

ALEXANDRE DÉSY

**Les coûts et les délais judiciaires de la médiation judiciaire; les
discours théoriques et pratiques sous le regard de l'analyse
économique du droit**

**Mémoire de maîtrise
soumis à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke
en vue de l'obtention du grade de Maître en droit**

**Co-directeurs :
Stéphane Bernatchez et Louise Lalonde**

**FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE
SHERBROOKE**

2013© Alexandre Désy



Library and Archives
Canada

Published Heritage
Branch

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque et
Archives Canada

Direction du
Patrimoine de l'édition

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file Votre référence

ISBN: 978-0-499-00320-1

Our file Notre référence

ISBN: 978-0-499-00320-1

NOTICE:

The author has granted a non-exclusive license allowing Library and Archives Canada to reproduce, publish, archive, preserve, conserve, communicate to the public by telecommunication or on the Internet, loan, distribute and sell theses worldwide, for commercial or non-commercial purposes, in microform, paper, electronic and/or any other formats.

The author retains copyright ownership and moral rights in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

AVIS:

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque et Archives Canada de reproduire, publier, archiver, sauvegarder, conserver, transmettre au public par télécommunication ou par l'Internet, prêter, distribuer et vendre des thèses partout dans le monde, à des fins commerciales ou autres, sur support microforme, papier, électronique et/ou autres formats.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protègent cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms may have been removed from this thesis.

While these forms may be included in the document page count, their removal does not represent any loss of content from the thesis.

Conformément à la loi canadienne sur la protection de la vie privée, quelques formulaires secondaires ont été enlevés de cette thèse.

Bien que ces formulaires aient inclus dans la pagination, il n'y aura aucun contenu manquant.

Canada

TABLE DES MATIÈRES

1	INTRODUCTION	4
2	PROBLÉMATIQUE ET MÉTHODOLOGIE	5
2.1	LE CONTEXTE HISTORIQUE	5
2.2	LE CONTEXTE EN QUELQUES CHIFFRES	10
2.3	LES DISCOURS DES ACTEURS SOCIAUX FACE À L'ÉMERGENCE DE LA MÉDIATION.....	13
2.4	LE CONTEXTE THÉORIQUE DE LA CRA	19
2.5	L'INSTITUTIONNALISATION DE LA MÉDIATION AU QUÉBEC.....	27
2.6	LE PROBLÈME DE RECHERCHE : LES DIFFÉRENTES MANIÈRES D'ABORDER LES CONSIDÉRATIONS ÉCONOMIQUES ENTOURANT LE POTENTIEL DE LA CRA.....	31
2.6.1	<i>La formulation du problème de recherche</i>	34
2.7	LES PRÉCISIONS MÉTHODOLOGIQUES	35
3	CADRE THÉORIQUE DE L'AED	39
3.1	FONDEMENTS DE L'AED	39
3.1.1	<i>La rationalité</i>	43
3.1.2	<i>L'incertitude</i>	45
3.1.3	<i>La rareté</i>	46
3.2	LA CONCEPTION DU DIFFÉREND SELON L'AED.....	47
3.2.1	<i>Le modèle de base de règlement des différends selon l'AED</i>	49
3.2.2	<i>Les variables additionnelles qui nuancent le modèle de base</i>	52
3.3	LES NOTIONS DE COÛT ET DE DÉLAI.....	65
3.3.1	<i>Les coûts privés</i>	65
3.3.2	<i>Les coûts sociaux</i>	68
3.3.3	<i>Les délais privés</i>	71
3.3.4	<i>Les délais publics</i>	73
3.4	LA NOTION D'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE	76
3.4.1	<i>La maximisation de la richesse</i>	78
3.4.2	<i>L'optimum de Pareto/ le critère de Kaldor-Hicks</i>	78
3.4.3	<i>Le théorème de Coase et les coûts de transaction</i>	80
3.4.4	<i>La minimisation des coûts sociaux</i>	82
3.5	LA GRILLE DE LECTURE	85
4	ANALYSE DU DISCOURS DES ACTEURS SOCIAUX.....	86
4.1	LA RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS PAR LA CRA.....	87
4.1.1	<i>Les problèmes affectant le système judiciaire</i>	87
4.1.2	<i>La notion de différend prise en charge par la CRA</i>	93
4.1.3	<i>La notion de CRA et sa finalité</i>	98
4.2	LES NOTIONS DE COÛT ET DE DÉLAI.....	102
4.2.1	<i>La minimisation des coûts et des délais</i>	102
4.2.2	<i>Les coûts et les délais, privés et publics</i>	106
4.2.3	<i>Le coût des droits</i>	108
4.3	L'EFFICACITÉ DES CRA.....	109
4.3.1	<i>L'efficacité de l'ajout de ressources et de services</i>	110
4.3.2	<i>L'efficacité privée de la CRA</i>	116
5	CONCEPTUALISATION THÉORIQUE DE LA CRA VUE PAR L'AED.....	120
5.1	LA CRA, SA RAISON D'ÊTRE, SON PROCESSUS ET SON POTENTIEL.....	121
5.1.1	<i>Les manières de définir les problèmes du système de justice et les attitudes correspondantes à adopter</i>	121
5.1.2	<i>Les processus de résolution d'un différend</i>	130
5.1.3	<i>La finalité de la CRA</i>	133

5.2	LES CONSIDÉRATIONS ÉCONOMIQUES ENTOURANT LA CRA	135
5.2.1	<i>L'étendue de la description des coûts et des délais.....</i>	<i>135</i>
5.2.2	<i>La minimisation des coûts et des délais et la finalité de la médiation judiciaire</i>	<i>138</i>
5.3	L'EFFICACITÉ DE LA CRA	141
5.3.1	<i>Les Avantages potentiels de la médiation judiciaire</i>	<i>142</i>
5.3.2	<i>L'efficacité sociale de la CRA</i>	<i>150</i>
6	QUELQUES CONCLUSIONS A PROPOS DES DONNEES ET DES ETUDES EMPIRIQUES	163
7	CONCLUSION	170
8	BIBLIOGRAPHIE	179

Résumé

Le mémoire de maîtrise aborde les considérations économiques entourant la conférence de règlement à l'amiable (CRA). L'émergence de la CRA se fait dans un contexte où les tribunaux sont aux prises avec d'importants problèmes administratifs. Dans les discours recensés, le principal objectif de cette mesure est de diminuer les coûts et les délais de l'accès à la justice. Un constat initial, menant à notre problématique, a cependant été fait : aucun cadre scientifique économique n'est mobilisé dans les différents discours pour justifier le potentiel de la CRA de faire baisser les [coûts] judiciaires, de procéder plus rapidement ou d'améliorer l'efficacité du système judiciaire. Ainsi, dans le mémoire nous tentons d'éclairer les considérations économiques entourant la CRA. Le mémoire comporte un deuxième niveau d'analyse; il effectue une analyse comparative des considérations économiques entre l'AED, la littérature scientifique entourant les PRD et le discours des acteurs sociaux. La recherche indique que, dans son ensemble, le bilan d'efficacité économique de la médiation judiciaire est mitigé. La CRA comporte certains avantages économiques, mais également de nombreux inconvénients. Le travail démontre également qu'il peut y avoir plusieurs manières de concevoir la nature de la médiation et sa finalité. Dans notre recherche, nous avons constaté qu'il existe un manque quant à la collecte et au traitement des données économiques. Ce mémoire propose qu'il serait intéressant pour des études subséquentes de se pencher sur la formulation d'indicateurs et d'un cadre scientifique économique pour analyser les phénomènes législatifs tels que la CRA.

Abstract

This thesis considers the widely proposed assumption that mediation mechanisms, when integrated into the judicial system, can reduce costs and delays. This assumption is particularly strong in the current context, where the system is dealing with important administrative problems. Settlement conferences are proposed by many in the judicial system as a solution to some economic problems. Mainstream legal literature took for granted that mediation generated economic benefits, hence its integration into the procedural system in Quebec. Remarkably, this assumption has not been economically tested in a scientific manner. This thesis proposes to test these assumptions with the tools from the law and economics approach. In our research, we also noticed that the description of mediation will vary, depending whether it is expressed by society and legal academics or by L&E. This research focuses on explaining why these approaches differ. It highlights certain aspects of mediation, such as the resolution of conflicts and the notions of costs, delay and efficiency. We also explain the theoretical economic pros and cons to the integration of mediation into the public system. In short, we conclude that L&E does not analyze mediation as it has been conceived by traditional legal scholars. L&E has not described a mediation conducted in a transformative or collaborative manner, as it been conceived in Quebec until now. It considers a different type of mediation, with different goals. We also noticed that legal literature does not reflect economic considerations. The analysis done with tools developed by the L&E movement concludes that the overall economic efficiency is at best uncertain. Moreover, our research concludes that there is a severe scarcity of economic data and that more research should be done before proposing that the settlement conference, as presently understood in Québec, is inherently efficient.

1 Introduction

Depuis plus de 40 ans, l'accessibilité à la justice est une préoccupation constante, tant chez les acteurs du milieu juridique que dans la littérature. L'inefficacité de l'appareil judiciaire à répondre à la demande de la population est critiquée depuis longtemps. Les coûts et les délais judiciaires, considérés problématiques dans les années 80, n'ont cessé d'être perçus comme problématiques. Corrélativement, la confiance du public envers l'appareil judiciaire semble s'être considérablement dégradée. Plusieurs réformes ont été apportées pour tenter de corriger la situation. Depuis un peu plus de 10 ans au Québec, une nouvelle offre de justice, la conférence de règlement à l'amiable [CRA], est proposée dans le but de s'attaquer aux lacunes du système. L'une de ces dernières est d'offrir une justice plus rapide, moins chère et mieux adaptée.

Le présent mémoire souhaite explorer cette hypothèse selon laquelle les conférences de règlement à l'amiable permettraient de faire diminuer les coûts et les délais judiciaires. Plus spécifiquement, l'objectif du mémoire est de mieux comprendre les disparités entre les discours des acteurs sociaux et la littérature scientifique abordant les considérations économiques concernant la CRA [ci-après : la littérature].

Pour effectuer cette analyse portant sur les discours à saveur économique des différents acteurs, nous avons naturellement mobilisé le cadre théorique de l'Analyse économique du droit (AED) pour nous permettre d'appréhender ces discours. Pour ce faire, le présent mémoire s'est construit au départ de la manière dont l'AED considère le différend; objet présumé de la CRA. Le mémoire se penche à la fois sur la littérature scientifique concernant les modes de prévention et règlement des différends [PRD] et sur les discours des acteurs sociaux gravitant autour des modes de PRD. L'objectif est de saisir la rationalité des discours à saveur économique, à la lumière de l'AED. Il n'est pas ici question de faire une recherche empirique, la recherche effectuée voulant mener à qualifier les différentes manières d'aborder les considérations économiques. Ce mémoire tente donc d'apporter un éclairage à la question de recherche suivante :

Comment l'analyse économique du droit peut-elle éclairer la littérature scientifique et le discours des acteurs sociaux lorsqu'il est question de l'importance relative des considérations économiques dans pour la construction due potentiel de la CRA ?

Après avoir survolé la problématique et la méthodologie de cette recherche, nous présenterons le cadre théorique de l'AED mobilisé et amorceront la lecture et l'analyse des différents discours à l'aune de ce cadre théorique.

2 Problématique et méthodologie

Ce chapitre a pour objectif de répondre à la question : « Pourquoi avons-nous besoin de réaliser cette recherche »¹? L'objectif est de contextualiser l'objet de recherche pour bien le circonscrire. Dans cette optique, nous présenterons le contexte historique et théorique qui a mené à la CRA actuelle au Québec. Ainsi, nous aborderons les considérations historiques, quelques chiffres et statistiques, les discours des acteurs sociaux et la littérature scientifique portant sur la CRA. Cette contextualisation va permettre de préciser le questionnement de recherche portant sur les considérations économiques entourant la médiation judiciaire au Québec. Nous exposerons pourquoi cette problématique appelle au choix d'une méthodologie et d'un cadre théorique spécifique inspiré de l'analyse économique du droit.

2.1 Le contexte historique

Les premières traces de médiation dans l'histoire proviennent de récits sumériens vieux de plus de 4 000 ans². Cette société avait recours fréquemment à la médiation pour résoudre les différends entre ses citoyens. Les Sumériens ne sont pas un cas isolé, mais plutôt un exemple parmi d'autres; de nombreux récits de médiation ont été rapportés avant notre ère, tant en Chine impériale qu'en Grèce antique³. Dans plusieurs cultures, la médiation faisait

¹Jacques Chevrier, « *La spécification de la problématique* » dans Benoît Gauthier, dir, *Recherche sociale : De la problématique à la collecte de données*, 3e éd, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1997 à la p 49.

² Leonard Woolley, *The Sumerians*, New York, W. W. Norton & Company, 1965.

³ Jerome T Barrett et Joseph P Barrett, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a*

office de système de justice. Sinon, elle a régulièrement été utilisée dans l'histoire comme substitut au système de justice lorsque ce dernier ne parvenait pas à subvenir à la demande de justice⁴. Par exemple, au V^e siècle av. J.-C., les cours de justice athéniennes étant devenues surchargées, la médiation fut intégrée au système formel pour pallier le problème d'engorgement⁵. Des solutions alternatives, dont la médiation, étaient mises de l'avant par Aristote : il considérait que cette dernière était préférable au procès, selon lui trop rigide⁶. Pour le philosophe, le procès comme moyen de résoudre des différends ne devait être utilisé qu'en dernier recours, et ce, pour des raisons d'équité⁷. Ainsi, depuis longtemps des mécanismes s'apparentant à la médiation ont été utilisés pour pallier à des problèmes de capacité des tribunaux et pour offrir une justice plus adaptée aux besoins de citoyens.

Plus tard, au Moyen-Âge, il existe plusieurs exemples où la médiation est utilisée pour pallier aux déficiences de l'offre de justice qui est faite par les États. L'instabilité politique, la fragmentation des États, les guerres incessantes et les régimes autoritaires ne permettaient pas aux justiciables de régler leurs différends à travers le système étatique⁸. Les modes alternatifs et informels de règlement des différends sont venus pallier l'offre étatique de justice déficiente. Même lorsque l'offre de justice n'était pas déficiente, certains écrits de l'époque rapportent que la médiation était préférée et proposée par les juges pour éviter les désagréments de l'adjudication. Il était considéré que certains cas se portaient mieux à la médiation qu'à l'opposition des parties devant un tribunal⁹. Lors de cette période, les villages, les professions, les guildes et autres regroupements élaborèrent alors des

Political, Social, and Cultural Movement, 1^{re} éd, San Francisco (Cal), Jossey-Bass, 2004 à la p 7; Cao Pei, « The origins of mediation in traditional China » (1er mai 1999), en ligne: HighBeam Research <<http://www.highbeam.com/doc/1P3-41946629.html>>.

⁴Barrett et Barrett, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social, and Cultural Movement*, *supra* note 3 à la p 17.

⁵*Ibid* à la p 7 : Un arbitre, connu sous le nom de « Proxenetes », était alors mandaté pour tenter de trouver un terrain d'entente mutuellement acceptable pour les parties.

⁶Kostas E Beys, *Le problème du droit et des valeurs morales : L'aventure humaine, entre le bien et le mal*, traduit par Fabienne Vogin-Fortsakis, Paris, L'Harmattan, 2004 à la p 244 ;Aristote, *Rhétorique*, traduit par Médéric Dufour et André Wartelle, Collection Tel, vol 296, Paris, Gallimard, 1998.

⁷Beys, *supra* note 6 à la p 244 ; Aristote, *supra* note 6.

⁸Blandine Barret-Kriegel, *L'État et les esclaves : Réflexions pour l'histoire des États*, Petite Bibliothèque Payot, Paris, Payot, 1989.

⁹Wendy Davies et Paul Fouracre, dir, *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 1992 à la p 236.

mécanismes alternatifs au système formel pour régler leurs différends¹⁰. Au sein de ces organisations, la médiation privée a ainsi été utilisée régulièrement. Les livres d'histoire rapportent de nombreux exemples où la médiation vient pallier des failles dans l'offre de justice. Ainsi, historiquement, il y a généralement deux manières sont énoncé pour expliquer l'émergence de la médiation : elle est considérée comme étant plus apte à régler certains conflits ou encore, elle vient pallier certains problèmes administratifs du système judiciaire formel¹¹.

Dans les milieux académiques, l'engouement actuel pour la médiation peut être retracé aux États-Unis dans lors d'une conférence qui a été donnée en l'honneur de Roscoe Pound en 1976¹². Lors de cette dernière, la médiation (et d'autres modes alternatifs de règlement des différends) est suggérée comme étant une piste de solution pour répondre à une grandissante insatisfaction face à l'administration de la justice¹³. On y aborde plus particulièrement les problèmes de coûts de la justice, d'engorgement des tribunaux et, plus largement, d'accès à la justice. Étant donné l'explosion du nombre d'expériences qui a suivi cette conférence, la conférence « Pound » est aujourd'hui considérée comme la genèse ou le « big bang » d'où a émergé le mouvement moderne de *prévention et de règlement des différends* [ci-après : PRD]¹⁴. À cette occasion, le professeur Frank Sander y décrit un palais de justice « multidoor » où d'autres services, tels que la médiation judiciaire, devraient être offerts¹⁵. Également, dans la foulée de cette conférence, fut publié l'article « Getting to Yes » de Roger Fisher et William Ury, cet article propose rien de moins qu'un

¹⁰*Ibid.*

¹¹ Barrett et Barrett, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social, and Cultural Movement*, *supra* note 3 aux pp 2-5.

¹² Roscoe Pound a été doyen de la Harvard School of Law. Il est un des juristes les plus cités du XXe siècle. Il a fait des contributions notables au courant de la « sociological jurisprudence ». Carrie Menkel-Meadow, « *Roots and Inspirations: A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution* » dans L Moffitt Michael et Robert C Bordone, dir, *The Handbook of Dispute Resolution*, San Francisco (Cal), Jossey-Bass, 2005 à la p 19.

¹³*Ibid.*

¹⁴*Ibid* à la p 19. En France l'acronyme MARC (mode alternatif de règlement des conflits) est plutôt utilisé. Au Québec, l'expression « prévention et règlement des différends » est maintenant reconnue. Cette expression est notamment utilisée dans le projet de loi instituant un nouveau code de procédure civile. L'acronyme PRD a été utilisé d'abord par la Faculté de droit de l'université de Sherbrooke dans le programme de 2^e cycle du même nom.

¹⁵Menkel-Meadow, *supra* note 12.

changement de paradigme dans le domaine de la négociation¹⁶. Ils élaborèrent une nouvelle méthode pour en arriver à un règlement : d'un modèle de négociation contradictoire, on passait à un modèle de collaboration et de construction de solutions communes¹⁷.

Les premiers projets contemporains d'institutionnalisation de la médiation proviennent de Frank Sander, qui a élaboré l'idée des *neighborhood justice centers* [NJC]¹⁸. À cette époque, les objectifs visés par l'implantation de ces centres sont de réduire les délais judiciaires, de minimiser les coûts et d'offrir une manière plus adaptée aux besoins des parties pour régler les différends¹⁹. En 1975, plus de 200 centres de justice ont été créés aux États-Unis²⁰. Aujourd'hui, des processus de *justice participative*²¹ font maintenant partie intégrante de la grande majorité des systèmes judiciaires en occident.

Au Québec, une des premières propositions d'institutionnalisation de la justice participative se retrouve dans le « livre blanc » du ministre Jérôme Choquette, publié en 1975²². Ce « livre » propose, entre autres, d'utiliser davantage de processus participatifs pour combler certaines lacunes dans l'administration judiciaire²³. Depuis, il existe certaines pressions pour intégrer au système judiciaire des alternatives au mécanisme contradictoire traditionnel. Une des premières expériences des tribunaux avec la médiation a eu lieu à

¹⁶Roger Fisher, William Ury et Bruce Patton, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, 2^e éd, Boston, Penguin, 1991.

¹⁷*Ibid.*

¹⁸Frank EA Sander, « Remarks Before the American Association of Law Schools » (28 décembre 1977), réimprimé dans 80 FRD 186.

¹⁹Linwood Jr. Slayton, « Neighborhood Justice Centers: An Alternative » (1979) 6 Litigation 28 à la p 29.

²⁰Frank E A Sander, « Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview » (1985) 37 U Fla L Rev 1 à la p 3.

²¹L'expression « justice participative » est définie par la Commission du droit du Canada: « Nous utili[s]ons les expressions justice réparatrice et justice consensuelle pour décrire les processus de règlement des différends qui cherchent explicitement ou implicitement à encourager les parties à participer activement au règlement du différend. Nous utili[s]ons les expressions génériques justice participative ou processus participatifs pour désigner à la fois la justice réparatrice et la justice consensuelle. » voir : Ottawa, Ministère de la Justice : Commission du droit du Canada, *Rapport : La transformation des rapports humains par la justice participative* (2003) à la p 6.

²²Jérôme Choquette (ancien ministre de la Justice du Québec), *La Justice contemporaine : Livre blanc du ministère de la Justice*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1975.

²³Marie-José Longtin, « La réforme de la justice administrative: genèse, fondements et réalités » dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1998), Service de la formation permanente, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998 à la p 101.

l'occasion d'un projet pilote mené de 1995 à 1998 à la Cour supérieure. Sous l'impulsion de l'honorable Gontran Rouleau, cette expérience a eu lieu à la Cour supérieure de Montréal en matière civile²⁴. Ce projet consistait à référer à des médiateurs accrédités par la Barreau du Québec des cas susceptibles d'être réglés par une médiation. Ce n'est toutefois qu'en 1997 que la médiation est intégrée formellement au processus judiciaire. C'est encore à l'occasion d'un projet pilote, cette fois à la Cour d'appel du Québec, que l'expérience de la médiation judiciaire débute. Cette fois la médiation se déroule dans l'enceinte du palais de justice et elle est présidée par un juge. En 1998, le Comité de révision de la procédure civile conclut qu'il est opportun d'étendre aux autres instances l'expérience de la médiation judiciaire²⁵. À ce moment, la médiation judiciaire est un mécanisme intégré aux règles de pratique des différents tribunaux québécois²⁶. Par la suite, le législateur va rapidement emboîter le pas et légiférer. Lors de la réforme de 2002, les articles 151.14 à 151.23 sont ajoutés au *Code de procédure civile*²⁷. Dès lors, les juges québécois vont effectuer ce qui prendra le nom de « conférence de règlement à l'amiable »²⁸.

Depuis 2002, il semble que le gouvernement québécois veuille pousser l'expérience encore plus loin. Le gouvernement précédent du Parti libéral proposait une série de publications faisant la promotion du « Plan Accès Justice ». Ce plan proposait un nouveau *Code de procédure civile* où la justice participative prenait une place prépondérante²⁹. Le plan a mené au dépôt d'un avant-projet de loi instituant un nouveau code de procédure civile. Sans

²⁴Lise I. Beaudoin, Lise I., « Service de référence à la médiation de la Cour supérieure du Québec : À partir du 1^{er} septembre » (1999) 31 : 14 J Barreau, en ligne : Barreau du Québec <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol31/no14/default.html>>.

²⁵Ministère de la Justice du Québec : Comité de la révision de la procédure civile, *Rapport : La révision de la procédure civile : Une nouvelle culture judiciaire* (juillet 2001) à la p 80 [Québec, Rapport sur la révision de la procédure civile].

²⁶Règles modifiant les Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière civile (2001) GOQ II, 6019 (*Code de procédure civile*).

²⁷*Code de procédure civile*, LRQc C-25, art 151.14 et ss [*Code de procédure civile*].

²⁸*Ibid.*

²⁹Le ministère définit le plan comme suit : «Le Plan Accès Justice est un ensemble de mesures qui seront graduellement mises en œuvre et qui contribueront à simplifier le processus judiciaire, à diminuer les coûts et les délais, tout en augmentant la capacité des tribunaux à entendre des causes et à rendre des jugements ». Ministère de la Justice du Québec, *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile présenté par l'ancien ministre de la Justice M. Jean-Marc Fournier*, 29 septembre 2011, en ligne : Justice Québec <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministre/paj/accueil.htm>> [Québec, *Avant-projet de loi présenté*].

nommer les projets par les mêmes noms, le gouvernement actuel du Parti québécois a repris où l'ancien gouvernement avait laissé. Le 30 avril 2013, le ministre de Bertrand St-Arnaud a déposé le projet de loi 28 nommé « Loi instituant le nouveau Code de procédure civile »³⁰. À la lecture du projet de loi, nous constatons que modes de PRD prennent de plus en plus de place dans la procédure civile québécoise³¹. Aux dires du ministre et selon la législation proposée, les modes de PRD et la CRA seraient appelés à prendre plus de place au sein de la procédure judiciaire québécoise³².

Ce survol historique démontre qu'à travers les siècles, la médiation a régulièrement été utilisée pour combler des problèmes sur le plan de l'offre de justice, soit pour désengorger les tribunaux, soit pour offrir une justice qui serait mieux adaptée à régler les différends. Il semble exister une corrélation historique entre l'insatisfaction par rapport aux tribunaux et l'émergence de la médiation³³. Au Québec, nous constatons une telle corrélation en ce moment. Les modes de PRD sont voués à prendre une grande place dans l'institution judiciaire québécoise comme en témoigne les plus récentes réformes proposées de la Procédure civile.

2.2 Le contexte en quelques chiffres

La présente section présente, en quelques chiffres, l'augmentation des listes d'attentes et des coûts, la désaffection ainsi que l'insatisfaction générale face aux tribunaux. En outre, les chiffres démontrent également que ceci se traduit par une plus grande popularité des alternatives aux procès.

Pour débiter, nous constatons qu'il y a une baisse marquée du nombre de causes traitées par le système judiciaire; à la Cour supérieure du Québec, le nombre de causes traitées par année est passé de 48 442 en 1990 à 21 157 en 2005³⁴. La direction des greffes du Québec

³⁰Ministère de la Justice du Québec, PL 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 1^{er} sess, 40^e lég, Québec, 2013, en ligne : Assemblée nationale du Québec <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-28-40-1.html>>.

³¹*Ibid.* Notamment, voir l'article 1 et le préambule du projet de loi.

³²*Ibid.*

³³Thomas O Main, « ADR: The New Equity » (2005) 74 U Cin L Rev 329.

³⁴L'honorable François Rolland, « L'accès à la justice : 3 ans après la réforme de la procédure civile », Conférence spéciale Vers le futur : Ordre du jour de la réforme de la justice civile,

confirme une baisse marquée du volume de causes traitées³⁵. Cependant, cette désaffectation n'a pas entraîné un désengorgement des cours de justice, bien au contraire. En 1981, il fallait 35 000 heures d'audition pour disposer de 51 985 dossiers tandis qu'en 2005, il a fallu plus de 41 173 heures pour disposer de 21 157 dossiers³⁶. Le temps moyen pour régler un dossier a presque triplé, passant de 0,67 à 1,94 heure.

Vérification faite auprès du greffe de la Cour supérieure du Québec à Montréal par l'auteur du mémoire, si un dossier civil non prioritaire est en état, en date du 4 avril 2012, ce dernier pourrait procéder seulement à partir d'août 2014³⁷. Ainsi, le délai actuel pour disposer d'un litige à la Cour supérieure du Québec est d'environ 27 mois. Ceci suppose qu'il n'y ait pas d'appel de la décision et que les délais n'augmentent pas entre temps. Les chiffres établissent que les délais sont relativement importants et qu'ils ont tendance à augmenter.

Les délais sont une des sources les plus importantes de coûts pour les parties en cause. Ainsi, parallèlement, nous pouvons également constater une augmentation des coûts associés à l'utilisation du système de justice. Ce qui suit est un exemple fictif, qui n'en illustre pas moins la logique expliquant pourquoi les coûts peuvent mener les particuliers³⁸ à ne pas utiliser le système judiciaire, les coûts d'accès aux tribunaux étant potentiellement prohibitifs :

La majorité des dossiers soumis aux tribunaux mettent en jeu des montants de moins de 35 000 \$, alors que le coût estimé pour se rendre au procès s'élève au minimum à 6 500 \$ pour chaque partie. Pour un procès de trois jours, il faut

présentée au Hilton Montréal Bonaventure, mai 2006, en ligne : Forum canadien sur la justice civile <<http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2006/rolland-fr.pdf>> à la p 8 [L'honorable François Rolland, « L'accès à la justice »].

³⁵Ministère de la Justice du Québec, Direction générale des services judiciaires, *Rapport d'activités 1996-1997* (1998) ; Ministère de la Justice du Québec: Direction générale des services judiciaires, *Rapport d'activités 1993-1994* (1995) ; Ministère de la Justice du Québec, Direction générale des greffes, *Rapport annuel 1979-1980* (1981) ; Ministère de la Justice du Québec, Direction générale des services judiciaires, *Rapport d'activités 1986-1987* (1988).

³⁶L'honorable François Rolland, « L'accès à la justice », *supra* note 34 à la p 9.

³⁷Un appel a été fait par l'auteur du mémoire au greffe de la cour supérieure de Montréal le 4 avril 2013.

³⁸Dans le présent mémoire il sera régulièrement question des effets sur les particuliers. Nous sommes conscients que les personnes morales sont également affectées par l'offre de justice. Nous choisissons de parler de particuliers en étant conscient que les personnes morales sont également affectées d'une manière similaire.

ajouter 3 500 \$ pour les honoraires d'avocat – au tarif horaire de 150 \$ – en plus des honoraires et dépenses d'experts s'il y a lieu. Il tombe sous le sens que dans la majorité des causes, les coûts d'un procès deviennent disproportionnés avec les montants en jeu au litige. Il s'ensuit que seuls les bénéficiaires de l'Aide juridique ou les citoyens les plus fortunés, entreprises ou institutions publiques, ont les moyens de faire valoir leurs prétentions devant les tribunaux³⁹.

Les coûts ne sont pas seulement prohibitifs, ils sont relativement élevés par rapport aux alternatives que pourraient avoir les citoyens. C'est la conclusion à laquelle est arrivée l'équipe de recherche de l'Université de Montréal dirigée par le professeur Pierre Noreau : le coût moyen pour aller à procès serait de 6 000 \$ tandis qu'une médiation judiciaire réussie⁴⁰ coûterait seulement 2 133 \$⁴¹. Dans la même étude, il a été demandé aux justiciables qu'elle était leur motivation de participer à une CRA, la très grande majorité (74,5 %) a mentionné comme première raison la célérité de règlement. Toujours selon cette étude, plus de 60 % considèrent que les coûts élevés sont dans les deux préoccupations les plus importantes. Ainsi, il ressort donc de cette étude que les coûts et les délais sont les motivations principales d'utiliser un autre processus pour régler un différend.

Les coûts et les délais ne sont pas les seules préoccupations de l'opinion publique. La troisième préoccupation en importance généralement répertoriée par la plupart des études à propos de la justice civile est que le système de justice est considéré comme étant trop complexe⁴². Les conséquences de tous ces problèmes se répercutent sur l'appréciation générale du système de justice. Un sondage CROP-La Presse, réalisé en 2006, nous dit que,

³⁹L'exemple chiffré est tiré de : Pierre Noreau, « Avenir de la justice : des problèmes anciens... aux solutions prochaines » : dans *Les journées Maximilien-Caron 2009 : Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives*, Montréal, Thémis, 2010 à la p 4.

⁴⁰Par réussite nous faisons référence à une médiation menant à la conclusion d'un règlement.

⁴¹Pierre Noreau, *Les conférences de conciliation et de gestion judiciaire : Projet pilote de Longueuil 2009*, Observatoire du droit à la justice, CRDP, 2011 : Notons ici que les chiffres sont des approximations provenant des avocats impliqués au dossier. Le chiffre de 2 133 \$ représente le coût moyen d'une CRA lorsque celle-ci est une réussite et qu'elle aboutit à un règlement. L'étude ne présente aucun chiffre pour ceux qui ont participé à une CRA infructueuse et qui ont dû repasser par la procédure habituelle et le procès. Nous pouvons supposer que ce chiffre serait supérieur à 6 000\$.

⁴²Association du Barreau canadien, Brian Dickson et al, « Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile présidé par l'honorable Brian Dickson », Groupe de travail sur les systèmes de justice civile, Ottawa, août 1996, en ligne : Association du Barreau canadien : <http://www.cba.org/ABC/Pubs_f/pdf/systemscivil_fr.pdf> à la p 12 [Barreau canadien, « Rapport du groupe de travail »] ; Ministère de la justice du Québec, Rapport sur la révision de la procédure civile, *supra* note 25 à la p 11.

« près de la moitié des Québécois ne font pas confiance aux tribunaux. Et leur vision s'assombrit encore lorsqu'ils les ont testés, la proportion de citoyens les jugeant inéquitables ou inaccessibles peut alors atteindre 56 %»⁴³. Dans ce sondage, « advenant un litige, 43 % des citoyens préféreraient s'adresser à une émission télévisée comme *La Facture* ou *JE qu'au tribunal*»⁴⁴.

Parallèlement à l'augmentation des coûts, des délais et de l'insatisfaction générale du public, on assiste à une augmentation corrélative de l'utilisation des CRA. À la Cour supérieure du Québec, 398 CRA ont été menées en 2003-2004, tandis qu'en 2010-2011, le mécanisme a été utilisé 792 fois⁴⁵.

Toutes ces statistiques s'accumulent pour illustrer certaines tendances dans les choix des justiciables québécois quant aux moyens de régler leurs différends. Le processus judiciaire est toujours plus long, plus cher et plus complexe, ce qui semble mener vers une perte de confiance du public. Tous ces inconvénients se traduisent par une diminution de l'utilisation du système de justice. Simultanément, la CRA est de plus en plus utilisée pour régler les différends. En d'autres mots, les chiffres semblent, à première vue, indiquer que la CRA soit utilisée comme une alternative au procès, de plus en plus lent, cher, complexe et inadapté. Comme nous l'illustrerons dans la section suivante, c'est d'ailleurs l'analyse qu'en fait la majorité des acteurs sociaux.

2.3 Les discours des acteurs sociaux face à l'émergence de la médiation

Nous avons illustré la corrélation historique et les chiffres nous ont démontré qu'il semble y avoir un lien entre les lacunes attribuées au processus judiciaire et l'émergence de la médiation. Dans cette section, nous explorons la manière dont les *acteurs sociaux*⁴⁶

⁴³Marie-Claude Malboeuf, « Près de la moitié des Québécois ne font pas confiance aux tribunaux », *La Presse* [de Montréal] (5 janvier 2006).

⁴⁴*Ibid.*

⁴⁵L'honorable André Roy, « Trial Practice Do's and Don'ts: Hot Tips from the Experts? » (17 février 2012), en ligne : Barreau de Montréal <<https://www.barreaudemontreal.qc.ca/loads/DocumentsActivites/Conference20111109/all-Juge%20Andre%20Roy.pdf>> à la p 3.

⁴⁶Lorsqu'il est question d'acteurs sociaux nous parlons principalement les acteurs de notre société qui ont une influencent ou qui utilisent le système judiciaire et général et la CRA en particulier.

perçoivent les lacunes affectant le système judiciaire et l'émergence de la médiation comme alternative. Ces discours sont marqués par l'insatisfaction envers l'offre de justice.

L'insatisfaction face à la justice est un sujet qui est repris régulièrement dans les médias québécois et canadiens. Les cas où la justice est trop onéreuse ou trop longue font régulièrement les manchettes⁴⁷. Par exemple, l'affaire Robinson-Cinar est emblématique des coûts et délais prohibitifs du système juridique québécois. Le quotidien *La Presse* rapportait en 2009 :

Claude Robinson a mené une enquête monstre et vécu 14 ans de tractations juridiques et une longue dépression. Le procès a nécessité 40 témoins, 20 765 pages de documents, 23 interrogatoires préalables, 53 heures de visionnage d'épisodes et un voyage du tribunal québécois en France⁴⁸.

Il est rapporté que les procédures auraient coûté 2,5 millions à M. Robinson⁴⁹. Les cas de ce genre sont fréquemment rapportés par les médias. Nous convenons que ce cas est extrême, cependant, il ne représente pas une irrégularité. À cet égard, les propos d'une journaliste s'exprimant à une conférence à propos de l'administration de la justice sont éloquentes : elle déplore que « the system is too slow, too costly, – financially and emotionally, that decisions aren't followed, that the system leaves parties dissatisfied »⁵⁰. Ce propos résume

⁴⁷ Par exemple, voici une liste de titres d'une série sur les coûts de la justice du quotidien *La Presse* du 5 au 23 janvier 2006 : « Près de la moitié des Québécois ne font pas confiance aux tribunaux »; « Quand une cause traîne, tu y penses tous les jours »; « Des citoyens à bout »; « Plus d'un million en frais de procédures... avant même le procès »; « Une millionnaire épuisée »; « Le cri d'alarme des juristes »; « Sauvé par de bons samaritains »; « Les avocats sont-ils trop gourmands? »; « Un juriste gratuit, ça existe »; « Qui faire payer? »; « Refiler la facture des procès-fleuves aux entreprises »; « Place à la conciliation »; « Des procès plus courts? »; « Les services juridiques gratuits... ou presque »; « Une seule journée pour effacer 15 ans de litige »; « Des maîtres économes »; « Petit recours deviendra grand »; « La justice par la télé ».

⁴⁸ Francis Vailles, « Quatre perles du jugement Robinson-Cinar » (29 août 2009), en ligne : *Lapresse.ca* <<http://affaires.lapresse.ca/economie/quebec/200908/29/01-897060-quatre-perles-du-jugement-robinson-cinar.php>>.

⁴⁹ *La Presse Canadienne*, « Ultime combat pour Claude Robinson en Cour suprême » (13 février 2013), en ligne : *LAPRESSE.CA* <<http://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-affaires-criminelles/proces/201302/13/01-4621200-ultime-combat-pour-claude-robinson-en-cour-supreme.php>>.

⁵⁰ The Peace and Conflict Studies Division: Royal Roads University: Victoria, British Columbia, « Whose Court is it Anyway? Judicial Dispute Resolution in Canadian Courts: A Symposium for Judges: Summary Report: April 24-26 2003 » (19 mars 2011), en ligne : *docstoc* <<http://www.docstoc.com/docs/74124230/Judicial-Dispute-Resolution-Symposium>> à la p 4.

bien les lacunes qui sont régulièrement rapportées dans les médias à propos du système de justice. Ce propos démontre également le lien étroit que font les médias entre les coûts, les délais et l'insatisfaction qui s'ensuit pour les utilisateurs du système.

Plusieurs discours recensés chez certains juges font écho de ce qui se dit dans l'opinion publique. Plusieurs juges mentionnent que la justice ne peut répondre à la demande et qu'il en découle un engorgement des tribunaux. Cependant, le problème est ici identifié comme étant le manque de ressources disponibles pour les tribunaux⁵¹. Dans un discours, le juge en chef de la Cour supérieure, l'honorable François Rolland, aborde la désaffection et l'engorgement des tribunaux de la manière suivante: « Même s'il y a moins de justiciables qui s'adressent aux tribunaux, ces derniers doivent attendre plus longtemps et payer plus cher avant que leur cause procède »⁵². De plus, on constate que les efforts pour enrayer le problème n'ont pas porté fruit :

[C]'est sans doute un euphémisme de dire que les délais et les coûts reliés aux recours devant les tribunaux sont encore aujourd'hui autant d'obstacles à l'accès à la justice. Des décennies d'efforts concertés n'ont pas encore permis d'atteindre l'idéal qu'est l'accès à la justice pour tous⁵³.

Les propos de nombreux juges se rapprochent de celui des usagers du système en ce qu'ils identifient les coûts élevés et les longs délais comme étant les principales lacunes du système de justice. Malgré cette prépondérance, notons cependant que d'autres types de lacunes sont également identifiés. L'explication de l'honorable Louise Otis, par exemple, élargit substantiellement l'analyse des lacunes du système contradictoire traditionnel :

Parmi les déficiences répertoriées, mentionnons les délais (administratifs et procéduraux), les frais judiciaires et extrajudiciaires reliés au débat contradictoire, les « agency costs » résultant, parfois, du chevauchement des intérêts, les traumatismes physiques et psychologiques associés, plus particulièrement, aux longs conflits judiciaires, les limites inhérentes au débat contradictoire dans la recherche, notamment, de la meilleure solution susceptible d'éteindre véritablement le litige⁵⁴.

⁵¹L'honorable François Rolland, « L'accès à la justice », *supra* note 34 à la p 17.

⁵²*Ibid* à la p 9.

⁵³Barreau canadien, « Rapport du groupe de travail », *supra* note 42 à la p 12.

⁵⁴Louise Otis, « Modes alternatifs de règlement des litiges : la médiation judiciaire » dans *Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges, Actes de la 1^{re} conférence européenne des juges 2003 tenue du 24 au 25 novembre 2003 à Strasbourg*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe,

Ce passage démontre que les « déficiences » ne sont pas seulement perçues comme des considérations techniques ou des problèmes de gestion. Le passage fait aussi allusion au fait que la meilleure solution n'est pas nécessairement celle qui coûte le moins cher, ou encore celle qui prend le moins de temps. Pour l'honorable Louise Otis, il existe plusieurs autres considérations à prendre en compte en plus des coûts et des délais. Par exemple, le débat contradictoire se limitant à traiter les points de droit ne réglerait pas l'entièreté du différend pouvant affecter les parties. Il laisserait donc les parties insatisfaites. L'émergence de la médiation comme mode de résolution des **différends** serait due au fait qu'elle règle le différend d'une manière plus satisfaisante. **Notons cependant** que ce discours n'écarte pas la dénonciation des coûts et des délais trop élevés pour avoir accès au système.

Dans le discours de plusieurs juges, les modes de PRD sont un outil pour s'attaquer aux délais et aux coûts trop élevés. Par exemple, les juges LeBel et Deschamps de la Cour suprême du Canada mentionnent que les modes de PRD seraient des outils pour accroître l'efficacité des ressources des tribunaux⁵⁵. L'existence des modes de PRD est ainsi expliquée par des raisons d'administration et d'accès à la justice. Il y aurait un lien étroit entre le manque de ressources, l'administration de la justice, l'accès à la justice et l'utilisation de modes de PRD. De tous les acteurs jouant un rôle dans l'administration de la justice, les juges ont le discours le plus révélateur, car ce sont eux qui ont la responsabilité d'administrer la justice au jour le jour⁵⁶. Dans l'affaire *Greene c. Mills*⁵⁷, en 2003, l'honorable Daniel Dortélus a considéré l'économie potentielle que pourrait engendrer la CRA, si évidente qu'il a proposé qu'il en découlerait une obligation pour l'avocat d'en informer son client :

[L]a demanderesse a aussi manqué à son obligation d'informer le défendeur sur toutes les options disponibles dans sa cause, ayant omis de l'informer sur l'existence du service de médiation par un juge de la Cour supérieure, ainsi que son taux de succès. Le Tribunal juge qu'il s'agit là d'une information cruciale, car elle a un impact direct sur les coûts que le défendeur doit assumer⁵⁸.

71 à la p 67.

⁵⁵ *Seidel c. Telus Communications Inc*, 2011 CSC 15, (2011) 1 RCS 531 [*Seidel c. Telus Communications Inc*].

⁵⁶ En effet le juge est responsable du processus judiciaire et de la proportionnalité dans l'utilisation des procédures : *Code de procédure civile, supra note 27*, art 4.2.

⁵⁷ *Greene c Mills*, [2003] RJQ 3253 (disponible sur CanLII).

⁵⁸ *Ibid.*

Pour le Barreau du Québec également les modes de PRD sont une solution aux problèmes de coûts et de délais judiciaires:

[L]es problèmes liés aux coûts et aux délais sont des obstacles qui empêchent bon nombre de citoyens d'accéder à la justice civile. C'est d'ailleurs dans le contexte de ces préoccupations reliées aux coûts et aux délais que le recours à d'autres modes de résolution de conflit est rapidement devenu une façon pour le citoyen, et même pour les tribunaux, d'obtenir une solution rapide et abordable aux litiges⁵⁹.

L'État, également, entrevoit l'émergence des modes de PRD dans le but de diminuer les coûts et les délais judiciaires. Par exemple, le ministre de la Justice Paul Bégin, lors du débat à propos de la réforme de la procédure de 2002, proposait une justice « plus rapide, plus efficace, moins coûteuse, susceptible d'améliorer l'accès à la justice et d'accroître la confiance du citoyen dans le système de justice »⁶⁰. Selon l'ex-ministre Jean-Marc Fournier : « [l]e Plan Accès Justice offre aux citoyens du Québec un meilleur accès, plus rapide et moins coûteux, au système de justice »⁶¹. Pour atteindre ces objectifs, l'ex-ministre misait « sur des moyens amiables de règlement et sur la collaboration accrue des parties »⁶². Plus particulièrement, la CRA, elle-même est pressentie comme pouvant être efficace économiquement : « [u]ne telle conférence peut permettre aux parties de gagner du temps et d'économiser de l'argent »⁶³. Comme nous l'avons déjà mentionné, le Projet de loi 28, reprend en grande partie l'avant-projet de loi, l'esprit de la loi reste le même. L'importance des modes de PRD transparaît dans l'ensemble de projet de loi : un décompte nous fait remarquer qu'un article sur cinq peut être apparenté à une justice consensuelle ou

⁵⁹Barreau du Québec, « Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile » (19 décembre 2011), présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2012/20120202-memoire-code-procedure-civile.pdf>>.

⁶⁰Assemblée nationale du Québec, *Journaux de l'Assemblée nationale du Québec*, 36^e lég, 2^e sess, (6 juin 2002).

⁶¹Ministère de la Justice du Québec, Communiqué de presse, « Le Plan Accès Justice : pour une justice plus accessible et plus efficace » (29 sept. 2011), en ligne : Gouvernement du Québec <<http://communiqués.gouv.qc.ca/gouvqc/communiqués/GPQF/Septembre2011/29/c7898.html>>.

⁶²Ministère de la justice du Québec, « Nouveau Code de procédure civile : Une justice plus rapide et plus économique », *Portail Québec* (septembre 2011) en ligne : Gouvernement du Québec <<http://communiqués.gouv.qc.ca/gouvqc/communiqués/GPQF/Septembre2011/29/c7901.html>> à la p 2 ; Ministère de la justice du Québec, *Avant-projet de loi présenté, supra* note 29 à la p 157 et ss.

⁶³Ministère de la justice, « Nouveau Code de procédure civile : Une justice plus rapide et plus économique », *supra* note 62 à la p 5.

à certains modes de PRD⁶⁴. Le Code actuel ne fait mention de justice consensuelle qu'à deux endroits⁶⁵. Bref, un changement d'approche drastique se dessine et la CRA semble être une pièce maîtresse pour s'attaquer aux lacunes du système de justice⁶⁶.

Les discours, particulièrement dans le milieu juridique, abordent fréquemment le potentiel de la CRA pour faire diminuer les coûts et les délais judiciaires. Cependant, dans les discours que nous avons recensés, nous constatons que ces derniers s'accompagnent de peu d'explications démontrant comment la CRA va faire diminuer les coûts et les délais. Il semble que les acteurs sociaux en arrivent généralement à cette conclusion sur la foi de leur expérience personnelle avec ce mécanisme de résolution des différends. Les explications qui sont habituellement données sont la flexibilité du processus et le haut taux de réussite des CRA⁶⁷. En d'autres mots, la CRA serait plus rapide et moins chère, car elle permet d'éviter la lourdeur et les délais associés à la procédure judiciaire. Ainsi, comme l'explique le juge Paquet lors d'une entrevue qu'il donne au *Journal du Barreau*, les raisons pour lesquelles la CRA réduirait les coûts et les délais sont la rapidité du processus, son taux de succès et sa flexibilité par rapport à la lourde procédure du procès⁶⁸. L'association entre la CRA, l'économie d'argent et le temps est expliquée simplement par le fait que la CRA est un mécanisme plus souple⁶⁹.

⁶⁴Ministère de la justice, *Avant-projet de loi présenté*, supra note 29.

⁶⁵La médiation est prévue au Code actuel en matière familiale et lors de la conférence de règlement à l'amiable.

⁶⁶Ministère de la justice, « Nouveau Code de procédure civile : Une justice plus rapide et plus économique », supra note 62.

⁶⁷Alepin Gauthier Avocats, « Les conférences de règlement à l'amiable : un taux de succès de 85 % au Québec » (15 janvier 2012), en ligne : Courrier Laval <<http://courrierlaval.newspaperdirect.com/epaper/fr/viewer.aspx>>.

Ou encore par exemple: entre janvier 1998 et juin 2001 80 % ont fait l'objet d'un règlement final ; Otis, « Modes alternatifs de règlement des litiges: la médiation judiciaire, dans Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges », supra note 54 à la p 69.

⁶⁸Au moment de l'entrevue effectuée pour le *Journal du Barreau*, le juge Paquet était coordonnateur adjoint à la chambre civile de la Cour du Québec à Montréal et responsable des CRA; voir : Mathieu Piché-Messier, « Conférence de règlement à l'amiable à la Cour du Québec : Y avez-vous pensé? » (2001) 36 : 20 J Barreau, en ligne : Barreau du Québec <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol36/no20/barreaudemontreal.html>>.

⁶⁹Ministère de la justice, « Nouveau Code de procédure civile : Une justice plus rapide et plus économique », supra note 62 à la p 5.

Bref, historiquement, selon les différents sondages, statistiques et dans les différents discours, l'on associe la diminution des coûts et des délais judiciaires avec l'implantation de modes de PRD et, plus particulièrement au Québec, de la CRA. Pour les acteurs sociaux, les modes de PRD, plus particulièrement la CRA, sont considérés comme une solution aux problèmes de coûts et de délais affectant le système de justice. Ce qui semble transparaître des différents discours est que, sans avoir à faire d'analyse économique, la CRA serait manifestement plus efficace, car elle est plus rapide et qu'elle aurait un bon taux de succès.

2.4 Le contexte théorique de la CRA

Le discours des acteurs sociaux ne fournit pas d'analyse pour comprendre le potentiel de diminution des coûts et des délais qu'aurait la CRA. Cependant, la CRA est une construction théorique qui provient de décennies de recherches scientifiques à propos de la médiation. Alors, pour comprendre le potentiel qu'a la CRA à fournir des solutions aux lacunes affectant le système de justice, nous allons survoler dans la présente section ce que la littérature scientifique écrit sur ce sujet. Pour avoir un portrait complet de la construction théorique derrière la CRA, nous présenterons le contexte théorique d'où sont issues la médiation et son institutionnalisation au sein du système juridique québécois, pour finalement aborder le potentiel que la littérature scientifique lui attribue.

Comme nous l'avons exposé lors du survol historique, la pratique de la médiation existe depuis des milliers d'années, elle a pris diverses formes et a joué différents rôles. Traditionnellement, la médiation consistait simplement à ce qu'un tiers s'implique pour favoriser la négociation entre les parties, c'est d'ailleurs la définition que proposent les différents dictionnaires⁷⁰. Ainsi, la médiation était une négociation assistée. La négociation intuitivement pratiquée a longtemps été une négociation sur position. Selon cette approche du conflit, une partie tentera stratégiquement de faire pression sur la partie adverse pour l'amener à reconnaître sa position. Ce n'est que depuis les années 80, avec l'article « Getting to Yes », de Roger Fisher et William Ury, que s'est développée l'idée de négocier d'une manière coopérative pour en arriver à une solution « gagnant-gagnant »⁷¹. Il s'agit de

⁷⁰Voir *Le nouveau petit Robert, 2011*, voir également Barrett et Barrett, *supra* note 3.

