loi sur les tribunaux judiciaires*) met sur pied un programme de médiation obligatoire. Le programme s'applique actuellement à plusieurs causes dans la ville de Toronto et à la totalité des causes dans la municipalité régionale d'Ottawa-Carleton. Les parties à un différend en matière civile, à l'exclusion des affaires familiales, sont obligatoirement envoyées en médiation dans les 90 jours suivant le dépôt de la défense. Les parties qui souhaiteraient ne pas recourir au mécanisme de médiation doivent obtenir la permission d'un ou d'une protonotaire ou d'un ou d'une juge responsable de la gestion de la cause. Les parties choisissent un médiateur ou une médiatrice à partir d'une liste de médiateurs et de médiatrices du secteur privé. Les règlements prévoient le versement aux médiateurs d'honoraires de 300\$ par partie pour les trois premières heures de médiation et une heure de préparation. Les règlements sont muets quant aux honoraires dus après quatre heures. Le programme est d'abord mis en place comme projet pilote.

Le Québec

a. Cour supérieure du Québec : Les couples avec enfant, qui cherchent à obtenir un jugement de divorce ou de séparation, doivent obligatoirement, aux termes du projet de loi 65 (1996) (ndt : *il*

s'agit, en fait, du chapitre 42 des Lois du Québec de 1997 ajoutant notamment les articles 814.3 et suivants au Code de procédure civile), participer à une séance d'information sur la médiation tenue par un médiateur agréé et ce, sans devoir lui verser d'honoraires. Le couple peut participer jusqu'à un maximum de six séances de médiation sans devoir payer d'honoraires (trois dans le cas des ordonnances de modification). Dans le cadre d'un projet pilote en Cour supérieure, les parties peuvent, sur requête, recevoir une lettre signée d'un ou d'une juge les informant de la possibilité de recourir à la médiation et de la façon de communiquer avec un médiateur ou une médiatrice. Le projet pilote est actuellement en cours à Montréal et Québec.

b. Cour d'appel du Québec : La Cour d'appel du Québec a mis sur pied, en 1997, un projet pilote de médiation non obligatoire. Il s'agit du premier programme de médiation au niveau d'une Cour d'appel au Canada. Chaque séance de médiation dure de trois à cinq heures et est présidée par un ou une juge. Les règlements à l'amiable sont rédigés par des avocats et présentés à un groupe de trois juges de la Cour d'appel qui confirment le règlement par voie de jugement. Selon les renseignements les plus récents dont nous disposons, le taux de règlement est très élevé.

La Colombie-Britannique

a) Le ministère du Procureur général projette d'étendre le mécanisme de l'avis de médiation, semblable à celui qui existe actuellement aux termes de règlements dans le cas des blessures corporelles et des différends en matière de construction résidentielle. Voir, à cet égard, le Règlement de la Colombie-Britannique 127/98 pris en application de l'article 44.1 de la loi intitulée «*Insurance (Motor Vehicle) Act*» et du Règlement de la Colombie-Britannique 152/99 pris en application de l'article 29 de la loi intitulée «*Homeowner Protection Act*». Le ministère du Procureur général prévoit donc étendre le recours à ce mécanisme de l'avis de médiation à toute une gamme d'actions en matières civiles, à l'exclusion des affaires familiales. Le Règlement sur l'avis de médiation permet à toute partie, dans la plupart des actions en Cour suprême, d'obliger toutes les autres parties en l'instance à participer à la médiation concernant les questions litigieuses. Le mécanisme de l'avis de médiation est utilisé lorsque au moins une partie à une action a déclaré que le recours à la médiation serait souhaitable.

Le mécanisme de l'avis a été utilisé, en Cour suprême, dans plus de 2 500 actions en matière de blessures personnelles et de construction résidentielle depuis avril 1998.

b) Un mécanisme de médiation obligatoire existe dans des causes relevant de la Cour des petites créances dans quatre greffes provinciaux des petites créances. Les parties sont tenues de participer à la médiation aux termes d'une directive de pratique du juge en chef de la Cour provinciale.

c) La médiation judiciaire avant le procès est obligatoire en Cour provinciale aux termes de la loi intitulée «*Small Claims Act*» et de la Règle 2 de la Cour provinciale (loi intitulée «*Child Family and Community Service Act*»). Il est possible également de recourir de façon volontaire à la médiation judiciaire dans les différends familiaux et ce, aux termes des règles de la Cour provinciale («*Family Relations Act*»). Incidemment, plus de 100 juges de la Colombie-Britannique ont reçu une formation en médiation.