⁷¹Fisher, Ury et Patton, *Getting to Yes*, *supra* note 16.

communiquer les intérêts des parties pour qu'ils puissent construire ensemble une solution adaptée. Ce type de négociation est connu sous le nom de « négociation raisonnée ». Parallèlement à cette nouvelle façon de négocier, de nouvelles manières de concevoir une médiation se sont développées. Trois types de médiation ont particulièrement marqué la littérature scientifique, soit : la médiation facilitative, la médiation évaluative et la médiation transformative. Développée dans les années 60 et 70, la *médiation facilitative* est caractérisée par un processus où le médiateur cherche activement à normaliser les échanges, à trouver des points communs et à conclure un règlement mutuellement acceptable⁷². Selon cette approche, le médiateur est responsable du processus tandis que les parties sont responsables de sa finalité⁷³. Le médiateur ne doit cependant pas donner son opinion ou faire des recommandations : son rôle est essentiellement de faciliter la négociation et de s'assurer que les parties en arrivent à un règlement informé et que celui-ci soit mutuellement acceptable. Au milieu des années 90, un nouveau processus est né des expériences d'institutionnalisation de la médiation aux États-Unis. Cette dernière sera connue sous le nom de *médiation évaluative* après la parution d'un article de Leonard Riskin⁷⁴. Selon cette approche le rôle du médiateur consiste à évaluer les prétentions des parties pour ensuite leur faire part de leurs forces et faiblesses respectives⁷⁵. En partageant son opinion, ce dernier fera également des recommandations sur la manière dont les parties devraient régler le différend. Ce processus se concentrerait davantage sur le règlement des points de droit et sur le rapport entre les coûts et les bénéfices de poursuivre le processus judiciaire⁷⁶. Depuis, ce courant a donné lieu à de nombreux débats sur le rôle du médiateur⁷⁷. Finalement, le plus récent des courants se nomme la *médiation transformative*. Ce dernier est issu du livre *The Promise of Mediation*, par Robert A. Baruch Bush et Joseph

⁷² Zena D Zumeta, « A Facilitative Mediator Responds » (2000) 2000 J Disp Resol 335.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Leonard Riskin, « Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed » (1997) 1: 7 Harv Negot L Rev 46.

⁷⁵ Leonard L Riskin, « The Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing » (1985) 37 U Fla L Rev 19 à la p 25.

⁷⁶ Zena D Zumeta, « Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation » (septembre 1998), en ligne: DuPage County Bar Association : DCBA <<http://www.dcbabrief.org/vol110998art2.html>>.

⁷⁷ Pour plus d'information voir: Joseph B Stulberg, « Facilitative versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the Grid Lock » (1996) 24 Fla St UL Rev 985; Ellen A Waldman, « The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation: Applying the Lens of Therapeutic Jurisprudence » (1998) 82 Marq L Rev 155.

P. Folger⁷⁸. Cette théorie se fonde sur le principe d'« empowerment », en vertu duquel les parties doivent reprendre le contrôle du processus et de sa finalité dans la mesure du possible. L'objectif de ce type de médiation n'est pas d'en arriver à un règlement, mais de transformer les relations entre les parties⁷⁹. Le rôle du médiateur est de permettre aux parties de reconnaître les différentes normativités importantes pour l'autre partie⁸⁰. La médiation aurait le potentiel de transformer non seulement le processus, mais la justice elle-même; c'est à dire de régler les différends autrement que par le droit⁸¹.

Pour la littérature scientifique, l'utilisation croissante des modes de PRD pour régler les différends s'explique par un certain nombre de lacunes identifiables au sein du système de justice. La Commission du droit du Canada reconnaît un lien étroit entre l'émergence des modes de PRD et les lacunes actuelles du système: « [l]a justice réparatrice et la justice consensuelle sont nées de préoccupations communes à l'égard des lacunes des processus accusatoires de règlement des litiges en usage »⁸². Selon les auteurs consultés, les lacunes sont conceptualisées différemment. Le professeur Jean-François Roberge sépare en deux catégories les *critiques* faites à propos du système :

Nous retrouvons deux tendances critiques. D'abord la « critique pragmatique » met l'emphase sur la combinaison entre ses coûts financiers et humains et sa complexité technique pour expliquer un problème d'accès à la justice du droit offerte par le système judiciaire. Ensuite, la « critique sociale » met quant à elle l'emphase sur les limites du droit formel à s'adapter aux nouvelles réalités sociales pluralistes vécues par les justiciables de même que leur remise en cause de l'autorité et leur désir de s'impliquer davantage dans la régulation sociale de leurs relations, etc.⁸³

⁷⁸ Robert A Baruch Bush et Joseph P Folger, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, New York, John Wiley & Sons, 2005.

⁷⁹ Louise Lalonde, « La médiation judiciaire : nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions? » dans Riendeau, André, dir, *Dire le droit : pour qui et à quel prix?*, Montréal, Wilson & Lafleur 2005, 23 à la p 32.

⁸⁰ La normativité peut prendre plusieurs formes soit, juridique, morale, sociale, culturelle, religieuse, organisationnelle, déontologique, éthique...

⁸¹ Robert A Baruch Bush et Sally Ganong Pope, « Changing the Quality of Conflict Interaction: The Principles and Practice of Transformative Mediation » (2002) 3 Pepp Disp Resol LJ 67 à la p 76.

⁸² Commission du droit du Canada, *Rapport : La transformation des rapports humains par la justice participative*, supra note 21 à la p 130.

⁸³ Jean-François Roberge, « La médiation judiciaire «innovante» peut-elle améliorer le système judiciaire? Synthèse et analyse des réponses de la communauté juridique canadienne - Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes » (2007) 5: 3 Revue de prévention et de règlement des différends 165 à la p 2.

Si l'on reprend cette distinction, il apparaît que les acteurs sociaux abordent habituellement le problème selon une « critique pragmatique » alors que la littérature scientifique peut se retrouver dans l'une ou l'autre des catégories. La littérature scientifique fait donc état d'un problème plus large que les considérations économiques. La « critique sociale » propose que la justice offerte ne soit plus adaptée aux réalités sociales, l'émergence de la CRA se fait donc dans le but d'offrir une justice plus adaptée aux caractéristiques sociales actuelles⁸⁴. Dans cette optique, le but n'est pas de réduire les coûts et les délais, mais plutôt de transformer la manière d'offrir la justice pour s'adapter à la réalité sociale.

D'autres critiques, celles-ci conceptuelles, présentent en ces termes l'émergence de la médiation : « [l]'émergence de la médiation et son importance grandissante dans le développement des modes de prévention et de règlement des différends apparai[t] [...] comme une réponse à l'«inefficience» du droit »⁸⁵. Le mot « inefficience », fait référence à une incapacité à entraîner les conséquences voulues⁸⁶. La professeure Louise Lalonde présente trois niveaux où le droit n'est pas capable d'atteindre les effets voulus : la légitimité, l'accessibilité et l'effectivité.⁸⁷ Il est proposé que le droit ne soit pas capable de réguler la complexité croissante de la société. Le droit serait donc appelé à se transformer pour offrir une nouvelle justice mieux adaptée, c'est dans dans cette optique que la CRA est conceptualisée⁸⁸. En plus d'identifier un potentiel d'appréhender la complexité sociale, les modes de PRD sont perçus comme ayant le potentiel de surpasser certaines barrières à l'accès à la justice. Le professeur Roderick A. Macdonald illustre l'idée d'accès à la justice par cinq vagues pour démontrer l'évolution de l'accès à cette justice⁸⁹. Selon la première vague, l'accès à la justice consiste à un accès physique dont les barrières sont en grande partie économiques. À la troisième vague, porte sur l'accessibilité de la justice par la

⁸⁴Jean-Guy Belley, « Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile » (2001) 46 RDMcGill 317 à la p 328.

⁸⁵Georges Legault, « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit » (2003) 33 RDUS 154 à la p 181.

⁸⁶*Le nouveau petit Robert, 2011*; Louise Lalonde, « Une nouvelle justice de la diversité? CRA et justice de proximité » (2008) CNRS, Montpellier à la p 5.

⁸⁷Lalonde, « Une nouvelle justice de la diversité? CRA et justice de proximité », *supra* note 86.

⁸⁸*Ibid.*

⁸⁹Roderick A MacDonald, « L'accès à la justice aujourd'hui au Canada : étendue, envergure et ambitions » dans J Bass et al, dir, *L'accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès*, Le Barreau du Haut-Canada, 2005, 23 à la p 23.

démystification du droit pour les justiciables. La quatrième aborde le droit préventif. Selon cette dernière, la justice doit entre autre englober de multiples dimensions des modes alternatifs de résolution des conflits. Finalement, à la cinquième vague, l'auteur présente l'idéal d'accès à la justice comme ceci: « [d]ans une démocratie libérale, le véritable accès à la justice exige que chacun ait un droit égal de participer à chaque institution où le droit est débattu, créé, trouvé, organisé, administré, interprété et appliqué »⁹⁰. Ce qui nous intéresse ici c'est que la littérature décrit les lacunes affectant le système de justice comme étant étendue à plusieurs considérations. Le passage suivant du professeur Pierre Noreau démontre également des idéaux de justices assez larges :

La notion d'accès à la justice renvoie à un idéal abstrait, mais également à un objectif institutionnel et organisationnel précis : la garantie que soient réunies toutes les conditions susceptibles de faciliter le recours à l'institution judiciaire. On renvoie au problème de coûts et de délais de la justice, mais également au sentiment de contrôle du justiciable de son dossier. Abordée plus globalement encore, la notion de l'accès à la justice renvoie aux conditions matérielles, rationnelles et logistiques entourant le recours aux services judiciaire⁹¹.

Les auteurs québécois reprennent certains principes élaborés par les auteurs américains, à savoir : la prise en compte d'un contexte du différend d'une manière élargie, la négociation raisonnée, l'« empowerment », la construction conjointe des normes applicables et de la solution⁹². L'idée est que la justice traditionnelle ne remplit pas son rôle efficacement et qu'il est nécessaire d'offrir une alternative⁹³. Louise Lalonde l'exprime ainsi :

[l]'émergence, et, plus largement, la popularité croissante de la médiation laisse [...] entrevoir des causes fondamentales liées notamment à des insuffisances du droit à régler dans toute leur amplitude les problèmes complexes issus des rapports relationnels contemporains⁹⁴.

⁹⁰*Ibid.*

⁹¹Pierre Noreau, « Accès à la justice et démocratie en panne : constats, analyses et projections » dans *Les journées Maximilien-Caron 2009 : Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives*, Montréal, Thémis, 2010 à la p 29.

⁹²Legault, « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit », *supra* note 85 pp 154-193.

⁹³Lalonde, « Une nouvelle justice de la diversité? CRA et justice de proximité », *supra* note 86.

⁹⁴Lalonde, « La médiation judiciaire : nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions? » dans André Riendeau, dir, *Dire le droit : pour qui et à quel prix?*, Montréal, Wilson & Lafleur 2005, *supra* note 79 à la p 42.

Ainsi, les bases conceptuelles de la CRA ont été élaborées pour appréhender la complexité des différends et non dans l'optique d'améliorer l'administration de l'engorgement des tribunaux. Les théoriciens de la médiation considèrent qu'il est nécessaire de tenir compte d'un contexte plus large. C'est ainsi qu'ils considèrent que la CRA peut pallier certaines insuffisances du système de justice et du droit.

Malgré une plus grande complexité appréhendée et une conceptualisation plus large du problème, la littérature reconnaît que les coûts et les délais sont une préoccupation importante chez les utilisateurs du système. Un groupe de recherche en droit présidé par l'honorable Brian Dickson identifiait trois préoccupations principales: les délais judiciaires, la compréhension du public à propos du processus judiciaire et, finalement, les coûts y étant reliés⁹⁵. Le rapport qu'il a produit l'exprime ainsi :

Nombreuses sont les préoccupations qui se rattachent aux coûts du système en général, plus particulièrement les coûts disproportionnés par rapport à la valeur réelle ou perçue par la demande en cause. De plus, c'est le manque de « qualité et de contrôle des coûts qui constitue l'assise du problème⁹⁶.

En France, où l'émergence des modes de justice participatives connaît également un élan, Charles Jarroson reconnaît que les préoccupations économiques et administratives ont favorisé le développement de ces modes. Par le fait même, il exprime que ces aspects sont parfois ignorés dans la littérature scientifique en droit :

Même si beaucoup refusent de l'admettre, il existe bien un lien entre cet état de crise, d'engorgement ou d'encombrement de l'appareil judiciaire et le développement des MARC [ou : Mode alternatif de règlement des conflits]⁹⁷: d'un point de vue culturel, il ne faut pas perdre de vue cette évidence que le développement des modes alternatifs de règlement des conflits est une réponse — un antidote — aux défauts ou excès de la justice du pays considéré⁹⁸.

⁹⁵Brian Dickson et al., « Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile », *supra* note 42 à la p 12.

⁹⁶*Ibid* à la p 15.

⁹⁷Au Québec, l'utilisation de l'acronyme PRD est maintenant répandu.

⁹⁸Christian Jarroson, «La médiation et la conciliation : essai de présentation», *Revue de Droit et patrimoine*, déc. 1999, p 39. Jarroson, Christian. «La médiation et la conciliation : essai de présentation», (1999) 12 : 77 *Droit et patrimoine* 39.

Ainsi, même si ce type de considérations ne fait pas l'objet d'analyse spécifique, il est reconnu dans la littérature que l'émergence de la médiation est en partie due à certaines considérations économiques. Au Québec, le professeur Legault l'exprime comme suit:

L'émergence de la médiation et son importance grandissante dans le développement des modes de prévention et de règlement des différends apparaissent, à maints égards, comme une réponse à l'« inefficience » du droit. La littérature sur le sujet est confirmée par le discours des praticiens : ils mentionnent l'« inefficience » des tribunaux à rendre justice parce que le nombre de causes est trop considérable, les délais trop longs et, surtout, les coûts exorbitants⁹⁹.

La Commission du droit du Canada propose que des coûts indirects soient également responsables de l'émergence de la justice consensuelle¹⁰⁰. Les coûts humains sont un bon exemple de coûts indirects. La Commission constate qu'il faudrait, par exemple, considérer aussi les « autres frais liés aux conflits »¹⁰¹ soit la productivité au travail, l'absentéisme, la santé mentale, la détérioration des relations personnelles et professionnelles, etc. Malgré la reconnaissance que l'émergence des modes de PRD soit en partie due à l'inefficacité économique, il existe un malaise avec l'idée de donner à la médiation des objectifs économiques¹⁰².

Ainsi, l'objectif principal semble être ailleurs. Cependant, il est énoncé dans la littérature scientifique qu'une diminution des coûts et des délais reste une finalité prévisible et importante pour les CRA. La Commission du droit du Canada explique que la pérennité de l'expérience de la CRA en dépend : « il est peu probable qu'on trouve acceptable un processus qui imposerait une hausse des coûts à long terme à l'une des parties ou à l'État »¹⁰³. La professeure Louise Lalonde expose l'existence des considérations économiques positives tout en mentionnant que d'autres aspects doivent être considérés :

Par ailleurs, l'intérêt pour la CRA est souvent justifiée par son efficacité, en termes de coûts et de délais, que semblent traduire les statistiques dénombrant les

⁹⁹Legault, « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit », *supra* note 85 à la p 181.

¹⁰⁰Commission du droit du Canada, *La transformation des rapports humains par la justice participative*, *supra* note 21 à la p 102.

¹⁰¹*Ibid.*

¹⁰²Robert A Baruch Bush, « Efficiency and Protection, or Empowerment and Recognition: The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation » (1989) 41 Fla L Rev 253.

¹⁰³Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21 à la p 28.

ententes signées par les parties au terme de la CRA. Ces facteurs sont certes importants et militent en faveur de son usage, mais ils sont insuffisants pour apprécier et assurer la qualité de la justice offerte par la CRA¹⁰⁴.

Ainsi, même si la minimisation des coûts et des délais ne constitue pas une finalité pour laquelle la CRA est conceptualisée, ces « facteurs » sont présents dans la littérature et font partie du potentiel proposé pour la CRA¹⁰⁵. La plupart des articles scientifiques recensés abordant les qualités de la médiation judiciaire font une brève mention des considérations économiques, mais aucune analyse scientifique n'accompagne ces considérations. Malgré tout, le potentiel est parfois énoncé comme étant une évidence intuitive, comme dans le passage suivant:

Même si ces données ne permettent pas d'établir que la médiation judiciaire corrige toutes les déficiences du système de justice civile, elles démontrent sans contredit que la médiation judiciaire a amélioré l'accessibilité à la justice en réduisant les coûts et délais. En effet, le temps requis pour une médiation judiciaire étant plus court que celui du procès, les coûts sont moins élevés, les délais moins longs et le temps libéré des juges règle en partie l'engorgement des tribunaux¹⁰⁶.

Les propos de cette auteure trouvent écho dans les discours des acteurs sociaux : la CRA serait moins coûteuse, car elle a un haut taux de réussite et une plus grande rapidité pour les justiciables¹⁰⁷. Il est cependant peu fréquent que la littérature donne des explications sur

¹⁰⁴ Louise Lalonde, « Mémoire portant sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile : Plus spécifiquement, concernant les dispositions relatives à la Conférence de règlement à l'amiable (CRA) et à la médiation comme mode de justice civile privée » (novembre 2011), déposé à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, en ligne : Université de Sherbrooke <http://www.usherbrooke.ca/cdgs/fileadmin/sites/cdgs/documents/L_Lalonde_F_Memoire_CPC.pdf> à la p 7.

¹⁰⁵ Par exemple, voir : Ginette Latulippe, *La médiation judiciaire : un nouvel exercice de justice*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012 ; Bay Garth, « Settlement of dispute out of court in the United States: The role of lawyers in the recent emphasis of neighborhood justice centers in conciliator » ; Kötz et Ottenhof, dir, *La conciliation, une étude comparative*, Paris, Economica, 1983 ; Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21 à la p 100 ; Noreau, *Les conférences de conciliation et de gestion judiciaire - Projet pilote de Longueuil 2009*, *supra* note 41 ; Sous-comité sur l'accès à la justice du Comité sur l'administration de la justice, *L'accès à la justice : Rapport sur certaines initiatives de réforme au Canada*, 2008.

¹⁰⁶ Latulippe, « La médiation judiciaire, un nouvel exercice de justice (mémoire de maîtrise) », *supra* note 105 à la p 23.

¹⁰⁷ Louise Otis, « The Conciliation Service Program of the Court of Appeal of Quebec » (2000) 11 *World Arb & Mediation Rep* 80.

l'efficacité économique de la CRA.

Ainsi, malgré qu'il y ait une reconnaissance de l'importance des considérations économiques par rapport à l'émergence des modes de PRD, la littérature ne considère pas la CRA comme étant un mécanisme ayant pour principaux objectifs de diminuer les coûts et les délais judiciaires. Nous avons constaté qu'il semble même y avoir une certaine réticence dans la littérature à aborder ces considérations. Il semble que ces réticences soient dues au risque perçu que les causes deviennent la finalité, au détriment du potentiel de la médiation¹⁰⁸. Malgré le malaise face à ce type d'argument, la CRA est tout de même pressentie comme étant de nature à combler une grande gamme d'insuffisances, qu'elles soient « pragmatiques », « sociales » ou « conceptuelles »¹⁰⁹. En outre, la littérature scientifique n'apporte pas plus d'explications que le discours des acteurs sociaux quant aux raisons pour lesquelles la CRA diminuerait les coûts et les délais.

Comme nous pouvons voir, il existe plusieurs manières de concevoir la médiation judiciaire, ses causes et sa finalité. Ainsi, lors de l'institutionnalisation de la médiation au Québec, certains choix ont dû être faits. Nous aborderons ces choix dans la prochaine section.

2.5 L'institutionnalisation de la médiation au Québec

La littérature énonce plusieurs manières de mettre en œuvre le potentiel de la médiation¹¹⁰. Un de ces exemples est le mouvement des « neighborhood justice centers » aux États-Unis¹¹¹. Depuis, plusieurs centaines de centres de ce type ont vu le jour aux États-

¹⁰⁸Louise Lalonde, « Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation? Le 'continuum' dans la pratique civile et commerciale de la médiation » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Développements récents en médiation (2001), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 73.

¹⁰⁹Roberge, « La médiation judiciaire «innovante» peut-elle améliorer le système judiciaire? Synthèse et analyse des réponses de la communauté juridique canadienne - Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes », *supra* note 83 à la p 2.

¹¹⁰Lalonde, « Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation? Le «continuum» dans la pratique civile et commerciale de la médiation », *supra* note 108.

¹¹¹Ces dernier ce nomme : « neighborhood justice centres » : voir Kimberly A Klock, « Resolution of Domestic Disputes through Extra-Judicial Mechanisms in the United States and Asia : Neighborhood Justice Centers, the Panchayat, and the Mahalla » (2001) 15 Temp Int'l & Comp LJ 275 ; Primm, Edith B. « The Neighborhood Justice Center Movement » (1992) 81 Ky LJ 1067 ;

Unis. Les expériences américaines d'institutionnalisation sont très différentes les unes des autres; par la loi qui les encadre, par leur affiliation au système formel, par le processus utilisé, mais aussi par les résultats obtenus¹¹². Ainsi, nous allons donc présenter, dans cette section, les spécificités de l'institutionnalisation de la médiation au Québec.

La première caractéristique de la médiation au Québec est l'encadrement législatif dont elle fait l'objet. Un projet de loi vient d'être déposé, voici comment il expose la CRA :

151.16. La conférence a pour but d'aider les parties à communiquer, à négocier, à identifier leurs intérêts, à évaluer leurs positions et à explorer des solutions mutuellement satisfaisantes.

Elle a lieu à huis clos, sans frais, ni formalités.

151.17. La conférence est tenue en présence des parties et, si ces dernières le souhaitent, de leurs procureurs. Le juge qui la préside peut rencontrer les parties séparément, si elles y consentent. Peuvent aussi y participer les personnes dont la présence est considérée, par le juge et les parties, utile au règlement du litige.

151.18. Le juge définit, de concert avec les parties, les règles applicables à la conférence et les mesures propres à en faciliter le déroulement et il établit avec elles le calendrier des rencontres.

[Code de procédure civile]

Une autre des caractéristiques de la CRA au Québec c'est qu'elle constitue à elle seule l'alternative étatique au processus contradictoire. Le système de justice civile¹¹³ québécois est un système hybride et unifié, il offre une seule alternative quant au processus pour dénouer un différend¹¹⁴. Pour l'ex-juge Louise Otis, initiatrice du programme de

Slayton, « Neighborhood Justice Centers - An Alternative », *supra* note 19 ; Jill Richey Rayburn, « Neighborhood Justice Centers : Community Use of ADR : Does It Really Work » (1995) 26 U Mem L Rev 1197 ; Sander, « Alternative Methods of Dispute Resolution », *supra* note 20.

¹¹² Primm, « The Neighborhood Justice Center Movement », *supra* note 111 à la p 1082. C'est au milieu des années 80 que les services de médiation judiciaire, « court annexed-mediation », font leur apparition aux États-Unis. Les premiers projets de médiation judiciaire ont été implantés à Washington, Tulsa et Houston : Barrett et Barrett, *A History of Alternative Dispute Resolution*, *supra* note 3 à la p 234.

¹¹³ Il existe également certaines pratiques s'apparentant à la médiation au niveau pénal. Nous n'aborderons pas ces dernières dans le présent mémoire.

¹¹⁴ Louise Otis et Eric H Reiter, « Mediation by Judges : A New Phenomenon in the Transformation of Justice » (2006), en ligne : Pepperdine University School of Law <<http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol6/iss3/2>>.

conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec, la CRA offre une voie alternative au procès car le processus de la CRA se fait suivant d'autres règles que celles définies par le droit¹¹⁵. En effet, l'article 151.18 du *Code de procédure civile* remet aux parties le soin d'élaborer de concert avec le juge/médiateur les normes applicables au processus. Cette caractéristique reprend la notion « d'empowerment » issue de la littérature scientifique concernant la négociation et la médiation¹¹⁶.

Une deuxième particularité est que la CRA au Québec est présidée par un juge. Pour la juge Otis, ceci apporterait un degré de crédibilité, d'autorité morale et d'impartialité à la CRA. La connaissance de la loi, des dossiers et la possibilité d'homologuer les règlements sur place seraient autant d'avantages de la médiation lorsqu'elle est pratiquée par un juge au palais de justice¹¹⁷.

En outre, la CRA se fait sur une base volontaire ; les parties peuvent, à tout moment, abandonner la médiation¹¹⁸. La CRA est un processus totalement confidentiel, où le juge/médiateur ne peut compromettre les positions juridiques des parties et, de plus « [s]i aucun règlement n'intervient, le juge ne peut par la suite entendre aucune demande relative au litige »¹¹⁹. Pour la juge Courteau, ces caractéristiques permettraient une plus grande transparence et une plus grande coopération entre les parties¹²⁰.

Outre la législation, le processus s'est notamment formalisé par l'organisation de formations pour les juges et par l'adoption de règles de pratique dans les différents tribunaux¹²¹. Lors des formations, il est enseigné des exemples d'étapes à suivre pour guider la CRA. La juge Courteau propose cinq étapes pour le déroulement d'une CRA, à

¹¹⁵*Ibid.*

¹¹⁶Louise Otis, « La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire », dans 8^e *Conférence Albert-Mayrand 2004*, Montréal, Thémis, 2005, à la p 20.

¹¹⁷Otis et Reiter, « Mediation by Judges », *supra* note 114 à la p 1.

¹¹⁸Suzanne Courteau, « La conciliation judiciaire à la Cour supérieure » (2005) 3 : 1 *Revue de prévention et de règlement des différends* 51.

¹¹⁹*Code de procédure civile*, *supra* note 27, art 151.21 et 151.23.

¹²⁰Courteau, « La conciliation judiciaire à la Cour supérieure », *supra* note 118 à la p 55 ; *Code de procédure civile*, *supra* note 27, art 151.21.

¹²¹Règles modifiant les Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière civile, (2001) GOQ II, 6019 (*Code de procédure civile*).

savoir : l'ouverture, la communication, la négociation, l'entente et la clôture¹²². Lors des séances de formation, il est proposé aux juges une manière de conduire les CRA pour s'assurer qu'elles soient offertes d'une manière uniforme et qu'elles remplissent leurs objectifs, principalement, d'offrir une alternative au processus contradictoire. Par exemple, les juges/médiateurs doivent guider la CRA pour que les participants s'éloignent de la « négociation sur position »¹²³. Pour ce faire, il est enseigné aux juges de définir le problème commun à partir des valeurs, intérêts, besoins et émotions des parties (VIBES)¹²⁴. Le processus qui est enseigné demande aux juges de respecter la subjectivité des parties pour laisser ces derniers définir le problème et établir les normes applicables. Le processus instauré au Québec a pour but de créer une nouvelle manière de rendre justice, pas seulement de créer de nouveaux forums¹²⁵. Pour s'assurer qu'une différente justice s'opère, le processus doit être différent, c'est-à-dire que le juge ne doit pas « dire le droit », il doit limiter son intervention à « régler le problème » dans le respect de l'ordre public¹²⁶. Il est d'ailleurs impératif que le droit ne soit pas débattu, car la CRA n'est pas pourvue des protections procédurales usuelles. Ceci étant dit, les deux systèmes de règlement des différends ne sont pas considérés comme étant en compétition : la juge Otis parle de « synergie » entre les deux manières de résoudre les différends¹²⁷. La CRA et le procès ne s'opposent pas, mais présentent des options complémentaires. L'uniformisation des pratiques remplit plusieurs objectifs : éviter l'arbitraire, maintenir la crédibilité du mécanisme, éviter la confusion chez les citoyens et assurer d'une réelle accessibilité à la CRA¹²⁸. Dans un effort d'uniformisation des pratiques, le processus lui-même est enseigné, mais il n'est pas encore intégré aux textes de loi. Pour certains auteurs, ceci serait la

¹²²Courteau, « La conciliation judiciaire à la Cour supérieure », *supra* note 118.

¹²³*Ibid* à la p 55.

¹²⁴L'expression « VIBES » est attribuable à la juge Suzanne Courteau de la Cour supérieure du Québec et à l'équipe de formation en CRA des magistrats québécois en 2005.

¹²⁵Lalonde, « La médiation judiciaire : nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions? » dans Andér Riendeau, dir. *Dire le droit : pour qui et à quel prix?* *supra* note 79.

¹²⁶Otis, « La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire, », *supra* note 116 à la p 20.

¹²⁷*Ibid* à la p 18.

¹²⁸Louise Lalonde, *Mémoire portant sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile - Plus spécifiquement, concernant les dispositions relatives à la Conférence de règlement à l'amiable (CRA) et à la médiation comme mode de justice civile privée*, *supra* note 104 à la p 11.

prochaine étape d'institutionnalisation de la pratique de la médiation¹²⁹.

2.6 Le problème de recherche : les différentes manières d'aborder les considérations économiques entourant le potentiel de la CRA

L'ensemble de ce que nous avons présenté à propos de l'histoire, des faits, du discours des acteurs sociaux et des littératures scientifiques place la CRA dans un contexte particulier. La contextualisation conduit à la mise en relief des différentes perspectives et approches. La première constatation est que les considérations économiques ne sont pas traitées d'une manière constante en fonction de la perspective qui est adoptée. Le survol historique de la CRA semble révéler que cette dernière tend à être considérée comme une alternative au système judiciaire à des moments dans l'histoire où l'offre publique de justice n'était plus adaptée¹³⁰. La situation factuelle actuelle montre qu'il existe présentement un problème d'engorgement des tribunaux conséquent de la durée et de la complexité des causes. Il en découle une perte de confiance des justiciables et une désaffection pour les tribunaux. Les coûts et les délais pour avoir accès aux tribunaux ont augmenté régulièrement depuis les 30 dernières années. Il n'est pas surprenant dès lors que, selon la perception du public, les coûts et les délais soient les problèmes les plus importants affectant le système de justice. Parallèlement, la CRA est de plus en plus utilisée pour régler les différends.

À l'opposé, le survol de la littérature scientifique à propos de la CRA révèle que cette littérature n'effectue pas d'analyse des considérations économiques. Ces dernières ne sont pas son objet d'étude. Lorsqu'un auteur aborde la diminution de coûts et de délais attribuables à la CRA, ceci est simplement un constat, aucune analyse n'est faite et rarement ces constats sont appuyés par des études spécifiques sur le sujet. Malgré tout, les coûts et les délais sont des aspects qui sont énoncés dans la littérature. Ils sont même considérés comme étant importants pour la pérennité de l'institutionnalisation de la médiation¹³¹. Certains auteurs ont déjà donné des indices qu'une telle recherche serait nécessaire, Kim Taylor et Ksenia Svechnikova arrivent à cette conclusion dans un article

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Main, « ADR », *supra* note 33 ; Barrett et Barrett, *A History of Alternative Dispute Resolution*, *supra* note 3; Jerold SAuerbach, *Justice without Law? : Resolving Disputes Without Lawyers*, Oxford, Oxford University Press, 1984.

¹³¹ Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21 à la p 28.

effectuant une revue de la littérature à propos du coût de la justice civile au Canada:

The inevitable conclusion is that there is currently no methodological models for systematic measurement of Canadian costs of access to justice. Such international research as is available offers some help in beginning to develop designs and measurements, but is dated and may have limited applicability in a Canadian context. [...]To move costs of justice research forward it will be necessary to develop innovative models that measure discrete paths to justice options and begin to build the capacity to compare costs¹³².

Un autre indice que les considérations économiques entourant la CRA n'ont pas fait l'objet de recherches scientifiques est l'absence de données en la matière. En effet, en 2012, le Barreau du Québec constatait qu'il manque « cruellement de données pour évaluer si les réformes mises en place fonctionnent et si l'accès s'améliore »¹³³. Le Barreau constate également qu'il n'y aurait pas de mesures d'évaluation objectives pour apprécier les effets de nouveaux mécanismes procéduraux¹³⁴. Les lacunes dans le domaine de l'évaluation des considérations économiques du système judiciaire sont flagrantes dans un rapport du vérificateur général en 2010:

Le MJQ ne procède pas à l'analyse des principales données financières en lien avec les activités judiciaires et les lieux publics qu'il utilise, en particulier les salles d'audience. De plus, il n'est pas doté d'un ensemble d'indicateurs qui lui permettraient de réaliser une veille efficace concernant le déroulement de ces activités, entre autres ceux relatifs aux coûts, au volume des activités et aux délais. En outre, nous n'avons pas repéré de suivi régulier et documenté des détails d'audition ou de règlement des causes de la part du MJQ, pas plus que celui-ci ne s'est fixé de concert avec la magistrature, d'objectifs et de cibles à atteindre en la matière¹³⁵.

Le manque de données et d'études scientifiques ne se limite pas au Québec ou au Canada, Frank Sander constate cela aux États-Unis: « there is a public policy impediment, and that

¹³²Kim Taylor et Ksenia Svechnikova. « *What does it cost to access justice in Canada? How much is « too much »? And how do we know?* » (février 2010), en ligne: Forum canadien sur la justice civile <<http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2010/cost-litreview-en.pdf>> à la pa 22.

¹³³Barreau du Québec, « Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile : Il faut poursuivre le travail si on veut atteindre les objectifs » (2 février 2012), Communiqués 2012, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/fr/actualites-medias/communiques/2012/02/02-nouveau-code-procedure-civile>>.

¹³⁴*Ibid.*

¹³⁵Vérificateur général du Québec, *Rapport du vérificateur général du Québec à l'Assemblée Nationale pour l'année 2009-2010 : Faits saillants*, t 2, Québec, Publications du Québec, 2010, à la p 4.

is the lack of adequate cost-benefit studies »¹³⁶. Certains auteurs ne font pas que décrire le manque dans l'état du savoir, ils constatent que lorsqu'il est question de modes de PRD, l'efficacité est souvent tenue pour acquise :

The common threads running through this literature include a laudatory and reverent tone towards ADR, a consensus orientation, and largely speculative claims about the efficacy of ADR. The empirical-descriptive literature has tested many of these claims and found them wanting. It is by no means clear from the empirical evidence that ADR institutions substantially reduce court congestion, necessarily provide speedier or cheaper justice, are therapeutic or non-coercive, or are capable of fostering community values or producing long-term compliance as proponents assert. This apparent failure of ADR to achieve many of its goals has spawned a new body of critical scholarship which challenges many of the presuppositions which have dominated ADR reform proposals¹³⁷.

Comme l'exprime le passage précédent, la rareté des études ne devrait pas permettre de tenir pour acquis qu'une réduction des coûts et des délais résulterait d'une institutionnalisation de la médiation.

Ainsi, nous constatons que la littérature scientifique et le discours des acteurs sociaux n'abordent pas les considérations économiques de la même manière. L'importance qui est donnée à ces facteurs diffère beaucoup. Pour les acteurs sociaux et pour les justiciables, les coûts et les délais sont systématiquement énoncés comme étant les principaux facteurs militant pour l'utilisation de modes alternatifs au procès tels que la CRA. Pourtant, ces considérations ne font pas l'objet d'études de la littérature scientifique abordant les modes de PRD. De plus, lorsque les considérations économiques sont abordées, elles sont énoncées comme étant des constats et non comme le résultat d'une analyse. Enfin, il existe d'importantes différences dans la manière d'interpréter la raison d'être des CRA. Le présent mémoire a pour but de faire la lumière sur ceci, c'est-à-dire de comprendre les

¹³⁶Frank EA, « The Future of ADR: The Earl F. Nelson Memorial Lecture » (2000) 2000 J Disp Resol 3 à la p 6.

¹³⁷William T Gallagher, « The Transformation of Justice: Hofrichter's Neighborhood Justice and Harrington's Shadow Justice » (1988) 13 Law & Soc Inquiry 133 à la p 134. Pour plus sur le sujet voir aussi : Jane Adler, Deborah R Hensler et Charles Nelson avec la collaboration de Gregory J Rest, *Simple Justice : How Litigants Fare in the Pittsburgh Court Arbitration Program*, Santa Monica (Cal), RAND, 1983 ; Deborah R Hensler, Albert Lipson et Elizabeth Rolph, *Judicial Arbitration in California : The First Year*, Santa Monica (Cal), RAND, 1981 ; H Kritzer et Jill Anderson, « The Arbitration Alternative : A Comparative Analysis of Case Processing Time, Disposition, Mode, and Cost in the American Arbitration Association and the Courts » (1983) 8 Justice System Journal 6 ; Jessica Pearson, « An Evaluation of Alternatives to Court Adjudication », (1982) 7 Justice System Journal 420.

différences entre les différentes approches lorsqu'il est question de la capacité de la CRA de diminuer les coûts et les délais judiciaires.

2.6.1 La formulation du problème de recherche

Le problème que nous avons identifié se situe au niveau des considérations économiques entourant l'émergence et le potentiel de la CRA. Il semble y avoir une absence d'analyse scientifique dans l'état du savoir et nous pouvons constater que ces considérations sont traitées différemment par le discours des acteurs sociaux et par la littérature scientifique. Ainsi, nous formulons l'hypothèse que l'AED va pouvoir nous permettre d'effectuer deux niveaux d'analyse pour éclairer ce problème. Premièrement nous allons pouvoir analyser le discours des acteurs sociaux qui semblent avoir émis le constat que la CRA puisse diminuer les coûts et les délais judiciaires. Deuxièmement, nous allons comparer le regard que pose l'AED et celui de la littérature concernant la CRA pour comprendre pourquoi aucune analyse de ces considérations n'est faite dans la littérature. Étant donné que l'AED et les modes de PRD comportent, tous deux, des approches théoriques différentes, il n'est pas approprié d'analyser l'une par l'autre. C'est-à-dire que notre analyse présentera les convergences et divergences entre les deux approches. Nous proposons que la comparaison entre les discours permettra d'expliquer pourquoi les deux approches traitent les considérations économiques différemment. Finalement, à travers cette présentation, il sera inévitable et opportun d'établir ce que l'AED dit de l'efficacité de la CRA.

L'AED peut être définie comme étant une discipline utilisant les outils développés par la science économique dans le but de décrire et d'évaluer la normativité juridique. Elle analyse le phénomène juridique selon une triple finalité¹³⁸ : déterminer les effets économiques des lois, indiquer la normativité qui serait plus efficace et prédire la législation qui sera retenue en raison de ses effets économiques. Lorsque les acteurs sociaux affirment que les CRA peuvent faire diminuer les coûts et les délais judiciaires, nous avons précisément affaire à des arguments susceptibles d'être compris selon une analyse économique du droit. Donc l'AED sera utilisée pour analyser le discours des acteurs sociaux. En analysant ce discours, l'AED permettra de donner des outils pour évaluer la

¹³⁸Bruno Oppetit, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999; Richard A Posner, *Economic Analysis of Law*, 7e éd., New York, Aspen Publishers, 2007.

normativité qui, selon elle, serait plus efficace. En deuxième lieu, l'AED sera utilisé d'une manière comparative avec l'approche utilisée dans la littérature abordant les modes de PRD. Pour guider la recherche à propos de ces interrogations, la question de recherche suivante a été formulée :

Comment l'analyse économique du droit peut-elle éclairer la littérature scientifique et le discours des acteurs sociaux lorsqu'il est question de l'importance relative des considérations économiques dans la construction du potentiel de la CRA ?

L'hypothèse que nous formulons est donc que l'AED va pouvoir nous aider à comprendre la littérature et éclairer les discours par rapport à l'efficacité économique de la CRA. Il semble approprié d'utiliser des notions tirées de l'économie pour évaluer des arguments de type économique: notamment les coûts, les délais et l'efficacité. Robert Mnookin, professeur en AED de l'Université Harvard, propose que l'analyse de l'implantation de mécanisme procédural soit un domaine de questionnement naturel pour l'AED :

This suggests an important question for law and economics: What incentive effects are created when some form of ADR is added to the litigation process? In considering the desirability of ADR these effects must be considered, both theoretically and empirically, for adding a layer of ADR can have important and complex effects both on the frequency with which suits are brought and on the settlement process¹³⁹.

L'objectif global du mémoire est de mieux comprendre la complexité des effets que peut avoir l'implantation des CRA selon les différents discours tant des acteurs que de l'AED elle-même. Le cadre théorique va également permettre de préciser certaines notions, car il existe plusieurs manières de définir les types de coûts, de délais et d'efficacités de la procédure judiciaire, permettant alors de nuancer et d'éclairer les discours sur la CRA.

2.7 Les précisions méthodologiques

La méthode choisie dans ce mémoire est d'utiliser un cadre théorique issu de l'AED pour éclairer les notions économiques présentes dans le discours des acteurs sociaux et dans la

¹³⁹ Robert Mnookin, « Alternative Dispute Resolution » (mars 1998), en ligne : <http://lsr.nellco.org/harvard_olin/232>.

littérature scientifique. L'éclairage apporté par l'AED va permettre une analyse des considérations économiques, elles-mêmes à la lumière de l'AED et elle va également permettre de comparer l'approche de l'AED avec les approches recensées dans les discours et dans la littérature scientifique.

L'analyse comportera deux volets: le premier consistera à expliquer à l'aide de l'AED les considérations économiques et à analyser le discours des acteurs sociaux. Deuxièmement, une analyse conceptuelle et comparative sera effectuée pour identifier les convergences et les divergences entre la littérature scientifique concernant les PRD et celles concernant l'AED. L'objectif du deuxième niveau d'analyse est de comprendre ce qui diffère dans les façons d'aborder les considérations économiques et plus largement, la CRA. L'analyse comparative fera en sorte que nous pourrons révéler les « angles morts » des différentes approches dont celle de l'AED.

L'AED sera abordée dans chacun des chapitres. Pour être capable de comparer l'AED, les discours et la littérature scientifique, nous allons traiter d'un chapitre à l'autre les mêmes variables issues du cadre théorique. En d'autres mots, nous utilisons l'AED pour nous fournir les thèmes qui seront abordés dans chacun des chapitres. Nous avons fait un choix des variables les plus pertinentes pour analyser les arguments de type économique que nous retrouvons dans les différents discours, soit : la logique du différend, les notions de coûts et de délais et finalement la notion d'efficacité économique. Nous exposerons le choix de cette grille de lecture dans le chapitre suivant. Ces thèmes seront repris comme grille pour structurer l'analyse du mémoire, car elle explique, dans l'ordre, le problème qu'on veut régler, la nature du traitement que veut poser la CRA et les finalités constatées ou espérées.

À l'aide de cette grille, nous analyserons les discours des acteurs sociaux. Étant donné la nature de l'objet de recherche, nous accorderons plus d'importance aux acteurs du milieu juridique québécois. Bien que la CRA soit unique au Québec, mais nous allons également aborder la réalité canadienne lorsque la médiation judiciaire est discutée dans les forums pancanadiens.

Dans un deuxième temps, nous proposons de mettre en relief la théorie de l'AED et la littérature concernant les modes de PRD. Ceci nous permettra d'exposer les explications sur pourquoi ces considérations sont abordées de manière différente. En faisant cet exercice, nous ne pourrions nous limiter à la littérature québécoise, car plusieurs idées concernant les PRD proviennent de l'étranger. En outre, les auteurs ayant appliqué l'AED aux modes de PRD sont presque exclusivement américains, il sera donc nécessaire d'utiliser ces sources d'information.

Nous analyserons le discours d'un grand nombre d'intervenants et une littérature qui est riche et hétérogène. Il est impossible de tout considérer, il est seulement possible d'identifier certaines tendances. Nous sommes conscients que cela ne nous permet pas toujours de considérer la complexité des discours, mais le fait de caractériser les approches va nous permettre de les comparer. C'est ainsi que le discours des acteurs sociaux sera caractérisé comme se concentrant principalement sur les effets privés de la CRA, tandis que la littérature scientifique élargit davantage son regard pour aborder les effets de la CRA pour la société en général. Malgré que ce niveau d'analyse existe parfois dans le discours des acteurs sociaux, il ne sera pas repris pour ne pas alourdir le texte. Bref, la section 4.3 se concentrera davantage sur les effets privés de la médiation tandis que la section 5.3 traitera des effets potentiels plus larges, caractéristiques de la littérature scientifique.

Un certain nombre de caractéristiques sont partagées par les courants de l'AED. La principale caractéristique qui les unit c'est qu'ils suivent tous une approche conséquentialiste qui se concentre sur les effets des incitatifs sur le comportement humain. De plus, ces derniers utilisent des outils généralement issus de la microéconomie. Cependant, tout comme la littérature concernant les modes de PRD, l'AED n'est pas une approche homogène. Les tenants de l'AED ne se basent pas tous sur les mêmes hypothèses et ils ne favorisent pas tous les mêmes barèmes d'efficacité¹⁴⁰. Il existe ainsi plusieurs différents courants à l'AED. De plus, au sein d'un même courant, il existe plusieurs outils différents pour analyser un problème. L'objectif n'est pas de comparer les différents

¹⁴⁰Bruno Deffains, *Analyse économique du droit et théorie du droit : perspectives méthodologiques*, projet de recherche, Groupement d'intérêt public (GIP) Mission de recherche Droit et Justice, 2010, en ligne : <http://www.gip-recherche-justice.fr/catalogue/PDF/rapports/202-RF-Ferey-Deffains.pdf> aux pp 8-17.

courants de l'AED. Nous utiliserons les outils développés par l'AED qui sont les plus propices à amener une réponse aux interrogations qui sont abordées compte tenu des limites inhérentes à la construction théorique dans un mémoire de maîtrise. Mentionnons cependant que les références à Richard Posner sont incontournables lorsqu'il est question d'AED. Ce dernier est considéré comme étant le père de la discipline et représentant du courant traditionnel. Également, il sera alors parfois utile, pour expliquer certaines apparentes irrationalités du comportement humain, de se tourner vers le « *behavioral law and economics* » : ce courant a développé une littérature qui analyse particulièrement les effets de certains comportements sur la médiation. Finalement, il est impossible de n'utiliser que l'AED issue du Québec, car malgré les progrès récents, la très grande majorité de la littérature concernant l'AED provient des États-Unis et de l'Europe¹⁴¹. Pour terminer, l'AED présente plusieurs façons de définir l'efficacité. L'approche face à l'efficacité varie selon les auteurs, pouvant amener un éclairage différent sur le problème. L'objectif du mémoire n'est pas de discriminer entre les approches. Nous présenterons et utiliserons donc plusieurs manières diverses de concevoir l'efficacité. L'idée est de présenter un éclairage qu'amène l'AED.

La recherche que nous effectuons ne sera pas empirique. Le présent mémoire est plutôt une recherche documentaire et théorique à trois volets : une description théorique de certains concepts issus de l'AED, une analyse du discours en place pour vérifier les fondements de l'argumentation économique et finalement une déconstruction de l'arrière-plan des discours pour mieux en comprendre les différentes théorisations économiques derrière la CRA.

L'objet de recherche, le rapport entre les coûts et délais et la CRA, provient d'un champ de recherche plus large, soit celui de la médiation. Celle-ci est elle-même issue d'un domaine de recherche plus large, soit l'étude des modes de prévention et règlement des différends (PRD). La CRA étant un mécanisme québécois, la littérature à propos de la médiation judiciaire ne parle pas toujours précisément de la CRA. Il est souvent question de la

¹⁴¹ Au Québec, la littérature à propos de l'AED se limite essentiellement à l'œuvre de Ejan Mackaay. Mackaay Ejan et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2008. Sinon, les courants les plus caractéristiques de l'AED sont l'école de Chicago et l'école autrichienne. L'AED est enseignée dans un grand nombre de facultés de droit et d'économie dans le monde.

médiation en général, judiciaire et non-judiciaire. Cette littérature, plus englobante, sera souvent la seule sur le sujet. Nous allons donc, lorsqu'il sera nécessaire, utiliser cette dernière pour l'appliquer à la CRA.

3 Cadre théorique de l'AED

L'objet de la recherche est le rapport entre les coûts et délais et la CRA. Comme nous l'avons déjà démontré, la CRA est un mécanisme procédural qui peut être conceptualisé de plusieurs manières et qui promet de pallier différents problèmes, dont la réduction des coûts et des délais judiciaires. Lorsqu'il est question d'efficacité économique, trois variables sont incontournables. Premièrement, il faut cerner ce sur quoi la CRA veut agir, c'est-à-dire le différend. Ensuite, étant donné que le présent mémoire est une analyse de discours, nous allons aborder les aspects sur lesquelles porte précisément la question de recherche : les coûts et les délais judiciaires. Finalement, il sera ensuite possible de réfléchir la question de l'efficacité économique des CRA. Ce chapitre est donc, avant tout, une présentation des notions théoriques de l'AED lorsqu'il est question de ces trois variables.

3.1 Fondements de l'AED

La science politique, la science économique et celle du droit sont toutes issues d'une même discipline philosophique¹⁴². C'est au siècle des lumières, plus particulièrement en Écosse, que débute l'étude de l'économie en tant que discipline indépendante¹⁴³. Fait peu connu, l'Écossais Adam Smith, père de l'économie moderne, fut professeur de droit avant de publier son livre sur la richesse des nations¹⁴⁴. Les liens entre les disciplines ont perduré dans le temps, l'économie a été enseignée au sein des facultés de droit en Allemagne jusqu'en 1940. À l'université de Montréal, les finances publiques étaient enseignées à la faculté de droit par un économiste jusque dans les années 1980. En outre, l'idée d'utiliser l'économie pour faire une lecture des problèmes sociaux et juridiques peut être remarquée

¹⁴²Joseph Cropsey, « On the Relation of Political Science and Economics », (1960) 54 Am Pol Sc Rev 3 à la p 8: « For twenty centuries there was but one social science, namely, political philosophy, and it had as its purpose to understand the nature of those who are to rule and of those who are to be ruled, and the nature or constitution of political society in the light of that understanding ».

¹⁴³Rousseau, *Analyse économique du droit*, supra note 141 à la p 7.

¹⁴⁴ Adam Smith, Ewin Cannan et Max Lerner, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, New York, Modern Library, 1937.

depuis des centaines d'années¹⁴⁵. Cependant, ce n'est qu'à partir de la deuxième moitié du XX^e siècle que les bases de l'AED moderne prennent forme¹⁴⁶. L'émergence de l'AED peut être associée à deux écoles de pensée du XX^e siècle: l'*impérialisme économique*¹⁴⁷ et le *réalisme juridique*¹⁴⁸. Il en résulte un mouvement où l'on applique à la normativité juridique les outils issus de la microéconomie. Au milieu des années 1980 le mouvement de l'AED perd son consensus théorique; la discipline va éclater en plusieurs branches¹⁴⁹. Les différents courants ne sont pas toujours en opposition, mais il existera désormais un « pluralisme méthodologique et théorique »¹⁵⁰. Parmi la multitude d'approches, celle de Richard Posner peut être considérée comme étant emblématique de l'AED. Aujourd'hui encore, elle est ce qui se rapproche le plus du courant central de la discipline¹⁵¹.