L'Alberta

Les règles de médiation prises en application de la loi intitulée «*Provincial Court Act*» imposent à certaines parties en Cour des petites créances de participer à la médiation, bien qu'une partie puisse, par requête, demander la délivrance d'une ordonnance l'en exemptant. Selon les règles de la Cour des petites créances, un coordonnateur ou une coordonnatrice de la médiation peut renvoyer une affaire à la médiation en donnant un avis aux parties ou, lorsqu'elles sont représentées, à leurs avocats. Les règles prévoient la confidentialité du mécanisme de la médiation et l'obligation qui est faite au médiateur ou à la médiatrice d'agir en toute impartialité. Les règles disposent également que les communications orales, ainsi que les documents et dossiers produits dans le cadre de la médiation, sont inadmissibles ou privilégiés, et que ni le médiateur ni quiconque présent aux séances de médiation ne peuvent être assignés à comparaître ou à témoigner de quelque manière que ce soit. Les parties sont tenues de négocier de bonne foi et les médiateurs jouissent de l'immunité contre toute poursuite civile tout comme les juges de la Cour. La Cour est dotée de certains pouvoirs spécifiques en cas de non-respect de ces dispositions.

La liste que nous venons d'examiner n'est pas exhaustive. En effet, en Colombie-Britannique seulement, plus de trente lois distinctes encouragent les parties à recourir à la médiation ou la rendent possible, bien que, souvent, ces dispositions ne s'accompagnent que de peu de directives ou d'indications sur la nature de la médiation ou la façon de la mener. Plusieurs programmes de médiation sont d'ailleurs mis en oeuvre par voie de politiques sans cadre législatif.

Lorsque les parties sont tenues de recourir à la médiation, les services de médiation sont généralement offerts dans l'un des deux formats suivants. D'une part, la médiation peut faire partie intégrante du processus judiciaire, en ce que les médiateurs sont des employés de la Couronne et le tribunal ou le Procureur général supervise la prestation des services. D'autre part, la médiation peut être menée dans le secteur privé par des médiateurs qui sont soumis à une certaine forme de contrôle réglementaire. La Saskatchewan constitue un exemple du premier cas, l'Ontario du second. De ces différentes approches découlent différents modes de financement. La médiation qui s'intègre au processus judiciaire est plutôt financée par les fonds publics ou, tout au moins, très subventionnée par l'État. Par contre, lorsque la médiation fait appel au secteur privé, ce sont les parties qui en assument en général les coûts. Dans de tels cas, les coûts du service de médiation peuvent être (Ontario) ou non (Colombie-Britannique) soumis à une réglementation.

La Loi uniforme américaine sur la médiation

Les États-Unis ont accumulé plus d'expérience que le Canada dans le domaine de la médiation, notamment en matière législative. Au Canada, on a commencé à recourir aux mécanismes de médiation des différends civils au début des années '80, processus qui n'a d'ailleurs atteint son véritable rythme de croisière qu'au cours des dix dernières années. Tout au contraire, certains ressorts des États-Unis font abondamment appel à la médiation depuis les années '70 ou même avant. L'essor du recours à la médiation et de la réglementation du mécanisme dans les ressorts américains a entraîné l'apparition de certains problèmes d'ordre pratique, d'où l'intérêt pour une éventuelle loi uniforme. Finalement, le comité de rédaction de la Loi uniforme sur la médiation,

oeuvrant au sein de la Conférence nationale des commissaires à l'uniformisation de la législation des états, proposa une Loi uniforme sur la médiation pour les États-Unis. Les remarques préliminaires et les notes du rapporteur de la version de mars 2000 de cette loi énoncent notamment ce qui suit :

- *L'intérêt public appuie fermement le recours étendu à la médiation.* La médiation réduit en effet le gaspillage des ressources humaines et institutionnelles utilisées à des fins de règlement des différends, et promeut une société plus civique.
- *La loi peut favoriser tant le recours au mécanisme que son intégrité.* La loi exerce un rôle limité mais néanmoins important dans la promotion du recours efficace au mécanisme de la médiation et dans le maintien de son intégrité, tout en conservant les liens appropriés avec le système judiciaire. Plus particulièrement, la loi peut faire en sorte que les attentes raisonnables quant au respect de la confidentialité soient comblées, que l'intégrité du mécanisme de la médiation soit assurée et que le mécanisme soit fondamentalement équitable et utilisé pour promouvoir le règlement privé des différends par un libre choix éclairé.
- *Plusieurs lois dans plusieurs contextes.* Des centaines de lois de ressorts des états américains prévoient actuellement des programmes de médiation et ce, dans un large éventail de contextes.
- *Les lois actuelles comportent des thèmes communs.* Prenant à titre d'exemple la confidentialité, les commissaires notent que pratiquement tous les états ont adopté une forme ou l'autre de protection de la confidentialité, reflétant en cela une politique publique ferme en faveur de la confidentialité dans le mécanisme de médiation. Toutefois, une telle politique s'exprime dans environ 250 lois différentes d'états. Or, on relève, parmi les différences qui les distinguent les unes des autres, la définition de la médiation, l'objet du différend, l'étendue de la protection, les exceptions et le contexte de la médiation (c'est-à-dire si la médiation a lieu dans un contexte judiciaire, dans le cadre d'un programme communautaire ou dans le secteur privé).
- *Les affaires soumises à la médiation touchent souvent plusieurs états.* Le fait que la médiation concerne souvent plusieurs ressorts rend d'autant plus importante la question d'uniformité.
- *L'adoption d'une loi uniforme surviendrait à un moment opportun.* Les États-Unis ont pu tirer profit de 25 années d'efforts pour mettre à l'essai diverses approches législatives à la médiation. Au cours de cette période, des tendances claires sont apparues et tant les spécialistes que les praticiens ont une idée assez précise des types de normes juridiques qui sont utiles. Au cours de la même période, on n'a pas vraiment assisté au développement de l'interprétation juridique de ces lois, minimisant, par le fait même, les possibilités de dérèglement du droit et des pratiques actuels et maximisant, par conséquent, les possibilités d'uniformisation.
- *La structure de la loi uniforme.* La loi uniforme adopterait la structure de la vaste majorité des lois d'application générale actuellement en vigueur aux États-Unis. Ainsi, la version de mars 2000 de la Loi uniforme américaine sur la médiation comporte les articles suivants :

1. Titre.
2. Champ d'application et interprétation.
3. Définitions.
4. Portée.
5. Exclusions relatives à la preuve et à l'enquête préalable; privilège.
6. Renonciation et exclusion.
7. Non-divulgence hors de l'enquête préalable et procédures relatives à la preuve.
8. Exceptions relatives au privilège et à la non-divulgence.
9. Procédure relative à la médiation.
10. Exécution sommaire des ententes de règlement faisant suite à la médiation.
11. Divisibilité.
12. Date d'entrée en vigueur.
13. Abrogation.

Le processus de rédaction de la Loi uniforme américaine sur la médiation semble aller assez rondement. En fait, on a même pu entendre certaines critiques selon lesquelles le processus était mené trop rapidement, sans qu'il ne soit accordé un temps suffisant pour consulter les personnes intéressées. Les rédacteurs voudront probablement faire preuve d'une grande prudence à cet égard. Les conséquences qu'entraînera l'adoption d'une telle loi pourraient s'avérer fort importantes, et un très large éventail d'intérêts pourraient être touchés par celle-ci. Au Canada, les personnes intéressées ont démontré un vif intérêt pour ce type de législation et sont d'ailleurs très avides d'exprimer leur opinion à ce sujet, particulièrement dans les cas où des mécanismes obligatoires sont envisagés. Au nombre des personnes intéressées figurent toutes celles qui œuvrent au sein du système judiciaire (la magistrature, le barreau, les médiateurs et médiatrices, les administrateurs et administratrices des tribunaux et les gouvernements), le milieu des affaires et, enfin, les parties aux différends elles-mêmes.

Quelles questions une loi canadienne aborderait-elle?

Si on devait envisager l'adoption d'une loi uniforme canadienne sur la médiation, elle pourrait, compte tenu de sa portée et de ses objectifs, comporter les éléments suivants:

1. Définition des termes, comme, par exemple : médiateur, médiation, séance de médiation, participant ou partie au litige, communication relative à la médiation, etc.

2. Portée ou champ d'application – À quelles médiations la loi s'appliquerait-elle, c'est-à-dire à quelles affaires et en quel forum? Voir la note de bas de page 2, concernant les préoccupations soulevées par l'Alberta dans les cas où la portée serait trop grande. Dans quelles circonstances les affaires seraient-elles soustraites à l'application du mécanisme de médiation ?

3. Confidentialité ou privilège et contraignabilité - Comment doit-on traiter les renseignements échangés au cours ou en prévision de la médiation? Quelles communications, orales ou écrites, avant, pendant ou après la médiation, ne sont pas admissibles en preuve? Les médiateurs et les autres participants à la médiation devraient-ils être non-contraignables? Dans quelles circonstances le sceau de la confidentialité devrait-il être levé? Quel est le lien entre les dispositions relatives à la confidentialité et la législation sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée?

4. Déroulement de la médiation - Le contrôle de la procédure ayant trait à la médiation appartient-il entièrement au médiateur ou à la médiatrice, ou ce pouvoir discrétionnaire concernant la procédure doit-il être limité par la loi? À partir de quel moment un processus est-il appelé «médiation» pour se voir ainsi régi par la loi? La loi devrait-elle dicter de quelque manière que ce soit ce que devrait faire le médiateur ou la médiatrice ou comment les parties devraient agir? Ainsi, les règles de pratique de la Cour provinciale de l'Alberta imposent aux parties l'obligation de négocier de bonne foi. Est-il nécessaire de préciser la durée de la participation des parties à une séance obligatoire de médiation ?

5. Compétences du médiateur ou de la médiatrice - Quand le médiateur est-il inadmissible à agir à ce titre ? Quelles dispositions particulières doivent régir les conflits d'intérêts et les autres questions touchant la neutralité ? La loi devrait-elle préciser, comme c'est le cas au Québec, la formation professionnelle exigée des médiateurs ?