Parmi les différentes branches de la discipline, plusieurs définitions sont données à l'AED. Charles Rowley la définit comme étant l'application des théories d'économie et d'économétrie à l'analyse des structures des processus et des impacts des lois et des institutions légales. Selon cette définition les institutions légales et les autres variables font partie d'un système¹⁵². L'intérêt est d'analyser l'effet de la modulation d'une variable sur les autres variables. Le Français Bruno Deffains vient compléter la définition précédente, il présente la discipline comme suit : « l'application des hypothèses théoriques (rationalité, maximisation de l'utilité, mécanismes incitatifs, etc.) et des critères de jugement (équilibre,

¹⁴⁵ Heath Pearson, *Origins of Law and Economics: The Economists' New Science of Law, 1830-1930*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 1997.

¹⁴⁶ Un article de Ronald Coase peut être identifié comme point de départ de l'AED moderne : Ronald Coase, « The Problem of Social Cost » (1960) 3 *JL & Econ* 1.

¹⁴⁷ La démarche de Gary Becker relève de l'impérialisme économique. Ce dernier exprime clairement que l'analyse économique devrait être appliquée à plus d'aspects d'études dans les sciences dites sociales. Gary S Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1978.

¹⁴⁸ L'« *impérialisme économique*, qui cherche, depuis les années 1950, à appliquer les outils d'analyse économique en dehors du domaine traditionnel de la science économique » et le « *réalisme juridique* (legal realism), dont les tenants estimaient que la science économique et la sociologie étaient non seulement des disciplines aliées, mais faisaient en quelque sorte partie intégrante du droit » : Rousseau, *Analyse économique du droit*, *supra* note 141.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Samuel Ferey, Samuel. *Une histoire de l'analyse économique du droit : Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ; Deffains, « Analyse économique du droit: perspectives méthodologiques », *supra* note 140.

¹⁵¹ Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138.

¹⁵² Charles K Rowley, « Public Choice and the Economic Analysis of the Law » dans Nicholas Mercuro, dir, *Law and Economics*, Boston, Kluwer, 1989 à la p 125.

optimalité) des économistes à l'explication et à l'évaluation des règles juridiques »¹⁵³. Les définitions proposées laissent entendre que la discipline a une double nature: elle se veut à la fois descriptive et normative. L'AED n'a pas toujours facilité la conciliation de ces deux finalités. L'aspect normatif de l'AED est issu des travaux de Gary Becker. Pour ce dernier, l'AED est un cadre ou “unified framework for all behaviour involving scarce resources, nonmarket as well as market, nonmonetary as well as monetary, small group as well as competitive”¹⁵⁴. Richard Posner, lorsqu'il passe à l'université de Chicago, va se rapprocher de la position méthodologique de Becker. Peu à peu, malgré les réticences originelles, l'aspect normatif de l'AED sera largement accepté. Aujourd'hui, Richard Posner propose que l'AED a un aspect tant *normatif* que *positif*. Ainsi, la discipline a une finalité *normative* lorsqu'elle veut démontrer qu'il y a des moyens plus efficaces pour que la société atteigne ses buts¹⁵⁵. L'analyse est dite *positive* lorsqu'elle a pour objectif de démontrer le fonctionnement et les effets des mécanismes juridiques¹⁵⁶. La démonstration des raisons pour lesquelles les tribunaux sont engorgés tient d'une étude *positive*, tandis que l'évaluation de l'opportunité d'utiliser la CRA pour les désengorger est une étude essentiellement *normative*.

L'AED est considérée, par les tenants de cette approche, comme une discipline « auxiliaire au droit »¹⁵⁷. Que ce soit en Europe ou en Amérique, la place de l'AED par rapport au droit n'est pas clairement définie. Pour Antoine Jeammaud, elle s'ajoute « [à] cette liste de disciplines de “regard externe attentif à l'agencement et au jeu interne du droit positif”, il paraît aujourd'hui nécessaire d'ajouter l'économie du droit »¹⁵⁸. Elle est, dans la même catégorie que la sociologie du droit, une théorie de regard extérieur qui appelle « moins

¹⁵³ Bruno Deffains a écrit cette définition pour l'encyclopédie universalis en ligne: <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/droit-economie-du-droit/>>.

¹⁵⁴ Gary S Becker, « A Theory of Marriage: Part I » (1973) 81: 4 Journal of Political Economy 813 à la p 814.

¹⁵⁵ Posner, *Economic Analysis of Law*, supra note 138.

¹⁵⁶ Robert Cooter et Thomas Ulen. *Law & Economics*, 6^e éd, New Jersey, Prentice Hall, 2012 à la p 385.

¹⁵⁷ Ejan Mackaay, *L'analyse économique du droit*, 1^{re} éd, Montréal, Thémis, 2000 à la p 6.

¹⁵⁸ Jeammaud, Antoine. « La part de la recherche dans l'enseignement du droit » Revue de l'enseignement du droit, en ligne : Université de Savoie Faculté de droit <<http://www.fac-droit-savoie.fr/uploads/JRC-2010-16-Jeamaud.pdf>>; Louise Lalonde, « Du balcon aux coulisses de la scène? Une approche métathéorique réflexive des discours de la doctrine juridique » (2012) 68 R.I.E.J. 49.

d'explications »¹⁵⁹ que la philosophie ou la théorie du droit. François Ost et Michel Van de Kerchove renchérissent: elle est externe en ce qu'elle « [e]xpliqu[e] en intégrant les phénomènes juridiques dans des champs plus vastes »¹⁶⁰. Toujours est-il que même si l'AED est qualifiée d'« externe » à l'édifice juridique, ceci ne la discrédite pas, mais peut en limiter la portée. Du reste, la discipline est la seule spécialisée dans l'analyse économique de phénomènes juridiques, ce qui la rend évidemment pertinente pour faire le travail pour lequel elle a été conçue.

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'AED utilise la microéconomie pour la guider dans son analyse de la loi et de ses effets. La microéconomie est l'analyse des effets d'incitation sur le comportement des individus¹⁶¹. Le droit pouvant être perçu comme étant un incitatif pour induire un comportement, ces outils sont adaptés pour analyser un objet tel que le droit. La microéconomie guide l'économiste du droit vers la minimisation des coûts, la maximisation de la richesse et l'atteinte de situations efficaces ou optimales. Les outils utilisés diffèrent chez les chercheurs, car ils effectuent leurs travaux à partir de différentes hypothèses de base¹⁶². Malgré les différentes approches, il y a consensus sur le fait que l'AED soit une discipline conséquentialiste, c'est-à-dire que ce sont les conséquences de l'interaction entre les individus et les règles de droit qui sont évaluées¹⁶³. Il est nécessaire, selon une méthode conséquentialiste, de pouvoir qualifier ces conséquences, alors, c'est sans surprise que l'idée d'efficacité est centrale à l'AED. Il n'existe cependant pas de consensus quant aux référents d'efficacité qui devraient être utilisés. Posner se base principalement sur la définition de Calabresi pour définir l'efficacité du droit. Plusieurs ont été développés, notamment : la *maximisation de la richesse*, les *optimums de Pareto et Kaldors/Hicks*, le *théorème de Coase* ou encore la *minimisation des coûts sociaux*. Ces notions fondamentales font l'objet d'une sous-section du présent mémoire¹⁶⁴.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ François Ost et Michel Van de Kerchove, « De la scène au balcon » dans F Chazel et F Commaille, dir, *Normes juridiques et régulation sociale*, France, LGDJ, 1991, 73.

¹⁶¹ Cooter et Ulen, *Law and economics*, *supra* note 156 à la p 14.

¹⁶² Deffains, « Analyse économique du droit: perspectives méthodologiques », *supra* note 140.

¹⁶³ Emmanuel Picavet, « L'approche économique du droit, l'éthique et le statut de la norme d'efficacité » (2011) 21 *Klessis* 192.

¹⁶⁴ Voir la sous-section 3.4 du présent mémoire pour plus d'informations.

En outre, le raisonnement logique de l'AED se fait essentiellement autour de trois « piliers » : *l'individu rationnel, la rareté et l'incertitude*¹⁶⁵. Ceux-ci sont les hypothèses de base du comportement humain qui sont prises en compte pour pouvoir le modéliser et en déduire des effets constants. Malgré la pensée populaire, les auteurs ne considèrent pas ces simplifications comme des dogmes¹⁶⁶, mais les utilisent plutôt afin de, conceptuellement, se concentrer sur une partie des interactions humaines. Ces raccourcis théoriques sont justifiables pour l'AED, car autrement l'interaction humaine serait trop compliquée pour qu'il soit possible de l'analyser¹⁶⁷. Il est donc nécessaire de commencer la présentation du cadre théorique par une définition de ces hypothèses, car elles sont à la base de toute analyse économique du droit.

3.1.1 La rationalité

La *théorie du choix rationnel* est un paradigme dominant en économie. Cette théorie est issue du concept plus large d'*individualisme méthodologique*¹⁶⁸. Ce dernier est une stratégie qui utilise l'agrégat des actions individuelles pour analyser les phénomènes sociaux. Selon cette méthode, construite à partir des comportements individuels, il est possible de reconstruire les comportements individuels sous forme de modèles et de généralisation. Pour accomplir cette tâche, la rationalité est prérequis à cette généralisation méthodologique¹⁶⁹. C'est-à-dire que c'est la rationalité des individus qui permet la production de règles ou de généralités. Le comportement rationnel est caractérisé par la réaction systématique aux incitatifs. Une condition à la rationalité est l'information parfaite : les individus connaissent les choix qui s'offrent à eux et ils agissent pour améliorer leur situation. Posner l'exprime ainsi : l'« humain tente d'en tirer ce qui constitue à ses propres yeux le *meilleur parti* »¹⁷⁰. Ainsi, l'individu est sensible aux incitatifs qui lui

¹⁶⁵ Rousseau, *Analyse économique du droit*, *supra* note 141 à la p 23.

¹⁶⁶ Richard A Posner, « The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations » (1986) 53 : 2 U Chicago L Rev 366 à la p 370.

¹⁶⁷ A Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, 3^e éd, New York, Aspen Publishers, 2003.

¹⁶⁸ Joseph Schumpeter, « On the Concept of Social Value » (1909) 23: 2 Quarterly Journal of Economics 213 à la p 214.

¹⁶⁹ Raymond Boudon, « Théorie du choix rationnel ou individualisme méthodologique ? » (2002) 34 : 1 Sociologie et sociétés 9 à la p 9.

¹⁷⁰ Citation reprise en français dans: Mackaay, *L'analyse économique du droit*, *supra* note 157 à la p 36.; Richard A Posner, « Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law » (1998) 50 : 5

sont présentés¹⁷¹. Il est également capable de hiérarchiser ses besoins et ses désirs. Pour Richard Posner, la rationalité ne s'opère pas nécessairement de manière consciente :

[R]ationality," let me make clear at the outset what I mean by the word: choosing the best means to the chooser's ends. [...] Rational choice need not be conscious choice. Rats are at least as rational as human beings when rationality is defined as achieving one's ends [...] at least cost¹⁷².

Cette définition peut sembler choquante, mais le but de l'auteur est simplement d'affirmer que le comportement humain est prévisible et que la règle au niveau heuristique est valable. Dans le même ordre d'idées, Posner affirme qu'il ne faut pas confondre la maximisation de l'intérêt de l'individu avec l'égoïsme; aider les autres ou encore coopérer peut faire partie du choix rationnel de l'individu¹⁷³. En outre, la rationalité, en économie, s'opère selon un principe utilitariste¹⁷⁴. Cependant, l'utilité ou encore le bonheur étant trop difficile à quantifier, il a été décidé, par les économistes, de maximiser la richesse¹⁷⁵. En plus de pouvoir quantifier monétairement, la richesse permet d'exprimer l'intensité de la valorisation dans les choix que font les individus. Toutes ces caractéristiques de la rationalité sont personnifiées par un individu théorique nommé l'« homo economicus ». Ce dernier est à la base de la théorie néo-classique en économie¹⁷⁶. C'est cette vision de l'individu qui sera utilisée par l'AED dans sa description et son analyse du règlement de différends au moyen de la CRA¹⁷⁷.

La popularité de l'AED a attiré plusieurs critiques, particulièrement par rapport aux postulats sur lesquelles elle se fonde. Une des premières critiques provient de Herbert Simon, qui remet en question l'hypothèse de la rationalité parfaite. Selon lui, aussitôt que les décisions sont le moins complexes, la rationalité parfaite serait trop loin de la réalité observable¹⁷⁸. L'être humain, à cause de ses capacités physiques limitées et de la

Stan L Rev 1551 à la p 36.

¹⁷¹ Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 4.

¹⁷² Posner, « Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law », *supra* note 170 à la p 1551.

¹⁷³ Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 3.

¹⁷⁴ Richard A Posner, « Utilitarianism, Economics, and Legal Theory » (1979) 8: 1 J Legal Stud 103.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Joseph Persky, « Retrospectives: The Ethology of Homo Economicus » (1995) 9: 2 The J Econ Persp 221.

¹⁷⁷ Posner, « Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law », *supra* note 170.

¹⁷⁸ Herbert A Simon. *Models of Bounded Rationality : Empirically Grounded Economic Reason*, vol

complexité des contextes décisionnels, n'est pas toujours en mesure de faire le meilleur choix, il prend donc des décisions qui semblent invalider le modèle du choix rationnel¹⁷⁹. Ce dernier va donc proposer une version *limitée* de la rationalité¹⁸⁰. Plusieurs auteurs, dont Posner, vont d'ailleurs moduler leurs hypothèses de rationalité pour répondre à ces critiques¹⁸¹. Nous n'aborderons pas plus longuement cet aspect, ce n'est pas le propos du présent mémoire, mais il faut noter qu'il existe maintenant plusieurs manières de conceptualiser la rationalité¹⁸².

3.1.2 L'incertitude

Chaque prise de décision humaine est teintée d'une part d'incertitude. Ejan Mackaay définit comme fondamentale cette caractéristique de la prise de décision humaine : « [I]a prise en compte de l'incertitude, par l'innovation et par l'absorption de risque, caractérise toute activité humaine »¹⁸³. En raison de son importance, cet aspect du comportement humain est donc pris en considération par l'AED. L'être rationnel, consciemment ou non, compare et évalue les probabilités, les risques. Pour un économiste du droit, le risque de perdre quelque chose est quantifiable et comptabilisé comme un coût. Même s'il n'y a pas de perte à prévoir dans l'analyse d'un problème, les gains ne sont pas toujours absolus¹⁸⁴. Depuis,

3, Cambridge (Mass), MIT Press, 1997 ; Daniel Kahneman et Amos Tversky, « Prospect Theory : An Analysis of Decision under Risk » (1979) 47 : 2 *Econometrica* 263 ; Gregory Mitchell, « Why Law and Economics' Perfect Rationality Should Not Be Traded for Behavioral Law and Economics' Equal Incompetence » (2002) 91 *Geo LJ* 67.

¹⁷⁹ Daniel Kahneman a d'ailleurs remporté un prix Nobel pour son travail démontrant que le comportement du consommateur est en contradiction du modèle de rationalité. Pour plus d'informations voir: Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, Toronto, Doubleday Canada, 2011.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ Posner, « Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law », *supra* note 170; Mackaay, *L'analyse économique du droit*, *supra* note 157 à la p 171.

¹⁸² Les critiques décrites sont particulièrement vives de la part du courant de « Behavioral economics » qui étudie particulièrement la limite de la rationalité des individus. Pour plus d'informations : Cass R Sunstein, *Behavioral Law and Economics*, Cambridge (Mass), Cambridge University Press, 2000 ; Posner, « Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law », *supra* note 170 ; Mitchell, « Why Law and Economics' Perfect Rationality Should Not Be Traded for Behavioral Law and Economics' Equal Incompetence », *supra* note 178; Claire A Hill, « Beyond Mistakes : The Next Wave of Behavioral Law and Economics » (10 octobre 2003), en ligne : Social Science Research Paper: Tomorrow's Research <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=452100>.

¹⁸³ Mackaay, *L'analyse économique du droit*, *supra* note 157 à la p 19.

¹⁸⁴ *Ibid* à la p 171.

Frank Knight, on fait référence à cette idée d'incertitude par le terme « risque »¹⁸⁵. Knight soutient qu'il existe un risque à partir du moment où la connaissance statistique permet une analyse de cause à effet¹⁸⁶. Une des applications les plus connues de la notion de risque en droit est la formule Hand, développée par le juge du même nom aux États-Unis¹⁸⁷. Cette dernière est un calcul où l'on quantifie les dommages probables et les probabilités qu'ils se concrétisent pour établir si une partie a pris les précautions légalement requises pour écarter la négligence¹⁸⁸. Le risque est important dans l'analyse du conflit juridique, car, pour l'AED, les probabilités de gagner ou de perdre à procès influencent la prise de décision de l'individu rationnel.

3.1.3 La rareté

Selon Jean-Paul Sartre, la rareté est la « condition de possibilité de l'histoire » et « toute l'aventure humaine est une lutte acharnée contre la rareté »¹⁸⁹. De cette citation découle une définition qui est parfois donnée à l'économie : « L'économie est la science qui étudie comment les ressources rares sont employées »¹⁹⁰. La rareté est intimement liée au sujet de ce mémoire, elle est la source d'une grande partie des disputes. C'est le cas, car une des manières de s'attribuer une ressource est d'empiéter sur les droits d'autrui. Cependant, nos sociétés civilisées ont construit des structures, telles que le droit de propriété, pour optimiser la distribution des ressources¹⁹¹. En outre, la rareté des ressources fait en sorte que l'on ne peut offrir tous les services pour tous les citoyens, un choix doit être fait¹⁹². Selon ce principe, Cass Sunstein et Stephen Holmes affirment que les droits ont des coûts et ainsi, l'accès à la justice ne peut être un droit garanti dans l'absolu¹⁹³. Par exemple, si

¹⁸⁵ Frank H Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Chicago, University of Chicago Press, 1971 à la p 171.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *United States v Carroll Towing Co*, 159 F (2d) 169 (2^e Cir 1947).

¹⁸⁸ Ce raisonnement provient du principe de « hand formula » développé par le Juge Billings Learned Hand dans la cause : *United States v Carroll Towing Co*, 159 F (2d) 169 (2^e Cir 1947). Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 594.

¹⁸⁹ Jean-Paul Sartre, *Critique de la raison dialectique*, t 1, Paris, Gallimard, 1960 ; Mackaay, *L'analyse économique du droit*, *supra* note 157 à la p 173.

¹⁹⁰ Edmond Malinvaud, *Leçons de théorie microéconomique*, Paris, Dunod, 1999.

¹⁹¹ Rousseau, *Analyse économique du droit*, *supra* note 141 à la p 23.

¹⁹² Mackaay, *L'analyse économique du droit*, *supra* note 157 à la p 173. Richard A Posner, « The Costs of Enforcing Legal Rights » (1995) 4 E Eur Const Rev 71.

¹⁹³ Stephen Holmes, Cass R Sunstein et Cass Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, 1^{re} éd, New York, W. W. Norton & Company, 1999 à la p 228.

l'État veut garantir un droit d'accès à la justice, ce dernier devra mettre en place un système de justice pour assurer cette offre de justice. Les mesures qu'il adoptera pour accomplir cela, telles que la CRA, ont nécessairement un coût et la capacité d'augmenter l'offre de justice est nécessairement limitée. La rareté suppose donc que des choix d'allocation doivent être faits pour distribuer les ressources. La rareté est la raison pour laquelle il est nécessaire d'élaborer des outils et des standards promouvant l'efficacité pour gérer l'offre publique de justice.

Le moteur logique de l'AED carbure aux trois hypothèses qui ont été présentées. Elles sont toujours en arrière-plan de l'analyse et sont conditionnelles pour que l'AED puisse être opérationnelle¹⁹⁴.

3.2 La conception du différend selon l'AED

La notion de différend est d'abord abordée par l'AED sous l'aspect d'un paradoxe. Selon l'AED, il est irrationnel et paradoxal que les parties ne puissent s'entendre avant la tenue d'un procès lorsque cette option est mutuellement bénéfique¹⁹⁵. Pour l'AED, l'analyse du différend s'est faite dans le but d'expliquer ce paradoxe. Elle explique le différend selon le paradigme qui oppose la négociation au jugement¹⁹⁶. Lorsqu'il n'est pas question d'irrationalité à éclaircir, l'AED explique les différends selon le *principe de précaution*¹⁹⁷. L'individu rationnel aurait tendance à prendre les précautions nécessaires jusqu'au point où ces précautions reviennent plus chères que de subir les conséquences. C'est ainsi que l'individu réagirait face au différend. Ainsi, l'AED considère le différend comme une situation où l'individu agit rationnellement pour maximiser sa richesse. Le différend lui-même n'est pas une variable. Le différend engendre cependant des incitatifs poussant

¹⁹⁴Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 24.

¹⁹⁵Bruno Deffains, « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques » (1997) 12 : 3 *Revue française d'économie* 57 à la p 58.

¹⁹⁶*Ibid* à la p 93. Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 594. Le principe de précaution est issu du principe de négligence développé par le juge Hand dans la cause suivante : *United States v Carroll Towing Co*, 159 F (2d) 169 (2^e Cir 1947).

¹⁹⁷Deffains, « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », *supra* note 195 à la p 93.

l'individu à agir. Des exemples de ces incitatifs sont les coûts et les délais. L'AED considère que le différend est une chose qui se règle d'elle-même, car il est dans l'intérêt des parties de l'éviter¹⁹⁸. Force est de constater qu'il y a cependant beaucoup de causes devant les tribunaux. L'AED a donc comme objectifs, en modélisant le différend, d'ultimement expliquer ce qui empêche les parties d'en arriver à un règlement.

William Landes, considéré comme un des pères de l'AED, fut le premier, à proposer un modèle pour expliquer les barrières à la résolution des différends¹⁹⁹. La flexibilité du modèle de base présenté par Landes fait en sorte qu'il a peu changé depuis 1971. Le modèle est flexible, car il est possible d'ajouter des variables ou de l'adapter pour exprimer une multitude de réalités. C'est ainsi que plusieurs auteurs ont pu apporter des ajouts importants au modèle à travers les années²⁰⁰. Le modèle économique de résolution de différends a pour but d'exposer les incitatifs qui peuvent pousser les individus à régler hors cour ou encore à aller à procès. Il se concentre sur la décision de l'individu, soit d'aller à procès ou de régler hors cour. L'idée première du modèle est d'expliquer pourquoi une très grande majorité des différends ne vont pas à procès. Ensuite, le modèle est utilisé comme canevas pour analyser la minorité des causes qui se rendent à procès. Comme approximation, il est convenu dans la littérature de l'AED que 5%²⁰¹ des disputes se rendent à procès²⁰². Le modèle veut également expliquer pourquoi un petit pourcentage des causes se rendent à procès, car, même si ce pourcentage est petit, il implique des conséquences importantes. Le modèle de base est reconnu comme étant simpliste, il faut comprendre qu'il est un canevas vierge, c'est l'utilisation que l'ont en fait (l'ajout de

¹⁹⁸ Posner, *Economic Analysis of Law*, supra note 138 à la p 597.

¹⁹⁹ William M Landes, « An Economic Analysis of the Courts » (1971) 14 JL & Econ 61.

²⁰⁰ John P Gould, « The Economics of Legal Conflicts » (1973) 2 J Legal Stud 279; Richard A Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration » (1973) 2 J Legal Stud 399 à la p.399. Robert D Cooter et Daniel L Rubinfeld, « Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution » (1989) 27: 3 Journal of Economic Literature 1067.

²⁰¹ Les pourcentages diffèrent dépendant des juridictions. Cependant, au Québec comme ailleurs, la très grande majorité des cas sont réglés avant procès. Voici quelques chiffres pour les États-Unis qui donnent une idée de la tendance: au niveau des cours fédérales, seulement 8 % des causes civiles se rendait à procès. Voir : David M Trubek et al, « The Costs of Ordinary Litigation » (1983) 31 UCLA L Rev 72 à la p 89. Ou encore, à New York 98% des causes en responsabilité civile se réglaient avant procès. Voir : H Laurence Ross, *Settled Out of Court : The Social Process of Insurance Claims Adjustment*, 2^e éd révisée, New York, Paperback, 1980 à la p 4.

²⁰² Cooter et Ulen, *Law and Economics*, supra note 156 à la p 385; Jeffrey L Harrison et Jules Theeuwes, *Law and Economics*, New York, W. W. Norton & Company, 2008 à la p 481.

variables) qui le rendra plus complexe et réaliste²⁰³. Le modèle a été conçu pour guider les réformes favorisant la résolution des différends, telle que la CRA. Pour Posner, le modèle de résolution des différends sert précisément à évaluer la valeur des réformes ayant pour but de désengorger les tribunaux : « It is frequently alledged that the processes of legal dispute resolution in America are dangerously overloaded, due to delay, congestion, inefficiency, and lack of resources. To appraise this allegation and formulate durable reforms requires an understanding of the operating principles of the system for resolving legal disputes»²⁰⁴.

Après avoir présenté le modèle de base, nous exposerons un sommaire des facteurs qui peuvent y être ajoutés et influencer la résolution des conflits. Il est impératif de passer par cette étape, car, pour évaluer si un mode de PRD est bénéfique, il faut comprendre comment la CRA s'insère dans le modèle économique de résolution de différends. Cette mise en contexte permettra également à l'AED d'éclairer l'interaction entre les variables pouvant affecter la résolution de différends.

3.2.1 Le modèle de base de règlement des différends selon l'AED

Le modèle de base de résolution des litiges est un cadre pour comprendre le comportement d'un individu lorsqu'il est aux prises avec la décision d'aller à procès ou de régler hors cour. Le modèle ne prend pas en considération toutes les disputes, mais seulement les différends qui présentent une probabilité substantielle d'aboutir devant un juge²⁰⁵. La modélisation du comportement est représentée par une inéquation mathématique où les variables sont placées en relation les unes par rapport aux autres²⁰⁶. L'idée est de concevoir un modèle de base, épuré du plus grand nombre de variables, auquel il sera ensuite possible d'en ajouter d'autres pour isoler leurs effets. Le but du modèle de base est d'expliquer les

²⁰³Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 370.

²⁰⁴Posner, « Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, An », *supra* note 200 à la p 399.

²⁰⁵ Steven Shavell, « Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis » (1995) 24 J Legal Stud 1 à la p 10.

²⁰⁶Landes, « An Economic Analysis of the Courts, An », *supra* note 199; Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200; Gould, « The Economics of Legal Conflicts », *supra* note 200.

95% des cas où les individus optent pour ne pas aller à procès. D'autres variables seront ensuite ajoutées au modèle pour expliquer les 5% des causes qui se rendent à procès.

Dans le but d'isoler les effets des incitatifs, le modèle de base pose des hypothèses qui réduisent le nombre de variables. Premièrement, les coûts liés au litige (L) sont présumés être les mêmes pour les deux parties. Ensuite, on considère que les parties appréhendent ce qui peut résulter d'un procès, ce qui postule que la loi et la jurisprudence sont assez claires pour qu'ils conçoivent de la même manière la valeur du jugement à venir (J) et les probabilités de gagner le procès. En outre, les coûts pour en arriver à un règlement sont considérés comme étant nuls pour exprimer que le processus judiciaire est plus onéreux que le règlement à l'amiable²⁰⁷. En effet, il n'est pas difficile d'imaginer qu'il est plus coûteux de passer à travers le processus judiciaire que de régler à l'amiable en quelques mois. En outre, le modèle propose que toutes les informations soient disponibles pour que les décisions soient prises de manière éclairée. Ceci inclut également les coûts indirects liés au procès tels que les honoraires d'avocats. Finalement, le modèle ne considère pas les erreurs judiciaires ou celles faites par les parties lors de la négociation d'une entente. On suppose que ce type d'erreur s'équivaut et n'affecte pas l'inéquation d'un côté ou de l'autre²⁰⁸.

Ces simplifications permettent d'exposer le modèle à son expression la plus simple. Pour ce faire, un exemple chiffré en responsabilité civile sera utilisé. L'histoire est celle d'un simple visiteur qui fait une vilaine chute dans un escalier résidentiel mal déneigé, subissant des séquelles permanentes. Après réflexion, il évalue qu'il a 60 % de chance de voir sa demande accueillie devant une cour de justice. Il constate que le montant habituellement octroyé en responsabilité civile pour ce genre d'incident est de 10 000 \$ (J). Les frais judiciaires (honoraires d'avocat et autres frais) pour mener à bien le procès s'élèvent à 1500 \$ (L). Comme nous venons de le dire, le coût du règlement étant nul, par hypothèse, celui-ci sera défini par la valeur (R). Étant rationnel, le facteur calcule qu'il a 60 % (P1) de chances de gagner 10 000 \$ (J). Il peut donc espérer gagner 6 000 \$, montant duquel il soustrait 1 500 \$ de frais. La valeur du litige pour lui est donc de 4 500 \$. Alors, le facteur étant rationnel décidera de poursuivre le propriétaire de l'immeuble pour avoir accès à cet

²⁰⁷ Cooter et Ulen, *Law and economics*, *supra* note 156 à la p 385.

²⁰⁸ *Ibid.*

argent. La situation est exposée par la formule EQ1 ci-dessous. Dans la même situation, la partie qui est poursuivie évalue de la même manière le résultat du procès, soit qu'il a 60 % (P2) de chance de perdre s'il va à procès. Ses frais sont également de 1 500 \$. La partie défenderesse évalue donc ses pertes probables à 7 500 \$, soit (10 000 \$ x 0,60) + 1 500 \$. Dans l'exemple présenté, il est donc profitable pour les parties de régler pour n'importe quel montant entre 4 500 \$ et 7 500 \$. C'est ce que l'AED appelle *l'écart* ou *le surplus coopératif*²⁰⁹. Ce surplus représente l'incitatif pour les parties pour régler hors cour. Étant rationnelles, elles voudront donc coopérer pour profiter du *surplus* généré. Voici la traduction algébrique de ce que nous avons exposé :

Gains prévus par le demandeur < Pertes prévues par le défendeur = règlement

Ou,

$$\text{EQ1. } (J * P1) - L + R < (J * P2) + L - R^{210}$$

$$(10\,000 * 60\%) - 1\,500 + 0 < (10\,000 * 60\%) + 1\,500 - 0$$

$$4\,500 < 7\,500$$

Écart coopératif est de 3 000 \$

Dans le modèle de base, l'AED ne différencie pas les délais et les coûts judiciaires, les premiers engendrant les deuxièmes. Une importante conclusion du modèle est que les coûts liés au litige augmentent la *propension à régler*²¹¹. Plus les coûts judiciaires augmentent plus l'écart coopératif va augmenter et plus les parties vont disposer de combinaison où régler à l'amiable sera profitable. L'AED propose donc que l'augmentation des coûts tend à faire augmenter la *propension à régler hors cour*. De plus, étant donné qu'il y a toujours des coûts d'aller à procès, il serait toujours plus profitable de régler hors cour : « [l']analyse économique de la résolution des conflits voit le jugement comme une solution en cas

²⁰⁹Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 597.

²¹⁰ Le modèle a été conçu, développé et perfectionné par les auteurs suivants :

Alan E Friedman, « An analysis of settlement » (1969) 22 Stan L Rev 67; John P Gould, « The Economics of Legal Conflicts » (1973) 2 J Legal Stud 279; William M Landes « An Economic Analysis of the Courts » (1971) 14 JL & Econ 61. Richard A Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration » (1973) 2 J Legal Stud 399.

²¹¹Harrison et Theeuwes, *Law and Economics*, *supra* note 202 à la p 483. La propension à régler est le pourcentage des litiges se réglant hors cours par rapport à ceux qui vont à procès. Sans l'utilisation de mode de PRD, ce pourcentage varie de 80 à 95 % selon les juridictions. Lorsqu'il sera question des effets de la CRA nous utiliserons l'expression "propension à régler avant procès" étant donné que ce mécanisme est inhérent au système judiciaire. *Ibid.* Trubek et al, « The Costs of Ordinary Litigation », *supra* note 201 à la p 89; Ross, *Settled Out of Court*, *supra* note 201 à la p 4.

d'échec de la voie coopérative »²¹². L'AED considère qu'il serait irrationnel a priori pour des opposants de choisir d'aller à procès étant donné que c'est l'option la plus coûteuse²¹³.

Le modèle n'affirme rien sur le mécanisme qui amène deux parties à régler : « This analysis leaves the process of settlement (« getting to yes »²¹⁴) somewhat mysterious »²¹⁵. Le modèle affirme simplement que, toutes choses étant égales par ailleurs, les individus rationnels vont avoir tendance à régler, car c'est la solution ayant le meilleur rapport coût/bénéfice²¹⁶. Le modèle de base établit une généralité à partir d'un comportement théorique. Il énonce que, généralement, les incitatifs vont pousser les individus à éviter le procès²¹⁷. Pour le tenant de l'AED, ce modèle de règlement des litiges n'est pas un dogme, il est, comme le qualifie Posner, très simpliste²¹⁸. Le modèle explique donc pourquoi 95% des différends ne vont pas à procès. Mais qu'en est-il pour les 5% restants ? Le pourcentage de 5% est important, car il représente l'ensemble des procès. L'AED explique ce pourcentage par l'ajout de variables additionnelles. Le modèle est, en quelque sorte, la proposition de base sur laquelle viendront plus tard se greffer plusieurs nuances. Dans la prochaine section, nous allons démontrer que de nombreux auteurs sont venus l'enrichir en ajoutant des variables ou encore en mettant en doute la neutralité de certaines hypothèses de base.

3.2.2 Les variables additionnelles qui nuancent le modèle de base

L'objectif du modèle est l'explication des barrières à la résolution de différends. C'est ce que l'ajout de variables additionnelles apporte à la modélisation. La liste d'ajouts ne se veut exhaustive en aucune manière, car il existe une infinité de variables qui pourraient être insérées dans le modèle pour observer leurs effets. L'ajout de variables permet cependant de présenter un portrait plus complexe et plus fidèle à la réalité qu'il veut décrire. Il n'existe pas de théorie officielle représentant la position de l'AED, les tenants de la

²¹²Posner, « The Costs of Enforcing Legal Rights », *supra* note 192 à la p 951.

²¹³Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 599.

²¹⁴Fisher, Ury et Patton, *Getting to Yes*, *supra* note 16.

²¹⁵Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 598.

²¹⁶*Ibid.*

²¹⁷*Ibid* à la p 597; Cooter et Ulen, *Law and economics*, *supra* note 156 à la p 385; Harrison et Theeuwes, *Law and Economics*, *supra* note 202 à la p 481.

²¹⁸Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 366 à la p 370.

discipline n'étant pas unanimes quant à l'opportunité de certains ajouts au système. Le modèle n'en demeure pas moins un outil qui permet une certaine description des incitatifs et leurs effets sur le comportement des individus.

La raison pour laquelle le modèle de base ne peut expliquer pourquoi les individus choisissent d'aller à procès est que le modèle est sur-simplifié. Les ajouts de variables permettront de décrire une réalité plus complexe et également, de donner plusieurs pistes d'explication des raisons pour lesquelles les individus décident d'aller à procès. La majorité des explications consiste à remettre en cause notamment la *rationalité parfaite* et de tenir compte de l'*incertitude* inhérente au processus judiciaire. L'ajout d'autres considérations n'invalide pas le modèle : elle ne fait que tenir compte de plus de situations où l'individu a un comportement complexe, ou encore refléter les effets d'incitatifs additionnels²¹⁹.

3.2.2.1 *La perception des parties*

Une conclusion importante du modèle de base affirmait que si les perceptions sont les mêmes, les parties devraient en arriver à un règlement. En d'autres mots, les parties vont régler si elles perçoivent et interprètent leurs chances de gagner le procès de la même façon (P1 et P2). Posner affirme que cette supposition est souvent fautive, il serait commun de constater une attitude trop optimiste chez les parties : « it is common enough in bargaining contexts for each party to enter the negotiation with an inflated idea of the value of his performance relative to that of the other party »²²⁰. Si les deux parties sont optimistes, leurs prévisions sont nécessairement divergentes et au moins une des parties est dans l'erreur. L'AED prédit que l'optimisme va avoir pour effet de réduire le *surplus coopératif* à séparer entre les parties²²¹. Pour exposer ceci, reprenons le modèle de base, mais, cette fois-ci, le défendeur, pour une raison ou une autre, croit qu'il n'a que 20 % (P2) de chances de perdre s'il va à procès. Ceci va faire en sorte que la partie défenderesse estime alors la valeur de ce qu'il peut perdre à 3 500 \$ (voir EQ3, *infra*). L'optimisme du défendeur se traduira par un

²¹⁹Jennifer Gerarda Brown et Ian Ayres, « Economic Rationales for Mediation » (1994) 80 Va L Rev 323 à la p 329.

²²⁰Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 599.

²²¹Cooter et Ulen, *Law and economics*, *supra* note 156 à la p 391 ; Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 599; Harrison et Theeuwes, *Law and Economics*, *supra* note 202 à la p 486; Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 422.

anéantissement du *surplus coopératif*. Dans cet exemple particulier, l'optimisme fait en sorte qu'il n'existe plus de terrain d'entente possible. Il est possible que, sans anéantir le *surplus*, ce dernier soit uniquement réduit. Dans ce cas une entente serait encore possible, mais l'AED considère qu'elle serait moins probable. Pour l'AED, moins le *surplus coopératif* est grand, moins il existe de combinaisons de prix où une entente est mutuellement profitable²²². Ceci aurait pour effet de rendre la négociation plus ardue. Inversement, le pessimisme, lui, provoque l'effet inverse : il encourage le règlement, car il augmente le *surplus coopératif*²²³. Dans un cas comme celui-là, l'écart est plus grand et l'opportunité d'en venir à un règlement devient plus évidente, ce qui augmenterait les chances d'en arriver à un règlement²²⁴.

$$\text{EQ2. } (10\,000 * 60\%) - 1\,500 - 0 < (10\,000 * 20\%) + 1\,500 - 0$$

$$4\,500 > 3\,500$$

$$\text{Surplus coopératif} = -1\,000 \$ \text{ (aucune entente possible)}$$

Intuitivement, ce résultat s'explique très facilement : lorsqu'une partie est moins confiante, elle est prête à faire plus de concessions. Posner proposait qu'il existe une tendance à être sur-optimiste au début du processus : Cooter et Ulen nuancent ceci en proposant que les parties ont tendance à communiquer leurs propres forces et à taire leurs faiblesses²²⁵. Naturellement, alors, la négociation corrigerait un sur-optimisme initial et encouragerait naturellement le règlement²²⁶.

En établissant les effets de l'optimisme et du pessimisme, l'AED démontre également l'importance que les décisions judiciaires soient prévisibles. Plus les tribunaux sont prévisibles et plus les lois sont claires, moins les parties vont avoir tendance à faire des erreurs dans l'évaluation de leurs chances de gagner à procès²²⁷. Ceci aurait pour effet de diminuer la tendance des parties à être sur-optimistes quant à leurs chances de gagner. C'est

²²²Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 597.

²²³Harrison et Theeuwes, *Law and Economics*, *supra* note 202 à la p 485; Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 422.

²²⁴Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 597.

²²⁵Cooter et Ulen, *Law and economics*, *supra* note 156 à la p 393.

²²⁶Shavell, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 205 à la p 11.

²²⁷Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 420.

donc sans surprise que le modèle prédit que plus la loi est claire, moins les individus auront besoin d'utiliser les tribunaux pour régler leurs différends.

La perception subjective des parties quant à la valeur du litige (J) — sans égard à la probabilité (P) que cette valeur se matérialise — peut également être un facteur important influençant la *propension à régler*²²⁸. Les parties ne sont pas neutres face à ce qu'elles peuvent retirer du litige; elles ont des valeurs subjectives attribuées à des gains futurs incertains²²⁹. Par exemple, la valeur d'un brevet n'est pas la même d'une société à l'autre. Il peut être plus dangereux pour une société que pour son adversaire d'engager ses liquidités dans des procédures judiciaires. Ou encore, deux parties vont rarement avoir la même marge de manœuvre sur le plan financier. Bref, les parties vont rarement percevoir le futur de la même façon²³⁰, ceci va subjectiviser les enjeux de la cause. Ainsi, les coûts de litige, les délais et le montant final du jugement (J) vont tous avoir une valeur différente selon le contexte et la vision des parties. Concrètement, si le demandeur surévalue la valeur du jugement (J) à venir, les chances d'en arriver à un règlement sont moins grandes (voir EQ1). Inversement, si le défendeur surévalue la même valeur, la probabilité d'un règlement est accrue. Ceci s'explique facilement : plus le défendeur considère qu'il a beaucoup à perdre, plus il sera enclin à éviter le procès. Ainsi, si pour le défendeur le procès a une grande valeur subjective, ceci augmentera le *surplus coopératif* et donc les chances de règlement (EQ1).

Il n'y a pas que les situations qui puissent causer une différence de perception. La différence de perception peut être due à des facteurs internes. En d'autres mots, il est possible que des individus perçoivent une même situation différemment. Dans un article sur ce sujet, Babcock et Loewenstein affirment que les parties ne sont pas neutres devant les informations et les argumentations²³¹. Les parties auraient tendance à avoir un préjugé favorable envers les arguments qui les favorisent, c'est-à-dire qu'un sentiment de justice ou

²²⁸ Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 600.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid* à la p 597.

²³¹ Linda Babcock et George Loewenstein, « Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases » (1997) 11: 1 J Econ Persp 109 à la p 305.

un « self-serving assesment of fairness »²³² viendrait biaiser leur position. De plus, selon ces auteurs, le « juste » serait plus important que le mutuellement profitable et les parties auraient tendance à se convaincre de la justesse de leur propre cause²³³. Ceci aurait nécessairement le même effet que le suroptimisme et nuirait aux chances des parties d'en arriver à un règlement.

3.2.2.2 *L'importance des enjeux*

L'enjeu, comme facteur, est intimement lié à la perception des parties. Comme nous l'avons déjà exposé, plus le *surplus coopératif* est grand, plus grandes sont les chances d'en arriver à un règlement²³⁴. Dans certaines situations, particulièrement dans des disputes commerciales, le *surplus* est un montant pour lequel les parties se battent. Plus le montant à se partager est grand, plus il sera intéressant d'essayer de se l'approprier²³⁵. Il peut donc être tentant pour une partie d'investir plus de ressources pour soutirer une plus grande part du gâteau. Pour ne pas perdre l'avantage dans la bataille judiciaire, l'autre partie aura tendance à faire de même²³⁶. Ces réactions fécondes aux enjeux vont avoir tendance à mener les parties à procès, en d'autres mots : « Disputes [...], particularely those with large amounts at stake, will probably settle less often. »²³⁷. Posner explique ceci de la manière suivante: « the intuitive explanation is that when the stakes are small the potential gains from litigating as perceived by the parties are also small and tend to be dominated by higher cost of litigation relative to settlement »²³⁸. En d'autres mots, toutes choses étant égales par ailleurs, plus grands sont les enjeux, plus les parties auraient tendance à aller à procès. Sans s'attarder sur le sujet, il faut noter que plus les enjeux sont importants, plus les parties seront tentées de concevoir des stratégies pour s'assurer de la victoire. Ce genre de comportement peut être une source d'obstacles aux ententes à l'amiable²³⁹.

²³²Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 598.

²³³*Ibid* à la p 598.

²³⁴*Ibid* à la p 598.

²³⁵*Ibid*.

²³⁶*Ibid* à la p 597.

²³⁷*Ibid* à la p 600.

²³⁸Cooter et Rubinfeld, « Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution », *supra* note 200 à la p 1078.

²³⁹*Ibid*.

Finalement, les enjeux peuvent être différents d'une partie à l'autre. Cette dichotomie peut se refléter dans l'argent investi pour se défendre (L)²⁴⁰. Il est peu probable que, d'une partie à l'autre, les coûts soient les mêmes. Selon le modèle de résolution de différends, une augmentation des coûts liés au procès tant pour le demandeur que pour le défendeur aura pour effet de favoriser la résolution hors cour (EQ1). En plus, l'augmentation des coûts peut avoir un effet inégal sur la *propension des parties à régler*. Si les coûts augmentent pour le défendeur, c'est de son côté que l'écart coopératif va augmenter (voir EQ1); c'est ce dernier qui sera plus enclin à régler. Ceci est vrai pour toute augmentation du surplus coopératif; ce dernier va souvent affecter davantage une partie dans sa volonté de régler hors cour.

3.2.2.3 *Le risque*

En 1984, Kenneth Joseph Arrow développe la théorie d'*aversion au risque*²⁴¹. Selon cette dernière, le risque est une dimension psychologique de l'individu lorsqu'il est confronté à une perte possible²⁴². La théorie, lorsqu'appliquée aux disputes, énonce que les parties à un litige ne sont pas neutres face au risque; elles valorisent davantage une situation sans risque²⁴³. Pour illustrer en termes très simples, un individu préfère 100 % de chance d'avoir un dollar plutôt que 50 % de probabilités d'avoir deux dollars. C'est en quelque sorte le prix de la certitude. Il évite ainsi les 50 % de chances de perdre et d'obtenir 0 \$. Lorsqu'inséré au modèle de résolution de différends, le risque a le même effet que le pessimisme, soit d'étendre la région à l'intérieur de laquelle les parties sont prêtes à s'entendre et la *propension à régler*²⁴⁴. Tous sont affectés par le risque, c'est un facteur important, mais il est très difficile pour un économiste de l'évaluer. Il est également important de noter que les risques encourus lors d'un procès seront presque toujours inégaux entre les parties. La valeur subjective de l'argent tend à diminuer plus elle est accumulée. Par exemple, à enjeux égaux, une grande société risque d'être moins sensible au

²⁴⁰ Voir EQ1. Dans la section appelée : *Le modèle de base de règlement des litiges selon l'AED*

²⁴¹ Kenneth J Arrow, *Individual Choice under Certainty and Uncertainty*, vol 3, 1^{re} éd, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1984.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 599.; Cooter et Rubinfeld, « Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution », *supra* note 200 à la p 1076.

²⁴⁴ Harrison et Theeuwes, *Law and Economics*, *supra* note 202 à la p 483.

risque de perdre un litige²⁴⁵. Dans un exemple pareil, il est à prévoir que le risque fasse davantage bonifier l'offre du particulier que celle de la société. Le *surplus coopératif* ne sera donc pas agrandi de la même manière pour l'une ou l'autre des parties. Arrow note que l'aversion au risque est un effet si important qu'une partie pourrait être tentée d'accepter une offre à l'extérieur de l'écart coopératif.

Lorsqu'il est question de comportement humain, certaines études comportementales viennent apporter des nuances au modèle de base de l'AED. Parmi ces dernières, celle de Kahneman et Tversky²⁴⁶ affirme que les individus tendent à vouloir risquer davantage pour minimiser leurs pertes que pour accroître leurs gains²⁴⁷. Selon cette idée, il serait plus important de ne pas perdre que de gagner. Ceci se traduirait donc par des demandeurs plus sensibles à l'idée de perdre et à des défendeurs prêts à risquer plus pour perdre moins. L'effet sur le *surplus coopératif* est évidemment négatif, puisque ce dernier se resserre. C'est là un bon exemple de la manière dont l'analyse économique comportementale a influencé l'AED. Cette discipline est souvent très utile pour expliquer des comportements qu'on aurait pu croire irrationnels.

3.2.2.4 Les stratégies

Un comportement stratégique peut être défini comme étant une série de décisions prises en fonction de la partie adverse²⁴⁸. Un adversaire rationnel va toujours présumer que la partie adverse va agir dans le meilleur de ses intérêts et il va ensuite réagir en fonction de cette présomption²⁴⁹. La théorie des jeux est particulièrement adaptée pour analyser ce genre d'interaction²⁵⁰. Pour nous convaincre de l'importance des attitudes stratégiques, nous n'avons qu'à penser au nombre de litiges qui se règlent la veille du procès²⁵¹. Dans cette section, il n'est pas réaliste d'avoir l'ambition d'énoncer toutes les stratégies possibles. Il sera cependant intéressant d'exposer les stratégies les plus répandues.

²⁴⁵ Kahneman et Tversky, « Prospect Theory », *supra* note 178 à la p 211.

²⁴⁶ Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 603.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Jeff Hawkins et Neil Steiner, « The Nash Equilibrium Meets BATNA : Game Theory's Varied Uses in ADR Contexts » (1996) 1 Harv Negot L Rev 249 à la p 251.

²⁴⁹ Harrison et Theeuwes, *Law and Economics*, *supra* note 202 à la p 489. Cooter et Rubinfeld, « Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution », *supra* note 200 à la p 1078.

²⁵⁰ Cooter et Ulen, *Law and Economics*, *supra* note 156 à la p 38.

²⁵¹ Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 603.

La relation demandeur/défendeur peut être qualifiée, en terme économique, de « monopole bilatéral »²⁵², c'est-à-dire qu'il n'y a qu'un vendeur et qu'un acheteur. Dans ce marché à deux joueurs, le demandeur est le vendeur du litige et le défendeur, l'acheteur. La science économique explique que ceci est une situation qui risque de produire des inefficacités²⁵³. En d'autres mots, dans cette situation, les comportements inefficaces ne seront pas corrigés par le marché puisque, par définition, il n'y a pas de marché. Par exemple, même s'il est à leur avantage de divulguer la force de leur cause et la faiblesse de celle de leur opposant, il reste que parfois, pour des raisons stratégiques, les parties choisiront de garder certaines informations secrètes. C'est ce que l'AED (et d'autres disciplines) appelle l'information privée (« private information »)²⁵⁴. L'information est privée lorsque la partie adverse n'est pas au courant de certaines informations qui auraient influencé les négociations. Ce genre de situation a le potentiel d'affecter toute la dynamique entre les parties et de provoquer des échanges inefficaces²⁵⁵. *L'information privée* est, par nature, une embûche à surmonter lors de négociations, car elle ne permet pas aux parties de se faire une idée fidèle de la réalité. Concrètement, ces comportements nuisent à l'échange d'informations et, ainsi, à la correction de perceptions erronées. Comme nous l'avons vu, la perception qui en résulte peut être le sur-optimisme, le *surplus coopératif* diminue et le risque d'aller à procès est plus grand. Un autre exemple de négociation stratégique est d'adopter une position immuable (« hard bargaining »)²⁵⁶. Cette stratégie s'expose dans un modèle simple, supposons que 30 % des demandeurs et des défendeurs adoptent une position rigide ou immuable, dans ce cas mathématiquement, 9 % des cas opposeront deux parties qui adoptent une attitude stratégique, ceci va certainement nuire aux négociations et risque d'en faire échouer quelques-unes²⁵⁷. D'adopter une stratégie intransigeante à la table de négociation est comparable à un comportement sur-optimiste et a le même effet.

²⁵²Harrison et Theeuwes, *Law and Economics*, supra note 202 à la p 489.

²⁵³ Milton Friedman, *Capitalism and Freedom: Fortieth Anniversary Edition*, 1^{re} éd, Chicago, University of Chicago Press, 2002 à la p 208.

²⁵⁴Posner, *Economic Analysis of Law*, supra note 138 à la p 599.

²⁵⁵Cooter et Rubinfeld, « Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution », supra note 200 à la p 1079.

²⁵⁶*Ibid.*

²⁵⁷Hawkins et Steiner, « The nash equilibrium meets BATNA: Game Theory's varied uses in ADR contexts », supra note 248 249 à la p 253. $30\% \times 30\% = 9\%$ Selon l'hypothèse où 30 % de la population adopterait une position de « hard bargaining », il y aurait 9 % de chances que deux parties ayant cette stratégie de négociation s'opposent.

Le contexte, ou la situation particulière dans laquelle se trouve une partie, peut l'inciter à adopter un comportement stratégique. Prenons l'exemple d'une grande société faisant face à une série de poursuites identiques. Cette dernière peut adopter trois types de stratégies face à ce lot de poursuites. Premièrement, elle peut se dire qu'il vaut mieux aller à procès une fois pour toutes, avoir l'opinion de la cour et ensuite régler chacune des causes restantes pour ne pas avoir à répéter les frais de litige pour les cas similaires subséquents. Ici, on suppose qu'une jurisprudence claire rétablira le réalisme entre les parties et incitera le règlement à l'amiable²⁵⁸. Une deuxième stratégie à adopter serait d'être intraitable lors des premières causes en espérant faire peur aux possibles demandeurs suivants. Pour l'entreprise, le calcul est de savoir s'il revient moins cher de régler tous les cas sans litige ou d'investir dans un litige de longue haleine²⁵⁹. Finalement, la société pourrait vouloir éviter de subir un procès public. Cette stratégie consiste à régler en secret pour éviter la mauvaise presse qui accompagne un procès. Nous remarquons ici que d'entacher la réputation peut augmenter la perte potentielle du défendeur (J), ceci aura pour effet d'augmenter le surplus coopératif (EQ1)²⁶⁰. Ces stratégies démontrent encore une fois des situations où la valeur donnée au litige est subjective (variable J de EQ1).

Un phénomène qui atténuerait l'effet des stratégies et de la mauvaise transmission de l'information entre les parties a cependant été identifié par l'AED. Il semble que malgré elles, par le jeu de l'offre et de la contre-offre, les parties transmettent plus d'informations qu'elles ne le pensent²⁶¹. Sans le vouloir, elles communiquent la force ou la faiblesse de leurs positions. Pour Richard Posner, un échange substantiel d'informations s'opérerait ainsi²⁶². Ceci rétablirait, en partie, les mauvaises perceptions respectives et surmonterait le problème d'informations pour encourager le règlement. Même les stratégies communiqueraient des informations qui mitigeraient leurs propres effets négatifs.

3.2.2.5 L'effet des règles substantives et de certaines pratiques judiciaires

²⁵⁹Harrison et Theeuwes, *Law and Economics*, *supra* note 202 à la p 485.

²⁶⁰Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 423.

²⁶¹*Ibid.*

²⁶²Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 604.

Selon Richard Posner, de la même manière que la « main invisible » mènerait les marchés économiques vers l'efficacité, l'action de la *common law* et de la jurisprudence effectuerait des ajustements menant à l'efficacité²⁶³. À travers le temps, les règles les moins efficaces seraient écartées et les plus efficaces renforcées. Posner croit que le même mécanisme affecterait le corpus légal²⁶⁴. Selon lui, les lois inefficaces sont modulées et lentement la tendance serait de construire un ensemble de lois efficaces²⁶⁵. Par exemple, des règles favorisant la communication de la preuve existent dans la plupart des juridictions dans le monde. Ces règles se seraient développées car elles sont efficaces et amenuisent les problèmes de perception et de stratégies entre les parties. Le modèle de résolution de différends confirme que la mise en commun de l'information pourrait avoir un effet bénéfique sur la *propension à régler*. Cette règle aurait pour effet de corriger tant l'optimisme que le pessimisme, et ainsi amener une dose de réalisme²⁶⁶. Les perceptions des chances de gagner à procès (P1 et P2, voir EQ1) convergeraient, améliorant la *propension à régler hors cour*²⁶⁷.

Dans un autre ordre d'idées, les avocats sont parfois vus, à la fois comme des facteurs positifs et négatifs pour arriver à un règlement. Traditionnellement, les avocats sont considérés, par l'AED, comme des agents pouvant diminuer les *coûts de transactions* : « lawyers are transaction cost engineers [...] who mostly remove impediments to cooperation among private parties »²⁶⁸. En plus, en tant que spécialistes du litige, les avocats pourraient améliorer l'échange d'information et favoriser la coopération²⁶⁹. Dans cette optique, étant donné sa connaissance du milieu juridique, l'avocat travaille à ramener les attentes, face aux procès, à des niveaux plus réalistes. Comme nous l'avons vu, l'échange fluide d'informations et une dose de réalisme peuvent contrer un sur-optimisme

²⁶³*Ibid* à la p 604; Cooter et Ulen, *Law and Economics*, *supra* note 156 à la p 413.

²⁶⁴ Todd J Zywicki et Anthony B Sanders, « Posner, Hayek & the Economic Analysis of Law » (15 janvier 2007), en ligne: Social Science Research Network: Tomorrow's Research Today <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957177>.

²⁶⁵*Ibid*.

²⁶⁶Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 423.*Ibid*.

²⁶⁷ Cooter et Ulen, *Law and Economics*, *supra* note 156 à la p 444.

²⁶⁸ Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 601.

²⁶⁹*Ibid* à la p 599.

qui nuit au règlement²⁷⁰. Cependant, chez certains auteurs, il est aussi dit que le travail de l'avocat peut nuire au rapprochement entre les parties. Ce serait le cas lorsque l'intérêt de l'avocat diffère de celui du client²⁷¹. Par exemple, il peut être plus risqué pour un avocat de se dédier cinq ans à une cause que pour l'entreprise qu'il représente²⁷². Les avocats peuvent ainsi nuire à la conclusion d'un règlement lorsque leur sensibilité au risque est différente de celle de leurs clients²⁷³. En d'autres mots, l'aversion au risque de l'avocat peut s'ajouter à celle du client ce qui aggrave le *surplus coopératif*²⁷⁴. En outre, selon le modèle de base (EQ1), le coût d'aller à procès (L), dans lequel sont compris les honoraires des avocats, est une des principales raisons pour laquelle il est plus efficace de régler²⁷⁵. Donc, par leurs effets négatifs sur les coûts, les honoraires d'avocats encouragent les règlements. Dans un autre ordre d'idées, les pratiques de « contingent fees », ou honoraires conditionnels aux gains obtenus, peuvent augmenter la *propension à régler* en augmentant le facteur de risque pour l'avocat²⁷⁶. Cependant, il faut mettre un bémol à l'effet positif des honoraires conditionnels, il n'est pas clair que ce genre de pratique n'encourage pas des parties à tenter des procédures alors que, faute de fonds, elles ne l'auraient pas fait autrement. D'une certaine manière, elle pourrait augmenter le risque pour l'avocat et baisser celui pour le client, ceci ayant un effet négatif sur le volume des causes prises en charge par les tribunaux. Finalement, les avocats, de la même manière que leurs clients, peuvent adopter des stratégies qui nuisent à la négociation²⁷⁷. L'AED ne suppose pas que l'avocat agisse de manière à nuire à son client, simplement qu'il est possible que l'avocat, comme le client, ait des comportements qui ne soient pas nécessairement efficaces²⁷⁸. Ainsi, pour l'AED, l'action des avocats n'est pas toujours positive.

²⁷⁰Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 423; Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 599.

²⁷¹Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 605.

²⁷²Harrison et Theeuwes, *Law and Economics*, *supra* note 202 à la p 483.

²⁷³Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 aux pp 604-605.

²⁷⁴Cooter et Ulen, *Law and Economics*, *supra* note 156 à la p 384.

²⁷⁵Harrison et Theeuwes, *Law and Economics*, *supra* note 202 à la p 484.

²⁷⁶Cooter et Ulen, *Law and Economics*, *supra* note 156 à la p 384.

²⁷⁷Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 aux pp 604-605.

²⁷⁸*Ibid.*

Dans la même veine, il y a ce que les Anglo-Saxons appellent la « English rule »²⁷⁹. Ce nom provient du fait que la règle existe en Grande-Bretagne et pas aux États-Unis. Elle consiste simplement en ce que les perdants paient les honoraires des avocats de la partie gagnante. Instinctivement, nous comprenons que ceci augmente le risque et favorise le règlement. La logique est exactement la même que pour les « contingent fees », cette règle rendrait la défaite plus douloureuse donc le risque plus grand²⁸⁰. Cependant, Cooter et Ulen vont nuancer ce propos. Pour ces derniers, si le demandeur a plus de chance de gagner que de perdre, la « English rule » ne fera qu'exacerber son optimisme et nuira aux chances de règlement²⁸¹. Selon cette dernière proposition, le demandeur attribue déjà une bonne partie du coût d'aller à procès au défendeur, réduisant le *surplus coopératif*.

Selon le modèle, les intérêts avant jugement pourraient avoir un effet non souhaité. Ils augmenteraient les enjeux et encourageraient la tenue d'un procès²⁸². Comme nous l'avons vu, l'importance de ce qu'il y a en jeu a tendance à augmenter la propension à aller à procès. Prenons l'exemple où le demandeur espère gagner 120 \$ et le défendeur prévoit perdre 100 \$. Un intérêt de 6 % sur une année ferait passer les montants à 127.20\$ et à 106\$. Le montant augmente plus rapidement du côté gauche de l'inéquation (EQ1.) réduisant ainsi le *surplus* à la coopération²⁸³. C'est l'effet de l'augmentation des enjeux causée par l'ajout d'intérêts avant jugement.

Il existe des lois édictées dans le but d'agir directement pour encourager le règlement avant procès. Par exemple, selon une loi de la Floride, si une offre est refusée lors des négociations et que le montant finalement adjugé se rapproche de cette offre, la partie l'ayant refusée va se voir obligée de payer les honoraires de l'autre partie²⁸⁴. On punit ainsi

²⁷⁹ Louis Kaplow et Steven Shavell, « Economic Analysis of Law » (2 mars 1999), en ligne: Social Science Research Network: Tomorrow's Research Today <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=150860>.

²⁸⁰ Cooter et Ulen, *Law and economics*, *supra* note 156 à la p 409.

²⁸¹ Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 421.

²⁸² Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 602.

²⁸³ Harrison et Theeuwes, *Law and Economics*, *supra* note 202 à la p 486. $P1 \times J - L + R < P2 \times J + L - R$, Voir section 3.2.1 du présent mémoire pour plus d'informations.

²⁸⁴ Cooter et Ulen, *Law and economics*, *supra* note 156 à la p 385. Florida Statutes section 768.79. (Tiré du site web de la chambre des représentants de la Floride : <http://www.myfloridahouse.gov/Sections/Search/StatRev/StatRev.aspx?ViewType=Statutes>)

l'utilisation frivole du système de justice. La loi floridienne est claire, elle augmentera la variable « L » du modèle²⁸⁵ et ainsi encouragera le règlement. Il est cependant possible que ce type de loi mène les parties à accepter des offres qu'elles n'auraient normalement pas acceptées, créant ainsi des *erreurs*. Le bilan d'une telle mesure peut alors être difficile à évaluer.

Comme nous l'avons déjà indiqué, l'AED considère qu'une loi claire est une loi efficace.²⁸⁶ La clarté de la loi dans sa substance va avoir un effet sur la justesse de l'appréciation par les parties de leurs chances de gagner à procès. Nous le répétons, selon le modèle, le réalisme fait converger les variables P1 et P2 (voir EQ1) et permet plus de règlements²⁸⁷. Il est bien sûr impossible pour une loi d'atteindre une prévisibilité parfaite, ceci supposerait que cette dernière aurait prévu chacune des situations possibles. Cependant, ce que nous avons exposé dans ce chapitre démontre l'importance de tendre vers plus de prévisibilité.

Un des objectifs du modèle est de comprendre les barrières empêchant le règlement des différends pour ultimement les surmonter. Sans élaborer sur le sujet, Posner va cependant poser un avertissement à propos de la survalorisation du règlement. Il avertit qu'à partir d'un certain pourcentage — il propose 98 % — une augmentation du taux de règlement pourrait être nuisible²⁸⁸. Le procès ne pourrait plus servir d'instrument d'information et de clarification de la loi. Le danger serait que la loi devienne progressivement floue à cause d'un manque de clarification jurisprudentielle. À ce point théorique, le coût des *erreurs* serait plus grand que les bénéfices d'éviter le procès²⁸⁹. Instinctivement Posner émet donc une mise en garde contre le règlement à tout prix²⁹⁰. Ceci est cohérent avec la plupart des propositions de l'AED : l'efficacité se retrouve dans l'atteinte d'équilibre.

Il ne faut pas oublier que les facteurs ne doivent pas être pris en vase clos. Lorsque survient un changement de situation, il faut réévaluer toutes les autres variables, car les variables

²⁸⁵ Voir, EQ1. : $(P1 \times J) - L + R < (P2 \times J) + L - R$

²⁸⁶ Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 429.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 aux pp 599-600.

s'influencent entre elles²⁹¹. Cette section démontre comment les différends sont analysés par les économistes du droit. L'AED va donc établir ce qui favorise le règlement et ce qui le décourage. L'objectif est de démontrer quelles mesures doivent être prises si l'on veut un système plus efficace.

3.3 Les notions de coût et de délai

Les différents discours recensés font régulièrement référence aux coûts et aux délais judiciaires comme étant des effets qu'il faut minimiser pour améliorer l'accès à la justice. L'objet de cette sous-section est de présenter la manière dont l'AED caractérise les coûts et les délais affectant le processus judiciaire. Nous avons déjà démontré par le modèle de résolution de différends que les délais et les coûts ne sont pas des calamités qu'il faut absolument minimiser. Le modèle considère ces notions comme des variables ou encore des indicateurs comme les autres. En plus d'exposer en détail les ramifications du modèle de résolution de différends, il sera démontré que, pour l'AED, il existe plusieurs types de coûts et de délais et que les minimiser n'est pas une finalité. Ils sont tantôt des outils, tantôt des indicateurs à équilibrer²⁹².

L'individu et la société ont des intérêts divergents quand il est question de l'utilisation du système judiciaire²⁹³. Ceci est causé parce que les individus n'assument pas l'entièreté des coûts, comme le salaire des juges et le coût du palais de justice²⁹⁴. Ainsi, les individus décideraient parfois d'aller à procès alors que ceci serait globalement nuisible pour la société. Cette dichotomie fait en sorte qu'il est important de présenter séparément les effets privés et les effets sociaux concernant les notions de coûts et de délais.

3.3.1 Les coûts privés

²⁹¹ Pour d'autres exemples d'interrelations entre les variables, voir: Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 418; Harrison et Theeuwes, *Law and Economics*, *supra* note 202 à la p 481.

²⁹² Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 420.

²⁹³ Steven Shavell, « The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System » (14 mars 1997), en ligne: Social Science Research Network : Tomorrow's Research Today <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=10357>.

²⁹⁴ Kaplow et Shavell, « Economic Analysis of Law », *supra* note 279 à la p 52.

Le Petit Robert définit le mot « coût » par « somme que coûte une chose ». Cette définition démontre qu'il est nécessaire de définir le mot « coût » est très large et qu'il est nécessaire de définir son sens dépendant de l'utilisation qui en est faite. En analyse économique, c'est le cas, ce mot n'a pas, par lui même, un sens inhérent. Les coûts dont il est question ici sont ceux qui sont attribuables à une situation où l'on a recours au système judiciaire pour régler un différend. Les *coûts privés*, auxquels nous faisons référence, sont l'ensemble des coûts que doit assumer un individu dans le but de solutionner son différend. La notion de coût est large, il existe une multitude de ramifications que peut avoir un procès sur la vie d'un individu et tous ces effets négatifs sont des types de « coûts ». Ainsi, nous présentons dans cette sous-section les différentes formes que prennent les coûts qui sont induits par le processus judiciaire et les différents angles que prend l'AED pour les analyser.

Le premier moment où l'individu est affecté par les coûts est lors de sa prise de décision d'utiliser le système de justice ou non. Pour vérifier s'il doit passer par le système judiciaire, le demandeur soupèsera les coûts nécessaires pour mener jusqu'au bout sa demande judiciaire (honoraires d'avocats, frais de cours, temps, opportunités perdues, etc.) avec les bénéfices futurs qu'il prévoit retirer du litige. Ceci est représenté dans le modèle de résolution de différends par le côté gauche de l'inéquation : $(J - P_1) - L + R$ (voir EQ1). La signification de cette formule revient à dire que les gains prévus d'aller à procès par le demandeur doivent être positifs pour qu'il intente un recours judiciaire. Rationnellement, si les bénéfices à retirer sont plus grands que les coûts, il engagera les procédures. Voulant maximiser ce qu'il peut retirer de la situation, il choisira le processus qui lui offrira le meilleur rapport qualité/prix, donc il choisira habituellement d'éviter le procès.

Pour l'AED, les coûts sont la principale raison pour laquelle les parties veulent régler. Elle démontre ceci par le modèle de base de résolution de différends, par l'existence d'un *surplus coopératif*²⁹⁵. Ce surplus n'est pas fixe dans le temps, un règlement hors cour ne permet pas d'épargner les coûts de litige totaux, mais seulement ceux pour le futur. Plus on se rapproche de la fin du processus moins le *surplus coopératif* sera grand, car les sommes

²⁹⁵Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 417. Voir EQ1. : $(P_1 \times J) - L + R < (P_2 \times J) + L - R$.

auront déjà été dépensées²⁹⁶. Il deviendra donc moins intéressant de régler. En plus, investir dans le litige fera augmenter les enjeux, ce qui fera également diminuer la *propension à régler*²⁹⁷. Lorsqu'une partie décide de lancer le processus judiciaire, elle doit investir de l'argent pour sa défense. Cet investissement représente un risque, car l'investissement dans le processus judiciaire ne pourra générer des bénéfices qu'au moment du jugement ou du règlement. Les bénéfices perdus sont des pertes pour les parties. L'aversion habituelle des individus face au risque aurait tendance à faire augmenter la *propension à régler*²⁹⁸. Un autre aspect du coût est le taux d'intérêt, peu importe que la partie doive emprunter pour financer le litige ou qu'au contraire elle se prive du rendement qu'auraient pu produire les sommes si elles n'avaient pas été consacrées au litige. Si le taux d'intérêt augmente, l'investissement dans le litige sera plus onéreux, augmentant ainsi le *surplus coopératif*. Nous présentons ceci pour démontrer l'interaction entre les variables et la complexité d'une analyse des coûts affectant l'individu. Toujours est-il que selon l'AED, toutes choses étant égales par ailleurs, la majorité des effets que peuvent avoir les coûts pointe vers une tendance à faire augmenter la *propension à régler*²⁹⁹. Bref, du point de vue de l'individu, les coûts sont un problème à minimiser et ceci se traduit par la tendance qu'ont les parties à se tourner vers des modes alternatifs de règlement des différends³⁰⁰. Pour l'AED, comme pour la plupart des autres discours recensés, l'émergence des modes de PRD est due, en partie, aux sommes qui peuvent être économisées par les individus.

Conformément à la théorie du choix rationnel, Richard Posner affirme que l'homme veut maximiser tous les aspects de la vie ou « areas of life », non seulement les aspects économiques³⁰¹. Il est de l'essence de l'AED de considérer des facteurs « humains »

²⁹⁶Le *surplus coopératif* est issu de la négociation, c'est l'argent que les parties peuvent économiser si elles ne vont pas à procès. Lors de la négociation, il est logique que les parties règlent pour se partager ce surplus.

²⁹⁷Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 600.

²⁹⁸Une description du modèle de base est présentée à la sous-section 3.2.1 du présent mémoire.

²⁹⁹Harrison et Theeuwes, *Law and Economics*, *supra* note 202 à la p 483.

³⁰⁰Richard A Posner, « Explaining the Variance in the Number of Tort Suits across U.S. States and between the United States and England » (1997) 26: S2 J Legal Stud 477 à la p 477.

³⁰¹William M Landes et Richard A Posner, « The Positive Economic Theory of Tort Law » (1980) 15 Ga L Rev 851 à la p 854; Jeremy Bentham, *A fragment on Government: being an examination of what is delivered, on the subject of government in general, in the introduction to Sir William Blackstone's commentaries: with a preface, in which is given a critique on the work at large*, London, Printed for T Payne, P Elmsly et E Brooke, 1776.

comme faisant partie des coûts que l'individu doit considérer. Dans la réalité, il est clair que des facteurs humains sont considérés par une partie lorsqu'elle décide de lancer un processus judiciaire. Par exemple, elle va considérer que le procès amènerait trop de stress. L'AED ne nie pas l'existence de ce type de facteur, mais elle va rarement l'inclure spécifiquement dans ses modèles. Des facteurs de ce type ne sont probablement pas inclus, car ils restent difficiles à évaluer : cependant, rien n'empêche de les inclure dans le modèle de résolution des différends, ne fut-ce que comme variable non négative. Le résultat sur la *propension à régler* serait le même qu'une augmentation des frais judiciaires (L); on augmenterait la tendance à régler avant le procès, ce qui est un dénouement souhaitable pour l'AED.

3.3.2 Les coûts sociaux

Les *coûts sociaux* sont les effets indirects d'une activité engendrant des coûts pour d'autres que ceux directement concernés par cette activité³⁰². Étant donné que l'imposition d'une loi a des coûts, il existe toujours des effets directs et des effets indirects à un changement législatif. L'objectif de l'étude de ces coûts est de tenir compte des effets financiers pour le public en général. L'étude de ces effets est l'élément instigateur de la discipline même de l'AED³⁰³. L'AED considère qu'il n'existe pas de droit absolu étant donné que les droits ont des coûts et que les ressources sont limitées³⁰⁴. Adrian Zuckerman l'exprime ainsi: « it would be absurd to say that we are entitled to the best possible legal procedure, however expensive, when we cannot lay a credible claim to the best possible health service or to the best transport system »³⁰⁵. Ainsi, on ne peut demander à un système de justice de fournir un montant infini de ressources pour offrir une justice sans délai³⁰⁶. Les administrateurs de la justice doivent donc faire des choix et inévitablement des compromis³⁰⁷. Alors, l'accès à la

³⁰²Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 400; Coase, « J. Law & Econ. », *supra* note 146.

³⁰³Coase, « J. Law & Econ. », *supra* note 146.

³⁰⁴Posner, « The Costs of Enforcing Legal Rights », *supra* note 192. Holmes, Sunstein, et Sunstein, *The Cost of Rights*, *supra* note 193.

³⁰⁵A. A. S. Zuckerman, « A Reform of Civil Procedure: Rationing Procedure Rather Than Access to Justice » (1995) 22: 2 JL & Soc'y 155 à la p 160.

³⁰⁶*Ibid* à la p 162.

³⁰⁷Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 393.

justice pour l'AED est une question de gestion des ressources disponibles et de compromis. Les choix doivent être guidés par une analyse coûts sociaux/bénéfices sociaux.

Ainsi, pour l'AED, une analyse complète des coûts ne se concentre pas que sur l'individu : il faut également tenir compte des coûts assumés par la société. Les frais payés par les parties ne sont qu'une portion de ce qui doit être déboursé pour financer un procès. Presque tout, à l'exception des honoraires des avocats, est financé par l'État³⁰⁸. Le résultat est que le coût réel total n'est pas pris en considération par une partie lorsqu'elle pondère les coûts et bénéfices d'utiliser le système de justice. L'offre de justice est en partie financée par l'État, ce qui diminue les coûts pour l'individu et à son tour encourage une sur-utilisation du système³⁰⁹. Ainsi, contrairement à un marché libre d'intervention de la part de l'État, le marché de la justice ne peut pas s'ajuster par le mécanisme des prix. Le marché de la justice n'est pas rationné par les coûts, car ces derniers ne sont pas flexibles, ils dépendent presque entièrement de décisions de l'État. La terminologie économique caractérise le marché de la justice comme ayant une offre rigide à court terme³¹⁰. Rigide, car, à court terme, l'offre de justice offerte par l'État ne change pas selon les pressions du marché. Pour l'AED, ceci n'est pas une situation idéale, l'équilibre de marché serait plus efficace si les coûts pouvaient varier librement³¹¹. Le jeu de variation des coûts filtre les demandes d'accès au système de justice et laisse naturellement l'accès à ceux qui valorisent le plus l'accès. Pour l'AED, l'individu serait mieux placé que l'État pour décider où il veut investir son argent³¹². Dans la pratique, cependant, plusieurs tenants de l'AED reconnaissent qu'il n'est pas réaliste d'implanter un marché de la justice qui soit exempt de l'intervention de l'État. Peu importe ce qui doit être fait sur le plan normatif, l'AED considère que, du côté descriptif, la dichotomie entre les intérêts des individus, ceux de la société et le contrôle de l'offre de justice par l'État sont les principales causes des problèmes dans la gestion du marché de la justice. Contrairement aux autres discours que nous avons présentés, pour

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ John Bronsteen, « Some Thoughts about the Economics of Settlement » (2009) 78 *Fordham L Rev* 1129.

³¹⁰ Bruno Deffains et Myriam Doriat Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice : Délais versus prix » (2001) 52 : 5 *Revue économique* 949 à la p 953.

³¹¹ Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 392.

³¹² Posner, « Utilitarianism, Economics, and Legal Theory », *supra* note 174 à la p 132.

l'AED, les coûts ne sont pas un effet de l'engorgement des tribunaux, mais la cause. Les coûts étant artificiellement peu élevés, ces derniers encourageraient une surutilisation du système judiciaire.

L'AED évalue également les coûts selon leurs effets marginaux³¹³. Il est important de faire ce type d'analyse, car une analyse marginale porte à conclure qu'un dollar investi va habituellement se traduire par un retour sur investissement décroissant³¹⁴. Ce principe est important s'il est question d'investir dans le système judiciaire. Ainsi, les premiers dollars investis vont considérablement améliorer la qualité des services judiciaires, tandis que les derniers seront moins efficaces. Par exemple, les 10 premiers juges embauchés améliorent énormément la qualité de la justice, tandis que de faire passer de 400 à 410 juges ne va pas avoir un effet aussi probant. Selon l'AED, il existe un point où un dollar investi se traduira seulement par l'équivalent à un dollar en amélioration. À ce point théorique, il n'y aurait plus de raison d'investir dans le système de justice. Le principe est important : il a pour conséquence que l'ajout de services tendra à générer des bénéfices décroissants.

Pour l'État, l'administration du système de justice est un jeu de compromis entre les coûts, les délais, la qualité et les autres services offerts par l'État³¹⁵. Ainsi, l'objet de gestion de l'État est un « système », dans lequel les éléments sont interdépendants. Comme le démontre le modèle de résolution de différends, le niveau de coût a un effet sur la propension à aller à procès. Alors, d'investir pour faire baisser les coûts va avoir pour effet d'encourager la tenue de procès. Les procès sont à leur tour une importante source de coûts pour l'État :

More trials would mean more public money spent to pay jurors and judges, as well as to buy, construct, and maintain courthouses. More trials would also cost society the revenue that would have been generated by jurors and litigants had they spent the time at their jobs rather than in court, and such trials would redirect to lawyers funds that might otherwise have been used more productively³¹⁶.

³¹³Landes et Posner, « Positive Economic Theory of Tort Law, The », *supra* note 301 ; Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310.

³¹⁴Landes et Posner, « The Positive Economic Theory of Tort Law », *supra* note 301 à la p 869.

³¹⁵Bronsteen, « Some Thoughts about the Economics of Settlement », *supra* note 309 à la p 1133.

³¹⁶Coase, « J. Law & Econ. », *supra* note 146.

Ce passage démontre qu'une analyse de coûts est une affaire complexe et qu'il existe de nombreuses répercussions, lors d'un changement dans la structure de coûts, dans le système de justice. Il démontre que la manière dont l'État gère les coûts pour l'individu a des répercussions sur les coûts assumés par la société.

L'AED analyse généralement les problèmes de structure procédurale en termes de minimisation des *coûts sociaux*³¹⁷. Cette notion se compose de *coûts directs* auxquels doivent également être ajoutés les *coûts indirects* et le *coût des erreurs*³¹⁸. La minimisation des coûts sociaux est un critère d'efficacité, ainsi, nous aborderons ces notions dans la section portant sur les notions d'efficacité. Nous pouvons cependant retenir que, pour l'AED, lorsque nous avons l'intention d'implanter de nouvelles mesures qui auront des coûts pour la société, il est nécessaire de considérer les coûts au sens large.

3.3.3 Les délais privés

Les délais pour les individus sont des irritants décourageant l'utilisation du système et engendrant des coûts. Ces deux notions sont intimement liées l'une à l'autre, cependant, les coûts et les délais ne vont pas toujours de pair. Nous présenterons dans cette section les effets que peuvent avoir les délais pour les individus.

Principalement, pour les parties, les délais sont des nuisances, plus le différend perdure, plus la facture tend à augmenter pour les parties. Aussi, l'attente du jugement prive une partie de son dû. Vérification faite auprès du greffe du palais de justice de Montréal, on doit compter plus de deux ans entre l'introduction de l'instance et le jugement³¹⁹. L'attente va avoir pour effet d'augmenter le risque pour l'individu, car ce dernier investit dans un procès pour une longue période. Ainsi, le délai décourage l'utilisation du procès comme outil pour régler les différends. Adrian Zuckerman parle de cercle vicieux de délais : les délais auraient tendance à engendrer davantage de délais³²⁰. Pour ce dernier, les délais permettent à l'imagination des acteurs impliqués de compliquer l'affaire, de multiplier les tentatives

³¹⁷Cooter et Ulen, *Law and Economics*, *supra* note 156 à la p 385. La notion de *coûts sociaux* est abordée à la sous-section 3.4.4.

³¹⁸La notion d'*erreur* est également abordée à la sous-section 3.4.4.

³¹⁹Un appel a été fait par l'auteur du présent mémoire le 4 avril 2013.

³²⁰Zuckerman, « A Reform of Civil Procedure », *supra* note 305 à la p 156.

judiciaires. Un autre effet néfaste d'un processus judiciaire trop long est que plus le temps avance plus la qualité de la preuve se détériore³²¹. Le passage du temps affecte la qualité de la mémoire des témoins et les preuves matérielles peuvent être plus difficiles à trouver quelques années après l'évènement. Ceci est nocif pour les parties et peut produire des *erreurs*, car le procès ne sera pas mené avec les meilleures preuves et informations.

Les effets pervers de longs délais se comprennent de manière intuitive, cependant, sans que les parties en soient conscientes, les délais travaillent souvent en leur faveur. Certains moments d'attente sont plus nocifs que d'autres pour les parties, d'autres sont nécessaires pour espérer en venir à un règlement. Par exemple, les délais alloués à la négociation en début du processus permettraient de ne pas dépenser des fonds dans des procédures subséquentes. En début de processus les parties n'ont pas encore dépensé le *surplus coopératif*, il est donc plus grand³²². Ainsi, l'AED met en garde contre les délais trop courts, sans quoi le jeu de la négociation ne pourra porter fruit : il faut donc laisser aux parties le temps nécessaire pour leur permettre de régler³²³.

Selon le modèle de base de résolution des différends, les délais vont généralement militer en faveur du règlement et augmenter la *propension à régler*³²⁴. Posner l'explique ainsi: « If the value of that judgment to the plaintiff when rendered would be the same as the cost of the judgment at that time, and if the parties have the same discount rates, the analysis of the effect of delay on settlement rate is straightforward : delay increases the likelihood of settlement by reducing the stakes at case »³²⁵. De plus, un effet similaire au taux d'escompte peut avoir un effet : plus les délais sont longs, plus ils réduisent la valeur actuelle des montants à gagner lors d'un procès, ce qui encourage les parties à régler plus rapidement³²⁶. En outre, un autre bienfait des délais serait de donner aux justiciables le

³²¹Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 420.

³²²Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310 à la p 953.

³²³Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 aux pp 445-446.

³²⁴*Ibid* à la p 446.

³²⁵*Ibid* à la p 420.

³²⁶Posner, « The Costs of Enforcing Legal Rights », *supra* note 192 à la p 950.

temps nécessaire afin de comprendre les clarifications des cours de justice³²⁷. Un certain délai donnerait aux parties le temps de s'ajuster face aux réactions des tribunaux et ainsi réagir plus efficacement. Une étude empirique confirme ce que propose le modèle de résolution des différends : plus le processus est long, plus grandes sont les chances d'en arriver à un règlement³²⁸. Selon cette étude, les délais sont un des trois facteurs les plus importants pour favoriser un aboutissement à l'amiable³²⁹. Bref, pour l'AED les délais ne sont qu'un aspect normal de la vie économique et sociale et seulement les délais excessifs devraient être combattus³³⁰. Pour l'AED, il faut établir un niveau efficace ou optimal de délais³³¹. La prochaine section aborde ce sujet étant donné qu'un délai optimal est une considération pour la société en entier.

3.3.4 Les délais publics

La collectivité n'a pas les mêmes finalités que l'individu. L'objectif n'est pas de minimiser les délais pour l'individu, mais plutôt d'offrir un meilleur accès à la justice pour le plus grand nombre. Les délais lorsqu'ils sont excessifs peuvent devenir un obstacle à l'accès à la justice. Pour l'AED, les délais excessifs sont davantage problématiques que les coûts élevés, car ils sont un symptôme suggérant que le marché de la justice n'est pas régulé efficacement³³². Pour l'AED, il existe un niveau optimal de délai et la structure actuelle du marché de la justice fait en sorte qu'il est nécessairement en déséquilibre. Il existe théoriquement un niveau optimal de délai³³³. Nous disons théoriquement, car ce niveau existe, mais il n'est pas possible de l'évaluer avec précision. Il résulterait plutôt du jeu de l'offre et de la demande de justice qui fixerait naturellement le niveau de coûts et de délais³³⁴. L'AED en vient à la conclusion que les niveaux actuels sont forcément excessifs à cause de la sur-utilisation provoquée par les coûts gardés artificiellement bas. Bref, les

³²⁷*Ibid.*

³²⁸ Douglas A Henderson, « Mediation Success: An Empirical Analysis » (1996) 11 Ohio St J on Disp Resol 105 à la p 143.

³²⁹ Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 627.

³³⁰*Ibid.*

³³¹ Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 446.

³³² Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310.

³³³ Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 447.

³³⁴*Ibid.*

individus profiteraient de ces coûts qui sont bas, mais ceci causerait un engorgement des tribunaux³³⁵.

Certains tenants de l'AED décrivent le système de justice actuel comme étant un marché régulé par les files d'attente³³⁶. Ceci est le cas, car le marché de la justice est un marché en grande partie planifié par l'État : il peut être qualifié de monopole d'offre de justice³³⁷. L'intérêt de l'État est de contrôler son budget tout en offrant un certain niveau d'accès à la justice. Dans les faits, ceci se traduit par un coût très bas et qui varie peu. L'offre de justice que nous décrivons est « fortement réglementée »³³⁸. Elle n'est également sensible à aucun facteur de marché à l'exception de l'offre de justice concurrentielle de certains modes alternatifs privés de règlement des différends. La demande de justice, de son côté, n'est pas contrôlée, elle n'est donc pas aussi rigide que l'offre; elle est influencée, entre autres, par les délais en place et les frais liés au procès. Elle représente le besoin des contribuables de régler leurs différends devant les tribunaux. L'AED considère que, la demande de résolution de conflit est naturellement forte, l'humain vivant en société ayant de nombreux conflits à régler et peu de solutions en cas d'impasse des négociations. Selon les modèles économiques, une forte demande et une offre rigide vont avoir tendance à se traduire par l'allongement des listes d'attente³³⁹. C'est pour ceci que Bruno Deffains parle d'un marché qui serait le marché « rationné » par les délais³⁴⁰. Pour l'AED, contrairement au rationnement par les coûts, « l'inefficacité de cette procédure de rationnement réside dans le fait que la perte supportée par le justiciable sur la base du temps passé dans la file d'attente n'est compensée par aucun gain équivalent pour l'offreur de service de justice qu'est le tribunal »³⁴¹. L'autre manière de rationner l'utilisation du système de justice serait d'augmenter les prix pour y avoir accès. L'AED considère cette option comme étant plus efficace³⁴². Cependant, étant donné les priorités d'accès à la justice de l'État, il n'est pas

³³⁵Shavell, « The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System », *supra* note 293.

³³⁶Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310.

³³⁷*Ibid.*

³³⁸Coase, « J Law & Econ. », *supra* note 146; Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310 à la p 952.

³³⁹Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310 à la p 950.

³⁴⁰*Ibid.*

³⁴¹*Ibid* à la p 955.

³⁴²*Ibid.*

politiquement envisageable de laisser l'offre de justice varier librement. Ainsi, par sa nature même, le marché de la justice est caractérisé par une pénurie de services. Dans cette situation, la seule façon dont les citoyens peuvent montrer à quel point ils valorisent leurs besoins d'utiliser le système de justice est par leurs attentes. La valorisation de ces derniers a nécessairement une limite. Éventuellement, un trop long temps d'attente va avoir pour effet de les décourager et causer ce qu'on appelle le « décrochage judiciaire ». Heureusement, le marché de la justice ne vit pas en vase clos, il existe des alternatives au procès. Les longues listes d'attente, à un certain point, deviennent une motivation pour la recherche d'alternatives: « [a] qualification is necessary, however. Court queues are to some extent selflimiting. The longer the queue, the greater the incentive to substitute arbitration or other nonjudicial methods of dispute resolution for the courts »³⁴³, « [delay] promotes the search of alternative dispute resolution methods, thus keeping many disputes out of the court system »³⁴⁴. Les pratiques de prévention et de règlement des différends au privé ont d'ailleurs pris de l'expansion depuis que le niveau de délais est élevé³⁴⁵. Cependant, ce type d'alternative n'enraye pas la pénurie, car la nature du marché de la justice reste la même.

Le marché de la justice est influencé par de nombreux facteurs. Le niveau de délais est issu des interactions que nous pouvons constater sur ce marché. Pour analyser les délais, il est donc nécessaire de tenir compte de tous ces facteurs. Richard Posner exprime ainsi la nécessité de considérer la notion de délai dans un contexte large:

It is only excessive delay that is undersirable, and what is excessive can be determined only by comparing the costs and benefits of different amounts of delay. [...] The goal, it has been argued in this article, is to minimize the sum of error costs and the direct costs of legal dispute resolution. The problem of delay must be placed within that larger framework of inquiry. Indeed, unless that is done, delay cannot even be defined un a meaningful fashion³⁴⁶.

Malgré l'importance de ne pas avoir de délais excessifs, l'objectif pour l'AED n'est pas de minimiser ceux-ci. Les délais excessifs causent des erreurs et des coûts additionnels dont on

³⁴³Posner, « The Costs of Enforcing Legal Rights », *supra* note 192 à la p 79.

³⁴⁴Zuckerman, « A Reform of Civil Procedure », *supra* note 305 à la p 165.

³⁴⁵Main, « ADR », *supra* note 33.

³⁴⁶Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 445.

doit tenir compte. Ils peuvent être importants, mais ils ne sont que des coûts parmi d'autres. Selon Posner, ce sont les *coûts sociaux* dans leur ensemble qu'il faut minimiser³⁴⁷. Un certain niveau de délais serait non seulement inévitable, mais il pourrait, dans certaines circonstances, favoriser le règlement et minimiser les coûts sociaux³⁴⁸. Un délai serait nécessaire pour que les parties puissent prendre de bonnes décisions quand à l'opportunité d'aller à procès ou encore par rapport aux négociations avec l'autre partie. De plus, comme c'est le cas pour les coûts, il existerait un niveau de délais où le marché de la justice serait théoriquement en équilibre « optimal ». Ainsi, pour l'AED, la minimisation de délais n'est pas une formulation correcte de ce que devrait viser une réforme procédurale. Les délais font partie d'un large éventail d'effets à considérer.

En conclusion, l'AED ne considère pas la minimisation des coûts et des délais comme une fin en soi. Ils sont, d'un côté, des effets qui ne sont pas catégoriquement néfastes et de l'autre, des outils essentiels à la gestion du marché de la justice. Bref, les coûts et les délais ne sont pas nécessairement un symptôme d'un système en crise. Ils peuvent même être considérés comme bénéfiques pour encourager les individus à régler hors cour, ce qui est plus efficace. De plus, l'AED analyse ces notions d'une manière large considérant les effets indirects et les interrelations qu'ils peuvent avoir.

3.4 La notion d'efficacité économique

La notion d'efficacité économique est une notion dont la signification dépend en grande partie du contexte dans lequel on entend l'utiliser. L'efficacité de laquelle nous discutons ici est propre à l'AED et caractérisée d'« économique ». Arnaud Raynouard, dans un article intitulé : *Faut-il avoir recours à l'AED pour assurer l'efficacité économique du droit?*, propose une définition de l'économie, c'est-à-dire ce « qui touche à l'activité humaine dans sa dimension de production/consommation, sociale et politique »³⁴⁹. Selon cette définition,

³⁴⁷La notion de coûts sociaux est définie dans la section suivante.

³⁴⁸Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 624.

³⁴⁹Arnaud Raynouard, « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? » dans Jean-Louis Bergel, dir, *Cahiers de méthodologie juridique : Analyse économique du droit : Autour d'Ejan Mackaay*, Revue de la recherche juridique : Droit prospectif 2008-5 – N° spécial, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, 2509 à la p 2509 ; Zuckerman, « A Reform of Civil Procedure », *supra* note 305 à

l'AED ne se limite pas aux seuls aspects financiers de l'analyse du droit. Le *Dictionnaire d'analyse économique* propose cette définition pour l'« efficience » : « [un] terme un peu vague qui est utilisé pour désigner une affectation des ressources parmi les meilleures possibles »³⁵⁰. L'idée d'efficience est donc opposée à celle de « gaspillage » des ressources, entendue au sens large³⁵¹. Cette définition est très large et permet plusieurs interprétations de ce que doit être l'efficacité. Il y a d'ailleurs plusieurs façons de concevoir l'efficacité, pour l'AED. Notons cependant que, malgré les conceptions différentes de l'efficacité, tous les tenants de l'AED sont conséquentialistes en ce qu'ils conçoivent une situation finale idéale ou supérieure³⁵².

La notion d'efficacité économique peut laisser perplexe, car elle suppose une certaine subjectivité : « [d]ire de quelque chose qu'elle est efficace suppose un jugement de valeur »³⁵³. Par exemple, Richard Posner s'aligne sur la maximisation de la richesse : « [e]fficiency means exploiting economic resources in such a way that value-human satisfaction as measured by aggregate willingness to pay for goods and services is maximized »³⁵⁴. Tandis que la définition de Becker vise davantage une minimisation des *coûts de transaction* : « Wealth maximizing rules [are] designed to imitate the results of a costless market »³⁵⁵. L'AED ne s'entend pas sur une manière unique de formuler l'idée d'efficacité économique. Ces notions d'efficacité sont différentes, mais ne s'opposent pas nécessairement, elles sont plutôt différentes dans la manière d'aborder le même problème, celui d'une allocation efficace des ressources. Nous allons donc présenter les principaux aspects de la notion d'efficacité économique qui sont utilisés par l'AED lorsqu'il est question d'évaluer l'efficacité de mécanismes procéduraux, soient : la maximisation de la richesse, l'optimum de Pareto/Khaldor-Hicks, le théorème de Coase et la minimisation des

la p 165.

³⁵⁰*Dictionnaire d'analyse économique* : Bernard Guerrien, La Découverte, 2002.

³⁵¹ Raynouard, « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? », *supra* note 349 à la p 2509.

³⁵² Picavet, « L'approche économique du droit, l'éthique et le statut de la norme d'efficacité » *supra* note 163.

³⁵³ Raynouard, « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? », *supra* note 349 à la p 2509.

³⁵⁴ Stephen E Margolis, « Two Definitions of Efficiency in Law and Economics » (1987) 16 : 2 J Legal Stud 471 à la p 471. L'auteur reprend et analyse une définition de : Richard A Posner, *Economic Analysis of Law* (2^e éd, 1977).

³⁵⁵ Edwin Baker, « Starting Points in Economic Analysis of Law » (1979) 8 Hofstra L Rev 939.

coûts sociaux.

3.4.1 La maximisation de la richesse

La maximisation de la richesse n'est pas un référent pour évaluer l'efficacité. Cependant, l'AED émet l'hypothèse que si tous les individus rationnels concluent des transactions profitables, l'agrégat de ces transactions se traduira par une augmentation de la richesse collective³⁵⁶. L'hypothèse est que si le marché est bien régulé, et même si l'individu agit de manière à améliorer son sort, pourvu que son activité égoïste ne s'exerce pas aux dépens d'autrui et n'entraîne pas de coûts de transaction, son activité enrichira forcément la société³⁵⁷. L'individu productif dans une économie de marché créerait systématiquement plus de richesse qu'il n'en retire³⁵⁸.

La maximisation de la richesse implique une forme de libéralisme économique. L'individu doit être libre de faire ces choix pour que la richesse puisse être maximisée. Une nuance importante est constamment faite par les tenants de l'AED: par « richesse », il n'est pas seulement question de richesse financière, le terme inclut également la valeur subjective qu'en retirent les individus³⁵⁹. La liberté des marchés est donc créatrice de richesse et mène vers un point d'équilibre de l'offre et de la demande considéré comme étant plus efficace au niveau économique³⁶⁰. Le critère de maximisation de la richesse est une forme d'utilitarisme³⁶¹. Pour pouvoir quantifier l'utilité, les économistes ont fait le choix de maximiser la « richesse », car cette dernière est plus facilement chiffrable et elle symbolise du même coup une représentation de la valorisation que font les individus³⁶². Bref, l'efficacité est l'objectif ultime de l'AED et la maximisation de la richesse est le premier pas dans cette direction.

3.4.2 L'optimum de Pareto/ le critère de Kaldor-Hicks

³⁵⁶Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 400.

³⁵⁷Posner, « Utilitarianism, Economics, and Legal Theory », *supra* note 174 à la p 132.

³⁵⁸*Ibid.*

³⁵⁹Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 4.

³⁶⁰Cooter et Ulen, *Law and Economics*, *supra* note 156 à la p 33.

³⁶¹Cooter et Ulen, *Law and economics*, *supra* note 156; Posner, « Utilitarianism, Economics, and Legal Theory », *supra* note 174.

³⁶²Cooter et Ulen, *Law and economics*, *supra* note 156.

De toutes les manières d'exprimer l'efficacité, celle qui est la plus souvent utilisée par l'AED est la notion d'optimum qui a d'abord été élaborée par Vilfredo Pareto. Ce dernier a défini une situation théorique où un marché serait enfin en situation d'optimum³⁶³. L'optimum est atteint lorsqu'il n'est plus possible d'améliorer la situation d'une personne sans dégrader celle d'une autre³⁶⁴. Toutes les réformes ou tous les changements dans la structure du marché répondant à ce critère sont alors efficaces selon Pareto. Par exemple, si un médiateur peut réduire le sur-optimisme et ainsi augmenter la *propension à régler*, à moindre coût et sans que personne d'autre ne soit affecté, son action est alors efficace selon Pareto³⁶⁵. Dans sa forme la plus stricte, ce critère ne laisse pas beaucoup de place aux situations complexes. Il suffit que la situation d'une seule personne soit affectée négativement pour que l'ensemble du critère ne soit plus vérifiable. Ceci n'est particulièrement pas pratique lorsque l'on doit évaluer un changement de normativité où presque inévitablement certaines personnes seront affectées négativement par un changement. Alors, Nicholas Kaldor et John Hicks ont adapté l'*optimum de Pareto* pour le rendre plus flexible. Selon l'efficacité de *Kaldor-Hicks*, une politique ou un changement peut être considéré comme efficient si les individus qui en bénéficient en tirent suffisamment de richesse pour balancer la perte des autres³⁶⁶. Ejan Mackaay exprime l'importance de ce critère pour le type d'analyse que nous ferons dans ce mémoire : « le critère de Kaldor et Hicks s'est largement imposé dans le discours économique fondé sur le modèle néoclassique comme le critère pour juger des politiques. Une configuration économique est dite efficace lorsque tous les gains au sens Kaldor-Hicks ont été réalisés »³⁶⁷. Ainsi, ce critère est particulièrement bien adapté pour évaluer si une réforme procédurale est souhaitable ou non. Bref, cette vision des choses exprime simplement qu'une réforme procédurale est efficace si elle crée plus de richesse qu'elle ne cause de torts pour la population en général.

³⁶³ *Ibid* à la p 48 ; Warren J Samuels, *Pareto on Policy*, États-Unis, Transaction Publishers, 2012.

³⁶⁴ Cooter et Ulen, *Law and economics*, *supra* note 156 à la p 48. Samuels, *Pareto on Policy*, *supra* note 363.

³⁶⁵ Kenneth J Arrow, Robert H Mnookin et Robert Wilson, *Barriers to Conflict Resolution*, 1^{re} éd, New York, W. W. Norton & Company, 1995.

³⁶⁶ Cooter et Ulen, *Law and economics*, *supra* note 156 à la p 48. Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 11.

³⁶⁷ Rousseau, *Analyse économique du droit*, *supra* note 141 à la p 594.

3.4.3 Le théorème de Coase et les coûts de transaction

Avant Coase, l'idée répandue était que le marché était incapable de gérer la distribution des droits de manière efficace lorsqu'il existait des *externalités négatives*³⁶⁸. Dans ces cas, l'intervention de l'État était nécessaire³⁶⁹. L'intuition de Coase à la base de l'article « The Problem of Social Cost » était que l'intervention de l'État n'étant pas toujours nécessaire même s'il y avait des externalités négatives. Le théorème de Coase est un énoncé présentant des critères pour guider l'intervention de l'État vers une distribution plus optimale des ressources. Il expose quand l'État devrait intervenir et suivant quelle logique.

Pour démontrer le théorème de Coase nous allons reprendre un exemple fictif formulé par le professeur Ejan Mackaay³⁷⁰. Dans cet exemple une scierie fait un bruit qui nuit au commerce du médecin. Ce bruit est considéré en économie comme étant une externalité négative. La question qui se pose dans cet exemple, est : est-ce que l'État doit intervenir pour tenir la scierie responsable pour les dommages et inconvénients qu'elle crée par son fonctionnement ? Sans avoir à présenter la démonstration mathématique, le théorème énonce que, si les *coûts de transactions*³⁷¹ sont bas et que les droits de propriété bien définis, l'allocation des ressources sera optimale même si l'État ne tient pas la scierie responsable pour le bruit qu'elle fait. L'État n'a donc pas toujours besoin d'intervenir lorsqu'il existe des externalités négatives. Les voisins, pour maximiser leurs richesses individuelles, vont d'eux-mêmes s'échanger les droits jusqu'à ce que l'allocation des droits soit optimale. Dans l'exemple de la scierie et du médecin : s'il revient moins cher d'insonoriser la scierie que le bureau du médecin, le médecin va compenser son voisin pour qu'il insonorise son établissement.

A contrario, s'il y a des coûts de transaction, il sera nécessaire pour l'État d'intervenir pour corriger l'allocation inefficace des ressources. En réalité, pour Coase, il n'existe peu de transactions qui ne comportent aucun coût et ces derniers sont souvent prohibitifs. La

³⁶⁸ Une externalité négative est le résultat de production ou de consommation où un tiers est défavorisé sans qu'il en soit compensé. Voir: Alfred C Pigou, *The Economics of Welfare*, New York, Cosimo, 2013.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ Ejan Mackaay, *Law and Economics for Civil Law Systems*, Glos (R-U), EE, 2013 à la p 205.

³⁷¹ Voir plus bas dans la présente section pour une définition de « coûts de transaction ».

solution de Coase dans ce cas, sera d'octroyer les droits à la partie pouvant le plus facilement éviter ou prévenir les externalités négatives. Pour Coase ceci serait la situation optimale au sens de Pareto. Dans le cas de la scierie et du médecin, on pourrait penser qu'il est plus facile pour la scierie de réduire les bruits dérangeants, car elle a le contrôle sur ceux-ci. Dans ce cas, Coase proposerait que la législation doive tenir la scierie responsable pour les excès sonores.