6. Formalisation des règlements négociés au cours de la médiation - Comment les règlements doivent-ils être documentés ? Par entente écrite, par entente écrite déposée au tribunal ou par ordonnance ?

7. Exécution des ententes obtenues par la médiation - Devrait-on adopter des règles spéciales pour renforcer le caractère exécutoire des règlements négociés lors de la médiation lorsque ceux-ci ne sont pas formalisés au moyen d'ordonnances ?

8. Divulgence de renseignements avant la médiation - Quels renseignements devraient être divulgués au cours de la médiation et, inversement, quels renseignements, le cas échéant, devraient être retenus en toute légalité ? Comment et quand devrait-on échanger les renseignements ? Quelles sont les exigences en matière d'équité dans de tels cas ? Quel est le lien entre la médiation et le mécanisme de l'interrogatoire préalable ?

9. Présence à la médiation - Qui peut et qui doit assister à la séance de médiation ? Certaines lois prévoient que les parties doivent y assister, que les représentants le peuvent également lorsque les parties ne sont pas en mesure de le faire, que les avocats peuvent y assister et que toute autre personne peut y assister avec le consentement de toutes les parties. Si un représentant assiste à la

séance de médiation, quels renseignements doit-il avoir et de quel mandat doit-il disposer pour conclure un règlement ?

10. Pouvoirs du tribunal - De quels pouvoirs le tribunal jouira-t-il pour superviser la médiation ? Aura-t-il le pouvoir de rendre des ordonnances exemptant des parties d'assister à une séance de médiation, ajournant ou reportant une séance, donnant des directives relatives à la divulgation ou pénalisant une conduite inappropriée avec frais à la charge de la partie en faute ?

Justification de la Loi uniforme américaine sur la médiation

Au cours des dernières années, des états américains ainsi que le gouvernement fédéral américain ont abondamment légiféré dans le domaine de la médiation, d'où les problèmes suivants :

- *Des exigences contradictoires d'un état à l'autre.* Il existe, sur la médiation, plus de 2 000 lois d'états américains et du gouvernement fédéral des États-Unis, qui constituent tout un enchevêtrement d'exigences légales.[9] Les dispositions législatives varient même d'un état à l'autre pour des programmes semblables et, à l'intérieur d'un même état, selon le type de programme. Par exemple, les critères relatifs à la confidentialité et applicables en matière de conflits familiaux varient d'un état à l'autre. On peut ainsi comparer les lois générales du Connecticut, § 46b-53a (1998) (toutes les communications sont confidentielles, sauf convention contraire des parties) avec les Lois annotées du Kansas, § 23-605 (toutes les communications sont confidentielles, sauf les renseignements dont on peut raisonnablement avoir besoin pour faire enquête sur les infractions commises par les médiateurs en matière de déontologie, les renseignements soumis à des exigences de rapport obligatoire, les renseignements dont on peut raisonnablement avoir besoin pour empêcher la commission immédiate ou future d'un crime ou d'une fraude, les renseignements demandés à un médiateur ou à une médiatrice par voie d'ordonnance judiciaire, ou le rapport fait au tribunal de la menace d'actes de violence physique proférée pendant l'instance).
- *Règles distinctes pour médiations distinctes.* En outre, un état peut, par exemple, prévoir une règle s'appliquant à la confidentialité de la médiation en matière de droits civils et environnementaux, et une autre règle pour les affaires de médiation judiciaire. Bien que tous les états prévoient la confidentialité pour certains différends, la plupart ne régissent pas tous les types de médiation ; ces lois constituent un ensemble de mesures disparates dont le champ d'application se définit au petit bonheur. On peut ainsi comparer les Lois révisées du Nebraska, §§ 25-2902 - 25-2921 (1998) (traitant de la plupart mais non de la totalité des programmes de médiation officiellement approuvés, bien que pas complètement d'application générale) avec le « Texas Civil Practice and Remedies Code », §§ 152.001-152.004 (régissant en général les programmes de règlement des différends). Ces lois peuvent être comparées, à leur tour, avec des lois portant sur des sujets spécifiques et comportant des dispositions sur la médiation, telles les Lois révisées du Colorado, § 14-12-105 (1998) (relations familiales), les Lois de la Floride, chap. 681.1097 (1998) (garanties attachées à la vente des véhicules automobiles), le « Iowa Code », § 13.4 (1998) (programme d'aide aux fermiers). D'autres états ont des dispositions sur la médiation faisant le tour d'un aspect spécifique de la question ou portant sur un domaine particulier, tel le « California Evidence Code », § 1119 (West,

1998) (la confidentialité en matière de médiation généralement), et le « California Government Code », § 12984 (West, 1998) (la médiation en matière de discrimination relative au logement). Par conséquent, la partie à un litige qui décide de jouer franc jeu pendant la médiation dans un état ne peut savoir si les déclarations faites en cours de médiation seront admissibles en preuve devant les tribunaux d'un autre état.[10]

- *Il est difficile de connaître le droit applicable.* En l'absence d'uniformité, la partie qui examine la possibilité de recourir ou non à la médiation peut ne pas savoir ou peut trouver difficile de savoir, par exemple, si la loi offre une protection contre les conflits d'intérêts ou la violation des règles de la confidentialité de la médiation. Cette complexité constitue un frein à un mécanisme qui doit son efficacité principalement à sa flexibilité et à sa simplicité. Il semble pourtant que les médiateurs et les participants doivent s'astreindre à de nouveaux travaux de recherche juridique sur les lois régissant la médiation chaque fois qu'ils se déplacent d'un état à l'autre ou d'un sujet à l'autre. Cela devient particulièrement compliqué pour les profanes et les médiateurs qui ne sont pas avocats.
- *Il y a parfois absence de règles.* Comme seulement la moitié des états environ ont adopté des dispositions législatives d'application générale sur la médiation, beaucoup de séances de médiation sont conduites sans aucun type de protection ou de directives d'ordre législatif.
- *Nombre croissant de médiations touchant plus d'un état.* Avec l'essor des communications électroniques, les personnes qui participent à des séances trans-frontalières de médiation par téléphone ou par voie électronique ne savent pas quelles dispositions législatives s'appliquent à ces séances. Dans de telles circonstances, une partie pourrait fort bien décider que l'attitude la plus prudente à adopter consiste à ne courir aucun risque et à simplement éviter les franches discussions que les lois en matière de médiation encouragent pourtant.

Est-il nécessaire d'adopter une Loi uniforme canadienne sur la médiation ?

On pourrait soulever les arguments suivants en faveur de l'adoption d'une Loi uniforme canadienne sur la médiation :

L'intérêt public. Si l'on examine la question du point de vue de l'intérêt public, une loi uniforme pourrait vraisemblablement aider à promouvoir l'acceptation de la médiation comme mécanisme de règlement des conflits. Incidemment, la médiation pourrait répondre aux trois priorités essentielles en vue d'une réforme nationale que l'Association du Barreau canadien a formulées dans le *Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile*, datant de 1996 :

- le besoin d'un règlement plus rapide des différends devant les tribunaux civils;
- le besoin de règlements de différends plus abordable devant les tribunaux civils;
- le besoin d'une procédure moins complexe et plus compréhensible devant les tribunaux civils.

Une loi uniforme sur la médiation améliorerait l'accès à la justice pour les programmes communautaires en créant un plus haut degré de certitude dans l'énonciation des règles de médiation. Cela dispenserait ces programmes du fardeau de devoir se fier à la recherche, à

l'analyse et à l'évolution de la common law pour fournir le cadre légal nécessaire pour régler les questions fondamentales de confidentialité, de contraignabilité et de privilège.[11]

L'élaboration des politiques et une aide à cet égard en faveur de certaines provinces et certains programmes. La création d'une loi uniforme pourrait donner un élan aux provinces et une certaine aide directe à des programmes provinciaux qui souffrent peut-être de ressources limitées et d'une capacité moindre en matière de recherche sur les politiques et de rédaction de textes législatifs. D'ailleurs, plusieurs projets ou programmes provinciaux fonctionnent avec des ressources assez limitées. Une loi, l'élaboration d'une politique et les commentaires d'accompagnement fourniraient une orientation utile pour résoudre quelques-unes des questions de planification, de mise en oeuvre et de fonctionnement reliées à ces programmes.

Le processus de rédaction d'une loi uniforme fournirait l'élan nécessaire pour que les ressorts participants formulent leur vision et leurs attentes quant à la nature, à la place et aux objectifs du mécanisme de médiation. Autrement dit, cela pourrait encourager la réflexion sur la théorie et le fondement politique de la médiation. Une loi uniforme pourrait clarifier à l'échelle nationale quelques valeurs importantes et probablement acceptées de pratiques concernant la médiation (telle l'importance de la confidentialité pour protéger la candeur). En outre, la discussion mettrait sur le tapis des questions susceptibles d'engendrer la controverse (par exemple, les médiateurs devraient-ils ou non donner des conseils juridiques ?).

Règlement des différends touchant plus d'un ressort. On dénote actuellement un certain manque d'homogénéité dans l'approche privilégiée par les règles de médiation dans les divers programmes institués auprès des tribunaux et ce, d'un programme à l'autre au Canada. L'élaboration de concepts uniformes de « médiation » et de règles uniformes portant sur des questions telles que la confidentialité faciliterait le règlement de différends touchant plus d'un ressort. Il y a peut-être des économies à tirer de normes nationales qui seraient connues des parties, des médiateurs et des entreprises et ce, quel que soit le lieu de la médiation. De plus, rédiger une loi uniforme canadienne en gardant à l'esprit les dispositions de la loi américaine pourrait permettre d'accroître l'uniformité entre les lois du Canada et des États-Unis, d'où plus grande efficacité probable dans le domaine du commerce et du règlement des différends sur la scène internationale.