Une seconde leçon que veut faire passer Coase dans « The Problem of Social Cost » est qu'il est souvent impossible d'espérer réduire les coûts de transaction à des niveaux non négligeables. Ainsi leur réduction ne peut toujours être une solution. Il propose donc que, *concrètement*, les choix s'opèrent habituellement entre deux arrangements législatifs qui sont imparfaits. Ainsi, au lieu d'analyser une situation par rapport à un idéal, Coase propose donc de comparer les propositions les plus intéressantes pour établir la solution qui offre le plus d'avantages. Pour faire ce choix, il a élaboré deux conditions pour justifier l'imposition d'un choix législatif³⁷². Premièrement, il faut que les coûts de transaction liés à la mesure prévue soient inférieurs aux *coûts de transaction* des autres solutions possibles et, deuxièmement, que ces coûts soient inférieurs aux bénéfices de l'action elle-même³⁷³. De plus, pour évaluer un arrangement collectif, il propose de tenir compte de tous les effets, tous les effets directs et indirects qui peuvent découler du choix d'arrangement législatif. C'est à partir de cette idée que la notion de *coût social* s'est développée. Nous abordons cette dernière dans la prochaine section.

Un autre apport de Coase est la notion de *coûts de transaction* elle-même. Cette dernière est intéressante pour la présente recherche, car elle représente en quelque sorte les coûts de ne pas réussir à résorber un différend. En effet, les *coûts de transaction* sont des barrières à la transaction, des obstacles au fonctionnement efficace du marché. Ejan Mackaay les définit comme suit : « s'il n'y a pas d'entente alors qu'elle devrait être profitable aux deux parties, il faut analyser les facteurs qui les empêchent d'arriver à pareille entente. Coase propose pour ces facteurs le terme général de coûts de transaction »³⁷⁴. Les coûts de transaction sont

³⁷²Intégrer la médiation au système judiciaire représente un choix législatif.

³⁷³Rousseau, *Analyse économique du droit*, *supra* note 141 à la p 197.

³⁷⁴Mackaay, *L'analyse économique du droit*, *supra* note 157 à la p 11.

des barrières à la transaction qui peuvent être dû à plusieurs facteurs : « Lorsque l'on souhaite opérer une transaction sur un marché, il est nécessaire de rechercher son ou ses cocontractants, de leur apporter certaines informations nécessaires et de poser les conditions du contrat, de conduire les négociations instaurant ainsi un véritable marché, de conclure le contrat, de mettre en place une structure de contrôle des prestations respectives des obligations des parties, etc. »³⁷⁵. Lorsqu'il est question de résolution de différends des exemples de *coûts de transaction* seraient les obstacles de toutes sortes empêchant les parties d'en arriver à un règlement qui autrement aurait été mutuellement profitable³⁷⁶.

3.4.4 La minimisation des coûts sociaux

Comme nous l'avons énoncé, la notion de « coût social » s'est développée de la pédagogie de Coase qui proposait qu'il était important de considérer tous les effets que peut avoir une mesure pour ensuite la comparer aux autres solutions possibles. Harold Demsetz élabore l'erreur logique qui est engendrée par l'utilisation d'idéaux lorsqu'il est temps de choisir entre deux politiques :

The view that now pervades much public policy economics implicitly presents the relevant choice as between an ideal norm and an existing "imperfect" institutional arrangement. This nirvana approach differs considerably from a comparative institution approach in which the relevant choice is between alternative real institutional arrangements³⁷⁷.

La notion de *coût social* est associée à une vision de l'économie où l'on considère que le marché n'est pas capable de se réguler efficacement par lui-même et que ceci se traduit par des effets négatifs pour la société en général³⁷⁸. Pour un économiste, l'intervention de l'État serait parfois nécessaire pour améliorer l'efficacité du marché. Selon cette vision, le législateur adopte des lois, car le laisser-faire ne peut réguler efficacement une situation. C'est précisément dans cette optique que s'inscrit l'intention du législateur lorsqu'il affirme vouloir réformer la procédure civile. Ainsi, pour évaluer l'efficacité d'une réforme du système procédural, l'AED a recours à la notion de *coûts sociaux*. Les *coûts sociaux* sont

³⁷⁵ Ronald Coase, *L'entreprise, le marché et le droit*, traduit par Boualem Aliouat, Paris, Organisation, 2005 à la p 23.

³⁷⁶ Cooter et Rubinfeld, « Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution », *supra* note 200 à la p 1075.

³⁷⁷ Harold Demsetz, « Information and Efficiency: Another Viewpoint » (1969) 12: 1 *JL & Econ* 1.

³⁷⁸ Coase, « *J. Law & Econ.* », *supra* note 146 23 à la p 21.

les sommes des coûts associés aux erreurs et des coûts généraux d'administration du système³⁷⁹. L'objectif de l'AED est de minimiser les *coûts sociaux*³⁸⁰. Les coûts généraux du système de justice sont tous les frais liés directement à l'offre de justice tels que la rémunération des juges, les immobilisations, les salaires des gardes de sécurité et des avocats de la Couronne... Le *coût des erreurs* (parfois appelé « coûts indirects ») sont les effets plus diffus qui peuvent émaner de l'activité judiciaire : ils comprennent les défaillances du système dans son rôle de distribution efficace des ressources et de régulation sociale³⁸¹. Par exemple, ne pas détenir certaines informations peut causer des *erreurs* et permettre à certaines personnes d'intenter inutilement des procédures. La mauvaise circulation de l'information causerait ainsi des *erreurs*. Le coût des *erreurs* est plus difficile à établir, car il dépend par définition d'une comparaison à un standard de perfection³⁸². Il n'est pas facile de chiffrer les erreurs que peut entraîner un certain ensemble de normes. Toujours est-il que les *coûts sociaux* sont le référent le plus souvent utilisé par l'AED lorsqu'il est question d'évaluer l'opportunité de réformer la procédure. Richard Posner l'exprime ainsi:

The purpose of legal procedure is conceived to be the minimization of the sum of two types of cost : « error costs » (the social cost generated when a judicial system fails to carry out the allocative or other social functions assigned to it), and the « direct costs »(such as lawyers, judges, and litigants time) of operating the legal dispute-resolution machinery³⁸³.

L'efficacité réside dans le fait qu'une situation coûte moins cher, et qu'elle n'entraîne relativement pas plus d'inconvénients. Cette manière de concevoir l'efficacité se rapproche du critère de Kaldhor et Hicks car, d'une certaine manière, on considère comme efficace une situation où, en général, les effets négatifs sont moindres que les effets positifs. Cependant, contrairement à la minimisation des coûts de transaction, ici, il est impératif de

³⁷⁹Cooter et Ulen, *Law and economics*, *supra* note 156 à la p 385 ; Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 400.

³⁸⁰Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 400.

³⁸¹Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, An », *supra* note 200 à la p 400.

³⁸²Cooter et Ulen, *Law and Economics*, *supra* note 156 à la p 385.

³⁸³Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 400.

tenter de considérer tous les coûts (erreurs) que peut engendrer une réforme procédurale. Cette manière de considérer l'efficacité ouvre davantage la porte à l'intervention de l'État.

Dans ce cas, Posner³⁸⁴, Shavell et d'autres reconnaissent que potentiellement l'ajout d'un mécanisme de règlement de différends peut être une option, un moindre mal : « A subsidy might be justified on second-best grounds, because the state already subsidizes ordinary litigation by not charging litigants for its full costs »³⁸⁵. Pour l'AED, les modes de PRD ne sont pas l'unique voie pour rétablir l'équilibre dans le marché de la justice : elle considère qu'un ensemble de mesures sera probablement nécessaire pour aboutir à un niveau plus efficace d'activités judiciaires³⁸⁶. L'AED est donc assez pragmatique dans sa manière de considérer l'efficacité, on parle davantage d'amélioration du système de justice que de conception d'un système idéal.

Une des choses qui caractérisent donc les tenants de la théorie de l'AED est le pragmatisme et le relativisme face à la réalité : « la vérité est ce qui est destiné à être cru, ou ce qu'il est bon de croire »³⁸⁷. Ainsi, il n'y a généralement pas d'idéal suprême, il n'y a pas qu'une réalité, mais il y a des finalités et des conséquences supérieures à d'autres. Le pragmatisme de Posner le mène entre autres, à limiter l'étendue de sa « théorie » en comparaison à certains « moralistes »; il ne propose pas que l'AED puisse tout expliquer ou réglementer³⁸⁸. En d'autres mots, il va reconnaître que sa discipline est plus « modeste » dans ses prétentions par rapport à celles de certains auteurs moralistes³⁸⁹. Pour Posner et l'AED en général, l'expérimentation est essentielle pour dénicher ce qui peut fonctionner³⁹⁰. Alors, parallèlement à la minimisation des *coûts sociaux*, Posner propose

³⁸⁴Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 372.

³⁸⁵Kaplow et Shavell, « Economic Analysis of Law », *supra* note 279 à la p 64.

³⁸⁶*Ibid* à la p 52.

³⁸⁷Richard A Posner, *Overcoming Law*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1996 à la p 390.

³⁸⁸Richard A Posner, « Conceptions of Legal Theory: A Response to Ronald Dworkin » (1997) 29 *Ariz St LJ* 377 à la p 377; Posner, *Overcoming Law*, *supra* note 387 ; Richard A Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1993; Richard A Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2003.

³⁸⁹Richard Posner a entretenu un débat avec Ronald Dworkin, voir : Posner, « Conceptions of Legal Theory », *supra* note 388 à la p 377.

³⁹⁰*Ibid* à la p 386.

quatre critères concrets pour évaluer si une réforme de la procédure, comme l'ajout de la CRA, est souhaitable³⁹¹.

1. Premièrement, la proposition doit être issue d'un modèle où l'individu est conceptuellement rationnel.
2. Deuxièmement, la réussite ou l'échec doit pouvoir être vérifiable selon les méthodes scientifiques habituellement utilisées dans les sciences sociales.
3. Troisièmement, les modes alternatifs doivent respecter les contraintes constitutionnelles et la séparation des pouvoirs.
4. Finalement, une réforme procédurale doit faire bouger le système judiciaire dans la « bonne direction » au sens large. Ce dernier critère prévient des dangers qu'une réforme fasse baisser un type de coûts pour en augmenter un autre, ou encore que les coûts à long terme augmentent plus qu'ils ne l'auraient fait sans le changement. Par exemple, une mesure telle que l'utilisation de la médiation judiciaire pourrait devenir si populaire que des gens qui n'utilisaient pas habituellement le système de justice pourraient le faire après la réforme. Bref, le dernier critère étant très large, l'utilité de la grille évaluative est limitée. Cependant, l'AED rappelle qu'il est peut-être intéressant d'analyser toutes les ramifications que peut avoir un changement procédural.

L'objectif de ce mémoire n'est pas d'évaluer le bien-fondé de ces fondements de l'AED et de l'économie, nous nous limitons à énoncer ce sur quoi les économistes du droit se basent pour évaluer l'efficacité du droit et l'opportunité d'implanter certaines normes.

3.5 La Grille de lecture

Il ressort du cadre théorique trois thèmes centraux à couvrir pour éclairer le problème de la recherche : la notion de règlement des différends, les notions de coûts et de délais et finalement celle de l'efficacité. La grille suivante présente les thèmes et sous-thèmes importants que nous allons aborder dans l'analyse des différents discours :

Variables	Sous-variables	Notions
La résolution des différends	<ul style="list-style-type: none"> • Problèmes affectant le système de justice • La notion de 	<ul style="list-style-type: none"> • Les lacunes du système de justice • Les notions larges et étroites du conflit • Les modèles de médiation • Les incitatifs encourageant et

³⁹¹ Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 367.

	différend <ul style="list-style-type: none"> • Le processus de médiation • La finalité de la CRA 	décourageant le règlement hors cour <ul style="list-style-type: none"> • Les objectifs visés par la CRA
Les notions de coût et de délai	<ul style="list-style-type: none"> • Le contexte étroit et large des coûts • L'utilisation des notions de coût et de délai 	<ul style="list-style-type: none"> • L'étendue des notions de coût et délai • La divergence d'intérêts entre le public et le privé • L'exercice des droits entraîne des coûts • Le déséquilibre du marché de la justice • La finalité de l'argument des coûts et des délais
La notion d'efficacité	<ul style="list-style-type: none"> • La notion d'efficacité • L'efficacité privée et l'efficacité sociale 	<ul style="list-style-type: none"> • Les effets de l'ajout de ressources/service • Rendements marginaux des ressources • La nature du marché de la justice • Minimisation des coûts sociaux • La comparaison entre arrangements législatifs possibles

4 Analyse du discours des acteurs sociaux

Dans le présent chapitre, nous allons faire une lecture des discours des acteurs sociaux et institutionnels selon la grille de lecture que nous avons construite à partir de l'AED. Par acteurs sociaux, nous visons plus particulièrement le discours des praticiens du droit, des juges et de l'État. L'objectif de ce chapitre est d'éclairer les notions économiques présentes dans le discours des acteurs sociaux. Principalement, les discours proposent que la CRA serait une solution potentielle aux problèmes d'engorgement des tribunaux et permettrait une diminution des coûts et des délais judiciaires. Dans cette section, nous allons analyser ces considérations économiques et en définir les aspects constitutifs. Nous constaterons que les notions de coûts et de délais comportent plusieurs aspects et ces derniers ne sont pas toujours abordés dans les différents discours. Dans ce chapitre, nous allons exposer l'analyse que fait l'AED des considérations économiques qui sont avancées. Pour ce faire, nous subdivisons le chapitre selon les trois variations des thèmes établis dans la grille de lecture, soit : la résolution des différends par la CRA, les notions des coûts et des délais et l'efficacité des CRA. Les acteurs sociaux dont nous avons tenu compte sont plus particulièrement les praticiens du droit et les utilisateurs du système judiciaire étant donné leurs connaissances particulières de la CRA et de son implantation.

Acteur important, le ministre de la Justice de Bertrand St-Arnaud au moment du dépôt du projet de loi 28 *Instituant un nouveau Code de procédure civile*, tient le discours suivant par rapport aux modes de PRD et la CRA :

Aujourd'hui, nous prenons un virage qui rendra notre système de justice plus accessible, plus rapide, moins lourd et moins coûteux tout en faisant appel à des nouvelles façons de faire. [...] [L]a médiation, la conciliation, l'arbitrage, qui existe depuis longtemps, qui sont fort efficaces et porteurs de règlements de litige dans des délais courts, à un coût moindre et dans un climat bien plus serein³⁹².

La présente partie du mémoire va éclairer, à la lumière de l'AED, ce type de discours tenu par certains acteurs sociaux concernant la CRA. Plus particulièrement, elle expose les problèmes qu'entend régler la CRA, la manière dont la CRA entend traiter le différend et finalement la CRA elle-même, ses caractéristiques et son potentiel selon les acteurs sociaux. On définit le problème, l'outil qui est proposé pour régler le problème et les objectifs qui sont donnés à cet outil.

4.1 La résolution des différends par la CRA

La CRA a une certaine image et elle affecte d'une manière particulière les acteurs sociaux. Ces derniers ont des préoccupations particulières. Par exemple, comme nous l'avons déjà énoncé, les utilisateurs du système judiciaire sont affectés par des coûts et les longs délais. Les juges et l'État subissent certaines pressions à propos de la gestion du système. Ceci fait en sorte que les problèmes à régler, la manière de régler le différend et la finalité de la CRA sont considérés d'une manière particulière par les acteurs sociaux. Nous abordons dans la présente section ces particularités et l'analyse que fait l'AED de ces dernières.

4.1.1 Les problèmes affectant le système judiciaire

La manière de formuler le problème affectant le système judiciaire va affecter la manière dont on entend le régler. La description qu'en font les acteurs sociaux représente, en grande partie, les nuisances quotidiennes qu'ils peuvent constater. Comme nous allons le voir, ces

³⁹² Ministre de la justice du Québec *M. Bertrand St-Arnaud, Le point sur le projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, conférence de presse du 30 avril 2013, en ligne : Assemblée nationale du Québec <<http://www.assnat.qc.ca/fr/actualites-salle-presse/conferences-points-presse/ConferencePointPresse-11223.html>>.

dernières sont caractérisées par des barrières objectives, telles que les coûts et les délais, empêchant l'accès aux tribunaux. Un exemple de ceci : lorsque le conseil de la magistrature commande une étude sur l'accès à la justice, il est clair que l'emphase de l'étude sera mise sur les coûts et les délais: « [L]orsque le Sous-comité sur l'accès à la justice [...] s'est réuni pour la première fois, il a confirmé qu'il s'intéressait surtout à l'accès à la justice et, en particulier, à la hausse des coûts liés au système judiciaire »³⁹³. Ainsi, dans la présente section, nous présenterons les différentes facettes du problème tel qu'il est généralement formulé dans les discours des acteurs sociaux, notamment : le manque de ressources judiciaires, l'engorgement des tribunaux, la désaffection des tribunaux et la complexification du processus.

Comme c'est le cas pour le système de santé, le système de justice est considéré comme étant incapable de « répondre à la demande »³⁹⁴. L'argument est simple, si les gens attendent et que les tribunaux sont engorgés, c'est qu'il manque de ressources (juges, avocats, salles d'audience...). La position du juge en chef Rolland va dans le même sens, alors qu'il soutient qu'il faut « faire plus avec moins » [...] « [les juges] sont appelés quotidiennement à effectuer des prouesses d'ingéniosité pour composer avec des ressources budgétaires toujours plus restreintes »³⁹⁵. L'analyse faite par les acteurs au sein du système de justice est que le système est aux prises avec un manque de ressources et qu'un réinvestissement pourrait régler de nombreux problèmes.

L'AED émet plusieurs bémols par rapport à ce type d'argument. Le premier étant le phénomène du *rendement décroissant* des ressources³⁹⁶. La nuance pour l'AED est que les longues attentes ne sont pas la preuve d'un manque de ressources. Le problème actuel serait plutôt dû à une demande trop forte qu'à une offre trop faible. Ceci serait dû au fait que la

³⁹³ Sous-comité sur l'accès à la justice du Comité sur l'administration de la justice, *L'accès à la justice : Rapport sur certaines initiatives de réforme au Canada*, supra note 105 à la p 2.

³⁹⁴ Barreau du Québec, « Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile » (19 décembre 2011), présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2012/20120202-memoire-code-procedure-civile.pdf>> à la p 22.

³⁹⁵ L'honorable François Rolland, « Rapprochement des générations : partager dynamisme et expérience », allocution prononcée dans le cadre de la Rentrée judiciaire 2010, 2 septembre 2010 à la p 4.

³⁹⁶ K Roach et L Sossin, « Access to justice and beyond » (2010) 60: 2 UTLJ 373 à la p 16.

demande ne serait pas régulée de manière efficace³⁹⁷. Les incitatifs en place encourageraient les justiciables à se tourner trop souvent vers le système de justice³⁹⁸. C'est-à-dire que les frais relatifs à l'institution judiciaire sont largement pris en charge par l'État sans que ces coûts soient transférés au particulier. L'État, en subventionnant le système de justice, garde les coûts d'accès artificiellement bas pour le particulier. La cause du problème est que dans la décision de l'individu d'utiliser ou non le système, les coûts assumés par l'État ne sont pas pris en compte. L'effet de ceci, toutes choses étant égales par ailleurs, est une augmentation de la demande de justice. Steven Shavell présente cette situation comme une « divergence » entre les intérêts de l'individu et ceux de la société³⁹⁹. Pour ces derniers, l'opportunisme financier de l'individu inciterait ce dernier à utiliser le système de justice d'une manière excessive, ce qui serait nuisible pour la société dans son ensemble⁴⁰⁰. L'AED explique ainsi l'augmentation des coûts, des délais et l'engorgement des tribunaux. Elle identifie un problème de régulation de l'offre et la demande de justice, ce qui causerait un niveau d'activité judiciaire sous-optimal⁴⁰¹. Bref, selon l'AED, l'argument du « manque de ressources » serait donc une mauvaise formulation du problème d'accès à la justice.

Une autre facette du problème identifié dans le discours des acteurs sociaux est la désaffection des tribunaux. Selon les statistiques, le public serait de moins en moins enclin à utiliser le processus judiciaire pour régler un différend⁴⁰². Pour les acteurs sociaux, les raisons les plus fréquemment invoquées, en plus des longues attentes, sont les coûts et la complexité perçue du processus judiciaire⁴⁰³. Par exemple, le Barreau du Québec propose que « [l]e système de justice civile doit avoir comme principal objectif de devenir

³⁹⁷Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310 à la p 950.

³⁹⁸Shavell, « The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System », *supra* note 293 à la p 576.

³⁹⁹*Ibid* à la p 581.

⁴⁰⁰*Ibid* à la p 576. Voir aussi : Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 625.

⁴⁰¹Shavell, « The level of litigation », *supra* note 293 ; Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310.

⁴⁰²Rolland, « L'accès à la justice: 3 ans après la réforme de la procédure civile », *supra* note 34 à la p 8.

⁴⁰³Brian Dickson et al, « Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile », *supra* note 42 à la p 12. Ministère de la Justice, *Rapport du comité de la révision de la procédure civile, une nouvelle culture judiciaire*, *supra* note 25 à la p 11.

suffisamment accessible pour que le justiciable voit ses différends résolus efficacement, rapidement et à un coût raisonnable »⁴⁰⁴.

Dans un autre passage tiré d'une allocution du juge Schmidt de la Colombie-Britannique ce dernier témoigne d'une manifestation des effets que peuvent avoir les coûts élevés:

[I]es avocats refus [eraient] de prendre des clients parce qu'ils ne pourraient pas, de façon rentable, les représenter dans un procès civil. [...] un procès pour un litige de 50 000 \$ à 100 000 \$ n'était tout simplement pas rentable et qu'il valait mieux abandonner la cause »⁴⁰⁵.

Ainsi, le juge Schmidt démontre que, à l'intérieur d'une fourchette de montants en cause, l'option judiciaire n'est pas rentable, le processus est miné par des coûts trop élevés. Le *modèle de résolution des différends* développé par l'AED permet également de faire ce constat : il n'est pas intéressant d'aller à procès si les coûts dépassent la valeur estimée qu'on peut retirer du procès. En outre, pour l'AED, de laisser des différends non réglés augmenterait le coût des *erreurs*, augmentant ainsi les *coûts sociaux*⁴⁰⁶. C'est une situation qui n'est pas optimale : s'il existe des moyens de régler les différends qui seraient avantageux selon un rapport coût/bénéfice, ils devraient être mis en place pour minimiser le nombre d'*erreurs*. Pour l'AED, la cause de ceci est encore le contrôle du marché de la justice par l'État. Celui-ci est l'unique fournisseur de procès, il fixe donc le niveau offert au public. L'État procède rarement à des réformes procédurales et il est dépendant du volet politique, ce qui fait en sorte que l'offre de justice peut être qualifiée de « rigide »⁴⁰⁷. Bref, contrairement à ce qui est proposé par certains acteurs sociaux, les coûts ne sont pas nécessairement problématiques, le problème serait plutôt que le marché de la justice soit

⁴⁰⁴ Barreau du Québec, « Mémoire du Barreau du Québec sur le rapport de la justice civile au Canada » (mai 1998), en ligne: <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/1998/199805-justicecivile.pdf>> à la p 19.

⁴⁰⁵ Dennis E Schmidt, « Containir les frais de litige », Conférence spéciale Vers le futur : Ordre du jour de la réforme de la justice civile, présentée au Hilton Montréal Bonaventure, mai 2006, en ligne : Forum canadien sur la justice civile <<http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2006/schmidt-fr.pdf>>. à la p 1.

⁴⁰⁶ Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 399 aux pp 400-402; Coase, « J. Law & Econ. », *supra* note 146.

⁴⁰⁷ Duffains et Duban présentent l'offre de justice comme une droite verticale pour démontrer sa rigidité face aux variations des autres variables. Voir le graphique 1 à la sous-section 4.3.1. Voir également : Duffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310 à la p 954.

incapable de s'ajuster naturellement à l'offre et la demande de justice. Le peu de frais à l'accès et le rationnement des ressources disponibles pour les tribunaux font en sorte que la demande est forte et l'offre est relativement faible⁴⁰⁸. Pour l'AED, c'est cette configuration d'incitatifs qui provoque les longs délais et une pénurie de justice.

Un autre aspect souvent traité par les acteurs sociaux est la complexité du processus pour les individus utilisant le système judiciaire. Pour le Barreau du Québec, la magistrature et le ministère de la Justice, ceci est l'un des principaux problèmes de l'offre de justice actuelle⁴⁰⁹. Ces derniers reprennent la perception qu'a la population de la loi : un récent sondage commandé par le ministère de la Justice recense que 77% des citoyens estiment ne pas comprendre les textes juridiques⁴¹⁰. La complexification n'est pas qu'un phénomène lié au procès. Selon le témoignage du juge en chef Rolland, la CRA commencerait aussi à en être affligée:

Je ne sais pas pourquoi, mais il semble que les procès ne soient pas les seuls à devenir de plus en plus compliqués, mais que ce soit aussi le cas des conférences de règlement. Aussi, nous devons faire tout ce que nous pouvons pour éviter de gaspiller ce magnifique outil qui facilite l'accès à la justice⁴¹¹.

Pour ce qui est de la complexité, l'AED et les discours en place s'accordent. L'incapacité des individus à bien comprendre la loi et ses processus est un problème, car ceci tend à se traduire par des *coûts de transaction*, ces derniers étant nuisibles. Selon la méthodologie individualiste à la base de l'AED, les individus doivent être capables de prendre des décisions informées⁴¹². Ainsi, que les individus soient informés est à la fois, une condition

⁴⁰⁸ *Ibid*, à la p 952.

⁴⁰⁹ Barreau du Québec, « Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile », *supra* note 394 à la p 34; Ministère de la Justice du Québec : Comité de la révision de la procédure civile, *Rapport : La révision de la procédure civile : Une nouvelle culture judiciaire* (juillet 2001) à la p 10.

⁴¹⁰ Ministère de la Justice du Québec, « Sondage auprès de la population sur la confiance à l'égard du système de justice » (28 août 2006) à la p 44.

⁴¹¹ Rolland, « L'accès à la justice: 3 ans après la réforme de la procédure civile », *supra* note 34 à la p 23.

⁴¹² Friedrich A Hayek, *Individualism and Economic Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1948;

Lars Udehn, Lars, *Methodological Individualism: Background, History and Meaning*, Londres, Routledge, 2001; Kenneth J Arrow, « Methodological Individualism and Social Knowledge » (1994) 84: 2 Am Econ Rev 1.

de base pour la modélisation et une caractéristique souhaitable, car elle permet la rationalité et la maximisation de la richesse.

De la même façon que l'AED conceptualise la justice, l'interaction entre l'offre et la demande de CRA peut-être considérée comme un « marché ». Les deux marchés sont de la même nature, ils ont tous deux une demande qui prend de l'ampleur et une offre rigide. Alors, pour l'AED, la structure du marché de la CRA devrait donc souffrir des mêmes maux. Selon le témoignage du juge Rolland, il semble que ceci soit en train de se produire sur le plan des délais: « [l]e délai pour l'obtention d'une date était de trois semaines il y a deux ans et de sept mois aujourd'hui »⁴¹³. En ce moment, cette tendance à l'allongement des délais n'a toujours pas été renversée. Il est alors à prévoir que le marché de la CRA comme celui de la demande et de l'offre de procès seront tous deux caractérisés par la pénurie.

Bref, pour l'AED, la source du problème est que les incitatifs actuels provoquent une augmentation de la demande. De plus, l'offre de justice étant rigide, elle est aussi incapable de fluctuer pour s'adapter pour répondre efficacement à la demande. Le résultat est une demande forte et une offre capable d'y répondre, ainsi, il persiste un état constant de pénurie.

Une autre conséquence est que le système actuel de distribution de la justice ne serait pas en mesure d'offrir la justice à ceux qui la valorisent le plus. Le marché de la justice est rationné par l'attente ; ceux qui y ont accès sont ceux qui sont prêts à attendre et pas forcément ceux qui ont le plus besoin d'avoir accès aux tribunaux⁴¹⁴. Ceci étant dit, même si l'AED identifie le problème comme étant causé par le niveau de prix étant trop bas et trop rigide, ceci ne veut pas dire que l'AED propose l'implantation d'un marché privé de la justice contraire aux politiques d'offrir un accès à la justice aux plus démunis⁴¹⁵. Posner propose cependant que d'augmenter la portion des coûts assumés par les justiciables serait plus efficace⁴¹⁶. Ceci n'est pas politiquement possible et, pour la majorité, ce n'est pas

⁴¹³Rolland, « L'accès à la justice: 3 ans après la réforme de la procédure civile », *supra* note 34 à la p 22.

⁴¹⁴Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310 à la p 952.

⁴¹⁵*Ibid* à la p 964.

⁴¹⁶Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 392.

souhaitable. Cependant, l'AED considère qu'il est utile de connaître la situation idéale pour ensuite pouvoir mieux identifier les aspects négatifs et positifs affectant un marché et tenter de prendre des mesures reproduisant les conditions d'un marché efficace.

4.1.2 La notion de différend prise en charge par la CRA

La dispute prise en charge par la CRA peut être définie de plusieurs manières. Lorsqu'il est question de différend, il est possible de se limiter à considérer les points de droit (un litige) ou encore de tenir compte de toutes les causes et de tous les effets. Par exemple, une CRA utilisée pour régler le litige n'a pas les mêmes caractéristiques qu'une CRA ayant pour objectif d'améliorer les relations entre les parties. Comme nous le verrons dans cette section, les acteurs sociaux, particulièrement les acteurs du système juridique, donnent plusieurs définitions au différend pris en charge par la CRA. Sans qu'il prenne toute la place, nous remarquons que l'aspect administratif a récemment pris plus d'ampleur dans le discours des acteurs sociaux. Les soucis de désengorgement des tribunaux et d'efficacité des ressources semblent influencer la manière de considérer le problème à traiter. Nous remarquerons également que d'un autre côté, certains acteurs sociaux préconisent un élargissement de ce qui doit être traité par la CRA.

Plusieurs indices présents dans les discours suggèrent que les acteurs sociaux attribuent une dimension administrative à la prise en charge du différend. Un exemple de ceci peut être remarqué dans la réforme de la procédure civile en 2003, où le Québec a pris l'exemple de la Grande-Bretagne et a intégré aux règles de procédure une responsabilité confiée aux juges de s'assurer de la proportionnalité des procédures judiciaires utilisées⁴¹⁷. Cette règle de proportionnalité ne concerne pas directement la CRA mais elle est éloquentes quant à la manière dont l'État considère le différend. Cette règle impose aux juges d'effectuer une évaluation de l'efficacité des ressources utilisées et du flot concordant des causes. La règle de proportionnalité est décrite par le législateur comme étant une règle de gestion ayant pour but de désengorger les tribunaux et de les rendre plus efficaces⁴¹⁸. En réalité, ce qui est

⁴¹⁷ *Code de procédure civile*, *supra* note 27, art 4.2.

⁴¹⁸ Ministère de la justice du Québec, « Nouveau Code de procédure civile : Une justice plus rapide et plus économique », *Portail Québec* (septembre 2011) en ligne : Gouvernement du Québec <<http://communiqués.gouv.qc.ca/gouvqc/communiqués/GPQF/Septembre2011/29/c7901.html>>. à la p 7 ; Québec. Communiqué de presse, « Pour une justice civile plus rapide et moins coûteuse : Le ministre de la Justice soumet l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de

demandé aux juges, c'est de faire une évaluation coût/bénéfice dans leur gestion de l'instance. Le juge en chef François Rolland de la Cour supérieure exprime ainsi la responsabilité du juge au sujet de la proportionnalité : c'est « la nécessité d'établir un équilibre entre l'atteinte d'un résultat juste et bon et les coûts et les délais engendrés pour atteindre ce même résultat »⁴¹⁹. Ce qui ressort du discours du juge Rolland, c'est que la notion de conflit revêt une dimension économique lors de la gestion de l'instance. Cette position s'apparente à celle de Richard Posner, qui conçoit le rôle des juges comme étant garant de l'efficacité du système: « Efficiency - not necessarily by that name - is an important social value that judges, given their limited remedial powers and the value pluralism of our society, can promote in a reasonably effective, consistent, objective, and hassle-free fashion »⁴²⁰.

Que les considérations administratives prennent de l'ampleur ne veut pas dire qu'il est question d'offrir une justice de mauvaise qualité. Ceci veut simplement dire qu'il y a un risque que l'importance soit mise sur la rapidité de règlement des différends et non sur l'amélioration de la qualité du règlement. Voici un passage éloquent tiré du *Plan d'accès à la justice du ministère de la justice*:

La [CRA] [p]ermet de réduire le nombre de dossiers qui vont à procès, mais surtout, offre aux parties la possibilité de trouver une solution satisfaisante pour chacune d'elles à moindre coût et plus rapidement. Une conférence de règlement à l'amiable est une rencontre entre le juge et les parties dans le but de réconcilier les parties et de régler leur conflit sans avoir à tenir un procès. Une telle conférence peut permettre aux parties de gagner du temps et d'économiser de l'argent⁴²¹.

Ainsi, le discours pragmatique de l'État rejoint celui de l'AED lorsqu'il prétend que le différend est une variable qu'il faut minimiser. C'est-à-dire que lorsqu'il est question de désengorger les tribunaux, l'objectif est de se débarrasser des litiges. La littérature scientifique va décrire le phénomène, le discours des acteurs sociaux ne l'aborde pas. Le souci d'efficacité va avoir tendance à pousser les acteurs à limiter leur traitement du

procédure civile à la consultation » (16 janvier 2012).

⁴¹⁹ Rolland, « L'accès à la justice: 3 ans après la réforme de la procédure civile », *supra* note 34 à la p 13.

⁴²⁰ Richard A Posner, « What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does) » (1993) 3 Sup Ct Econ Rev 1 à la p 40.

⁴²¹ Ministère de la Justice, *Nouveau Code de procédure civile, Une justice plus rapide et plus économique*, *supra* note 69 à la p 5.

différend au point de droit. Il en découle que les soucis administratifs tendent à réduire l'étendue du différend qu'on veut régler. L'engorgement des tribunaux peut accentuer ce phénomène, car le public et l'État vont mettre de la pression sur les acteurs du milieu pour qu'ils cherchent à remédier aux problèmes administratifs. Cependant, que ce phénomène existe ne veut pas dire que les juges n'ont plus le souci de rendre des décisions de qualité. Les acteurs sociaux et l'AED s'entendent pour dire que la qualité du processus ne doit pas être mise en péril au nom de l'efficacité. Principalement, le souci d'offrir une justice de qualité reste au centre des différents discours. Pour l'AED, selon le *principe de précaution*, il faut investir dans la qualité du processus tant et aussi longtemps que l'investissement rapporte plus qu'il ne coûte⁴²². Le souci de qualité a pour but d'éviter les *erreurs* dans la répartition des droits⁴²³. Le litige doit être traité avec un souci de qualité pour éviter qu'il se présente des *erreurs* et que ceci augmente les *coûts sociaux*⁴²⁴. La qualité d'un mécanisme procédural peut également engendrer des *externalités positives*, ce dont on doit tenir compte dans une analyse de type coût/bénéfice.

La lecture des articles du *Code de procédure civile* indique que la vision de l'État du différend serait en évolution. Premièrement, nous remarquons que le *projet de loi*, à l'article 162, propose de considérer « leurs besoins [des parties], intérêts et positions »⁴²⁵. La CRA ne serait donc plus limitée à traiter les points légaux du conflit. Nous constatons que dans d'autres sections du projet de loi le vocabulaire qui est utilisé a changé, par exemple, il est maintenant question de « prévention et règlement des différends », un terme repris de la littérature universitaire spécialisée en modes des PRD⁴²⁶. De plus, l'article 25 portant sur les règles d'interprétation du projet de loi fait utiliser séparément les mots « différend » et « litige » : « [l]es règles du Code sont destinées à favoriser le règlement des

⁴²²Deffains, « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », *supra* note 195 à la p 93; Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 594.

⁴²³Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 420.

⁴²⁴*Ibid.*

⁴²⁵Ministère de la justice du Québec, PL 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 1^{re} sess, 40^e lég, Québec, 2013, en ligne : Assemblée nationale du Québec <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-28-40-1.html>>.

⁴²⁶Legault, « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit », *supra* note 85 à la p 155; Louise Lalonde, « Les modes de PRD: vers une nouvelle conception de la justice. » (2003) 1 : 2 *Revue de Prévention et de règlement des différends* 17. Déposé par Jean-Marc Fournier, *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de Procédure Civile*, *supra* note 29.

différends et des litiges»⁴²⁷. Comme l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec constate également qu'il semble s'opérer un changement de vocabulaire qui laisse présager un changement d'approche par rapport au conflit :

La seule utilisation du vocable « différend » plutôt que litige ou l'acronyme « MARC » (modes alternatifs ou appropriés de résolution de conflit) révèle une nouvelle amplitude pour la justice civile. Désormais, les modes de PRD ne sont plus considérées comme alternatifs ou conceptuellement une solution de rechange à l'appareil judiciaire. L'avant-projet de loi dessine un tout cohérent et sous-entend que toute forme de différend pouvant mener à un conflit entre dans la portée de la justice civile⁴²⁸.

Toujours dans le même sens, certains acteurs sociaux prônent un élargissement de cette notion. Par exemple, il existe maintenant un mouvement appelé *Le Réseau pour une approche transformative du conflit*⁴²⁹. Ce mouvement est essentiellement un groupe de pression composé de professionnels et d'intervenants du monde de la médiation qui ont pour but de prôner une définition large du conflit⁴³⁰. Une conception large du conflit fut également enseignée lors des formations destinées aux juges québécois voulant présider des CRA⁴³¹. Sans surprise donc, le discours de certains juges présidant les CRA laisse entendre qu'il est nécessaire de régler autre chose que les points de droit⁴³². Bref, la CRA est un traitement nouveau qui a tendance à s'étendre à autre chose qu'aux prétentions juridiques. Ces nouvelles manières d'aborder le différend sont empreintes de l'influence de « médiation

⁴²⁷ « Projet de loi n°28 », *supra* note 425.

⁴²⁸ Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, « Mémoire de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile », déposé à la Commission des institutions, version amendée du 13 décembre 2011.

⁴²⁹ Fondé en octobre 2011, le Réseau pour une approche transformative du conflit regroupe une cinquantaine d'avocats, médiateurs, gestionnaires, directeurs et conseillers en ressources humaines, ainsi que d'autres professionnels ayant reçu une formation de base en médiation transformative au Service de formation continue du Barreau du Québec.

⁴³⁰ Voir les mémoires déposés à la Commission des institutions par : Le Programme de prévention et règlement des différends de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, l'Observatoire du droit à la justice, l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec et par Louise Lalonde.

⁴³¹ Louise Lalonde, *Mémoire portant sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile - Plus spécifiquement, concernant les dispositions relatives à la Conférence de règlement à l'amiable (CRA) et à la médiation comme mode de justice civile privée*, *supra* note 104 à la p 12.

⁴³² Voir par exemple : Courteau, « La conciliation judiciaire à la Cour supérieure », *supra* note 118 ; Otis, « La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire, éditions Thémis », *supra* note 116; Roy, « Trial practice do's and don'ts: hot tips from the experts », *supra* note 45.

transformative »⁴³³ et de justice participative⁴³⁴, des notions empruntées à la littérature savante.

Cependant, nous remarquons que le mot « litige » est toujours utilisé dans l'avant-projet de loi. Ce vocabulaire fait référence aux considérations juridiques opposant les parties et à une version assez restreinte de la notion de différend. Ainsi, sur le plan du vocabulaire nous pouvons remarquer une certaine évolution, mais il semble que l'élargissement de la notion de différend ne soit pas encore réellement cristallisé.

L'AED ne traite pas de l'élargissement de la notion de différend. Pour elle, le différend est nécessairement juridique, donc un litige⁴³⁵. Cette vision de la chose n'est pas étrangère à la réalité juridique : le juge Dennis Schmidt l'exprime d'une manière imagée: « les cours traitaient leur différend comme un petit trésor, le tournant et le retournant sans cesse, y immergeant les plaideurs pendant des années, avides de chaque nouvelle divulgation pouvant y donner un nouveau souffle de vie »⁴³⁶. Il faut garder en tête que lorsqu'il est question de CRA, il est nécessairement question d'un conflit qui est judiciairisé, car la CRA est un service offert par les cours de justice. L'AED, dans *son modèle de résolution des différends*, analyse également un type de différend qui a le potentiel d'être judiciairisé. C'est le point de départ de l'analyse que font l'AED et les différents acteurs sociaux.

Ainsi, il n'est pas facile de caractériser d'une seule manière le discours des acteurs sociaux par rapport à la notion de différend. Le différend est d'un côté traité comme quelque chose qu'il faut gérer et restreindre dans le but de désengorger les tribunaux et d'un autre côté, il semble que la pratique soit en train de s'imprégner de la théorie prônée par les théoriciens des PRD. L'AED aborde peu la notion de différend en tant que telle ; pour cette dernière,

⁴³³Robert A Baruch Bush et Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation supra* note 78: *The Transformative Approach to Conflict*, New York, John Wiley & Sons, 2004; Bush et Pope, « Changing the Quality of Conflict Interaction », *supra* note 81; Dorothy J Della Noce, Robert A Baruch Bush et Joseph P Folger, « Clarifying the Theoretical Underpinnings of Mediation: Implications for Practice and Policy » (2002) 3 Pepp Disp Resol LJ 39.

⁴³⁴Sander, « Future of ADR - The Earl F. Nelson Memorial Lecture, The », *supra* note 136 ; Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21.

⁴³⁵Shavell, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 205 à la p 10.

⁴³⁶Présentation du juge en chef adjoint Dennis E. Schmidt (Cour provinciale de la Colombie-Britannique), « Contenir les frais de litige », *supra* note 405 à la p 3.

pour cette discipline, il existe une opposition entre procès et règlement et le règlement est la meilleure option. L'AED n'élabore pas sur la notion de différend proprement dite. Par contre, elle considère les effets sur le niveau de différend, la *propension à régler* le différend et elle modélise le différend à travers le *modèle de résolution des différends*. La variation du volume de litiges est une donnée qui est prise en compte par l'AED lorsqu'il est question d'évaluer si une mesure telle que la CRA a le potentiel d'affecter favorablement la *propension à régler* hors cour. Pour l'AED, il existe un niveau dans lequel le marché de la justice devrait trouver un équilibre optimal⁴³⁷. Bref, le discours des acteurs sociaux et celui de l'AED se rapprochent à cause des soucis administratifs actuels. Cependant, contrairement aux acteurs sociaux, l'AED ne fait pas qu'énoncer les problèmes administratifs, elle les explique à l'aide d'outils issus de la science économique.

4.1.3 La notion de CRA et sa finalité

Le conflit est la matière première sur laquelle agit la médiation. La médiation a pour but de transformer une situation conflictuelle en créant de nouvelles conditions améliorées entre les parties. Il en ressort un produit final, une situation où le conflit a été atténué ou éteint. Vraisemblablement, le traitement à favoriser n'est pas le même si l'on veut régler le litige, régler le différend ou encore, si l'on veut rétablir de bonnes relations entre les parties. La finalité que l'on veut atteindre avec la CRA va définir comment l'outil sera construit. Notre question de recherche porte sur les prétentions d'efficacité économique attribuées à la CRA. Cette section porte précisément sur le potentiel que les acteurs attribuent à la CRA. Ainsi, dans cette section, nous présenterons la façon dont les acteurs sociaux considèrent la CRA et l'analyse qu'en fait l'AED.

La CRA c'est tout d'abord un outil dont les caractéristiques sont en partie définies par la loi. La première caractéristique de la CRA, telle qu'on la propose au Québec, c'est qu'elle est faite de façon volontaire⁴³⁸. Elle peut être demandée par une ou l'autre des parties ou proposée par le juge. Elle peut également prendre fin à tout moment à la demande d'un participant. Pour l'AED, rendre obligatoire la tenue de CRA serait une mesure au bilan

⁴³⁷Shavell, « The level of litigation », *supra* note 293; Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310.

⁴³⁸*Code de procédure civile*, *supra* note 27, art 151.15.

néгатif⁴³⁹. L'idée est que si l'individu ne veut pas utiliser cette voie, c'est qu'elle serait probablement infructueuse et qu'elle ne représenterait qu'une étape de plus au processus judiciaire. Pour l'AED, l'individu serait mieux placé que l'État pour décider quand la CRA peut lui être bénéfique. Ainsi, les CRA qui ne seront pas entreprises, du seul fait que l'individu perçoit que le coût excède les bénéfices potentiels, seraient des coûts épargnés à la société. L'AED voit d'un œil plus favorable la CRA entreprise volontairement : « being voluntary, is much less problematic »⁴⁴⁰. C'est ainsi que pour Shavell, Mnookin et la majorité de l'AED, il n'est pas opportun pour l'État de rendre la médiation obligatoire : « Shavell suggests that there is “no apparent basis” for the state to impose involuntary *ex post* “non-binding” ADR »⁴⁴¹. L'argument est que d'obliger des parties réticentes à participer à une médiation judiciaire se traduira par un très faible taux de réussite. Les parties seraient mieux placées que l'État pour décider quels sont les modes de négociation les plus appropriés.

Comme nous l'avons expliqué dans le premier chapitre, la CRA est un mécanisme qui est aujourd'hui institutionnalisé au sein du système judiciaire juridique québécois. En plus de son intégration à la législation, une certaine conceptualisation du processus s'est faite à travers les différentes formations offertes aux juges et aux avocats⁴⁴². Un certain processus a été établi dans le but d'offrir une procédure uniforme à la population et pour s'assurer de la qualité de la médiation. Le processus de médiation, c'est à dire la nature des échanges entre les parties, est peu ou pas analysé par l'AED comme le fait comprendre le passage suivant du manuel de Posner: « This analysis leaves the process of settlement (« getting to yes »⁴⁴³) somewhat mysterious »⁴⁴⁴. Posner définit simplement la médiation comme étant « the use of a neutral to assist the parties to reach an agreement »⁴⁴⁵ L'AED n'analyse pas la qualité d'une médiation, elle analyse plutôt que les causes de l'échec des négociations et

⁴³⁹Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 392.

⁴⁴⁰*Ibid.*

⁴⁴¹Mnookin, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 139 à la p 8.

⁴⁴²Courteau, « La conciliation judiciaire à la Cour supérieure », *supra* note 118 à la p 55.

⁴⁴³Fisher, Ury, et Patton, *Getting to Yes*, *supra* note 16.

⁴⁴⁴Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 598.

⁴⁴⁵*Ibid* à la p 604.

les effets potentiels de la médiation sur la *propension à régler avant procès*⁴⁴⁶. Pour l'AED, la médiation a le potentiel d'aider les parties à surmonter certains obstacles empêchant la conclusion d'une entente. L'AED avertit cependant que même si la médiation atteint ce potentiel, ceci ne dit rien sur l'efficacité globale du mécanisme⁴⁴⁷. Pour l'AED, que la médiation soit capable de régler d'une manière plus rapide le différend n'est pas un gage d'efficacité économique.

Dans le discours des acteurs sociaux par contre, la CRA s'insère dans un dessein plus grand : régler les problèmes administratifs dans lesquels est pris le système judiciaire. Ainsi, dans son « Plan d'accès à la justice », le ministère de la Justice aborde la CRA comme pouvant sauver du temps, de l'argent et simplifier les procédures. Le communiqué de presse intitulé: *Pour une justice civile plus rapide et moins coûteuse*, ne peut être plus clair : « [c]'est une toute nouvelle approche de la justice civile que nous proposons, plus rapide et moins coûteuse, dans l'intérêt de tous les Québécois »⁴⁴⁸. Dans un arrêt récent, la Cour suprême du Canada fait également mention du fait que les nouveaux modes de PRD sont des outils privilégiés pour gérer les flots de différends, les juges LeBel et Deschamps, de la Cour suprême, s'expriment ainsi dans une dissidence : « afin de favoriser et d'améliorer l'accès à la justice, et d'accroître l'efficacité de ressources judiciaires limitées, les législatures ont mis en place de nouveaux moyens procéduraux destinés à modifier l'action en justice traditionnelle ou à offrir des voies alternatives à celle-ci »⁴⁴⁹. Les PRD seraient ainsi des outils en partie dédiés à l'efficacité économique. Le passage suivant du juge André Roy de la Cour supérieure énonce qu'il est nécessaire de rendre la justice d'une manière différente: « [given] the increasing costs of litigation and the amount of energy it requires, clients will turn more and more to problem solvers rather than to courtroom litigators »⁴⁵⁰. La position du Barreau du Québec par rapport au potentiel de la CRA fait également mention de l'aspect économique : « [l]a conférence de règlement se veut un outil souple et économique qui s'inscrit dans la lignée des efforts déployés par la Cour supérieure

⁴⁴⁶*Ibid* à la p 598.

⁴⁴⁷*Ibid* à la p 606.

⁴⁴⁸Le ministre de la justice du Québec, « Communiqué de presse - Pour une justice civile plus rapide et moins coûteuse - Le ministre de la Justice soumet l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile à la consultation », *supra* note 418.

⁴⁴⁹*Seidel c. TELUS Communications Inc*, *supra* note 55.

⁴⁵⁰Roy, « Trial practice do's and don'ts: hot tips from the experts », *supra* note 45 à la p 5.

afin de favoriser l'accès à la justice »⁴⁵¹. Cette façon d'exprimer le rôle de la CRA fait écho à ce qui est demandé par le public. Un sondage indiquait que les deux premières raisons énoncées par le public pour utiliser la CRA étaient la célérité du processus et les coûts qui sont moindres⁴⁵². Les considérations économiques rejoignent le souci constant d'efficacité de l'AED. Cependant, l'AED n'est pas fixée sur le potentiel de la médiation à savoir d'améliorer l'efficacité du système juridique : « nothing said so far shows that mediation is, on balance, a good thing. It involves cost (what costs ?) as well as benefits »⁴⁵³. Le discours des acteurs sociaux ne fait pas cette nuance; selon ce qui transparait, la CRA serait simplement moins chère et plus rapide. L'AED estime également que les intérêts économiques du Barreau et de ses membres risquent peu de poser problème lorsqu'il est question d'implanter une réforme ayant pour objectif la diminution de l'utilisation du système judiciaire; « I observed that the economic interest of the bar will cause it to resist social policies to reduce legal activity »⁴⁵⁴. Ainsi, il ne serait pas nécessairement dans l'intérêt du Barreau d'encourager le règlement du différend hors cour.

Il existe cependant certains juges tels que la juge Louise Otis, l'initiatrice de la médiation judiciaire à la Cour d'appel du Québec, qui ne conçoivent pas la CRA comme étant un outil dont le potentiel se limite à faire baisser les coûts et les délais judiciaires. Selon sa conception, la CRA serait efficace économiquement, mais il existerait également d'autres avantages issus du processus: « [c]ette solution judiciaire s'insère dans un processus souple, efficace et peu coûteux. En un mot, une justice accessible et humaine »⁴⁵⁵. La juge Otis conçoit une vision de la CRA qui amènerait une valeur ajoutée. L'hypothèse est qu'en tenant compte du contexte entourant le litige, la CRA pourra régler d'une manière plus complète le différend⁴⁵⁶. Cette juge est une pionnière dans ce champ au Québec, sa

⁴⁵¹ Barreau du Québec, « Conférence de règlement amiable : En quête d'une justice alternative » (15 octobre 2001), Communiqué, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol33/no17/reglement.html>>.