Qualité de la médiation et protection du public. Le projet américain de Loi uniforme sur la médiation offre peut-être un bon exemple de l'utilisation d'un chemin indirect mais néanmoins efficace pour régler la question des normes et des titres de compétences en obligeant les médiateurs à divulguer aux parties les détails de leurs titres de compétence.

Exigences contradictoires d'une province à l'autre. Bien que ce problème n'ait pas atteint ici les proportions que l'on retrouve aux États-Unis, un certain manque d'homogénéité est peut-être en train de se développer entre les dispositions législatives régissant la médiation dans les diverses provinces. Ainsi, dans un article intitulé : «Protecting Confidentiality in Mandatory Mediation: Lessons from Ontario and Saskatchewan», (1999) 24 Queen's L.J. 561, la professeure Jonnette Watson Hamilton de l'Université de Calgary conclut à la nécessité de dispositions législatives uniformes pour régler les problèmes relatifs aux dispositions concernant la confidentialité. Elle s'exprime d'ailleurs ainsi à la page 629 : (trad.)

«La portée de la protection légale accordée en matière de confidentialité dans le mécanisme de médiation varie selon le ressort où le différend est débattu, et selon les nombreuses lois portant sur un domaine particulier, qui incluent la médiation et qui prévoient la confidentialité. Bien que ce ne soit que récemment qu'on ait institutionnalisé la médiation, le problème de l'incertitude qui flotte autour de la question de la protection de la confidentialité est déjà exacerbé par tout un ensemble de décisions de common law, de lois, de règles de pratique des tribunaux et de normes professionnelles qui se recourent. »

D'autre part, il existe des arguments selon lesquels une Loi uniforme sur la médiation ne serait pas nécessaire en ce moment au Canada :

Le régime législatif actuel n'est pas complexe. Les États-Unis s'engagent dans l'élaboration d'une loi uniforme en raison d'une multitude de lois contradictoires d'un état à l'autre. Or, cette réalité n'est pas encore devenue une préoccupation majeure au Canada. Une des justifications à l'élaboration d'une loi uniforme en général est d'éviter les inefficiences économiques dans les différends qui peuvent surgir dans des provinces ayant des textes législatifs différents. Puisqu'il y a relativement moins de dispositions législatives ou réglementaires régissant la pratique de la médiation au Canada, une telle justification ne va pas de soi comme cela semble être le cas aux États-Unis. Au même moment, le nombre de mécanismes de médiation législatifs et réglementaires est en constante croissance au Canada.

Moins de différends touchant plus d'un ressort. Comme il a été indiqué précédemment, il ne semble pas que le Canada ait, relativement parlant, la même proportion de différends touchant plus d'un ressort qu'aux États-Unis.

Aucune preuve de préjudice. Il y a, actuellement, très peu de cas où un préjudice serait subi ni même de cas où le public ou les participants à la médiation subiraient quelque inconvénient en raison du mécanisme de médiation ou des dispositions législatives régissant actuellement la médiation au Canada.

Absence « d'envahissement de l'activité réglementaire ». Aux États-Unis, on observe une tendance à l'envahissement croissant de l'activité réglementaire. Les autorités législatives américaines ont cheminé dans une direction que le Canada a ignorée ou à tout le moins peu empruntée jusqu'ici, soit le fait de tenir les médiateurs responsables de l'équité, de la qualité et de l'efficacité de la médiation. Ainsi, un médiateur américain peut-il devoir commencer une séance par une mise en garde adressée aux parties, servir d'avocat pour les enfants absents et équilibrer les négociations pour égaliser les chances des parties.[12] D'ailleurs, certains experts américains sont d'avis que (trad.) « le nombre accru, la complexité, l'incertitude et le caractère envahissant des dispositions législatives sur la médiation représenteront bientôt une menace à l'utilisation étendue de la médiation. » [13]

Moins d'expérience en médiation qu'aux États-Unis. Le Canada n'a pas encore accumulé la même expérience qu'aux États-Unis en matière de législation sur la médiation. Les notes du rapporteur qui accompagnent la Loi uniforme américaine énoncent explicitement que les États-Unis sont maintenant prêts à aller de l'avant avec une loi uniforme, riches qu'ils sont d'une expérience de vingt-cinq années en législation sur la médiation et aussi en raison du fait que les

tendances et la compréhension des questions soulevées sont maintenant bien établies. Par conséquent, les ressorts canadiens, pouvant profiter d'une expérience beaucoup moins riche, risqueraient de clore prématurément le débat sur certaines de ces questions s'ils légifèrent maintenant.

Protections non-législatives en place. La question de la pertinence des protections contractuelles ou offertes par la common law en matière de médiation s'avère potentiellement litigieuse. En effet, certaines personnes font valoir qu'il est mieux de préférer la certitude et la clarté découlant d'une loi sur la médiation à l'obligation de se fier à la recherche, à l'analyse et à l'évolution de la common law pour établir le cadre légal de la médiation. D'autres, par contre, prétendent que, dans la mesure où les participants à une médiation apposent leur signature à des ententes de médiation qui ressemblent à celles présentement utilisées, par exemple, en Colombie-Britannique, plusieurs des dispositions d'une éventuelle loi uniforme peuvent être inutiles car les normes régissant le déroulement de la médiation deviennent, du fait de la signature de l'entente, une question contractuelle entre les parties. En outre, si l'on fait exception des commentaires de la professeure Hamilton évoqués plus haut, certaines personnes estimeront que les dispositions législatives et les règles de common law existantes, en matière de confidentialité de la médiation par exemple, sont assez détaillées et cohérentes, et peuvent donc offrir une protection adéquate à l'égard des négociations menées en cours de médiation.[14]

Conclusion

D'un côté, on pourrait penser qu'une loi uniforme sur la médiation serait présentement prématurée au Canada. À tout le moins, elle n'est pas nécessaire de la même manière ou dans la même mesure qu'aux États-Unis. En effet, on n'a pas, au Canada, de problèmes de dispositions législatives qui se contredisent, qui se chevauchent ou qui prêtent à confusion à un degré qui s'approcherait, même de loin, à la situation qui prévaut aux États-Unis. Nous nous distinguons également des Américains par le fait que nous n'avons pas autant d'expérience qu'eux en matière de médiation ou de législation sur la médiation.

D'un autre côté, quelques-uns des problèmes ayant affligé les États-Unis pourraient être complètement évités si une loi uniforme sur la médiation était maintenant élaborée au Canada. Le recours aux mécanismes de médiation connaît une rapide croissance au Canada et les provinces ont, au cours des trois ou quatre dernières années en particulier, adopté un nombre important de lois, de règlements et de règles en cette matière. Si l'on tient compte du climat actuel favorable à la médiation, on a toutes les raisons de tenir pour acquis que ces tendances se maintiendront, et que d'autres dispositions législatives seront adoptées. On peut toutefois prévoir qu'à mesure qu'augmentera le nombre de lois et de règlements sur la médiation, quelques-uns des problèmes survenus aux États-Unis feront aussi surface ici. Aussi, le Canada serait-il bien avisé de commencer dès maintenant à envisager sérieusement la perspective d'une loi uniforme dans l'espoir d'éviter les problèmes qu'ont affrontés les Américains en ne développant pas plus tôt, relativement parlant, une vision unifiée de la médiation. Il est vrai que la nécessité d'une loi uniforme sur la législation n'est pas actuellement criante, mais il pourrait néanmoins y avoir de sérieux avantages à concerter les efforts nationaux de recherche en ce domaine.

On peut même se poser des questions sur le degré de préparation dans lequel se trouvent certains ressorts provinciaux pour même simplement envisager une telle législation. De fait, la Saskatchewan, l'Ontario, le Québec et la Colombie-Britannique font voir le plus d'expérience en ce domaine. Il est probable que les autres ressorts, ou à tout le moins quelques-uns d'entre eux, auraient besoin de s'engager dans un processus consultatif long et étendu avec les personnes intéressées avant de pouvoir s'exprimer sur les politiques et les questions de procédure que soulèvera inévitablement la rédaction d'une loi sur la médiation. Les provinces qui n'ont pas encore entamé le processus de consultation des personnes intéressées devraient s'attendre à un vif intérêt de la part de ces dernières car elles voudront certes avoir leur mot à dire sur tout projet de loi portant sur la médiation. Comme le processus de consultation en ce domaine peut s'avérer lent et parfois laborieux, certains ressorts pourraient tarder à prendre les décisions de politique. Une enquête nationale sur les questions liées à l'adoption d'une loi uniforme sur la législation pourrait donner un élan aux efforts de ces provinces et même les aider.

S'ils disposaient du temps nécessaire pour mener à bien cet exercice, il est fort probable que plusieurs groupes seraient intéressés à participer au processus menant à l'adoption éventuelle d'une loi uniforme sur la médiation. Tannis Carlson, du ministère de la Justice de l'Alberta, nous fait part de l'intérêt que manifestent à cet égard le Réseau du règlement des différends du gouvernement albertain («Alberta Government Dispute Resolution Network», soit un regroupement d'environ 25 spécialistes de la médiation des différends représentant le Bureau d'administration du personnel, les Affaires municipales, l'Agriculture, l'Alimentation et le Développement rural, la Famille et les Services sociaux, et la Justice), ainsi que d'autres organismes albertains de règlement des différends. Peter Sylvester, du ministère fédéral de la Justice, s'est également montré intéressé par cette question, de même que Pierre Tanguay du ministère de la Justice du Québec. Il y aurait aussi un certain intérêt à cet égard en Colombie-Britannique.