⁴⁵² Noreau, « Avenir de la justice: des problèmes anciens... aux solutions prochaines », *supra* note 39 à la p 4.

⁴⁵³ Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 606.

⁴⁵⁴ Shavell, « The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System », *supra* note 293 à la p 612.

⁴⁵⁵ L'honorable Otis, « Modes alternatifs de règlement des litiges: la médiation judiciaire, dans Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges », *supra* note 54 à la p 67.

⁴⁵⁶ Otis, « La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire, éditions Thémis », *supra* note 116.

conception de la médiation se rapproche de ce qui est proposé par la littérature scientifique. Par exemple, elle propose que la CRA soit effectuée selon le principe d'« empowerment », principale caractéristique de la médiation transformative. De plus, le savoir théorique fait partie intégrante des formations données aux juges québécois. Bref, le discours de certains juges semble maintenant s'inspirer de la littérature scientifique dans sa manière de conceptualiser le potentiel de la CRA⁴⁵⁷. En d'autres mots, la médiation, pour certains juges, a le potentiel de régler plus que les problèmes administratifs du système juridique. L'AED n'a pas la même vision du potentiel de la CRA que les acteurs sociaux.

Pour l'AED, le fait que la CRA soit moins chère pour l'individu ne veut pas dire qu'elle est globalement efficace. Elle considère qu'en grande partie l'efficacité n'est pas théoriquement démontrable. Elle précise aussi que peu d'études empiriques peuvent octroyer à la CRA le potentiel d'être toujours en mesure de diminuer les coûts et les délais.

4.2 Les notions de coût et de délai

Comme nous l'avons présenté en début de mémoire, en Grèce antique, les modes de PRD étaient déjà pressentis comme des remèdes à l'engorgement des tribunaux⁴⁵⁸. Aujourd'hui encore, les considérations de coûts et de délais sont prépondérantes dans le discours des acteurs sociaux⁴⁵⁹. La présente section se penche sur le traitement des notions de coût et délai dans le discours des acteurs sociaux. L'analyse de ce discours par l'AED fera ressortir différentes facettes de ces notions, notamment: la minimisation des coûts et des délais, l'aspect privé et public de ces derniers, et l'idée que les droits ont des coûts.

4.2.1 La minimisation des coûts et des délais

Comme nous l'avons vu, les citoyens, les juges, les avocats et les autres intervenants de la justice considèrent que l'accès aux tribunaux est restreint en raison des coûts et des délais

⁴⁵⁷ Courteau, « La conciliation judiciaire à la Cour supérieure », *supra* note 118 ; Otis, « La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire », *supra* note 116.

⁴⁵⁸ Barrett et Barrett, *A History of Alternative Dispute Resolution*, *supra* note 3 à la p 7.

⁴⁵⁹ Le ministre de la justice du Québec, « Communiqué de presse - Pour une justice civile plus rapide et moins coûteuse - Le ministre de la Justice soumet l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile à la consultation », *supra* note 418.

prohibitifs⁴⁶⁰. Pour ces derniers, la minimisation des coûts et des délais est un objectif important de toute réforme procédurale. D'ailleurs, le communiqué de presse annonçant l'*Avant-projet de loi instituant un nouveau Code de procédure civile* avait pour titre : « une justice plus rapide et moins coûteuse »⁴⁶¹. Pour le Barreau, « il y a lieu de poursuivre les efforts déjà engagés par tous les intervenants pour accroître la célérité et l'efficacité du système judiciaire »⁴⁶². Comme le disait le juge Lortie : « les coûts sont l'ennemi numéro un du système »⁴⁶³. Bref, la minimisation des coûts et des délais est un thème récurrent et prépondérant chez les acteurs sociaux. Contrairement à ce qu'on peut attendre d'une analyse de nature économique, la minimisation des coûts et des délais n'est pas un objectif mis de l'avant par l'AED. La discipline ne considère pas que la minimisation des délais serait une justification valable pour effectuer des changements procéduraux. Posner l'exprime ainsi : « [T]he essential point is that minimization of delay is not an appropriate formulation of the goal of judicial reform »⁴⁶⁴. De plus, pour Posner, les délais ne sont pas nécessairement contre-productifs, un certain niveau de délai serait même efficace : « [t]he inverse relationship between cost and time implies that eliminating the entire interval between the commencement and the decision of a lawsuit would be inefficient »⁴⁶⁵. L'AED fait une analyse de ces notions pour en exposer plusieurs composantes⁴⁶⁶. Cette analyse est peu présente dans le discours des acteurs. Le discours des juges se limite habituellement à marquer l'importance des coûts et des délais sans pour autant expliciter ces notions. Par exemple, le juge Daniel Dortéus, alors juge au Tribunal des droits de la personne, énonce :

⁴⁶⁰Noreau, *Les conférences de conciliation et de gestion judiciaire - Projet pilote de Longueuil 2009*, *supra* note 41; Rolland, « L'accès à la justice: 3 ans après la réforme de la procédure civile », *supra* note 34 ; Barreau du Québec, « Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile », *supra* note 394; Sous-comité sur l'accès à la justice du Comité sur l'administration de la justice, *L'accès à la justice : Rapport sur certaines initiatives de réforme au Canada*, *supra* note 105.

⁴⁶¹Ministère de la Justice, *Nouveau Code de procédure civile, Une justice plus rapide et plus économique*, *supra* note 69.

⁴⁶²Barreau du Québec, « mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile », *supra* note 394 à la p 34.

⁴⁶³Pierre Lortie, « La Cour du Québec et la justice civile : tradition et approche moderne », Conférence prononcée dans le cadre des *Rendez-vous avec la justice* à la Chambre de commerce du Saguenay, 1^{er} avril 2009, en ligne : Tribunaux judiciaires du Québec <<http://www.tribunaux.qc.ca/c-quebec/CommuniquésDocumentation/ConferencePierreLortie.pdf>> à la p 5.

⁴⁶⁴Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 448.

⁴⁶⁵Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 624.

⁴⁶⁶Posner, « The Costs of Enforcing Legal Rights », *supra* note 192.

Les objectifs du législateur lors de la création du Tribunal, qui a opté pour la célérité et l'efficacité du recours pour sanctionner les atteintes aux droits protégés par la Charte, sans pour autant compromettre les principes fondamentaux de justice[...] ⁴⁶⁷.

Ces notions ne sont pas exposées : on nous dit pourtant qu'il est nécessaire « [d']assurer la célérité et l'efficacité du recours auprès du TDP » ⁴⁶⁸. Sinon les coûts et les délais sont abordés à l'extérieur des cours de justice pour décrire les goulots d'étranglement avec lesquels est aux prises le processus judiciaire ⁴⁶⁹. L'AED, elle, différencie de bons et de mauvais délais et elle considère que certains coûts pourraient prévenir le gaspillage. Par exemple, plus on avance dans le temps, plus le *surplus coopératif* rétrécit et moins il est intéressant de régler ⁴⁷⁰. Un des objectifs de l'AED est de mieux comprendre les relations de cause à effet entre les différents types de coûts et de délais. Comme nous l'avons exposé dans le modèle de base de résolution des différends, la variation d'une seule variable (les coûts, les délais, le risque, les enjeux, les perceptions...) a un effet sur la plupart des autres ⁴⁷¹.

L'engorgement des tribunaux en terme économique peut se traduire par une pénurie de l'offre dans le marché de la justice ⁴⁷². Selon cette façon de considérer le système judiciaire, les coûts et les délais ne sont pas des maux à minimiser, mais plutôt des indicateurs de marché. Selon Bruno Deffains et Myriam Doriat-Duban, un marché de la justice contrôlé par un État voulant offrir des services à faible coût produirait des niveaux de délais anormalement élevés ⁴⁷³. Le marché de la justice serait régulé par les délais, c'est-à-dire que les coûts d'accès aux tribunaux ne sont pas variables, mais que la file d'attente l'est. Ceci fait en sorte que « les délais constituent le mécanisme d'ajustement du marché » ⁴⁷⁴. On ne paye pas le juge, les substituts du Procureur général, le greffier ou un loyer lorsqu'on utilise le système. De plus, par sa volonté d'offrir une justice à bas coût, ce dernier est donc gardé

⁴⁶⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Lusk*, 2010 QCTDP 17, para 36.

⁴⁶⁸ *Ibid*, para 38.

⁴⁶⁹ Rolland, « L'accès à la justice: 3 ans après la réforme de la procédure civile », *supra* note 34.

⁴⁷⁰ Harrison et Theeuwes, *Law and Economics*, *supra* note 202 à la p 481.

⁴⁷¹ Le modèle de base est traité à la section 3.2.1 du présent mémoire.

⁴⁷² Albert W Alschuler, « Mediation with a Mugger: The Shortage of Adjudicative Services and the Need for a Two-Tier Trial System in Civil Cases » (1986) 99 : 8 Harv L Rev 1808 à la p 1836.

⁴⁷³ Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310 à la p 950.

⁴⁷⁴ *Ibid* à la p 954.

artificiellement⁴⁷⁵ bas pour l'individu utilisateur⁴⁷⁶. Les délais sont considérés comme étant trop élevés, car Deffains et Duban soutiennent que, dans un marché libre, c'est-à-dire sans contrôle sur les coûts, ces derniers se fixeraient naturellement à un niveau plus bas⁴⁷⁷. Ainsi, non seulement l'AED ne considère pas les délais comme un fléau à éradiquer, au contraire, un optimal de délai existerait pour maximiser les effets positifs et pour minimiser les effets négatifs⁴⁷⁸. Selon Deffains et Duban, les parties doivent disposer de suffisamment de temps pour régler leur différend et, de plus, le juge a besoin d'un certain temps pour étudier les cas d'une manière efficace. Le délai optimal doit donc être « [s]uffisamment long pour permettre le partage des informations, mais assez court pour éviter que des décisions sous-optimales soient prises par manque d'information »⁴⁷⁹. Pour ces auteurs, l'optimum ne peut cependant pas être atteint étant donné que le marché de la justice ne sera pas libre de s'autoréguler. Les choix politiques font en sorte que le marché de la justice est lourdement régulé. Tenant cela pour acquis, ils proposent donc d'utiliser une combinaison d'outils pour faire bouger l'offre et de la demande de justice vers un point d'équilibre reproduisant les caractéristiques d'un marché libre de toute intervention. L'idée d'augmenter les coûts d'accès aux tribunaux pour rationner l'accès à la justice n'est pas très répandue, mais elle existe. Le juge O'Connor semble considérer cette idée comme étant une solution à l'engorgement des tribunaux :

[I]l est peut-être temps d'envisager le recours à des frais d'utilisation ou autres options de frais pour certains procès civils longs lorsqu'il y a abus du temps des tribunaux. Par exemple, la cour pourrait établir une durée généreuse de son temps pour une cause donnée, après quoi la cour pourrait, à sa discrétion, demander le paiement d'une partie des frais⁴⁸⁰.

Cette idée est bien sûr controversée et nombreux considèrent que cette solution doit être exclue⁴⁸¹. Pour Posner et la plupart des tenants de la discipline, l'augmentation des coûts

⁴⁷⁵ Le mot « artificiellement » est utilisé car pour l'AED, l'intervention de l'État dans un marché ne permet pas à ce dernier de s'équilibrer à un niveau « naturel ». *Ibid* à la p 951.

⁴⁷⁶ Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 372.

⁴⁷⁷ Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310.

⁴⁷⁸ *Ibid* à la p 970.

⁴⁷⁹ *Ibid*.

⁴⁸⁰ Dennis R O'Connor, « Messages from the Market: What the Public Civil Justice System can Learn from the Private System » (2006) 25 : 2 *Advocates' Soc J.* à la p 20.

⁴⁸¹ Présentation du juge en chef adjoint Dennis E. Schmidt (Cour provinciale de la Colombie-Britannique), « Contenir les frais de litige », *supra* note 405.

judiciaire serait une solution envisageable, mais pas nécessairement possible politiquement⁴⁸². Il est tenu pour acquis que le marché de la justice restera un marché contrôlé par le public. Pour Posner, c'est dans cette optique qu'on peut prendre en considération de subventionner la médiation⁴⁸³. Alors, selon l'AED, il existe un niveau de délais et de coûts où le marché de la justice puisse se trouver dans une situation plus efficace économiquement. Ceci est précisément le propos de section 4.3 qui aborde la notion d'efficacité.

Contrairement à ce qui est rapporté dans les différents discours des acteurs sociaux, l'AED n'aborde pas les coûts et les délais comme des maux à combattre. Au contraire, à un certain niveau, leurs effets seraient bénéfiques. De plus, la connaissance et l'analyse de ces notions sont importantes, car elles sont des indicateurs de l'état du marché de la justice. En outre, pour l'AED, les coûts et les délais sont des leviers, ils influencent le comportement humain. D'ailleurs, Posner considère que les frais judiciaires peuvent même être une solution efficace à l'engorgement des tribunaux⁴⁸⁴. Pour ce dernier la volonté de payer serait une meilleure façon pour les individus d'exprimer leur valorisation des services judiciaires⁴⁸⁵. Bref, pour l'AED les coûts et les délais ne sont que des outils et non une finalité. De plus, il est impératif d'en comprendre l'étendue si l'on veut faire une analyse économique.

4.2.2 Les coûts et les délais, privés et publics

Comme le titre le laisse entendre, lorsqu'un individu utilise le système judiciaire, une partie des frais est assumée par l'État et une autre par l'individu lui-même. Les délais, eux, affectent différemment les individus et l'État. Pour l'individu, il est question de délais dans le processus, pour le système judiciaire il est question de liste d'attente et d'engorgement des tribunaux. Cependant, lorsqu'il est question de promouvoir une réforme procédurale, on fait habituellement référence à un type de coût et de délais qui est assumé par l'individu et non celui qui est assumé par la société. La présente sous-section a pour objectif d'éclairer cette distinction à la lumière de l'AED.

⁴⁸²Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 626.

⁴⁸³Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 ; Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 606.

⁴⁸⁴Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 aux pp 626-627.

⁴⁸⁵Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138.

Un exemple de l'aspect unidimensionnel des coûts et délais du discours des acteurs sociaux peut être constaté dans les différents mémoires déposés à la commission des institutions dans le cadre de l'étude de l'*Avant-projet de loi instituant un nouveau Code de procédure civile*⁴⁸⁶. Selon notre recension, lorsqu'il est question d'accès à la justice, les considérations privées accaparent la majeure partie du discours des acteurs sociaux⁴⁸⁷. C'est ainsi que *Le plan d'accès à la justice* présente la finalité de la CRA comme ayant des bénéfices privés :

Une conférence de règlement à l'amiable est une rencontre entre le juge et les parties dans le but de réconcilier les parties et de régler leur conflit sans avoir à tenir un procès. Une telle conférence peut permettre aux parties de gagner du temps et d'économiser de l'argent⁴⁸⁸.

Les outils qui sont développés pour améliorer l'accès à la justice se font dans le but d'améliorer la situation de l'individu et non de faire baisser les coûts pour le système. Pour l'AED, la seule prise en compte des coûts privés ne permet pas de faire une analyse de coûts complète. En restreignant l'étude à ce type de coûts, on ne peut évaluer si l'ajout d'un mécanisme tel que la CRA est efficace pour réduire globalement les coûts⁴⁸⁹. Lorsque nous nous attardons seulement à ces coûts, nous laissons de côté les autres coûts qui sont assumés par le public tels que les coûts d'ajout de personnel, de construction de nouvelles salles, des salaires des juges, des greffiers... Selon l'AED, il est d'autant plus important d'analyser les coûts sociaux que ces derniers tendent à suivre une logique opposée aux coûts privés⁴⁹⁰. C'est-à-dire que plus c'est cher pour l'État moins c'est cher pour le

⁴⁸⁶Barreau du Québec, « Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile », *supra* note 394 ; Association du Barreau canadien. « Mémoire relatif à l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile » (16 décembre 2011), présenté à la Commission des institutions : Assemblée nationale du Québec, en ligne : Association du Barreau canadien <<http://www.cba.org/ABC/>>; Mémoire de l'observatoire du droit à la justice; Programmes de prévention et règlement des différends (PRD) de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. « Une vision en trois dimensions (3D) de l'accès à la justice » (18 novembre 2011), présenté à la Commission parlementaire sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile, en ligne : Assemblée nationale du Québec <<http://www.assnat.qc.ca>>.

⁴⁸⁷L'AED aborde l'intérêt de la collectivité, mais cet aspect reste moins souvent abordé que la simple mécanique du différend. Voir : Kaplow et Shavell, « Economic Analysis of Law », *supra* note 279 à la p 52.

⁴⁸⁸Ministère de la Justice, *Nouveau Code de procédure civile, Une justice plus rapide et plus économique*, *supra* note 69 à la p 5.

⁴⁸⁹Shavell, « The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System », *supra* note 293; Shavell, « The level of litigation », *supra* note 293.

⁴⁹⁰Shavell, « The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System », *supra* note 293; Shavell, « The level of litigation », *supra* note 293.

particulier. L'opposition serait due au fait que les parties ne peuvent pas intégrer dans leurs décisions l'ensemble des coûts qu'ils engendrent pour la cour et pour l'État et que les bénéfices pour l'individu n'engendrent pas nécessairement des bénéfices pour la société dans son ensemble⁴⁹¹. La conclusion de cet auteur est que la divergence entre les coûts privés et les coûts publics fait en sorte que le marché de la justice va avoir tendance à sur-utiliser les ressources du système juridique⁴⁹².

4.2.3 Le coût des droits⁴⁹³

L'État est dans une position particulière par rapport aux dépenses en matière de justice : d'un côté, il doit contrôler les coûts et de l'autre il veut offrir le plus grand accès à la justice. Il est souvent mentionné que l'on veut offrir une meilleure qualité de justice sans toutefois augmenter les coûts. Chez la plupart des acteurs du milieu juridique, dans le but de respecter la séparation du judiciaire et de l'exécutif, on observe un souci de protéger la qualité de la justice offerte des considérations financières. Le Barreau du Québec l'affirme ainsi : « ces mesures ne doivent pas dépendre des budgets, ressources et finances publiques »⁴⁹⁴. Pour l'AED, un choix doit nécessairement être fait, car la mise en œuvre des droits a nécessairement des coûts⁴⁹⁵. Il est donc de l'essence de l'AED de prendre en considération tous les coûts lorsqu'il est question de droits. Les ressources étant limitées, il y aura nécessairement discrimination dans la manière de disposer des ressources. Ces choix impliquent qu'un certain niveau de respect des droits sera établi en fonction du budget de l'État⁴⁹⁶. Alors, l'approche économique considère que le niveau d'accès à la justice offert

⁴⁹¹Shavell, « The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System », *supra* note 293 à la p 611.

⁴⁹²Shavell, « The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System », *supra* note 293.

⁴⁹³Holmes et Sunstein, *The Cost of Rights*, *supra* note 193. Posner, « Costs of Enforcing Legal Rights, The », *supra* note 192.

⁴⁹⁴Barreau du Québec, « Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile », *supra* note 394 à la p 18. *Seidel c. TELUS Communications Inc*, *supra* note 55; Le ministre de la justice du Québec, « Communiqué de presse - Pour une justice civile plus rapide et moins coûteuse - Le ministre de la Justice soumet l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile à la consultation », *supra* note 418.

⁴⁹⁵Holmes et Sunstein, *The Cost of Rights*, *supra* note 193; Posner, « The Costs of Enforcing Legal Rights », *supra* note 192; Taylor et Svechnikova, *What does it cost to access justice in Canada? How much is « too much »? And how do we know?*, *supra* note 132.

⁴⁹⁶Holmes et Sunstein, *The Cost of Rights*, *supra* note 193; Posner, « Costs of Enforcing Legal Rights, The », *supra* note 192 71; Taylor et Svechnikova, *What does it cost to access justice in Canada? How much is « too much »? And how do we know?*, *supra* note 132.

par le gouvernement dépend des choix et des possibilités budgétaires. Un exemple de ceci est le droit à la sécurité. Ce droit n'est pas absolu, il dépend plutôt de l'argent qui est investi dans la police et dans les autres institutions de protection publique. Les ressources étant limitées, il n'est pas possible d'avoir un policier devant toutes les portes de nos maisons. Un choix doit être fait, et un certain niveau de sécurité est offert. Même si dans son discours l'État énonce qu'il ne fait pas de compromis quant à l'accès et la qualité de la justice, l'AED considère et démontre qu'il doit nécessairement faire des compromis. L'intention d'utiliser la CRA pour des raisons économiques ferait partie de ce compromis que doit faire l'État. L'AED nuance donc l'absolu de l'idée de l'accès à la justice. La CRA comme solution a des coûts et des bénéfices, cette mesure fera nécessairement partie d'une décision d'offrir un certain niveau de volume judiciaire et de modes de PRD. Lorsqu'il est question de désengorger les tribunaux, en investissant dans le système de justice, il est important pour l'AED de fixer le niveau d'attente, de prix et de volume de litige que l'État veut offrir à la population. Cette décision doit être prise en fonction des ressources disponibles. Ainsi, pour l'AED le terme « accès à la justice » est plutôt un idéal qu'un objectif légitime. La sanction, le respect des droits entraînent des coûts : l'État devra donc établir le niveau de service qu'il veut offrir à la population en fonction des ressources disponibles⁴⁹⁷.

4.3 L'efficacité des CRA

Déjà présenté maintes fois, le problème d'accès à la justice est caractérisé chez les acteurs sociaux par les considérations de coûts de délais et de complexité du système. Les longues listes d'attente et les coûts sont les symptômes les plus souvent décriés dans leurs discours⁴⁹⁸. Les solutions ou réformes sont conceptualisées dans le but de corriger les lacunes. Pour les acteurs sociaux, faire baisser les coûts et les délais équivaut à améliorer l'accès à la justice. L'objectif des réformes de la procédure civile est, selon un discours du juge Audet, « [d']établir une justice civile plus rapide, plus efficace et moins coûteuse,

⁴⁹⁷Holmes et Sunstein, *The Cost of Rights*, *supra* note 193; Posner, « Costs of Enforcing Legal Rights, The », *supra* note 192.

⁴⁹⁸Sous-comité sur l'accès à la justice du Comité sur l'administration de la justice, *L'accès à la justice : Rapport sur certaines initiatives de réforme au Canada*, *supra* note 105 ; Barreau du Québec, « Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile », *supra* note 394; Rolland, « L'accès à la justice: 3 ans après la réforme de la procédure civile », *supra* note 34.

susceptible d'améliorer l'accès à la justice et d'accroître la confiance du citoyen dans le système de justice »⁴⁹⁹. Les référents d'efficacité ne sont pas les mêmes pour les acteurs sociaux que pour l'AED. Dans cette section, nous constaterons que, pour l'AED, ceci n'est pas nécessairement vrai. Pour l'AED, plus vite et moins cher ne sont pas nécessairement des synonymes d'efficacité. Elle ne fait pas seulement une analyse différente de l'efficacité, elle utilise une méthode et des outils différents. Dans la présente section, nous aborderons deux aspects de l'efficacité présents dans le discours des acteurs sociaux : le désengorgement des tribunaux par l'ajout de ressources, et l'efficacité de la CRA pour l'individu.

4.3.1 L'efficacité de l'ajout de ressources et de services

Comme nous l'avons déjà exposé, le manque de ressources est identifié par les acteurs sociaux comme étant une des causes des problèmes d'accès à la justice. On présume donc que l'ajout de ressources est une solution naturelle à ce problème. Dans le passage suivant d'une allocution du juge Rolland, un lien étroit est fait entre un accès à la justice efficace et le contrôle des coûts et des délais : « [p]romouvoir l'accès à la justice est donc en lien direct avec un système qui permet à une personne d'accéder à la justice dans des délais et à des coûts proportionnels aux résultats recherchés »⁵⁰⁰. Dans la même allocution, il rapporte également que le manque de ressources, particulièrement quant au nombre de juges, contribue à détériorer l'accès aux tribunaux⁵⁰¹. Le Barreau du Québec semble conscient que « les ressources ne peuvent pas répondre à la demande »⁵⁰². En d'autres mots, il semble que, pour le Barreau du Québec, l'ajout de ressources ne pourra pas, de façon réaliste, combler l'écart entre l'offre et la demande. Malgré cela, le Barreau propose tout de même à l'État d'investir davantage de ressources pour instituer de nouveaux services⁵⁰³. De plus, le Barreau a lui-même investi des ressources dans un système de médiation. Le 26 février

⁴⁹⁹Pierre Audet (Juge à la cour du Québec), « La réforme de la procédure civile de 2002: 'un jalon de plus vers l'idéal d'un accès à la justice pour tous'? », Conférence spéciale Vers le futur : Ordre du jour de la réforme de la justice civile, présentée au Hilton Montréal Bonaventure, mai 2006, en ligne: Forum canadien sur la justice civile <<http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2006/audet-fr.pdf>>.

⁵⁰⁰Rolland, « L'accès à la justice: 3 ans après la réforme de la procédure civile », *supra* note 34 à la p 14.

⁵⁰¹*Ibid* à la p 12.

⁵⁰²Barreau du Québec, « Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile », *supra* note 394 à la p 22.

⁵⁰³*Ibid* à la p 13.

2012, il lançait un projet pilote qui a pour but d'offrir un service de médiation en matières civile ou commerciale aux particuliers et aux entreprises de moins de 20 employés et pour des montants ne dépassant pas 25 000 \$⁵⁰⁴.

On propose également d'affecter des juges à la CRA plutôt qu'à l'adjudication de procès dans le but d'améliorer « l'efficacité de la justice »⁵⁰⁵. Selon l'honorable Michel Robert, dans une entrevue donnée au *Journal du Barreau*, le temps des juges serait plus efficace lorsqu'ils effectuent des CRA. Il affirme : « Des délais réduits et des procès moins longs auront comme conséquence [...] de maximiser l'utilisation du "temps-juge". Si un procès dure une journée au lieu d'une semaine, résume-t-il, le juge a quatre jours libres pour faire autre chose »⁵⁰⁶. Pour la juge Otis, l'ajout de juges ne représenterait pas de coûts additionnels étant donné qu'ils sont déjà subventionnés par l'État.

Pour Coase, pour en arriver à une situation optimale, il faut comparer les deux arrangements législatifs les plus avantageux⁵⁰⁷. Pour évaluer s'il est optimal d'utiliser un juge pour présider une CRA, il ne faut pas seulement comparer cette situation à celle où il préside un procès. Par exemple, un juge peut peut-être régler plus de causes lorsqu'il passe ses journées à présider des CRA : cependant, si ce juge coûte plus cher qu'un médiateur pour atteindre les mêmes résultats cette solution n'est pas nécessairement optimale. Si la demande de procès est forte, il est probable que chaque juge devant être affecté à la CRA devra être remplacé. Potentiellement, il est concevable que simplement plus de juges soient engagés pour offrir ce nouveau service et maintenir le niveau d'adjudication qui prévalait avant l'instauration de la nouvelle mesure. Il est possible que le juge puisse atteindre de meilleurs résultats : telle est l'analyse de coûts/bénéfices que permet l'AED.

À l'opposé de ce qui est proposé par les acteurs sociaux, l'analyse économique ne considère pas l'ajout de ressources, tel que l'ajout d'un service de CRA (ou le transfert de

⁵⁰⁴ Barreau du Québec, « Avec le nouveau Service de règlement de différends du Barreau : Réglez votre différend à forfait! » (26 février 2013), Communiqués 2013, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/fr/actualites-medias/communiqués/2013/02/26-reglement-differends>> à la p 10.

⁵⁰⁵ Yves Lavertu, « Fruit d'une entente tripartite en matière pénale : Améliorer l'efficacité de la justice » (2004) 36 : 3 J Barreau, en ligne : Barreau du Québec <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol36/no3/fruitduneentente.html>>.

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ Coase, « J Law & Econ. », *supra* note 146.

ressources vers la CRA), comme étant un gage d'efficacité⁵⁰⁸. Pour l'AED, l'ajout de ressources risque d'avoir un impact mitigé sur l'accès aux tribunaux pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'ajout de ressources a tendance à avoir un *rendement décroissant*.⁵⁰⁹ Selon ce principe, plus on alloue des ressources à un problème moins les résultats obtenus par cette allocation seront probants. Par exemple, le premier palais de justice bâti au Québec a eu un effet beaucoup plus important sur la qualité de la justice offerte que le dernier construit. L'AED n'affirme pas nécessairement que trop de ressources soient investies, mais seulement que c'est possible qu'après tous les investissements qui ont été déjà effectués, l'ajout de ressources supplémentaires ne se traduise pas par les résultats espérés. Non seulement l'effet de l'ajout de ressources est décroissant sur le désengorgement des tribunaux, mais l'ajout de CRA peut avoir des effets atténués à cause de la présence de services substitués. Dans le système québécois, deux processus sont offerts : le procès et la CRA. Selon le *principe de substitution*, l'individu rationnel opère un arbitrage selon son *coût d'opportunité*⁵¹⁰; si la justice traditionnelle est trop chère par rapport aux alternatives, il optera pour l'alternative, et inversement. Sans faire d'analyse économique, le juge Roy illustre le phénomène de substitution lorsqu'une option devient trop chère: « With, among other things, the increasing costs of litigation and the amount of energy it requires, clients will turn more and more to problem solvers rather than to courtroom litigators. »⁵¹¹ Le juge Rolland rapporte également qu'il constate que le rendement de la CRA est décroissant⁵¹². Théoriquement, pour l'individu, l'AED propose que la rentabilité d'opter pour la CRA va diminuer au fur et à mesure que cette alternative gagne en popularité⁵¹³. L'analyse économique prévoit que deux marchés de substitués concomitants vont avoir tendance à s'équilibrer⁵¹⁴. Le prix sur le marché du substitut le moins cher va avoir tendance à augmenter tandis que le plus cher va, lui, diminuer. Nous pouvons penser que l'ajout de la CRA aurait donc tendance à faire baisser les délais pour le marché de la justice traditionnelle et que le marché de la justice fera augmenter les délais pour avoir accès à une

⁵⁰⁸ Alschuler, « Mediation with a Mugger », *supra* note 472 à la p 1836.

⁵⁰⁹ Roach et Sossin, « Access to justice and beyond », *supra* note 396 à la p 16.

⁵¹⁰ Marc Montoussé et Isabelle Waquet, *Microéconomie*, Montréal, Boréal, 2008.

⁵¹¹ Roy, « Trial practice do's and don'ts: hot tips from the experts », *supra* note 45 à la p 5.

⁵¹² Rolland, « L'accès à la justice : 3 ans après la réforme de la procédure civile », *supra* note 411 à la p 23.

⁵¹³ Montoussé et Waquet, *Microéconomie*, *supra* note 510 à la p 37.

⁵¹⁴ Marshall, « Principles of Economics », *supra* note 510.

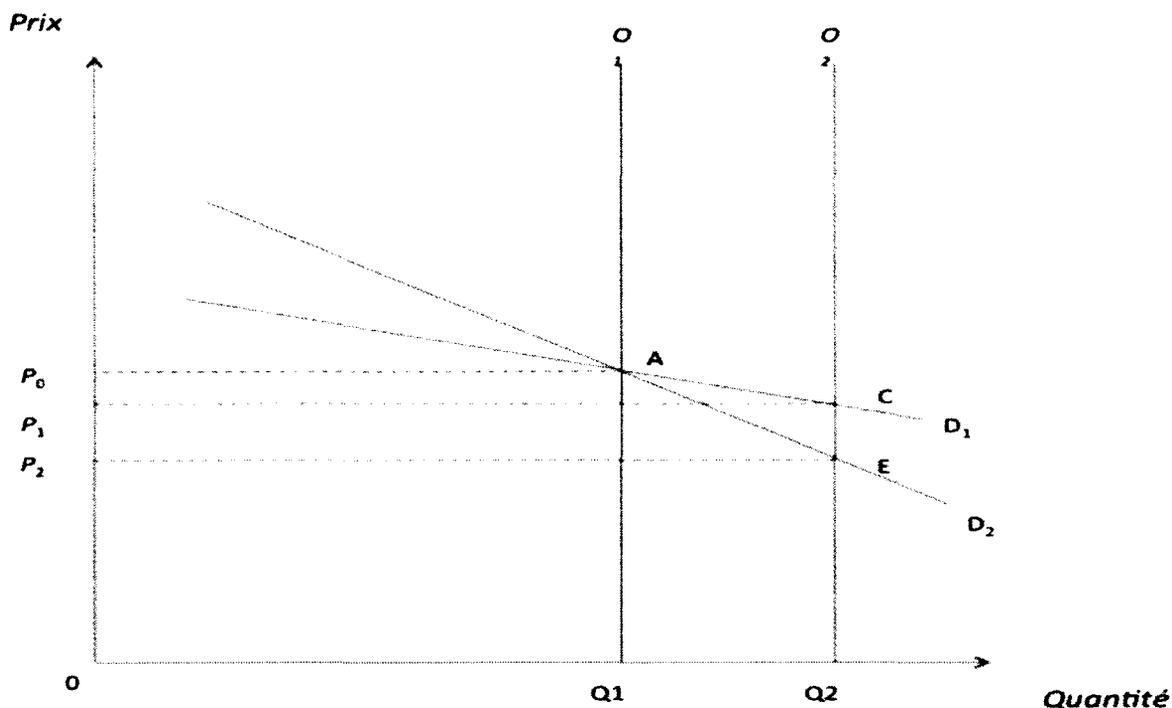
CRA. Ce n'est pas nécessairement le cas. Pour Deffeins et Duban, la réponse à ceci dépend de l'élasticité de la demande⁵¹⁵. L'élasticité en économie est une mesure de grandeur par rapport à l'effet. Dans le cas présent, elle est l'effet de la variation du prix sur la quantité demandée⁵¹⁶. Plus l'élasticité de la demande est forte, moins l'augmentation de l'offre va avoir un effet sur les coûts et les prix. Pour Deffeins et Duban, le marché de la justice serait caractérisé par une demande de justice très forte. Ceci signifie que peu importe la quantité de justice qu'offre l'État, cela aura peu d'impact sur les coûts ou les délais (voir D1 du graphique 1). Un marché de ce type fait en sorte que la baisse dans la file d'attente sera presque simultanément annulée par l'augmentation de la demande. Une autre caractéristique de ce type de marché est que, l'offre de la justice étant contrôlée par l'État, celle-ci aurait tendance à être rigide (le graphique 1 exprime ceci par la verticalité de la droite de l'offre(O)). L'hypothèse est qu'à court terme du moins l'État ne fait pas varier rapidement le nombre de juges, de palais de justice, d'avocats ou même des frais pour avoir accès à la justice. Pour l'AED, le résultat prévisible est qu'un tel marché sera régulé en grande partie par les délais⁵¹⁷.

Graphique 1

⁵¹⁵Deffeins et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310 à la p 957. Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 625.

⁵¹⁶Une forte élasticité de la demande correspond à une demande avec une pente faible (inférieure à - 1), c'est-à-dire que la demande tend vers l'horizontalité. Deffeins et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310 à la p 957.

⁵¹⁷*Ibidà* la p 956.



Ainsi, étant donné la nature de la demande de justice, l'AED prédit qu'il est probable que nous nous retrouvions, à peu de choses près, au même niveau de délais, pour l'ensemble de l'offre de justice, qu'avant l'implantation de la CRA. Le délai pour avoir accès à la CRA sera éventuellement aussi dissuasif que celui pour avoir accès au procès. Le juge Rolland témoigne que ceci est déjà en train de se produire à la Cour supérieure : « la Cour supérieure est maintenant, en quelque sorte, victime de son propre succès. Le problème est en fait que nous ne pouvons pas suffire à la demande »⁵¹⁸. Posner exprime cette situation dans ce qu'il appelle: *l'analogie de l'autoroute*⁵¹⁹. Selon cette dernière, la construction d'une autoroute ayant comme objectif de diminuer le trafic pourrait avoir des effets plus ou moins probants⁵²⁰. L'explication serait que la nouvelle autoroute rendrait l'utilisation de la voiture plus intéressante, ceci inciterait certains usagers du transport en commun et du covoiturage à utiliser leurs voitures. L'autoroute serait donc victime de son succès et le niveau de congestion serait peu affecté. Ainsi, l'analogie prédit que dans bien des cas, les effets de l'ajout de services seraient minimes sur l'objectif ultime. L'AED prédit donc que

⁵¹⁸Rolland, « L'accès à la justice: 3 ans après la réforme de la procédure civile », *supra* note 34 à la p 2.

⁵¹⁹Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 389. Zuckerman, « A Reform of Civil Procedure », *supra* note 305 à la p 160.

⁵²⁰Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 625.

l'ajout de ressources dans le but de diminuer la congestion risque d'avoir peu d'impact⁵²¹. Malgré que l'engorgement risque d'être peu affecté par l'ajout de ressources, il reste qu'une plus grande quantité de justice sera offerte. Ceci est d'autant plus vrai si la CRA est un processus plus rapide que le procès. Ainsi, cette analyse n'émet aucune opinion sur l'opportunité d'implanter la CRA pour d'autres raisons. Pour faire cette analyse, il est nécessaire de considérer non seulement les effets pour l'individu, mais les effets pour la société en général et les coûts pour l'État⁵²².

Un autre aspect présenté dans les discours des acteurs sociaux est la capacité des CRA à disposer plus rapidement des différends. Les chiffres tendent à valider qu'une CRA prend moins de temps en moyenne que d'opter pour aller à procès⁵²³. Cependant, il est possible de constater une tendance troublante quant à l'évolution de l'efficacité de la CRA : depuis son implantation en 2003, les délais pour y avoir accès ont augmenté. Le passage suivant du juge Rolland traduit ce constat :

L'autre problème est que ces conférences prennent de plus en plus de temps. Il y a quatre ans, nous comptions une demi-journée pour une conférence, soit de deux heures et demie à trois heures. De nos jours, les causes durent normalement deux séances ou une journée et il n'est pas rare qu'elles prennent deux ou même trois jours. [...] Le délai pour l'obtention d'une date était de trois semaines il y a deux ans et de sept mois aujourd'hui⁵²⁴.

L'AED prédit ce genre d'évolution pour un marché qui est régulé par les délais⁵²⁵. La gratuité des procédures va avoir tendance à provoquer une sur-utilisation et, subséquemment, la pénurie. Comme le prédisent la métaphore de l'autoroute et les propos du juge Rolland, la CRA semble être victime de son succès⁵²⁶. L'AED prédit que ceci va augmenter la demande d'utilisation du système en général. Pour ce qui est de la complexification du processus lui-même, une explication amenée par l'AED est le

⁵²¹ Alschuler, « Mediation with a Mugger », *supra* note 472 à la p 1836.

⁵²² Kaplow et Shavell, « Economic Analysis of Law », *supra* note 279 à la p 52; Shavell, « The level of litigation », *supra* note 293.

⁵²³ Une étude sur les effets privés de la CRA a été effectuée par Pierre Noreau en 2009, voir : Noreau, *Les conférences de conciliation et de gestion judiciaire - Projet pilote de Longueuil 2009*, *supra* note 41.

⁵²⁴ Rolland, « L'accès à la justice : 3 ans après la réforme de la procédure civile », *supra* note 411 à la p 23.

⁵²⁵ Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310 à la p 952.

⁵²⁶ Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 389.

comportement stratégique adopté par les parties⁵²⁷ et les avocats en cause⁵²⁸. Posner prévient que plus les avocats sont familiers avec un type de procédure, plus ils conçoivent des stratégies qui peuvent complexifier et rallonger le processus⁵²⁹.

Contrairement au discours des acteurs sociaux, l'AED considère que l'ajout de ressources ne va pas nécessairement se traduire par une diminution des coûts et des délais judiciaires pour l'individu⁵³⁰. La théorie de l'AED explique par contre pourquoi les délais tendent à augmenter.

4.3.2 L'efficacité privée de la CRA

L'« efficacité privée » de la CRA est ici utilisé en opposition avec l'idée d'« efficacité publique ». La première est la capacité de la CRA d'atteindre les objectifs économiques de l'individu, tandis que la deuxième a pour but d'évaluer les effets pour la société en entier. Dans les discours des acteurs sociaux recensés, lorsqu'il est question d'accès à la justice, il est généralement question d'accès aux tribunaux pour les individus. La CRA est un outil qui est perçu comme pouvant efficacement atteindre ces objectifs. Lorsqu'il est question d'efficacité, il est question de diminuer les coûts et les délais⁵³¹. Alors, pour que la CRA soit efficace selon les acteurs sociaux, elle doit permettre un plus grand accès à la justice tout en diminuant les coûts et les délais assumés par les particuliers. Les acteurs répertoriés semblent parler de leur expérience avec la CRA pour affirmer que cette dernière est plus rapide et moins chère que le procès⁵³². L'AED est en accord avec l'affirmation qu'une CRA réussie est plus rapide et moins chère qu'un procès. Cependant, l'analyse du droit

⁵²⁷Cooter et Rubinfeld, « Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution », *supra* note 200 à la p 1078 ; Hawkins et Steiner, « The nash equilibrium meets BATNA: Game Theory's varied uses in ADR contexts », *supra* note 248 ; Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 422.

⁵²⁸Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 604.

⁵²⁹Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 374.

⁵³⁰Alschuler, « Mediation with a Mugger », *supra* note 472 à la p 1836.

⁵³¹Audet (Juge à la cour du Québec), « La réforme de la procédure de 2002: « un jalon de plus vers l'idéal d'un accès à la justice pour tous »? », *supra* note 499 à la p 2.

⁵³²Roy, « Trial practice do's and don'ts: hot tips from the experts », *supra* note 45; Rolland, « L'accès à la justice: 3 ans après la réforme de la procédure civile », *supra* note 34; Noreau, *Les conférences de conciliation et de gestion judiciaire - Projet pilote de Longueuil 2009*, *supra* note 41.

considère que cette affirmation ne tient pas compte de plusieurs autres facettes essentielles à l'efficacité économique d'une procédure. Par exemple, le fait que la CRA soit une étape de plus au processus ou encore que les parties aient d'autres options pour régler hors cour⁵³³. Bref, pour l'AED, la médiation judiciaire comporte des avantages et des inconvénients, l'objectif est de bien cerner ces derniers pour ensuite pouvoir évaluer l'opportunité d'implanter le mécanisme procédural.

L'État québécois publicise la CRA comme étant « une rencontre entre le juge et les parties dans le but de réconcilier les parties et de régler leur conflit sans avoir à tenir un procès. Cette option peut permettre aux parties de gagner du temps et d'économiser de l'argent »⁵³⁴. Ce service est proposé aux parties pour économiser de l'argent. L'AED reconnaît qu'il y a des économies potentielles, mais elle prévient qu'il est possible que la médiation judiciaire ait des effets contraires⁵³⁵. Le principal effet négatif pour les parties est que la CRA est une étape de plus qui exige du temps et de l'argent. Si cette dernière est un échec, elle aura été une perte de temps et d'argent pour l'individu. Même si cette dernière est fructueuse, il est possible que les parties aient réglé de toute manière⁵³⁶. Cette prédiction de l'AED n'est pas seulement spéculative, le juge Rolland témoigne de l'existence des effets négatifs que peuvent avoir les CRA.

Certes, les parties et leurs avocats sont très contents de ces conférences parce qu'ils ont accès à des juges de manière informelle pour expliquer l'instance et régler le conflit. Normalement, cela se passe rapidement pendant la procédure. Ce serait fabuleux si ces conférences aidaient à régler des causes qui ne devraient pas se régler autrement. [...] Nous avons l'impression d'allouer des ressources pour présider des conférences de règlement pour régler des causes qui, pour la plupart, se régleraient de toute manière⁵³⁷.

Comme nous l'avons défini dans le *modèle de résolution des différends*, pour l'AED, les parties vont généralement régler hors cour pour se séparer le surplus coopératif dans 95% des cas. Ainsi, pour l'individu, les investissements sont directement efficaces parce qu'ils

⁵³³Shavell, « The level of litigation », *supra* note 293.

⁵³⁴Ministère de la justice, « Nouveau Code de procédure civile : Une justice plus rapide et plus économique », *supra* note 62 à la p 5.

⁵³⁵Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 372.

⁵³⁶Shavell, « The level of litigation », *supra* note 293.

⁵³⁷Rolland, « L'accès à la justice: 3 ans après la réforme de la procédure civile », *supra* note 34 à la p 22.

mènent à un règlement qui n'aurait pas eu lieu autrement. C'est l'option où les parties maximisent leurs richesses respectives. Pour l'AED la *flexibilité*⁵³⁸ et le caractère *informel*⁵³⁹ de la médiation leur permettent de procéder plus rapidement et à moindre coût que le procès⁵⁴⁰. L'avertissement de l'AED c'est que la médiation judiciaire peut souvent n'être qu'une étape coûteuse de plus à un processus qui est déjà lourd⁵⁴¹. La CRA ne serait globalement efficace pour l'ensemble des parties que si elle augmente suffisamment le pourcentage de règlements hors cour pour compenser les coûts additionnels qui sont encourus lorsque la CRA est infructueuse et quand elle n'est qu'une étape de plus, car les parties auraient réglé de toute façon. À ce calcul nous devons ajouter certains effets indirects que peut avoir la CRA. Ainsi, la CRA pourrait comporter des bénéfices autres que ceux directement liés à la rapidité et aux coûts du processus :

That there are a variety of ways that mediators *might* efficiently promote more Pareto-effective negotiation outcomes does not, of course, prove that they in fact do so with sufficient frequency to justify the involuntary imposition of mediation. But it does suggest how theoretical insights related to negotiation can inform the exploration of mediation⁵⁴².

Pour l'AED, il existerait donc d'autres façons pour la médiation de créer de la valeur. Pour Posner, une des manières est d'améliorer la qualité du règlement et de son respect dans le futur: « ADR processes may be cheaper and faster than ordinary judicial proceedings; the creation of resolutions that are better suited to the parties' underlying interests and needs; and improved ex post compliance with the terms of the resolution »⁵⁴³. C'est la flexibilité du processus consensuel qui permettrait de procéder plus rapidement⁵⁴⁴. De plus, la qualité du règlement qui interviendrait entre les parties ferait en sorte que ces dernières se soumettraient davantage aux termes de l'entente intervenue⁵⁴⁵. En outre, les auteurs de la

⁵³⁸ Bruno Deffains et Eric Langlais, dir, *Analyse économique du droit: Principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, de Boeck, 2009 à la p 140.

⁵³⁹ Mnookin, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 139 à la p 3.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ Shavell, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 205 à la p 4.

⁵⁴² Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 392.

⁵⁴³ *Ibid.*

⁵⁴⁴ Brown et Ayres, « Economic Rationales for Mediation », *supra* note 219 à la p 329. La version du texte que nous avons trouvée n'est pas paginée, alors nous suivons l'ordre des pages.

⁵⁴⁵ Hawkins et Steiner, « The nash equilibrium meets BATNA: Game Theory's varied uses in ADR contexts », *supra* note 248 à la p 5.

discipline s'entendent généralement pour dire qu'une médiation réussie a le potentiel de réduire les coûts et les risques encourus pour les parties⁵⁴⁶. Dans tous les cas, si l'on veut calculer que la CRA soit un outil efficace pour diminuer les coûts et les délais pour les parties, il faudra également tenir compte des différents types d'effets indirects. Posner présente un exemple chiffré hypothétique pour exposer concrètement un effet négatif potentiel de la médiation judiciaire :

The cost savings from court-annexed arbitration are speculative. An example will show how the device could actually increase the cost of resolving legal disputes- and do so even if it is much cheaper than trial and even if all cases subjected to it settle after the arbitrator's decision. Suppose that without court-annexed arbitration 90 out of 100 cases filed would settle, at an average settlement cost of \$1,000 (not the amount of the settlement, but the expense of effecting settlement), and the other 10 would go to trial, at an average cost of \$25,000. With court-annexed arbitration, all settle, but at an average cost (the cost of the arbitration) of \$5,000. The total litigation and settlement costs without court-annexed arbitration are \$340,000, while the total costs with it (all settlement costs) are \$500,000⁵⁴⁷.

Ainsi, la CRA semble avoir des bénéfices potentiels, mais elle a également des coûts; il n'y a actuellement aucune étude empirique qui a fait le calcul qui est proposé par Posner ci-dessus. Alors pour l'AED l'efficacité privée de la CRA reste essentiellement hypothétique.

Pour conclure, l'AED reconnaît que la CRA a le potentiel d'être efficace pour l'individu qui l'utilise. L'AED dénonce cependant le peu de statistiques et d'études empiriques permettant de vérifier si c'est vraiment le cas⁵⁴⁸. Une étude empirique américaine a été répertoriée et démontre que la médiation (non-judiciaire) pourrait favoriser la *propension à régler hors cour* et plus rapidement⁵⁴⁹. L'étude identifie les trois facteurs les plus influents pour que survienne un règlement. Premièrement, selon l'étude, plus le processus est long, plus les parties ont des chances d'en arriver à un règlement⁵⁵⁰. Ensuite, la diversité des stratégies utilisées par le médiateur présente également une corrélation positive avec la

⁵⁴⁶ *Ibid.* Posner, « Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, An », *supra* note 200 à la p 428.

⁵⁴⁷ Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 388.

⁵⁴⁸ Se référer à la sous-section 3.1 « Fondements de l'AED » du présent texte pour plus d'informations.

⁵⁴⁹ Henderson, « Mediation Success », *supra* note 328.

⁵⁵⁰ *Ibid.*

*propension à régler*⁵⁵¹. Finalement, le facteur le plus important décelé était la source de la médiation⁵⁵², c'est-à-dire que les parties étaient plus enclines à régler avec un processus informel où elles élaboraient elles-mêmes les règles de fonctionnement⁵⁵³. L'AED et le discours des acteurs sociaux attribuent un potentiel d'efficacité à la CRA : cependant, par rapport à l'analyse de l'AED, les acteurs sociaux ne procèdent pas à une analyse complète des effets de l'ajout d'une étape au processus pour les individus.

Notons ici que nous avons analysé l'efficacité privée de la CRA car c'est généralement ce que les acteurs sociaux proposent. Pour l'AED, que la CRA soit efficace pour l'individu ne veut pas dire qu'il est efficace de l'implanter, surtout lorsque la majeure partie des coûts est assumée par l'État. Étant donné qu'en général nous retrouvons ce type de soucis dans la littérature scientifique, nous allons aborder l'efficacité sociale dans le prochain chapitre.

5 Conceptualisation théorique de la CRA vue par l'AED

Depuis le milieu des années 70 aux États-Unis, la médiation fait partie des processus dont disposent les cours de justice. Cette intégration s'est faite dans un contexte où les délais judiciaires s'allongent et les coûts pour mener à terme le processus judiciaire explosent. C'est dans ce contexte que la médiation, étant donné le peu de formalités qu'elle comporte, a été vue comme une solution aux problèmes administratifs du système judiciaire. Comme nous l'avons vu précédemment, ces problèmes sont toujours présents au Québec. Ainsi, la CRA est considérée par l'État et certains acteurs sociaux comme étant un mécanisme ayant pour but de pallier les problèmes administratifs du système. Depuis 40 ans, la littérature scientifique a cependant développé des notions qui viennent nuancer le potentiel et la finalité de la CRA⁵⁵⁴. Dans ce chapitre, nous allons effectuer une analyse comparative, c'est-à-dire présenter les convergences et les divergences entre l'approche de l'AED et celles décrites dans la littérature scientifique concernant la CRA. Nous allons également poser le regard de l'AED sur les considérations économiques qui sont mentionnées dans

⁵⁵¹ *Ibid* à la p 144.