Si la Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada désirait poursuivre les recherches en ce domaine, elle pourrait d'abord repérer et collationner toutes les dispositions législatives existant au Canada concernant la médiation. Et si les ressources le permettaient, un examen approfondi de ces textes présenterait une grande utilité. Ainsi, une étude comparative des définitions de la médiation, du rôle du médiateur, des dispositions régissant la confidentialité et des exigences en matière de procédure (telle la divulgation) constituerait un bon point de départ.

[1] Bien que des gens de l'Alberta, du Québec et de la Colombie-Britannique aient apporté leur contribution à la rédaction du présent article, les ressources disponibles n'ont pas permis d'effectuer une analyse complète des politiques et du droit de la médiation partout au Canada. On ne cherchera donc, ici, qu'à amorcer le débat sur la question de l'élaboration éventuelle d'une Loi uniforme sur la médiation au Canada.

[2] L'Alberta souligne que la définition accolée au terme «médiation» peut avoir un effet sur l'accessibilité aux documents de médiation aux termes de la législation sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, et met donc en garde contre les dangers d'une mauvaise définition qui pourrait viser à peu près toutes les situations où une personne essaierait

de résoudre un différend opposant des tiers. En outre, bien qu'un privilège puisse être associé à la médiation aux termes du projet de loi uniforme, certaines lois sur l'accès à l'information, comme celle de la Colombie-Britannique par exemple, ne protègent que le secret professionnel liant l'avocat à son client. Par contre, la législation albertaine protège tous les types de privilèges mais sur une base discrétionnaire seulement, la preuve de la nécessité de l'exercice du pouvoir discrétionnaire étant exigée.

[3] *Rapport du groupe de travail*, pages 15-16.

[4] *Rapport du Groupe de travail*, page 32. Comme première recommandation, le Groupe de travail suggère que chaque ressort, dans le cadre du système de justice civile, offre la possibilité aux parties de recourir à des mécanismes non exécutoires de règlement des conflits dès les premières étapes de l'instance.

[5] Ainsi, dans le Projet connu sous le nom de « Court Mediation Practicum Project », maintenant en place au sein des greffes des petites créances de Robson Square et Surrey en Colombie-Britannique, des sondages menés auprès de 1500 parties ayant eu recours à la médiation révèlent que 90% de celles-ci y auraient encore recours si elles devaient à nouveau faire face à une action en Cour des petites créances. Plus de la moitié de ces parties avaient d'ailleurs dû obligatoirement recourir à la médiation.

[6] Les entreprises Fortune 500 et celles de taille moyenne dans tout un ensemble de secteurs d'activités indiquent qu'elles disposent d'une politique encourageant le recours à la médiation et à d'autres formes de mécanismes de règlement extrajudiciaire des conflits dans leurs différends commerciaux. Un groupe de 24 entreprises sur un total de 140 ayant répondu à un récent sondage ont estimé les économies en frais de justice à un total de 24 millions de dollars (voir CPR Institute for Dispute Resolution au site http://www.cpradr.org/poll_597.htm, New York, 12 mai 1997).

[7] À titre d'exemple, voir l'article 22 de la loi de la Colombie-Britannique intitulée « Child, Family and Community Service Act » qui énonce que : (trad.) « Si un directeur ou toute autre personne ne peuvent régler une question concernant un enfant ou un plan de soins, le directeur et la personne peuvent, à cette fin, convenir de recourir à la médiation ou à d'autres mécanismes de règlement extrajudiciaire des conflits. »

[8] Quelques exemples des dispositions législatives auxquelles il est fait référence ci-après figurent à l'annexe 1.

[9] Le Code de la Californie, par exemple, comporte, en matière de médiation, des mécanismes législatifs distincts dans chacun des secteurs suivants : l'absentéisme, les franchises de télévision par câble, l'aménagement du territoire et le zonage, la réglementation des pesticides, la protection des consommateurs, les droits relatifs à l'eau, les services pour les personnes handicapées par un retard de développement, les gangs, la construction, et les sites sacrés et historiques des autochtones américains. La personne qui voudrait examiner en profondeur l'étendue de la confidentialité pour les séances de médiation en Californie devrait pouvoir

consulter dix-huit lois distinctes qui traitent de cette question dans une série de situations. Voir Rogers et McEwan, «Mediation: Law, Policy, Practice», ch. 13, p. 2.

[10] Voir Joshua P. Rosenberg, «Keeping the Lid on Confidentiality: Mediation Privilege and Conflict of Laws», 10 Ohio St. J. on Disp. Resol. 157 (1994).

[11] Opinion exprimée par Tannis Calson du ministère de la Justice de l'Alberta.

[12] Rogers et McEwen, «Mediation: Law, Policy, Practice», chap. 13, p. 2.

[13] Rogers et McEwen, «Mediation: Law, Policy, Practice», chap. 13, p. 3.

[14] Pour un examen des protections offertes par la common law, voir «Confidentiality of Mediation Proceedings», Commission manitobaine de réforme du droit, avril 1996.