⁵⁵² *Ibid* à la p 145.

⁵⁵³ *Ibid*.

⁵⁵⁴ Deborah R Hensler, « Science in the Court: Is There a Role for Alternative Dispute Resolution » (1991) 54 *Law & Contemp Probs* 171 à la p 29.

cette littérature. L'objectif est de comprendre les différents fondements de la littérature scientifique et de l'AED, qui résultent en une manière différente d'aborder les considérations économiques et le potentiel de la CRA.

5.1 La CRA, sa raison d'être, son processus et son potentiel

La médiation judiciaire est une pratique et il existe une littérature qui la conceptualise. Cette dernière commence par établir les lacunes affectant le système de justice. Ensuite elle décrit la CRA comme étant une pratique pouvant pallier un certain nombre de ces lacunes. Comme nous le verrons, la littérature énonce plusieurs manières d'expliquer les problèmes que subissent le système judiciaire et le droit en général. Il existe diverses conceptions théoriques de la médiation telle que la médiation facilitatrice, évaluative ou encore transformative. Il y a donc plusieurs manières de concevoir la médiation, son processus et sa finalité. Plus particulièrement, nous allons exposer la place qui est faite aux considérations économiques de coûts et de délais judiciaires. Ceci étant dit, l'objectif de la présente section est d'analyser les fondements de la CRA à la lumière de la grille de lecture que nous avons précédemment développée. Cet exercice va démontrer que l'AED et la littérature, à propos des modes de PRD, conçoivent la nature de la médiation judiciaire différemment et conséquemment qu'elles entendent une finalité différente pour cette dernière.

5.1.1 Les manières de définir les problèmes du système de justice et les attitudes correspondantes à adopter

Les acteurs sociaux et les scientifiques du droit considèrent tous deux que le système de justice est aux prises avec des lacunes et que ces dernières sont en partie responsables de l'émergence des modes de PRD⁵⁵⁵. Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, les acteurs sociaux identifiaient les coûts, les délais et l'engorgement des tribunaux comme étant les problèmes les plus importants affectant le système de justice. À l'opposé, ces considérations sont peu présentes dans la littérature scientifique. Cette dernière focalise plutôt sur des problèmes conceptuellement plus larges. Nous présenterons ici les lacunes perçues par la littérature et les raisonnements favorisés pour pallier ces dernières.

⁵⁵⁵Jacques Lenoble, « Droit et Gouvernance : Pour une procéduralisation contextuelle du droit » (2002) 17 : 1 CJLS 1 à la p 8; Lenoble, « L'efficacité de la gouvernance par le droit - Pour une procéduralisation contextuelle du droit », *supra* note 352 à la p 22.

Nous avons recensé plusieurs manières d'exprimer les lacunes du système de justice. Ainsi, la littérature scientifique propose que le droit soit inadapté pour répondre aux besoins actuels des justiciables et qu'il soit inefficace pour atteindre les objectifs qu'il se fixe⁵⁵⁶. Pour réduire la multitude de critiques à deux tendances, Jean-François Roberge les sépare en deux catégories la *critique pragmatique* et la *critique sociale*⁵⁵⁷.

Ainsi, pour la littérature scientifique le problème à régler comporte plusieurs facettes et plusieurs dimensions⁵⁵⁸. Selon Jean-Guy Belley, les individus préconisent de nouveaux rapports entre le pouvoir étatique et le judiciaire, mais leurs besoins restent inassouvis⁵⁵⁹. Pour ce dernier, ceci serait une cause de l'incapacité du droit à répondre à la demande (qualitative et quantitative) de justice et qu'ainsi il y aurait eu émergence des modes de PRD et de la CRA au Québec.

Ainsi pour plusieurs experts des PRD, le droit ne serait plus adapté à la réalité sociale contemporaine⁵⁶⁰. Certains événements marquants, tels que les avancées technologiques, le mouvement des droits et libertés, la montée de l'individualisme, l'affaiblissement du pouvoir religieux, auraient engendré une société qui demande de plus en plus de normativité et de services judiciaires pour assurer le respect de ses droits⁵⁶¹. L'engorgement

⁵⁵⁶ Pour plus d'information, voir : Pierre Noreau, « La justice est-elle soluble dans la procédure? Repères sociologiques pour une réforme de la justice civile » 40 C de D 33. Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21 à la p ix. Sander, « Alternative Methods of Dispute Resolution », *supra* note 20 à la p 3.

⁵⁵⁷ Roberge, « La médiation judiciaire «innovante» peut-elle améliorer le système judiciaire? Synthèse et analyse des réponses de la communauté juridique canadienne - Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes », *supra* note 83 à la p 2.

⁵⁵⁸ André Lacroix, Louise Lalonde et George A Legault, « Les transformations sociales et la théorie normative du droit » (2002-03) 33 RDUS 1 à la p 3. ; Georges Legault, « La médiation et l'éthique appliquées en réponse aux limites du droit » (2003) 33 RDUS 154.

⁵⁵⁹ Belley, « Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile », *supra* note 84 à la p 331.

⁵⁶⁰ *Ibid* à la p 368. André Lacroix, Louise Lalonde et George A Legault, « Les transformations sociales et la théorie normative du droit », *supra* note 558.

⁵⁶¹ André Lacroix, Louise Lalonde et George A. Legault, « Les transformations sociales et la théorie normative du droit », *supra* note 558 à la p 4.

des tribunaux serait ainsi une « conséquence directe de la juridicisation issue du phénomène de l'État providence et de l'instrumentalisation du droit qui en résulte »⁵⁶².

Ce qui transparaît de la littérature est une inadéquation générale du droit et cette dernière serait la cause de la désaffection des tribunaux. En plus des critiques sociales et pragmatiques, d'autres auteurs effectuent une analyse conceptuelle de la situation. Le droit serait « inefficace » pour atteindre les objectifs qu'il se fixe⁵⁶³. Le professeur Legault exprime ainsi la dichotomie du discours entre l'efficacité administrative et l'inadaptabilité sociale: « [l]a médiation apparaît dans le contexte engendré par cette rupture. Pour certains, c'est en réponse à l'inefficacité des tribunaux, alors que pour d'autres, c'est en réponse à l'insuffisance du droit à répondre aux enjeux sociaux »⁵⁶⁴. Lors des cinquante dernières années, certains changements sociaux auraient transformé la société au point où la justice ne se serait pas adaptée pour combler les besoins sociaux⁵⁶⁵. Ainsi, le droit présenterait un certain nombre d'insuffisances pour prendre en compte les transformations sociales contemporaines et pour rendre le droit effectif⁵⁶⁶. Il existe plusieurs manières d'exposer ces « insuffisances » du droit, le professeur Legault en propose quatre types :

[L]'insuffisance au plan symbolique engendrée par la séparation de la morale et du droit positif, qui produit ainsi une rupture entre la légitimité du pouvoir politique et l'application des dispositifs formels. Ensuite, l'insuffisance du droit administratif à la suite de sa juridicisation, qui impose la logique des droits à la gouvernance de la chose publique. Troisièmement, l'insuffisance du modèle pénal hérité du droit criminel comme mode privilégié de contrôle des comportements sociaux dans la gestion de la chose publique. Et finalement, l'insuffisance de la dynamique conflictuelle du droit pour assurer la qualité des relations ou la réparation de relations brisées⁵⁶⁷.

⁵⁶²Lalonde, « Les modes de PRD: vers une nouvelle conception de la justice. », *supra* note 426 à la p 19.

⁵⁶³Legault, « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit », *supra* note 85 à la p 181.

⁵⁶⁴*Ibid* à la p 158.

⁵⁶⁵André Lacroix, Louise Lalonde et George A Legault, « Les transformations sociales et la théorie normative du droit », *supra* note 558 à la p 3.

⁵⁶⁶Lalonde, « Les modes de PRD: vers une nouvelle conception de la justice. », *supra* note 426 à la p 19.

⁵⁶⁷George Legault, « L'émergence de l'éthique appliquée et les insuffisances du droit » dans *Actes de la XVIe conférence des juristes de l'État (2004)*, en ligne : Conférence des juristes de l'État <<http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/textes-de->

L'ampleur de cette problématique est un sujet mieux adapté à une analyse sociologique, ici, l'idée est simplement de démontrer que pour la littérature scientifique, les lacunes du système de justice se différencient considérablement des problèmes administratifs, des coûts et des délais. Ce que nous pouvons remarquer dans la formulation des lacunes, c'est qu'il est question des problèmes affectant le système dans son entier et non seulement des barrières empêchant l'individu d'avoir accès aux tribunaux. Faire une lecture différente de la maladie qui afflige le droit va nécessairement se traduire par une conception différente des traitements.

À première vue, l'analyse du problème affectant le système de justice que fait la littérature scientifique se rapproche de celle que fait l'AED étant donné qu'elle tient compte du système dans sa globalité et non seulement des effets « privés » pour les parties⁵⁶⁸. Cependant, contrairement à la littérature, l'AED ne s'interroge pas à savoir si le droit subit une crise, elle analyse le droit positif, tel qu'elle le perçoit. Il n'est donc pas question d'élaborer des outils pour répondre à des insuffisances ou à une crise quelconque. Pour la majorité des tenants de l'AED, l'interventionnisme de ce type est rarement justifié économiquement⁵⁶⁹. L'un des plus connus à avoir formulé son opposition à l'interventionnisme de l'État est Friedrich Hayek, de l'école autrichienne. Ce dernier s'oppose ainsi à ce qu'il appelle le « constructivisme » ; la réalité étant trop complexe, il ne serait pas opportun d'appréhender les phénomènes sociaux pour tenter de construire des solutions pour la société. Selon cette idée, le rôle de l'État ne serait pas de tenter de construire des outils pour gérer les changements ou les crises. L'AED prône plutôt une approche caractérisée par le principe d'*individualisme méthodologique* ; la meilleure façon de tenir compte de la complexité sociale serait de laisser les individus libres de décider par eux-mêmes⁵⁷⁰. L'ordre spontané serait plus flexible et mieux adapté, ce qui le rendrait également plus légitime pour certains auteurs comme Hayek. Ainsi, il ne serait pas opportun d'adapter constamment le système pour qu'il reflète les préférences sociales des

conferences/pdf/2004/Lemergencedelethiqueappliqueeetlesinsuffisancesdudroit.pdf> à la p 300.

⁵⁶⁸Coase, « J. Law & Econ. », *supra* note 146 à la p 23.

⁵⁶⁹Terry L Anderson et Fred S McChesney, dir, *Property Rights: Cooperation, Conflict, and Law*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2003 à la p 282.

⁵⁷⁰Picavet, « L'approche économique du droit, l'éthique et le statut de la norme d'efficacité », *supra* note 163 à la p 198; Lenoble, « L'efficacité de la gouvernance par le droit - Pour une procéduralisation contextuelle du droit », *supra* note 352 à la p 24. Rousseau, *Analyse économique du droit*, *supra* note 141 à la p 27.

individus ; ces derniers seraient mieux placés pour décider⁵⁷¹. Cette posture de non-interventionnisme ne fait pas l'unanimité, plusieurs économistes tels que Ronald Coase ont posé certains critères pour démontrer que dans certains cas une intervention de l'État est nécessaire. Pour ces auteurs, les lacunes du système sont plutôt dues à une certaine configuration d'incitatifs, à l'existence de coûts de transaction et aux distorsions dans le marché de la justice l'empêchant d'atteindre un équilibre optimal⁵⁷². Ainsi, pour Kaplow et Shavell, l'engorgement des tribunaux serait dû aux divergences dans les incitatifs entre l'État et l'individu⁵⁷³. L'État contrôle l'offre de justice et ce dernier opère une politique de justice à bas prix pour les individus. Si l'on ajoute à cela une demande caractérisée par une forte élasticité, il est inévitable pour l'AED d'avoir de longues listes d'attente pour avoir accès aux tribunaux⁵⁷⁴. En d'autres mots, pour l'AED les problèmes sont dus au fait que le marché de la justice soit un marché « partiellement rationné »⁵⁷⁵. Pour l'AED il existe un niveau de délais qui est optimal et le système actuel aurait tendance à créer trop de délais. Cependant, elle n'aborde pas la désaffection du système judiciaire. Les questions que le système de justice soit mésadapté à la réalité sociale ou encore qu'il ne puisse remplir effectivement ses objectifs ne sont pas abordées par l'AED. Pour l'AED s'il existe des problèmes avec le système de justice c'est qu'ils ne correspondent pas aux référents d'efficacité tels que : les préceptes de Coase, la minimisation des *coûts sociaux* ou l'atteinte de l'optimum *de Pareto/Kaldor-Hicks*⁵⁷⁶. Elle propose une analyse normative et descriptive du droit, par rapport à des référents et des critères définis.

Ensuite, une caractéristique de la littérature scientifique est qu'elle énonce qu'il est nécessaire de s'éloigner du raisonnement judiciaire pour guider la CRA⁵⁷⁷. Depuis qu'il est

⁵⁷¹Mackaay, *L'analyse économique du droit*, *supra* note 157 à la p 21.

⁵⁷²Mnookin, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 139 à la p 5; Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310 à la p 970.

⁵⁷³Shavell, « The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System », *supra* note 293.

⁵⁷⁴L'AED considère qu'il y a sur-utilisation si l'utilisation coûte davantage dans sa globalité que ce qu'elle rapporte à la société. Il peut également y avoir sur-utilisation si l'on utilise pas une autre option qui comporte plus de bénéfice. Étant donné la nature du marché de la justice, l'AED considère que ce dernier est aux prises avec des problèmes de sur-utilisation continue. Voir : *principe de précaution* à la sous-section 3.2 du présent mémoire. Voir également : Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310.

⁵⁷⁵Pour l'AED, le marché de la justice serait rationné par les délais : *Ibid* à la p 950.

⁵⁷⁶Coase, « J Law & Econ. », *supra* note 146.

⁵⁷⁷Nabil Antaki, « Le règlement amiable des différends d'affaires » (1996) 32 Éditions Yvon Blais

proposé d'intégrer des modes de PRD au système formel, la littérature exhorte de s'éloigner de la logique de l'administration judiciaire. Ainsi, pour Frank Sander, les nouveaux outils doivent être orientés vers une nouvelle logique pour qu'ils puissent atteindre leur plein potentiel⁵⁷⁸. Ainsi, selon Jean-François Roberge, la CRA peut être perçue comme une solution : « si elle est conçue et pratiquée selon des modalités innovantes »⁵⁷⁹. Le point commun à travers la littérature scientifique est qu'elle oppose la logique du *débat contradictoire* à celle de la *justice participative*⁵⁸⁰. Le professeur Jean-François Roberge exprime le besoin de changement ainsi :

[L]a littérature semble partager une conviction commune que le système judiciaire devrait inclure une nouvelle logique distincte du raisonnement judiciaire pour rejoindre les préoccupations des justiciables qui vivent des situations peu adaptées à la logique contradictoire de résolution des différends⁵⁸¹.

Ce dernier propose que la littérature partage l'impératif d'offrir une approche différente de celle du procès pour éviter qu'à l'intérieur du système, la CRA représente un processus de deuxième ordre. La critique proposant que l'institutionnalisation de la médiation produise un système à deux vitesses peut être retracé à un article de Owen Fiss nommé « against settlement »⁵⁸². Ce type de critique propose que la justice offerte par le procès soit de qualité supérieure à celle de la justice négociée. Ce dernier proposait que la qualité de la justice fournie par le procès fut supérieure à celle fournie par les modes de PRD. Principalement, le procès comportait des protections importantes pour les individus et la

16 ; Antaki, Nabil N. *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998.

⁵⁷⁸ Lalonde, « Une nouvelle justice de la diversité? CRA et justice de proximité », *supra* note 86 à la p 20; Sander, « Alternative Methods of Dispute Resolution », *supra* note 20 à la p 4.

⁵⁷⁹ Roberge, « La médiation judiciaire «innovante» peut-elle améliorer le système judiciaire? Synthèse et analyse des réponses de la communauté juridique canadienne - Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes », *supra* note 83 165 à la p 1.

⁵⁸⁰ Jean-François Roberge définit la justice participative comme suit : « La justice participative est un cadre d'intervention fondé sur trois valeurs (respect, créativité, proactivité) actualisées dans les trois dimensions (interaction, contenu, processus) d'un mode de prévention et de règlement des différends (PRD). ». Voir: Jean-François Roberge, *La justice participative : changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011 à la p 13 ; Jean-François Roberge, « La conférence de règlement à l'amiable : les enjeux du raisonnement judiciaire et de résolution de problème » (2005) 3 : 1 *Revue de prévention et de règlement des différends* 25 à la p 29.

⁵⁸¹ Roberge, « La conférence de règlement à l'amiable: les enjeux du raisonnement judiciaire et de résolution de problème », *supra* note 581 à la p 43.

⁵⁸² Owen M Fiss, « Against Settlement » (1983) 93 *Yale LJ* 1073; Owen M Fiss, « The History of an Idea » (2009) 78 *Fordham L Rev* 1273.

création de précédents avait un effet bénéfique. L'argument consiste à dire que si les protections procédurales se sont avérées nécessaires pour fournir une justice de qualité lors d'un procès, elles le seraient encore lors d'une médiation. De procéder selon les mêmes règles, mais selon un processus de qualité différente reviendrait à offrir un système de justice à deux vitesses. De plus, la création de précédents aurait comme effet de clarifier la loi et faire baisser le volume de litiges devant les tribunaux. Nous remarquons cependant que Fiss analyse une médiation de type évaluative. C'est à dire que ce type de critique oppose le procès à une médiation où la justice est simplement négociée. C'est dans la foulée de critiques telles que celle formulée par Fiss que la littérature s'est plutôt tournée vers les modèles coopératifs de résolution de différends, tels que la *médiation transformative*⁵⁸³. C'est dans cette optique que la médiation qui est actuellement proposée a un certain nombre de caractéristiques issues de la médiation transformative, telles que « l'empowerment », la construction commune du problème et de sa solution.

Comme nous l'avons mentionné, l'AED considère la médiation judiciaire comme un substitut au procès. Pour cette dernière, elle serait un service de même nature que le procès offrant une finalité similaire. L'AED, comme Fiss, analyse une version « évaluative » de la médiation. Posner définit la médiation comme étant simplement, « the use of a neutral to assist parties to reach an agreement »⁵⁸⁴. Pour l'AED une des façons dont la médiation judiciaire agirait serait par le contrôle de l'information. Le rôle du médiateur est essentiellement de clarifier les positions juridiques des parties. Si le médiateur est capable de rendre les attentes des parties plus réalistes, ou s'il peut enrayer certains comportements stratégiques, la médiation pourrait améliorer la *propension à régler avant procès*. Tout ceci part de l'hypothèse que si les parties connaissent l'issue probable du procès, elles vont avoir tendance de régler hors cour⁵⁸⁵. La manière qu'a l'AED de présenter la médiation se rapproche de la médiation dite « évaluative ». Ceci étant dit, l'AED ne considère pas qu'une justice à deux vitesses soit nécessairement avantageuse. Une moindre qualité

⁵⁸³ Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21; Louise Lalonde, « Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation? Le 'continuum' dans la pratique civile et commerciale de la médiation dans Barreau du Québec, *Développements récents en médiation (2001)*, Service de la formation permanente, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001; Otis et Reiter, « Mediation by Judges », *supra* note 114 ; Bush et Folger, *The promise of mediation*, *supra* note 433.

⁵⁸⁴ Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 604.

⁵⁸⁵ Cooter et Ulen, *Law and economics*, *supra* note 156 à la p 444.

créerait des *erreurs* et ceci ferait augmenter les *coûts sociaux* d'une telle mesure.

Un autre raisonnement duquel la littérature scientifique prévient de s'éloigner est celui de la logique de l'efficacité⁵⁸⁶. L'idée est qu'un médiateur ne pourrait mener à bien une médiation s'il doit également jongler avec les pressions économiques et budgétaires. Ces pressions seraient nuisibles à la médiation judiciaire, car elles pourraient lui imposer des finalités différentes. Baruch Bush présente les inconvénients ainsi:

If we adopt the efficiency conception, under which the mediator's primary role is simply to reach agreements as expeditiously as possible, the effect is to create a role devoid of any clear ethical constraints on mediator behavior. Mediators become little more than case-movers; the only performance standards are their agreement rates and time/ cost figures. Such a conception creates perverse incentives; it opens the door to, and indeed encourages, manipulative and coercive mediator behavior, especially in a process unconstrained by procedural or substantive rules or fear of publicity. Mediation becomes the "forced march to settlement" that many of its critics have rightly decried. One might expect two possible outcomes from the adoption of such a role for the mediator: disputants with any presence of mind simply will balk, rendering the process useless; or disputants with less presence of mind will be intimidated, rendering the process abusive. The mediator either cannot or should not succeed in the role of efficient case-mover⁵⁸⁷.

Dans l'optique où l'on remet aux parties le pouvoir de conduire le règlement de leur différend, il est difficile d'également les obliger à suivre les considérations budgétaires de l'État. Il existerait donc un choix à faire entre une médiation servant d'outil administratif et la médiation offrant un processus tel que la *médiation transformative*:

The choices made in the coming years regarding the governing conception of the mediator's role, and the standards of practice that follow from that role, will determine whether mediation simply becomes another tool for administrative efficiency or protection of individual rights, or whether it fulfills its unique capacities for promoting personal empowerment and interpersonal acknowledgment⁵⁸⁸.

Pour plusieurs auteurs, le raisonnement de l'efficacité ne doit pas guider le processus de la médiation, car ce dernier pourrait empêcher la CRA d'atteindre son potentiel. Pour ces

⁵⁸⁶ Christopher W Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 3^e éd, Jossey-Bass, 2003 à la p 331.

⁵⁸⁷ Bush, « Efficiency and Protection, or Empowerment and Recognition », *supra* note 102 à la p 265.

⁵⁸⁸ *Ibid* à la p 286.

derniers, la logique d'efficacité mènerait vers la création de richesse seulement aux dépens de la qualité du processus. La littérature scientifique propose plutôt que la valeur soit créée par la qualité du processus et ses effets sur les parties. Sans que la littérature propose un raisonnement d'efficacité pour la CRA, on retrouve plusieurs mentions de l'importance des considérations économiques⁵⁸⁹. La Commission du droit du Canada décrit ainsi l'importance de ces aspects : « [b]ien qu'il soit important de ne pas mesurer les coûts uniquement sur le plan monétaire, les processus participatifs qui imposeraient une hausse des coûts à long terme à l'une des parties ou à l'État ont peu de chances d'être acceptés »⁵⁹⁰.

Dans la même veine, pour le professeur Jean-Guy Belley, « [l]a rationalité instrumentale qui prévaut dans la sphère économique, dicte une manière générale de procéder »⁵⁹¹. Ainsi, sans pour autant être la finalité de la CRA, le raisonnement d'efficacité serait en quelque sorte incontournable. Cette logique serait omniprésente et de nombreux effets économiques devraient être considérés⁵⁹².

À l'opposé, la finalité de l'analyse économique est sans contredit l'efficacité. Alors, évidemment, raisonner pour atteindre ce but est nécessairement au centre des préoccupations de cette approche. Pour l'AED, les droits ont des coûts et les ressources sont limitées, ceci fait donc en sorte qu'il y a nécessairement un aspect d'efficacité lorsque des ressources sont utilisées. De plus, lorsqu'il est question d'implanter un service tel que la CRA, il est nécessaire d'évaluer les effets économiques sur la répartition des droits et de la richesse. L'État, le ministère et même les juges sont confrontés à des limites budgétaires. Le comportement du médiateur, des parties et des acteurs du milieu juridique ne pourrait être exclu de cette logique. Bref, pour l'AED, la logique de minimisation des *coûts sociaux* est toujours présente. Lorsque l'AED analyse la médiation judiciaire, elle évalue les effets potentiels de cet outil sur la *propension à régler le litige*, sur son efficacité globale et sur

⁵⁸⁹ Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21 à la p xxv.

⁵⁹⁰ *Ibid.*

⁵⁹¹ Jean-Guy Belley, *Contrat entre droit, économie et société*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000 à la p 155.

⁵⁹² *Ibid.*

son ajout à l'offre de justice⁵⁹³. Elle analyse principalement le potentiel de cet outil à régler les problèmes de droit. Ainsi, la divergence majeure est que pour l'AED, la CRA est un service de plus et non un changement fondamental à l'offre de justice. En outre, on constate dans la littérature de l'AED que, lorsqu'il est question de médiation judiciaire, l'objet qui est étudié s'apparente davantage au type de médiation dite évaluative. Rien n'empêcherait l'AED d'être appliquée à une médiation de type « transformative », mais la recension de la théorie n'a pas révélé ce type d'analyse.

5.1.2 Les processus de résolution d'un différend

Après avoir abordé le raisonnement général, nous abordons le processus lui-même. Un aspect important du processus est l'objet sur lequel agit la CRA : le différend. La littérature s'est penchée sur cette notion pour la définir de plusieurs manières. Certaines distinctions sont faites dans la littérature entre les notions de « litige », « conflit » et « différend ». Ces distinctions ont servi à définir différentes façons d'aborder le différend⁵⁹⁴. Le professeur Legault le formule ainsi : « [l]e conflit peut être posé comme un conflit de besoins, de valeurs ou de normes et chaque définition du conflit engendrent ses options de résolution »⁵⁹⁵. Pour plusieurs auteurs, la notion de litige surpasse donc les points de droit qui la composent⁵⁹⁶. Elle dépasse le droit pour s'étendre aux normativités subjectives aux parties. L'ampleur du différend qui devrait être pris en charge par la médiation peut varier d'un auteur à l'autre. Cependant, ce qui est commun dans *la littérature* c'est que, pour que la médiation puisse incarner une offre de justice différente, elle doit envisager plus que le litige « juridique »; elle doit considérer d'autres éléments constitutifs telle que la subjectivité des normes s'appliquant aux parties⁵⁹⁷. Ce qui est également commun aux différents auteurs, c'est que pour aborder cette subjectivité, la médiation doit suivre un processus souple selon une normativité et une rationalité différentes de celles du processus judiciaire.

⁵⁹³Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166.

⁵⁹⁴Antoine Jeammaud, « Conflit, différend, litige. » (2002) 34 *Revue Droits* 15 à la p17.

⁵⁹⁵Legault, « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit », *supra* note 85 à la p 189.

⁵⁹⁶Martine Lachance, *Le contrat de transaction : Étude de droit comparé et de droit international privé*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006 à la p 27.

⁵⁹⁷Legault, « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit », *supra* note 85 à la p 182.

Le processus qui est mis de l'avant pour redonner aux parties le contrôle de leur différend est de les laisser choisir les règles applicables et la finalité de processus⁵⁹⁸. Ces considérations s'apparentent à la notion d'« empowerment » et au type de médiation dite « *transformative* »⁵⁹⁹. Nous constatons qu'effectivement, ce type de médiation semble avoir influencé la littérature québécoise en PRD⁶⁰⁰. La CRA répondrait donc davantage aux besoins des justiciables et elle actualiserait davantage son potentiel si son processus était caractérisé par « l'empowerment », soit la construction du problème, des normes applicables et de la finalité du processus par les parties⁶⁰¹.

Si l'on remet le contrôle aux parties, quel est alors le rôle du juge? Pour que la pratique s'opère selon un raisonnement différent du procès contradictoire, le juge doit nécessairement adopter un rôle différent⁶⁰². Il est proposé dans la littérature que les responsabilités du juge se transforment de « dire le droit » à « faire la paix »⁶⁰³. Selon cette vision de la médiation, le juge n'aurait pas un rôle décisionnel lorsqu'il préside une CRA :

Dans cette vision de la médiation, le médiateur n'a pas de pouvoir décisionnel. Bien que certains modèles de médiation, comme la médiation évaluative, accordent au tiers un pouvoir plus élargi, le modèle théorique adopté par les CRA semble unanime à reconnaître que le juge, lors d'une CRA, n'a pas de pouvoir décisionnel⁶⁰⁴.

⁵⁹⁸Lalonde, « Une nouvelle justice de la diversité? CRA et justice de proximité », *supra* note 86 à la p 19; Legault, « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit », *supra* note 85 à la p 184.

⁵⁹⁹Bush et Pope, « Changing the Quality of Conflict Interaction », *supra* note 81; Bush et Folger, *The Promise of Mediation*, *supra* note 78.

⁶⁰⁰Plusieurs chercheurs québécois, ayant certaines informations sur la conception de la CRA, reprennent des idées de ce courant, notamment : Nabil Antaki, George A. Legault, Louise Lalonde, Lacroix, Louis Marquis, Jean-francois Roberge, Pierre Noreau, Jean-Guy Belley. Legault, « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit », *supra* note 85 à la p 184. Lalonde, « Une nouvelle justice de la diversité? CRA et justice de proximité », *supra* note 86 à la p 19.

⁶⁰¹Lalonde, « Les modes de PRD: vers une nouvelle conception de la justice. », *supra* note 426 à la p 31 et ss. Antaki, « Le règlement amiable des différends d'affaires », *supra* note 578.

⁶⁰²Lalonde, « Les modes de PRD: vers une nouvelle conception de la justice. », *supra* note 426 à la p 22.

⁶⁰³Lalonde, « La médiation judiciaire : nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions? » dans André Riendeau, dir, *Dire le droit : pour qui et à quel prix?*, *supra* note 79 à la p 24.

⁶⁰⁴Louise Lalonde, *Mémoire portant sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile - Plus spécifiquement, concernant les dispositions relatives à la Conférence de*

Le juge n'a pas comme rôle de clarifier les points de droit. Le rôle « évaluatif » du juge est mis de côté par une partie importante de la littérature. Conséquemment, selon R.A. Macdonald, l'interprétation dans une CRA n'est pas la prérogative du juge, elle doit être remise aux parties.⁶⁰⁵ Pour certains chercheurs, cet élargissement va plus loin, puisqu'on traite plus que le litige juridique, l'objectif n'est pas principalement de régler les points de droit ou même d'en arriver à un règlement à tout prix⁶⁰⁶. Le règlement du litige serait une conséquence potentielle, mais le processus aurait avant tout comme objectif d'améliorer les relations entre les parties⁶⁰⁷.

De son côté, l'AED considère le différend à travers son *modèle de résolution des différends*⁶⁰⁸. Pour l'AED les parties devraient normalement coopérer pour se partager le *surplus coopératif*. Les procès seraient dûs à certains comportements nuisibles par les parties ou encore à une mauvaise interprétation de ces derniers de leurs chances de succès à procès. La notion de différend est abordée dans le but de comprendre les incitatifs menant au règlement ou au procès. Pour l'AED, le différend est une variable et non l'objet d'analyse. Pour l'AED, le différend qui est considéré se caractérise par une opposition des intérêts et une *négociation* sur position⁶⁰⁹. On présume que les parties vont régler seulement si elles comptent en tirer le maximum de bénéfices. Contrairement à la littérature, pour l'AED le comportement des individus est une constante : ils vont toujours tenter de maximiser la richesse⁶¹⁰. Deffains et Duban définissent la médiation judiciaire comme étant un « instrument, indirect, de régulation de la demande de justice »⁶¹¹.

règlement à l'amiable (CRA) et à la médiation comme mode de justice civile privée, supra note 104 à la p 16.

⁶⁰⁵Rodrick A McDonald et Alexandra Law II, « Le juge et le citoyen : une conversation continue », dans André Riendeau, dir, *Dire le droit : pour qui et à quel prix ?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 à la p 15.

⁶⁰⁶Lalonde, « La médiation judiciaire : nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions? » dans André Riendeau, dir, *Dire le droit : pour qui et à quel prix?*, *supra* note 79. Lalonde, « Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation? Le « continuum » dans la pratique civile et commerciale de la médiation », *supra* note 108 ; Jeammaud, « Conflit, différend, litige. », *supra* note 595.

⁶⁰⁷Legault, « L'émergence de l'éthique appliquée et les insuffisances du droit », *supra* note 568 à la p 300.

⁶⁰⁸ Pour plus d'information à propos du modèle, voir la section 3.2.1 du présent mémoire.

⁶⁰⁹Zumeta, « Facilitative Mediator Responds, A », *supra* note 72.

⁶¹⁰Pour l'AED, la richesse n'est pas uniquement le pécunier, la richesse peut comprendre tout ce qu'une partie peut valoriser.

⁶¹¹Deffains, Langlais, dir, *Analyse économique du droit*, *supra* note 538 à la p 140.

Pour l'AED la médiation judiciaire est une variable qui est ajoutée au *modèle de résolution des différends* pour en analyser les effets sur la *propension à régler hors cour*⁶¹². L'objet d'étude est donc l'opportunité d'implanter la médiation judiciaire pour aider le système judiciaire à être plus efficace. Les hypothèses d'efficacité se résument à une régularisation de l'information et une diminution des comportements stratégiques⁶¹³. Ainsi, le rôle du juge est de clarifier les positions juridiques des parties pour créer plus de coopération. L'AED analyse donc une version traditionnelle du conflit et parfois les effets potentiels de la médiation dite « évaluative ».

Ainsi, les effets positifs que pourrait avoir l'« empowerment » ne sont pas analysés. L'AED n'analyse pas précisément le type de médiation qui est proposé par Bush, Folger, Legault ou Antaki. Il semble seulement que le processus lui-même ne soit pas l'objet d'étude de l'AED. Par ailleurs, rien n'empêche qu'une analyse économique soit faite évaluant les effets d'une médiation dite « transformative »⁶¹⁴. Malgré le nombre restreint d'études sur le sujet, l'intérêt au sein de l'AED existe ; plusieurs auteurs se questionnent ouvertement sur le fonctionnement de la médiation : Shavell l'exprime ainsi : « why should ADR result in parties learning more than they would through voluntary exchange of information and the discovery process ? [...] Whatever is the truth of the matter, it warrants investigation. »⁶¹⁵. Posner de son côté : « Yet after a dispute arises, the parties will often agree to mediation (why this pattern ?) »⁶¹⁶. Dans les dernières années, particulièrement avec l'élan amené par le mouvement du « behavioral law and economics », certains auteurs commencent à se pencher sur les caractéristiques internes de la médiation qui pourraient expliquer pourquoi la médiation améliore les chances des parties d'en venir à une entente⁶¹⁷.

5.1.3 La finalité de la CRA

Comme nous l'avons expliqué, la CRA a été conceptualisée de plusieurs manières. Les

⁶¹²Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 605.

⁶¹³Brown et Ayres, « Economic Rationales for Mediation », *supra* note 219.

⁶¹⁴Roger B Myerson, *Analysis of Incentives in Dispute Resolution*, États-Unis, National Institute of Justice, 1986 ; Deffains, « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », *supra* note 195 à la p 60.

⁶¹⁵Shavell, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 205 à la p 21.

⁶¹⁶Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 606.

⁶¹⁷Voir la sous-section 5.3.1 du présent mémoire.

différents types de médiations proposent des finalités différentes. Pour présenter la gamme de finalités, Jean-François Roberge élabore quatre modèles d'intervention possibles lors d'une CRA, soit : traditionnel, innovateur, spécialisé en résolution de problèmes, moralisateur-réparateur⁶¹⁸. Pour Roberge chaque type de médiation amène une finalité différente et un choix sociétaire doit être fait. Il existe plusieurs effets potentiels selon le choix qui est fait : désengorgement des tribunaux, réduction des coûts, satisfaction accrue des justiciables, réparation des relations brisées et amélioration des relations futures... Les finalités sont formulées différemment d'un auteur à l'autre. Pour George A. Legault, la médiation aurait pour effet de faciliter le règlement, mais aussi d'aborder les différends dans leur subjectivité, d'éviter les conflits futurs, de réparer les relations, d'atteindre des règlements plus adaptés, bref, de favoriser le « vivre ensemble »⁶¹⁹. Il exprime ainsi l'objectif de la résolution de différend: « [q]u'il s'agisse du droit, de la morale, de la médiation ou de l'éthique appliquée, il y a un dominateur commun au-delà des aspects : la régulation de l'agir humain. Comment les personnes peuvent-elles vivre ensemble en société »⁶²⁰. Ce que la littérature propose est de traiter la manière de réguler les différends dans leur globalité. Dans la globalité du différend, les coûts et les délais judiciaires ne sont qu'une considération parmi d'autres. Dans l'optique d'offrir une « transformation » de la justice, la CRA doit offrir une justice différente de celle qu'offre le procès.⁶²¹ Selon la littérature, la CRA n'est pas un processus supérieur à celui du procès, mais plutôt une offre de service permettant de répondre à des besoins différents⁶²². Ainsi, la CRA n'est pas en opposition avec la justice rendue par le système traditionnel.

Selon *le modèle de résolution des différends*, l'AED démontre qu'il est plus efficace pour *les parties de régler avant procès*. Le modèle émet l'hypothèse qu'il est généralement plus

⁶¹⁸ Roberge, « La médiation judiciaire 'innovante' peut-elle améliorer le système judiciaire? Synthèse et analyse des réponses de la communauté juridique canadienne - Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes », *supra* note 83 à la p 7 et ss.

⁶¹⁹ Legault, « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit », *supra* note 85 à la p 171. Roberge, « La médiation judiciaire «innovante» peut-elle améliorer le système judiciaire? Synthèse et analyse des réponses de la communauté juridique canadienne - Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes », *supra* note 83 à la p 13.

⁶²⁰ Legault, « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit », *supra* note 85 à la p 192.

⁶²¹ Otis et Reiter, « Mediation by Judges », *supra* note 114.

⁶²² Lalonde, « Une nouvelle justice de la diversité? CRA et justice de proximité », *supra* note 86.

cher d'aller à procès que de régler hors cour. Lorsqu'il est question du système judiciaire, la finalité du système est de réduire les *coûts sociaux*. La finalité de la médiation est donc d'augmenter la *propension à régler hors cour*. Elle étudie les hypothèses selon lesquelles la médiation judiciaire pourrait augmenter efficacement la *propension à régler hors cour*⁶²³. Une des manières dont la médiation pourrait faire cela serait de clarifier les positions juridiques des parties et augmenter la prévisibilité du processus judiciaire, améliorer l'échange d'information, réduire l'effet de certaines stratégies et augmenter le réalisme des parties⁶²⁴. Posner exprime ainsi la finalité de la médiation: « [t]hey seek to induce more settlements, and to do so by generating more information about the likely outcome at trial »⁶²⁵. La finalité de la médiation judiciaire se limite donc à l'efficacité économique et contrairement à *la littérature*, l'AED ne conçoit pas la CRA comme une nouvelle manière de rendre la justice.

5.2 Les considérations économiques entourant la CRA

Comme nous l'avons mentionné précédemment, même si le coût et les délais ne sont pas l'objet de l'analyse de *la littérature*, ils y sont énoncés. Dans la présente section nous allons présenter la manière dont ces considérations sont abordées. Ce qui caractérise la littérature par rapport aux discours des acteurs sociaux est l'étendue de la description qui est faite de ces considérations et l'opposition à la minimisation des coûts et des délais comme raisonnement sous-jacent à la médiation judiciaire. Nous présenterons donc ses spécificités et nous en exposerons le contraste avec l'AED.

5.2.1 L'étendue de la description des coûts et des délais

En contraste avec le discours des acteurs sociaux, la littérature scientifique expose davantage les différentes facettes des effets que peut avoir une CRA. Elle décrit plus en

⁶²³Cooter et Ulen, *Law and economics*, *supra* note 156 à la p 444.

⁶²³Christine Jolls, Cass R Sunstein, et Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics* » (1997) 50 *Stan L Rev* 1471 aux pp 1476-1479; Shavell, « *Alternative Dispute Resolution* », *supra* note 205 à la p 6.

⁶²⁴Cooter et Ulen, *Law and economics*, *supra* note 156 à la p 444.

⁶²⁵Posner, « *Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution* », *supra* note 166 à la p 392.

détails les différents types de coûts et de délais⁶²⁶. Une distinction importante que la littérature aborde est la différence entre les coûts publics et les coûts privés. Selon notre recension, les chercheurs scientifiques, en comparaison avec le discours des acteurs sociaux, exposent davantage cette distinction. Un rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile les expose ainsi:

Ils comprennent des aspects variés comme les retards que l'on rencontre pour intenter l'action, pour la faire avancer ensuite ou pour obtenir une date d'audience. Il faut également compter sur le temps consacré à l'audience elle-même et, dans quelques cas, celui qu'il faut attendre avant que la décision soit rendue. Les retards ont pour corollaire le coût élevé des procédures. Nombreux sont ceux et celles qui affirment que les retards représentent le principal facteur d'augmentation des coûts. Ces personnes attirent par exemple l'attention sur l'important arriéré des rôles civils de certains centres urbains. Ces arriérés, lorsqu'ils sont présents, rendent difficile (voire impossible) la tenue d'un procès [...] et accroissent, souvent de façon substantielle, le coût des procédures. [...]

La dimension pécuniaire est le deuxième élément clé de l'accessibilité au système. Les postes de dépenses, pour la clientèle, comprennent les honoraires des avocat(e)s, les honoraires des expert(e)s, les pertes économiques attribuables à la mobilisation du temps des parties (et des témoins associés) nécessaire au traitement des causes dans le système, aux enquêtes préalables et au procès, ainsi que les frais judiciaires. La société dans son ensemble supporte, pour sa part, les coûts liés à l'exploitation des installations judiciaires, aux programmes d'aide juridique, au personnel de soutien (y compris les administrateurs (trices) judiciaires) et aux juges⁶²⁷.

Cette liste n'est pas exhaustive, mais elle démontre, sans surprise, comment les chercheurs s'attardent à faire état plus en détails les coûts et les délais judiciaires. On remarque que les considérations sociétales en font partie. Ainsi, l'AED, comme la littérature scientifique, s'intéresse aux effets sur la société en plus des *coûts privés*. Par contre, une particularité du discours de la littérature est d'aborder en détail les coûts indirects de nature non économique. Par exemple, lorsque la préoccupation est d'améliorer le « vivre ensemble »,

⁶²⁶ Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21 à la p 100 ; Noreau, *Les conférences de conciliation et de gestion judiciaire - Projet pilote de Longueuil 2009*, *supra* note 41; Sous-comité sur l'accès à la justice du Comité sur l'administration de la justice, *L'accès à la justice : Rapport sur certaines initiatives de réforme au Canada*, *supra* note 105.

⁶²⁷ Association du Barreau canadien, « Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile présidé par l'honorable Brian Dickson », Groupe de travail sur les systèmes de justice civile, Ottawa, août 1996, en ligne : Association du Barreau canadien : http://www.cba.org/ABC/Pubs_f/pdf/systemscivil_fr.pdf à la p 17.

les intangibles font partie de l'équation⁶²⁸. L'AED ne considère pas toujours ces coûts. L'AED se veut une discipline qui produira des résultats vérifiables. Cependant, elle s'enorgueillit de pouvoir intégrer dans l'équation utilitaire des variables délaissées par d'autres approches, mais il faut reconnaître qu'un certain nombre de variables n'ont pas, à ce jour, été intégrées à son analyse. Dans l'évolution de l'AED, les chercheurs se sont d'abord concentrés sur les effets ordinairement quantifiables. Ainsi, pour l'AED de nombreux aspects psychologiques ne seraient pas considérés⁶²⁹. Cependant, dans la sous-section suivante, nous verrons certains autres courants de l'AED qui ne ferment pas la porte à l'idée de considérer certains intangibles en tant qu'*externalités positives*.

Cependant, l'AED considère également des aspects dont les experts des PRD ne tiennent pas compte. Par exemple, les coûts associés à une mauvaise gestion du marché de la justice. Ces coûts existeraient, car le marché de la justice est régulé par les délais. Pour Duban et Deffains, réguler l'accès aux tribunaux par la « file d'attente » serait une mauvaise façon de distribuer les droits d'accès à la justice⁶³⁰. De plus, cette configuration du marché empêcherait les individus d'exprimer leurs volontés à travers leur disposition à payer. Ainsi, il ne serait pas possible de prioriser les parties qui valorisent le plus l'utilisation du système de justice. Ceci serait une distribution inefficace des droits d'« utilisations » du système. L'AED considère ceci comme étant des *erreurs* faisant accroître les coûts sociaux⁶³¹.

Ainsi, la littérature scientifique et l'AED abordent toutes deux les notions de coût et de délai selon leurs différentes facettes, privés et sociales. Cependant, pour *la littérature* les notions de coût et de délai ne sont qu'une considération parmi d'autres. Les notions économiques sont des considérations ou des effets constatés et non un objet d'analyse. La description qui en est faite est essentiellement descriptive. Contrairement à l'AED, aucune interprétation des variations des coûts et des délais n'est faite. À l'opposé, l'analyse des variations de ces notions est au centre de l'AED. Elles sont des outils indicateurs

⁶²⁸ Legault, « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit », *supra* note 85 à la p 192.

⁶²⁹ Jun Zhou, *Access to Justice: An Economic Approach*, CentER, Tilburg University, 2010 à la p 14.

⁶³⁰ Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310 à la p 951.

⁶³¹ Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 400.

indispensables dans l'analyse du marché de la justice et dans la comparaison d'arrangements législatifs⁶³².

5.2.2 La minimisation des coûts et des délais et la finalité de la médiation judiciaire

La minimisation des coûts et des délais, par l'implantation de modes de PRD, a fait l'objet de plusieurs expériences aux États-Unis depuis 40 ans. Lorsque la médiation est intégrée au système de justice, elle est un service qui dépend de l'action gouvernementale. À partir de ce moment, elle fait partie du paradigme de la fonction publique. Pour Folger lorsque la médiation est intégrée au système formel, elle va nécessairement subir des pressions budgétaires du système dont elle fait partie⁶³³. L'institutionnalisation impose à la médiation de considérer les intérêts de l'État, tels que la minimisation des dépenses et l'accélération du processus judiciaire. Ainsi, certaines pressions vont inévitablement être mises sur la médiation pour adopter une logique d'efficacité. Folger, avertit que ceci est un phénomène répandu et que la médiation risque d'y perdre son objectif premier :

The evolution of mediation practice has been heavily influenced by the mainstreaming route it has taken. Being highly directive and evaluative in the service of reaching settlements is now a widely practiced form of mediation especially in settings where mediation has been embedded in institutions that demand efficiency at all costs. It is openly discussed and defended, even though it is rarely taught in standard mediation trainings. More importantly, it is supported, indeed demanded, by court systems that have brought mediation into the mainstream. For some, however, it is a form of practice that redefines the essence of what mediation is, and what makes it an alternative dispute resolution process. The issue of "what mediation is" is deeply embedded in the theme of how mediation has gone mainstream⁶³⁴.

Ainsi, l'auteur constate que plusieurs expériences américaines ont eu comme objectif de diminuer les coûts et les délais. Folger propose que ce serait en quelque sorte dans l'intérêt des acteurs du système de promouvoir la diminution des coûts et des délais. Il fait également le constat que, malgré cette finalité imposée à la médiation, les expériences ont

⁶³² À travers le *modèle de résolution de différend*, l'AED va fournir un cadre pour analyser l'interrelation entre les variables tels que les coûts et les délais. Pour plus d'information à propos du modèle, voir la sous-section 3.2.1 du présent mémoire.

⁶³³ Joseph P Folger, « Mediation Goes Mainstream: Taking the Conference Theme Challenge » (2002) 3 Pepp Disp Resol LJ 1 à la p 4.

⁶³⁴ *Ibid.*

généralement été infructueuses. Par exemple, les « Neighborhood Justice Centers »⁶³⁵, une des expériences les plus répandues aux États-Unis, se sont avérées inadéquats pour améliorer les problèmes d'engorgement des tribunaux:

When the NJC pilot program began in 1977, it was hoped that these new methods for resolving disputes, mediation and arbitration, would have a significant degree of success in moving smaller disputes more quickly out of the courts to make way for the more complex and time-consuming cases. While the programs were successful in resolving minor disputes, for every case taken out of the court, filings multiplied. In other words, the litigation explosion of the 1980s had begun and the hope that the NJCs would divert cases to alternative forums before filing quickly faded⁶³⁶.

Ainsi, on rapporte que l'institutionnalisation de la médiation ne mène pas nécessairement à la diminution de coûts et de délais⁶³⁷. Non seulement la littérature fait ce constat, mais elle explique également que d'avoir comme objectif la diminution de coûts et de délais pourrait nuire au potentiel de la médiation. La médiation budgétaire est un mécanisme avec peu de formalités : les pressions pourraient donc avoir un impact important sur ce processus. Une mise en garde est émise sur les dangers de gérer le système judiciaire dans l'optique de faire plus vite et moins cher. Il est concevable qu'un médiateur sur qui on fait pression pour qu'il traite plus de causes doive couper dans la qualité des services rendus. De plus, pour Baruch Bush, un des pères de la *médiation transformative*, la minimisation des coûts et des délais comme finalité peut être nuisible, car elle va tendre à diminuer la protection des droits pour les citoyens⁶³⁸.

If we adopt the efficiency conception, under which the mediator's primary role is simply to reach agreements as expeditiously as possible, the effect is to create a role devoid of any clear ethical constraints on mediator behavior. Mediators become little more than case-movers; the only performance standards are their agreement rates and time/cost figures. [...] [T]he protection-of-rights conception

⁶³⁵ L'idée des NJC vient de Frank Sanders. Ce dernier est crédité comme étant le père du mouvement de modes de PRD aux États-Unis. Ces centres de justice devaient être une manière d'implanter la médiation à l'intérieur d'une structure parallèle au système judiciaire. Depuis, le nombre d'expériences en la matière a explosé. Ceci a engendré une multitude d'expériences aux États-Unis portant ce nom, certaines qui suivent la vision de Sanders et d'autres où l'on n'y retrouve même pas de médiation.

⁶³⁶ Primm, « The Neighborhood Justice Center Movement », *supra* note 111 à la p 1082.

⁶³⁷ Primm, « The Neighborhood Justice Center Movement », *supra* note 111; Rayburn, « Neighborhood Justice Centers », *supra* note 111 à la p 1225.

⁶³⁸ Bush, « Efficiency and Protection, or Empowerment and Recognition », *supra* note 102.

usually engenders a focus on mediator duties, especially on the duty to advise and urge parties to obtain independent legal counsel and the duty to terminate a mediation that threatens to produce an unreasonably unfair agreement⁶³⁹.

Dans la littérature, la logique d'efficacité est rarement une finalité souhaitable. Pour Bush, de conceptualiser la médiation selon cette conception nuirait ainsi à la capacité de la médiation de transformer la justice. Pour d'autres auteurs, les effets de viser la minimisation des délais seraient moins drastiques. Par exemple, Jean-François Roberge rapporte que chaque type de raisonnement de médiation comporte des avantages et qu'ultimement c'est une question de choix d'orientation du système de justice⁶⁴⁰. Toujours est-il qu'il existe une préférence marquée pour le type de médiation collaborative pour offrir une justice « transformée » par un nouveaux processus⁶⁴¹.

La manière de traiter la minimisation des délais diffère d'un auteur à l'autre, mais ce qui est constant c'est qu'ils sont considérés comme des considérations et non des objectifs conceptuels. Pour la Commission du droit du Canada, les objectifs de la justice consensuelle sont plutôt: « [l]a compréhension du préjudice causé et l'appréciation de ses conséquences ; [l]a répartition de la responsabilité et la responsabilisation ; [l]a transformation du rapport interpersonnel ; [l]es perspectives d'avenir »⁶⁴². Dans un rapport sur la justice participative, la Commission propose que le potentiel des modes de PRD ne puisse pas résorber toutes les lacunes administratives et qu'il n'existe pas de solution miracle à ces problèmes:

Il n'y a aucune solution évidente ou facile au problème des coûts excessifs du système, ni du point de vue des délais, ni de celui des frais assumés par les parties. Ces coûts sont tels qu'ils suffisent à convaincre bien des utilisateurs du système de la nécessité d'élaborer des processus plus rapides et moins coûteux que ceux du système de justice accusatoire. Toutefois, le temps et l'argent investis ne représentent pas les seules dépenses, ni même les plus importantes que comporte le recours au système de justice civile actuel pour gérer les conflits⁶⁴³.

⁶³⁹ *Ibid*, 253 à la p 259.

⁶⁴⁰ Roberge, « La médiation judiciaire «innovante» peut-elle améliorer le système judiciaire? Synthèse et analyse des réponses de la communauté juridique canadienne - Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes », *supra* note 83 à la p 16.

⁶⁴¹ *Ibid*.

⁶⁴² Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21 à la p xxi.

⁶⁴³ *Ibid* à la p 102.

Comme nous l'avons déjà présenté, pour l'AED également la minimisation des coûts et des délais n'est pas une finalité pour une réforme procédurale. Les deux approches ont des raisons différentes pour ceci. Pour l'AED, la minimisation des coûts et des délais n'est pas un gage d'efficacité économique tandis que pour la littérature, les finalités ne sont pas de l'ordre économique. Malgré tout, la littérature met régulièrement de l'avant que la médiation judiciaire aurait des effets bénéfiques tels que la « réduction des coûts de ces conflits pour notre société »⁶⁴⁴. Par ailleurs, la littérature ne justifie pas économiquement cette allégation. À l'opposé, l'AED ne déclare pas que la médiation judiciaire aurait comme caractéristique de minimiser les coûts et les délais. Elle considère que les coûts et les délais sont des variables et des indicateurs. Ils ne sont pas des objectifs en soi⁶⁴⁵. Ainsi, malgré leurs différences, les deux disciplines en viennent à la conclusion qu'il n'est pas nécessairement intéressant d'implanter la médiation judiciaire pour faire diminuer les coûts et les délais judiciaires.

5.3 L'efficacité de la CRA

Comme nous l'avons exposé dans la section précédente, la littérature propose que la finalité de la CRA réside ailleurs que dans la diminution de coûts et de délais⁶⁴⁶. Cependant, elle considère tout de même que la CRA est une solution efficace aux problèmes avec lesquels le système de justice est aux prises. La littérature aborde donc la notion d'efficacité différemment que les acteurs sociaux et que l'AED.

Une particularité de la notion d'efficacité pour la littérature est qu'elle prend en compte une gamme d'effets indirects que peut avoir la CRA. Ainsi, contrairement à ce que soutiennent les acteurs sociaux, l'efficacité ne réside pas dans le seul fait qu'elle offre aux particuliers un accès moins cher et plus rapide, les effets pour la société en entier sont pris en compte. La Commission du droit du Canada l'exprime ainsi : « [c]es processus ont offert de nombreuses fonctions utiles aux participants et contribuent au règlement de conflits de

⁶⁴⁴ Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21 à la p 175.

⁶⁴⁵ Nous abordons les notions d'efficacité économiques dans la sous-section 3.4.

⁶⁴⁶ Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21 à la p 189.

longue date et à la réduction des coûts de ces conflits pour notre société »⁶⁴⁷. Nous allons vérifier cette affirmation et nous allons présenter dans cette section les convergences et les divergences entre la littérature et l'AED concernant la notion d'efficacité.

5.3.1 Les Avantages potentiels de la médiation judiciaire

Déjà les premières manifestations du mouvement « ADR »⁶⁴⁸ américain dans les années 70, les objectifs dépassaient la diminution de coûts et de délais. Pour Frank Sander, les quatre objectifs initiaux du mouvement étaient de : diminuer l'engorgement des tribunaux, améliorer les relations en communauté, favoriser l'accès à la justice et finalement prodiguer un règlement du différend plus « effectif »⁶⁴⁹. Dès lors, ce dernier va émettre un doute sur la capacité de la médiation à régler les problèmes d'engorgement des tribunaux : « the notion that a pervasive use of arbitration and mediation will solve "the court crisis" seems misguided. »⁶⁵⁰. Selon l'auteur, les avantages de l'application de la médiation au système juridique seraient davantage de l'ordre de la réparation des relations et de l'amélioration de l'effectivité du règlement⁶⁵¹. Vingt ans plus tard, comme nous l'avons déjà énoncé, la littérature scientifique n'est toujours pas convaincue de l'efficacité économique de la CRA. Le passage suivant fait un bilan de 20 ans d'utilisation de modes de PRD aux États-Unis :

[I]f the goal of the center is to reduce the caseload, then the centers have failed to meet this goal. [...] However, if community values and re-vitalization are the primary goals of the center, the community has received the benefit of its bargain. If the case remains unresolved, the community has not received the maximum potential benefit of the bargain, but it has, nonetheless, received what it is due under the bargain. The resolution of the dispute is only one possible benefit of the centers. Other benefits include: the disputants' better understanding of the other side's viewpoint, knowing the other disputant as a "person" for the first time, gaining exposure to conciliation techniques, and venting frustrations in a safe environment⁶⁵².

Au Québec comme aux États-Unis, l'approche privilégiée par les experts en mode de PRD serait plus efficace que le procès pour atteindre certains objectifs :

⁶⁴⁷*Ibid* à la p 175.

⁶⁴⁸L'acronyme représente les termes suivants : alternative dispute resolution.

⁶⁴⁹Sander, « Alternative Methods of Dispute Resolution », *supra* note 20 à la p 3.

⁶⁵⁰*Ibid*.

⁶⁵¹*Ibid*.

⁶⁵²Rayburn, « Neighborhood Justice Centers », *supra* note 111 à la p 1225.

Chez les spécialistes en PRD, il existe un consensus à l'effet que cette culture intégrative est supérieure aux approches de confrontation en termes d'efficacité, de légitimité et de satisfaction, car elle encourage un partenariat visant la construction respectueuse, proactive et créative d'une solution adaptée aux réalités des acteurs concernés⁶⁵³.

Ne plus opérer dans une logique contradictoire permettrait de rendre le droit plus efficace. La médiation faciliterait ainsi l'atteinte de règlement. De plus, l'amélioration du processus et son intégration à l'offre de justice pourraient rendre l'expérience plus satisfaisante pour les utilisateurs du système⁶⁵⁴. L'approche qui a inspiré la CRA provient en grande partie de la *médiation transformative* développée par Folger et Bush⁶⁵⁵. Selon cette approche et le principe d'« empowerment », les parties prennent le contrôle de leur différend et ceci aboutirait à un règlement de qualité supérieure⁶⁵⁶. L'avantage est dû à ce que, par cette approche, ce qui est traité par la médiation est choisi par les parties, ainsi les sujets de discorde importants sont traités prioritairement. La médiation offrirait donc un service plus adapté à la réalité « intersubjective »⁶⁵⁷. En plus, le règlement qui est engendré par ce processus serait davantage respecté étant donné qu'il aurait été modelé par les deux parties elles-mêmes. Les relations futures des parties seraient ainsi améliorées et une certaine quantité de conflits serait évitée. Ainsi, le processus aurait le potentiel d'améliorer les relations entre les parties⁶⁵⁸. Ces améliorations cadrent dans ce que le professeur Legault appelle le « vivre ensemble »⁶⁵⁹.

⁶⁵³ Programmes de prévention et règlement des différends (PRD) de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, « Une vision en trois dimensions (3D) de l'accès à la justice » (18 novembre 2011), présenté à la Commission parlementaire sur *l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, en ligne : Assemblée nationale du Québec <<http://www.assnat.qc.ca>> à la p 2.

⁶⁵⁴ Lalonde, « Une nouvelle justice de la diversité? CRA et justice de proximité », *supra* note 86 à la p 20.

⁶⁵⁵ Robert A Baruch Bush & Joseph P Folger, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, New York, John Wiley & Sons, 2004; Bush et Pope, « Changing the Quality of Conflict Interaction », *supra* note 81.

⁶⁵⁶ Bush et Folger, *The Promise of Mediation*, *supra* note 78; Bush, « Efficiency and Protection, or Empowerment and Recognition », *supra* note 102.

⁶⁵⁷ Louise Lalonde, « L'application de la Charte des droits et libertés de la personne dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux : Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu » (2006), en ligne : Centre d'accès à l'information juridique (CAIJ) <http://www.caij.qc.ca/doctrine/revue_du_barreau/66.5/1604/index.html>. (publié dans la Revue du Barreau)

⁶⁵⁸ Bush et Pope, « Changing the Quality of Conflict Interaction », *supra* note 81 à la p 68.

⁶⁵⁹ Legault, « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit », *supra* note 85 à la p 171.

S'ajoutent subsidiairement des considérations économiques. Pour la littérature la diminution de coûts et de délais serait un des effets économiques de la médiation⁶⁶⁰. L'argument qui est donné est le même que celui donné par certains juges: la CRA pourrait diminuer les coûts et les délais, car elle a un taux de réussite élevé, qu'elle est une option plus rapide en raison de son processus informel⁶⁶¹. On mentionne également que certaines économies pourraient être faites étant donné qu'un règlement par voie de la CRA surviendrait plus rapidement dans le processus⁶⁶². Il est même proposé qu'une médiation qui échoue comporterait certains avantages: « a failed mediation is generally not time wasted, as the parties and their lawyers can use the experience to help them focus on the issues that remain in dispute »⁶⁶³.

La littérature scientifique reconnaît également que les chances de réussite d'un projet d'institutionnalisation de la médiation au système judiciaire, sont basses si ce dernier n'est pas économiquement viable à long terme⁶⁶⁴. Il est également reconnu que les problèmes administratifs ont été un incitatif pour la communauté scientifique afin de trouver des alternatives à la manière de procéder actuelle, la Commission du droit du Canada l'exprime ainsi : « [l]a prise de conscience de l'importance de ces coûts supplémentaires a amené les chercheurs à se pencher sur les façons de désamorcer les différends avant qu'ils fassent l'objet de « plaintes » officielles et engendrent des coûts considérables »⁶⁶⁵. De plus, les

⁶⁶⁰ Par exemple: Latulippe, « La médiation judiciaire, un nouvel exercice de justice (mémoire de maîtrise) », *supra* note 105 à la p 14; Lalonde, « Une nouvelle justice de la diversité? CRA et justice de proximité », *supra* note 86 à la p 8; Roberge, « La médiation judiciaire «innovante» peut-elle améliorer le système judiciaire? Synthèse et analyse des réponses de la communauté juridique canadienne - Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes », *supra* note 83 à la p 13; Roberge, « La conférence de règlement à l'amiable: les enjeux du raisonnement judiciaire et de résolution de problème », *supra* note 581 à la p 33; Otis, « The Conciliation Service Program of the Court of Appeal of Quebec », *supra* note 107 à la p 81.

⁶⁶¹ Otis, « The Conciliation Service Program of the Court of Appeal of Quebec », *supra* note 107 à la p 81; Louise Otis, « The Conciliation Service Program of the Court of Appeal of Quebec » (2000) 11 *World Arb& Mediation Rep* à la p.81

⁶⁶² Otis et Reiter, « Mediation by Judges », *supra* note 114 à la p 7.

⁶⁶³ *Ibid.*

⁶⁶⁴ Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21 à la p 28.

⁶⁶⁵ *Ibid* à la p 103.

coûts et les délais judiciaires sont considérés comme des barrières à surmonter pour améliorer l'accès à la justice⁶⁶⁶.

Même s'ils ne sont pas considérés comme étant des objets d'analyse, il est quand même proposé dans la littérature que la CRA pourrait avoir comme effet de diminuer les coûts et les délais judiciaires et que ceci à son tour pourrait avoir un effet de désengorgement des tribunaux :

Judicial mediation obviously presents numerous advantages over the traditional adversarial system from the point of view of efficiency. By eliminating the need for the preparation of appellate facts or briefs and court transcriptions, the parties benefit from significant savings of time and cost. Additionally, turn-around time is vastly improved: in Quebec, mediation sessions are normally scheduled within thirty days following the receipt of the written request, so the issue of backlog largely disappears. This brings corresponding improvements to the traditional system of justice itself, because cases slated for mediation leave the adjudicative pipeline--permanently in the majority of cases--thereby removing much of the clutter from court dockets⁶⁶⁷.

L'ex-juge Otis et le professeur Reiter proposent également que la médiation crée de la richesse même si cette dernière ne mène pas ultimement à un règlement entre les parties⁶⁶⁸. Elle permettrait de mieux comprendre ce qui les oppose dans le différend et concentrer les efforts subséquents sur les sujets de discorde. En outre, ces auteurs proposent qu'il serait possible de régler plus tôt dans le processus. En d'autres mots, il serait possible d'économiser temps et argent en réglant bien avant le procès, contrairement à ce qu'on observe fréquemment. Ils proposent également que le règlement qui s'ensuit améliorerait les relations entre les parties et offrirait une solution plus adaptée. Ce dernier pourrait ainsi représenter une certaine valeur ajoutée de la médiation.

⁶⁶⁶MacDonald, « L'accès à la justice aujourd'hui au Canada — étendue, envergure et ambitions dans J Bass, et al, dir, *L'accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès* », *supra* note 89 à la p 23. Lalonde, « Une nouvelle justice de la diversité? CRA et justice de proximité », *supra* note 86 à la p 8; Roberge, « La médiation judiciaire «innovante» peut-elle améliorer le système judiciaire? Synthèse et analyse des réponses de la communauté juridique canadienne - Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes », *supra* note 83 à la p 13.

⁶⁶⁷Otis et Reiter, « Mediation by Judges », *supra* note 114 à la p 4.

⁶⁶⁸*Ibid.*

Pour l'AED, l'amélioration du « vivre ensemble » n'est pas un objectif concevable pour une réforme procédurale, car l'atteinte de cet objectif est considérée comme difficilement vérifiable⁶⁶⁹. Elle considère que l'amélioration de la vie en société passe par la liberté des individus à choisir et non par l'État qui conceptualise leur bonheur. Contrairement à ce que propose la *médiation transformative*, l'effet bénéfique potentiel sur lequel se concentre l'AED est la *propension à régler hors cour*. L'AED considère que si la médiation judiciaire peut augmenter la *propension à régler hors cour* ou si elle peut créer des *externalités positives*, ces deux aspects sont des effets positifs qui doivent être considérés dans l'évaluation de la médiation judiciaire. Concrètement, la médiation pourrait aider à surmonter certaines barrières empêchant la coopération et le règlement avant procès. Pour le père de l'AED, Richard Posner, la médiation aurait le potentiel de surmonter quatre types d'obstacles⁶⁷⁰. Premièrement, les parties peuvent adopter des attitudes stratégiques, telles que de garder certaines informations secrètes⁶⁷¹. En adoptant cette attitude, les parties ne pourraient pas coopérer efficacement puisque les informations échangées sont incomplètes ou erronées. Deuxièmement, les parties hésiteraient à amorcer des négociations, car cela pourrait être perçu comme un signe de faiblesse⁶⁷². Troisièmement, les parties seraient réticentes à trop s'éloigner de leurs positions idéales originelles⁶⁷³. Et finalement, l'intérêt de l'avocat pourrait diverger de celui du client, ce qui minerait les négociations. De manière corrélative aux obstacles, Posner entrevoit quatre manières où la médiation peut aider à surpasser ces barrières⁶⁷⁴ :

1. Le médiateur peut d'abord réunir les parties séparément, en « caucus », où les parties seraient plus candides à propos de leur situation⁶⁷⁵.
2. Le médiateur n'ayant pas à se soucier de sa propre position de faiblesse pourrait lui-même faire des offres de règlement évitant toute stratégie d'offre et de contre-offre des parties⁶⁷⁶.

⁶⁶⁹Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 367.

⁶⁷⁰Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 605.

⁶⁷¹*Ibid.*

⁶⁷²*Ibid.*

⁶⁷³*Ibid.*

⁶⁷⁴*Ibid.*

⁶⁷⁵*Ibid.*

⁶⁷⁶*Ibid.*

3. Les parties peuvent faire part au médiateur, en caucus, de ce qu'elles voudraient obtenir dans l'idéal et ce dernier pourrait décider de filtrer l'information pour s'assurer qu'elle ne nuit pas à la négociation⁶⁷⁷.
4. Finalement, le médiateur peut éviter le problème d'intérêts divergents avec l'avocat en incluant la partie elle-même dans le processus⁶⁷⁸. Le rôle du médiateur est essentiellement de limiter les effets négatifs d'une négociation stratégique « sur position ».

La médiation ainsi décrite est un outil qui sert à amoindrir les effets d'une négociation conflictuelle. Ainsi, lorsque l'AED analyse le potentiel de la médiation, elle analyse une médiation de type « facilitatrice » ou « évaluative ». Il semble donc que *la littérature* et l'AED n'analysent pas le même type de processus, ces derniers n'ont donc pas comme objectifs les mêmes finalités. Malgré les apparences ceci ne va pas invalider plusieurs conclusions auxquelles nous allons arriver concernant l'efficacité de la CRA.

Malgré les avantages potentiels qu'énumère Posner, ceci ne veut pas dire qu'il est forcément plus efficace d'implanter la CRA dans notre système de justice. Ce dernier ouvre simplement la porte à ce qu'il existe des éléments positifs à considérer. Cette analyse fait partie d'un effort des tenants de l'AED d'expliquer pourquoi les individus se tournent vers la médiation volontairement⁶⁷⁹. Les individus étant rationnels, ils doivent donc y trouver leur compte lorsqu'ils décident d'opter pour la médiation.

Comme c'est souvent le cas, la position de Posner est centrale à l'AED, mais dans le cas présent, la branche comportementale de l'AED est particulièrement bien placée, par ses prémisses différentes, pour expliquer le processus de médiation. Elle a comme point de départ l'acceptation que les parties à une médiation agissent rarement d'une manière complètement rationnelle⁶⁸⁰. Dans cette optique la médiation est un outil pour régulariser les irrationalités. Une de ces irrationalités est proposée par Babcock et Lowenstein : les parties auraient tendance à se convaincre de la justesse de leurs positions respectives, ce qui les empêcherait d'être réalistes et les rendrait réticentes à régler en dessous de ce qu'elles

⁶⁷⁷ *Ibid* à la p 606.

⁶⁷⁸ Brown et Ayres, « Economic Rationales for Mediation », *supra* note 219 à la p 324.

⁶⁷⁹ Brown et Ayres, « Economic Rationales for Mediation », *supra* note 219.

⁶⁸⁰ *Ibid* à la p 329.

considèrent subjectivement comme étant « juste »⁶⁸¹. Elles surévalueraient ainsi leurs chances de gagner le procès, ce qui ferait avorter les négociations. Pour ces auteurs, le médiateur en tant qu'interlocuteur neutre, ne serait pas influencé par cette perception erronée : il pourrait donc rétablir le réalisme dans les attentes des parties. Il améliorerait donc ainsi la *propension à régler*⁶⁸².

Jennifer Gerarda Brown et Ian Ayres explorent également comment les médiateurs peuvent créer de la richesse dans les négociations. Selon ces derniers, un médiateur compétent crée de la valeur pour les participants en combattant la tendance qu'ont les parties à ne pas partager certaines informations qu'ils détiennent⁶⁸³. Le rôle du médiateur se résume donc à « créer de la valeur » en régulant le flux d'informations entre les parties⁶⁸⁴. Il pourra améliorer concrètement la coopération de trois manières : en injectant dans les négociations une dose de réalisme, en rencontrant les parties en privé ou « caucusing » pour connaître les vrais enjeux⁶⁸⁵, et finalement en limitant le flux d'informations à ce qui peut aider les parties à s'entendre⁶⁸⁶. Le « caucusing » crée de la richesse de trois manières. Le médiateur peut faire sauver de l'argent aux parties en faisant achopper les négociations rapidement lorsqu'il constate qu'un règlement est impossible, il peut commettre les parties à se séparer le *surplus coopératif* également, ou encore transmettre des bribes d'informations bien choisies pour encourager le rapprochement⁶⁸⁷. Ayres se joint aussi à Barry Nalebuff pour proposer que la valeur ajoutée qu'apporte le médiateur provienne de son contrôle de l'information. Pour ces derniers, le médiateur peut décider de l'utilité et faire le tri des informations à transmettre⁶⁸⁸. Partager certaines informations améliorerait la négociation, alors que communiquer certaines autres choses rendrait la négociation plus difficile⁶⁸⁹. Ces auteurs suggèrent que la médiation crée de la richesse, car elle permet de corriger des

⁶⁸¹Babcock et Loewenstein, « Explaining Bargaining Impasse », *supra* note 231 à la p 355.

⁶⁸²Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 597.

⁶⁸³Brown et Ayres, « Economic Rationales for Mediation », *supra* note 219 à la p 324. Les auteurs distinguent deux types de comportements qui peuvent nuire: l'«adverse selection» et le «moral hazard».

⁶⁸⁴*Ibid* à la p 326; Mnookin, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 139 à la p 4.

⁶⁸⁵Brown et Ayres, « Economic Rationales for Mediation », *supra* note 219 à la p 326; Mnookin, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 139 à la p 4.

⁶⁸⁶Brown et Ayres, « Economic Rationales for Mediation », *supra* note 219 à la p 326.

⁶⁸⁷*Ibid*.

⁶⁸⁸*Ibid* à la p 324.

⁶⁸⁹Brown et Ayres, « Economic Rationales for Mediation », *supra* note 219.

comportements irrationnels des parties face à certaines informations⁶⁹⁰. En d'autres termes, la médiation pourrait potentiellement réduire les frictions menant au règlement :

What are the advantages of mediation? Proponents argue that a skilled mediator can often help parties reach a negotiated outcome when they would be unable to do so on their own. They also suggest that even if the parties might be able eventually to settle on their own, a mediator may help parties reach better agreements with lower transaction costs – in other words, the mediated agreement may often be Pareto-superior to the one the parties might have reached on their own⁶⁹¹.

Les barrières aux règlements qui sont abordées par les auteurs de l'AED sont essentiellement celles qui caractérisent la médiation facilitatrice et évolutive. Le potentiel de la médiation est d'amoindrir les effets négatifs d'une négociation sur position, pas de transformer le processus conflictuel. Un point commun à *la littérature* et à l'analyse de l'AED est que la médiation pourrait créer de la richesse en produisant un règlement de qualité supérieure⁶⁹². De plus, la médiation pourrait produire des solutions à valeur ajoutée⁶⁹³. La rigidité des décisions judiciaires serait évitée, les règlements seraient plus adaptés aux besoins des parties. Pour l'AED, par contre, la richesse provient des résultats de la médiation; les règlements conçus par les parties seraient davantage respectés et de meilleure qualité⁶⁹⁴.

La littérature scientifique explique comment les parties qui utiliseront la CRA seront plus satisfaites du processus et du résultat obtenu et que ceci répond aux lacunes affectant le système de justice. Pour l'AED, les visées de la médiation sont beaucoup moins ambitieuses, elle tente simplement d'expliquer comment la médiation judiciaire pourrait potentiellement créer de la valeur pour les particuliers et pour la société. Les deux regards abordent les mêmes phénomènes, c'est-à-dire qu'ils conçoivent qu'une meilleure communication pourrait mener à des effets positifs. Dans la littérature, les effets potentiels mènent à une manière novatrice de rendre justice, tandis que, pour l'AED, ce mécanisme pourrait, potentiellement, être créateur de richesse. La littérature décrit et conçoit la CRA

⁶⁹⁰ *Ibid* à la p 324.

⁶⁹¹ Mnookin, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 139 à la p 5.

⁶⁹² *Ibid* à la p 6.

⁶⁹³ Shavell, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 205 à la p 6.

⁶⁹⁴ Mnookin, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 139 à la p 1.

pour qu'elle puisse remplir son rôle : offrir une alternative au processus contradictoire et transformer la justice. Nous constatons que les scientifiques élaborent très peu sur les inconvénients financiers potentiels que pourrait avoir la CRA. Comme nous le verrons dans la section suivante, la médiation judiciaire engendre potentiellement de nombreux coûts pour la société.

5.3.2 L'efficacité sociale de la CRA

L'efficacité d'un outil est nécessairement liée à la probabilité qu'il permette d'atteindre les objectifs visés. La littérature scientifique a fixé des objectifs ambitieux à la médiation judiciaire : la CRA serait utilisée pour transformer la justice, pour faire la justice différemment⁶⁹⁵. Le propos de ce mémoire n'est pas de vérifier si la CRA peut transformer la justice, car ceci dépasse l'objet d'étude de l'AED. L'objectif est de comparer les différentes approches par rapport aux considérations économiques. Lorsque nous avons analysé le discours des acteurs sociaux, nous avons constaté que ces discours se concentraient sur les effets privés de la CRA. Ce qui différencie la littérature scientifique est qu'elle aborde l'efficacité d'un point de vue sociétal. Ceci est également le cas pour l'AED qui considère qu'un mécanisme procédural doit diminuer les coûts sociaux et qu'il doit être l'arrangement législatif le plus avantageux. Dans cette section nous abordons donc les effets plus larges et indirects que peut avoir la CRA.

Nous allons éclairer les mentions de diminutions de coûts et de délais pour la société qui sont présentes dans la littérature scientifique. Même si ces aspects sont peu développés nous allons en profiter pour exposer comment l'AED conçoit l'*efficacité sociale* de la CRA. Les référents d'efficacité utilisés seront la minimisation des *coûts sociaux*, les *coûts de transaction* et l'atteinte d'un *optimum de Pareto/Kaldor-Hicks*⁶⁹⁶. En utilisant ces référents, l'AED fait une analyse normative et propose des choix à l'État par rapport à l'allocation de ressources au sujet de la CRA⁶⁹⁷. Ce qui suit est un sommaire de tous les facteurs militant pour et contre l'efficacité de la CRA. Ce n'est pas la présentation d'une vision qui est

⁶⁹⁵ Lalonde, « La médiation judiciaire : nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions? » dans André Riendeau, dir, *Dire le droit : pour qui et à quel prix?*, *supra* note 79 à la p 28.

⁶⁹⁶ Coase, « J Law & Econ. », *supra* note 146.

⁶⁹⁷ Kaplow et Shavell, « Economic Analysis of Law », *supra* note 279 à la p 52.

homogène, l'analyse que nous présentons doit plutôt être considérée comme une série de leçons et de mises en garde contre l'implantation aveugle de la CRA.

Lorsqu'il est question d'améliorer l'accès à la justice par l'utilisation de modes de PRD, les coûts et les délais restent une considération. Le *Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice* l'exprime ainsi : « [I]es modes de règlement non judiciaire devraient être accessibles, justes et équitables à toutes les parties au conflit et être efficaces en termes de coûts et de délais »⁶⁹⁸. La Commission du droit du Canada aborde l'efficacité comme suit : « Bien qu'il soit important de ne pas mesurer les coûts uniquement sur le plan monétaire, les processus participatifs qui imposeraient une hausse des coûts à long terme à l'une des parties ou à l'État ont peu de chances d'être acceptés »⁶⁹⁹. Ainsi, une réforme qui accentue le problème d'engorgement des tribunaux aurait peu de chances de succès. Du même coup, la littérature propose que la CRA puisse faire baisser les coûts et les délais judiciaires pour la société et donc minimiser les problèmes d'engorgement des tribunaux⁷⁰⁰. Malgré que l'idée soit répandue, elle est rarement analysée ou remise en question par les experts en PRD. Selon notre recension des justifications économiques, l'efficacité est généralement présumée à cause d'un haut taux de réussite, de la rapidité du processus et des statistiques à l'effet qu'elle coûte moins cher que le procès pour les parties. L'évolution marginale de cette efficacité ne fait pas l'objet d'analyse. On présume que les considérations économiques sont positives ou, du moins, qu'elles ne seraient pas une raison de ne pas intégrer la médiation au système judiciaire⁷⁰¹. En outre, on énonce que la CRA

⁶⁹⁸ Sommet de la Justice, "La responsabilité partagée à l'égard de la Justice et le règlement non judiciaire des conflits et des litiges: cahier des propositions", La justice: une responsabilité à partager, Québec, Ministère de la Justice, 1991.

⁶⁹⁹ Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21 à la p xxv.

⁷⁰⁰ Latulippe, « La médiation judiciaire, un nouvel exercice de justice (mémoire de maîtrise) », *supra* note 105 à la p 14; Lalonde, « Une nouvelle justice de la diversité? CRA et justice de proximité », *supra* note 86 à la p 8; Roberge, « La médiation judiciaire «innovante» peut-elle améliorer le système judiciaire? Synthèse et analyse des réponses de la communauté juridique canadienne - Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes », *supra* note 83 à la p 13; Roberge, « La conférence de règlement à l'amiable: les enjeux du raisonnement judiciaire et de résolution de problème », *supra* note 581 à la p 33; Otis, « The Conciliation Service Program of the Court of Appeal of Quebec », *supra* note 107 à la p 81.

⁷⁰¹ Latulippe, « La médiation judiciaire, un nouvel exercice de justice (mémoire de maîtrise) », *supra* note 105 à la p 14; Lalonde, « Une nouvelle justice de la diversité? CRA et justice de proximité », *supra* note 86 à la p 8; Roberge, « La médiation judiciaire «innovante» peut-elle améliorer le système judiciaire? Synthèse et analyse des réponses de la communauté juridique canadienne -

serait une manière de maximiser la disponibilité des juges pour que plus de causes soient traitées⁷⁰². De plus, on propose que ceci pourrait avoir un effet bénéfique sur l'engorgement des tribunaux⁷⁰³.

À l'opposé l'AED émet plusieurs bémols quant à la capacité de la CRA à diminuer les coûts, les délais et l'engorgement des tribunaux. Nous allons démontrer avec ce qui suit comment l'AED contredit toutes les présomptions, par rapport aux facteurs économiques, qui sont faites par la littérature. Pour commencer, une étude des effets marginaux de l'implantation de la médiation judiciaire nuance l'idée qu'un investissement dans le système produira des effets bénéfiques constants sur l'offre de justice⁷⁰⁴. Le principe des *rendements décroissants* propose que ce ne soit pas nécessairement le cas. Les premiers dollars investis dans le système sont très efficaces; ces derniers font remarquablement baisser le nombre d'*erreurs*, mais l'efficacité de chaque dollar tend à diminuer au niveau marginal⁷⁰⁵. Par exemple, les premiers juges engagés sont très importants pour mener à bien les procès, cependant, plus le nombre de juges augmente moins l'effet du dernier magistrat engagé est palpable (moins grande est sa valeur marginale). À un certain point, la charge de travail des juges diminue et leur utilité diminue. Il est donc possible que le prix du juge dépasse les bienfaits qu'il apporte au système. À ce point conceptuel d'équilibre, l'AED commande d'arrêter d'investir dans la mesure (l'ajout de ressources)⁷⁰⁶. Selon le principe des rendements décroissants, à un certain point les bénéfices de la CRA vont nécessairement être moins élevés que les coûts. Pour l'AED, une analyse marginale est utile pour comprendre les effets potentiels d'une réforme procédurale.

Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, *Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes* », *supra* note 83 à la p 13; Roberge, « La conférence de règlement à l'amiable: les enjeux du raisonnement judiciaire et de résolution de problème », *supra* note 581 à la p 33; Otis, « The Conciliation Service Program of the Court of Appeal of Quebec », *supra* note 107 à la p 81.

⁷⁰²Otis et Reiter, « Mediation by Judges », *supra* note 114 à la p 7.

⁷⁰³*Ibid.*

⁷⁰⁴Deffains, « Analyse économique du droit: perspectives méthodologiques », *supra* note 140 à la p 70; Landes et Posner, « Positive Economic Theory of Tort Law, The », *supra* note 301 à la p 870; Deff et Fer, « Analyse économique du droit: perspectives méthodologiques », *supra* note 140 à la p 70; Landes et Posner, « The Positive Economic Theory of Tort Law », *supra* note 301 851 à la p 870.

⁷⁰⁵Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 388.

⁷⁰⁶Deffains, « Analyse économique du droit: perspectives méthodologiques », *supra* note 140 à la p 70; Landes et Posner, « Positive Economic Theory of Tort Law, The », *supra* note 301 à la p 177.

L'AED explique l'engorgement des tribunaux par l'opposition entre les intérêts des individus et ceux de la société⁷⁰⁷. L'individu a intérêt à voir l'État investir pour lui fournir des services de qualité à prix modique. Cependant, il n'est pas dans l'intérêt de la société d'investir une quantité illimitée de ressources pour offrir cette justice. Cette opposition d'intérêts est à la source de la typologie proposée par Steven Shavell qui oppose l'*efficacité privée* et l'*efficacité publique*⁷⁰⁸. Pour la société, il ne serait pas efficace de fournir un procès si les coûts dépassent les gains potentiels⁷⁰⁹. Ainsi, minimiser les coûts pour les parties peut avoir des effets contraires sur les coûts généraux pour la société. De plus, l'effet dissuasif des coûts de transaction ne serait pas suffisant pour décourager la surutilisation du système. Pour Steven Shavell, la nature du système en place fait en sorte que la surutilisation se produit constamment. Pour exposer ceci, formulons un exemple chiffré : supposons une cause où le demandeur évalue à 1 000 \$ les bénéfices qu'il retirera du processus judiciaire⁷¹⁰. Il évalue ses divers frais légaux à 400 \$. Rationnellement, il va décider d'intenter des procédures pour retirer du processus le gain net prévu, soit 600 \$. Ceci est le seul calcul pour évaluer l'*efficacité privée*. Cependant, l'évaluation par l'individu omet les coûts assumés par la société. Par exemple, s'il coûte 700 \$ à l'État pour soutenir le procès et 400 \$ à l'individu, le coût total de mener à bien ce procès est donc de 1 100 \$ (400 \$+700 \$). Ainsi, aller à procès est bénéfique pour l'individu, mais déficitaire pour la société : (coût – gain net prévu), ou (1 100 \$ – 400 \$). Cette démonstration représente comment le choix rationnel de l'individu peut être inefficace pour la société dans son ensemble. Cette situation est inefficace au sens de Kaldhous/Hicks. Shavell estime que, selon un tel système, le volume de cas traités par les tribunaux sera naturellement trop élevé. Il en déduit qu'il serait alors souhaitable pour l'administrateur du système d'adopter des politiques pour remédier à cette situation sous-optimale⁷¹¹. Le passage suivant exprime bien la différence entre l'intérêt privé et public :

⁷⁰⁷Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310.

⁷⁰⁸Bronsteen, « Some Thoughts about the Economics of Settlement », *supra* note 309 à la p 1132. Shavell, « The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System », *supra* note 293.

⁷⁰⁹Shavell, « The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System », *supra* note 293 à la p 581.

⁷¹⁰*Ibid.*

⁷¹¹*Ibid* aux pp 577, 584.

That the private and the social incentives to use the legal system are divergent is likely to be of substantial empirical significance. A reason for believing this is that the costs of the legal system are large: The sum of litigation and the related costs of providing a dollar to a victim through the legal system appear to be on the order of a full dollar⁷¹². Given its roughly 100% transaction costs, the deterrence benefits of the legal system must be considerable to justify its use. One suspects, however, that deterrence is sometimes not sufficient to make the transaction costs of the legal system socially advantageous to bear⁷¹³.

Ainsi, selon Shavell et Kaplow, les *coûts de transaction* élimineraient en grande partie la rentabilité d'utiliser la structure juridique pour régler les différends. Ils énoncent que l'utilisation du système de justice comme outil de réparation (pour les victimes d'injustices) comporterait des coûts de transaction de l'ordre de 100%⁷¹⁴. Malgré cette barrière à l'utilisation, le système serait tout de même sur-utilisé⁷¹⁵. Pour Steven Shavell, il existe un niveau optimal de volume de litiges et il serait nécessaire pour l'État de corriger le tir. Sur la manière d'y parvenir, il favorise l'utilisation de plusieurs outils simultanément pour réguler le marché de la justice⁷¹⁶. C'est-à-dire qu'une combinaison de mesures sera nécessaire pour faire baisser le volume de litiges⁷¹⁷. L'objectif d'une politique efficace de gestion des tribunaux devrait être de diminuer le volume actuel d'activités judiciaires⁷¹⁸. Dans cette optique, l'ajout d'un service de CRA offert gratuitement irait à l'opposé de ce que propose Shavell. L'analyse que font Deffains et Duban, va dans le même sens :

En matière de régulation des flux de contentieux, toute réforme de la procédure visant à réduire le temps de la négociation est donc un instrument à manipuler avec une extrême précaution dans la mesure où elle a un impact sur la demande de procès. Le problème est bien entendu lié à la rigidité de l'offre d'où la nécessité de s'interroger sur les réformes visant à accroître les capacités des tribunaux⁷¹⁹.

⁷¹² On sous-entend ici que la moyenne des frais de litige peut équivaloir ou être plus élevée que ce que peuvent recevoir les victimes lorsqu'on fait la moyenne de toutes les causes, sur ce sujet voir : Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2007 à la p 263.

⁷¹³ Shavell, « The level of litigation », *supra* note 293 à la p 110.

⁷¹⁴ Kaplow et Shavell, « Economic Analysis of Law », *supra* note 279.

⁷¹⁵ Shavell, « The level of litigation », *supra* note 293 à la p 110.

⁷¹⁶ Shavell, « The level of litigation », *supra* note 293.

⁷¹⁷ *Ibid.*

⁷¹⁸ Shavell, « The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System », *supra* note 293 à la p 612.

⁷¹⁹ Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310 à la p 956.

L'idée de sur-utilisation causant l'engorgement des tribunaux est la même, cependant, ces auteurs l'illustrent différemment. Pour ces derniers, le marché de la justice et celui de la CRA seraient des marchés régulés par les délais⁷²⁰. Ces marchés seraient caractérisés par une demande très forte et une offre rigide à court terme. Le résultat serait, à tout coup, l'augmentation des délais.

Ensuite, pour l'AED, un mécanisme plus rapide et moins cher ne mène pas nécessairement à l'efficacité. Il est proposé par l'AED que pour atteindre une situation optimale tous les effets d'un arrangement législatif doivent être pris en compte⁷²¹. Ensuite, il est nécessaire de comparer les deux solutions possibles pour finalement choisir les plus avantageuses⁷²². Il faut par exemple tenir compte des *externalités* positives et négatives qui peuvent être produites par l'implantation de CRA⁷²³. Faire cet exercice se résume à minimiser le total des *coûts sociaux*⁷²⁴. Richard Posner l'exprime ainsi: « The goal, it has been argued [...], is to minimize the sum of the error costs and the direct costs of legal dispute resolution. The problem of delay must be placed in a larger framework of inquiry. Indeed, unless that is done, delay cannot even be defined in a meaningful fashion⁷²⁵ ». Posner fait référence à l'importance de prendre d'une manière large des effets économiques que peut avoir l'ajout d'un mécanisme tel que la CRA. Dans le cas présent, nous n'avons qu'à penser aux salaires des juges/médiateurs, du personnel administratif du palais de justice, des gardes de sécurité, de l'aménagement des salles... Ainsi, l'AED stipule qu'il est impératif de considérer le contexte plus large dans l'évaluation de mécanismes tel que la CRA.

Deux mises en garde sont régulièrement faites quant à l'efficacité de la médiation judiciaire. Premièrement, la CRA représentera une étape de plus pour la grande majorité des utilisateurs. C'est le cas lorsqu'elle échoue ; les parties devront aller à procès et la CRA

⁷²⁰ Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310 949- 974. Pour plus de détails voir la sous-section 4.2.1 du présent mémoire.

⁷²¹ Coase, « J Law & Econ. », *supra* note 146.

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ Shavell, « The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System », *supra* note 293 à la p 612.

⁷²⁴ Posner, « Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, An », *supra* note 200 à la p 400; Coase, « J Law & Econ. », *supra* note 146. Shavell, « The level of litigation », *supra* note 293.

⁷²⁵ Posner, « Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, An », *supra* note 200 à la p 448.

n'aura représenté qu'une source de coûts additionnels. De plus, la très grande majorité des causes se règlent déjà avant procès sans l'aide de la CRA⁷²⁶. Ainsi, il est à prévoir que la majorité des causes optant pour la CRA auraient réglé de toute façon avant procès. Prenons un exemple fictif pour illustrer cela : Prenons en exemple une population des 100 personnes. Prêsumons que la proportion de cas qui règlent habituellement avant procès, sans la CRA, est de 90 %. Prêsumons encore que 20 % des justiciables se prévalent de la CRA et que le taux de réussite de cette dernière est de 90%. Chez les 20 personnes ayant utilisé la CRA 18 cas ont réussi. Les 2 cas qui n'ont pas réussi et les 80 autres personnes négocient hors cours pour éviter d'aller à procès. Ainsi, l'effet net de la CRA aura été de faire augmenter de 90% à 91.8% le nombre de cas ayant réglé avant procès.⁷²⁷ Étant donné que le processus de la CRA est moins coûteux que celui du procès, ceci représente une économie pour l'État et pour les 2 personnes additionnelles ayant réglé avant procès. Cependant, dans cet exemple, 18%(ou 18 personnes) des utilisateurs de la CRA auraient réglé de toute manière lors de simple négociation. Pour ces derniers et pour l'État qui subventionne la CRA, ceci représente des coûts supplémentaires. Il faut donc voir si cette augmentation de 1.8% de la propension à régler avant procès est plus avantageuse que les coûts additionnels encourus dans 18% des cas. Ainsi, il n'est pas clair que, dans les circonstances, la CRA peut faire baisser les *coûts sociaux* en augmentant le nombre de règlement avant procès. Cette mise en garde est la plus répandue dans la littérature de l'AED.

Deuxièmement, une nouvelle offre de justice moins chère pourrait faire augmenter la demande d'utilisation du système de justice⁷²⁸. Un nouveau service de qualité pourrait attirer de nouveaux « clients » pour le système de justice. De plus, certains individus pour qui le système était auparavant trop cher, pourrait maintenant opter pour l'utilisation d'un système étatique de médiation. Il est concevable qu'ils se disent qu'ils iront faire une CRA et si cette dernière ne fonctionne pas ils abandonneront leur recours. Ainsi, la demande de justice pourrait être augmentée par le nouveau service de médiation. Comme le disait le

⁷²⁶De 85 à 95% selon les sources et les juridictions.

⁷²⁷ Le calcul pour le nombre total de personne réglant avant procès avec l'addition de la CRA : $82 \times 90\% = 91.8$

⁷²⁸Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 388.

juge Rolland le système pourrait être « victime de son succès »⁷²⁹. Enfin, un nouveau service qui est populaire s'accompagne de coûts. L'utilisation de modes alternatifs de règlements de différends peut ainsi être nuisible en ce qui a trait à l'engorgement des tribunaux. Robert Mnookin présente cet aspect ainsi:

While it is possible that *ex post* ADR may be a cheap substitute for a trial, Shavell correctly points out that ADR may increase the frequency of suits and encourage people to engage in ADR who otherwise would have settled. And in the worst case, ADR might perversely simply add another layer to the litigation process without promoting settlement⁷³⁰.

Richard Posner illustre ce potentiel d'augmentation de la demande par *l'analogie de l'autoroute*⁷³¹ (voir sous-section 4.3.1 et le Graphique 1). Ainsi, pour l'AED il existe des avantages et des inconvénients économiques à l'implantation de la médiation judiciaire, il en résulte qu'il n'est pas clair qu'il faille encourager cette mesure :

In any case, there is again no clear argument for the state's encouraging the use of ADR, notably, for it to insist on non-binding ADR before trial. Not only do we not know what effect this has on behavior, we have seen [...] that it can have effects on legal costs and the tendency to bring suit that could be disadvantageous. Required nonbinding ADR can for instance reduce the incentive to sue and raise the cost of litigation in situations where neither would be desirable⁷³².

La CRA au Québec est un service gratuit qui est donc en grande partie subventionné. Ainsi, la Commission du droit du Canada recommande « que les gouvernements continuent à fournir activement des processus participatifs de résolution des conflits dans leurs institutions »⁷³³. La littérature au Québec ne remet pas en doute l'idée de subventionner la CRA. Pour l'AED la médiation privée ne pose pas réellement problème car elle est le fruit du choix rationnel des parties, qui sont les mieux placées pour savoir ce qui est efficace pour régler leurs différends. Elle est cependant réticente à la subvention de la médiation par le système judiciaire. Les raisons de subventionner la médiation dépendent de la

⁷²⁹ Rolland, « L'accès à la justice: 3 ans après la réforme de la procédure civile », *supra* note 34 à la p 2.

⁷³⁰ Mnookin, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 139 à la p 9.

⁷³¹ Voir également: Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 389.

⁷³² Shavell, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 205 à la p 20.

⁷³³ Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21 à la p 235.

concrétisation des *avantages potentiels* de la CRA, c'est-à-dire l'augmentation de la *propension à régler hors cour*. Pour l'AED, les avantages potentiels sont la clarification des positions juridiques, l'amélioration de l'échange d'information entre les parties, la diminution des effets nocifs de stratégies de négociation⁷³⁴. Robert Mnookin l'exprime comme ceci: «ADR may promote efficient resolution of disputes by (a) altering the parties' opinions of trial outcomes through the exchange of information or consultation with the neutral; or (b) dampening client-lawyer agency problems »⁷³⁵. En plus de la concrétisation des avantages potentiels, pour considérer le mécanisme comme efficace ces derniers doivent surpasser les coûts associés à l'implantation et au maintien de cette pratique. De plus, il ne doit pas y avoir de solutions alternatives plus avantageuses. Concrètement, l'AED ouvre la porte à la subvention par l'État si l'on peut prouver que la CRA est efficace comparativement à celle du procès. Étant donné que le procès est en grande partie subventionné, il pourrait être concevable pour l'AED de déplacer des ressources vers la CRA :

Can a public subsidy of the settlement process be justified? In this age of swollen caseloads, maybe it can be. The benefits of settlement go not only to the parties but to other users of the court system, who face shorter queues and less harried judges as the settlement rate rises. Since parties who settle create external benefits, maybe they should be allowed to create some offsetting external costs, too;' maybe that will bring us closer to the socially optimum level of settlements. This is especially plausible because the gov- ernment subsidizes litigation. Since the parties bear only a fraction of the costs they impose on the judicial system and other litigants, an offsetting or even greater subsidy to settlement may be warranted⁷³⁶.

Ce passage démontre seulement qu'il existe une ouverture. Posner va ensuite reconnaître que de subventionner la CRA reste une demi-solution: « [a]s an antidote to this problem of relative pricing, ADR could be subsidized. But that would not offer a full solution to a problem that emanates from failure to charge completely for the use of the courts[...] leading to overutilization of each »⁷³⁷. La conséquence pressentie de la subvention serait l'allongement éventuel des files d'attente pour avoir accès à la CRA. Pour Posner, la

⁷³⁴Shavell, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 205 à la p 8.

⁷³⁵Mnookin, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 139 à la p 9.

⁷³⁶Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 372.

⁷³⁷Shavell, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 205 à la p 8.

subvention de la médiation n'est pas une solution complète à l'engorgement des tribunaux, car l'effet de la subvention est simplement de réduire les coûts pour en arriver à un règlement. Il l'exprime ainsi: « [I] am not persuaded that making settlement cheaper to the parties is the solution to the caseload crisis. »⁷³⁸. Pour ce dernier, la solution la plus efficace serait d'augmenter les coûts d'accès au sein du système public pour favoriser la médiation privée et minimiser les pertes pour la société⁷³⁹. Il ne serait même pas souhaitable d'« activement » encourager les mécanismes de règlements des différends : « this does not imply that it should subsidize or otherwise actively encourage ADR agreements »⁷⁴⁰. Posner exprime dans le passage suivant les objectifs que devrait avoir une réforme procédurale :

The object of policy, even narrowly conceived, is not to maximize the settlement rate; it is to minimize the total costs of the system of dispute resolution. These include costs of legal error as well as the direct costs, to the parties and the judicial system, of dispute resolution. Raising the settlement rate will reduce the direct costs, in the short run, because litigation is more costly than settlement. But in the long run the litigation rate may rise. With few suits being tried and there fore few decisions being made, parties will find it difficult to predict how courts will resolve their disputes⁷⁴¹.

Le passage précédent expose ce que signifie l'efficacité pour Posner; c'est, par la prise en compte du contexte économique au sens large, la minimisation des *coûts sociaux*. Il est intéressant de voir le vocabulaire utilisé par Posner, ce dernier fait allusion au système de résolution des différends et non aux litiges juridiques. Par ce vocabulaire on comprend que pour Posner la CRA et le procès font partie d'un seul système dont les variables s'influencent les unes les autres. Le passage énonce que pour Posner l'efficacité de la CRA dépend donc des effets directs et indirects qu'elle peut avoir.

Alors, en général, nous pouvons affirmer que l'AED est réticente aux subventions de mécanismes alternatifs de résolution de différends. Mais dans la mesure où cette subvention serait un moindre mal (c'est-à-dire qu'elle coûterait moins cher que la subvention au

⁷³⁸ Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 392; Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310 à la p 951; Mnookin, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 139 à la p 8.

⁷³⁹ *Ibid.*

⁷⁴⁰ Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 392.

⁷⁴¹ *Ibid* à la p 388.

procès) elle resterait une option. Certains tenants de l'approche économique vont tenter de contourner les mises-en-garde contre la subvention. Par exemple, Zuckerman proposera que le système de justice rationne et distribue la CRA là où elle est nécessaire; qu'une procédure particulière ne soit utilisée que dans les cas où elle est nécessaire⁷⁴². Il reste que l'efficacité des mesures pour mitiger les effets du problème est également de l'ordre de la spéculation.

Même si l'AED considère que de régler à l'amiable est plus économique, selon Posner, à un certain point, il ne serait plus intéressant de faire augmenter la *propension à régler*⁷⁴³. L'argument est que lorsqu'un différend se règle à l'extérieur du procès, il ne participe pas à enrichir la jurisprudence et par le fait même, la loi ne se voit pas clarifiée par son action. La CRA étant un processus confidentiel, elle ne produit donc pas de précédents. Selon l'AED, plus la loi est claire, moins il serait nécessaire d'utiliser le système de justice pour régler un point de droit. Alors, plus il y a de jurisprudence, plus la loi est claire plus le système de justice est efficace⁷⁴⁴. Ainsi, une trop grande augmentation de la *propension à régler* augmenterait le niveau d'*erreurs* et conséquemment les *coûts sociaux*⁷⁴⁵. Pour Posner, à partir d'un taux de règlement d'approximativement 98%⁷⁴⁶, l'augmentation de la *propension à régler* ferait décroître l'efficacité globale du système⁷⁴⁷.

Ronald Coase prévenait qu'il n'était pas futile de tenter de faire des choix législatifs en fonction d'idéaux inatteignables⁷⁴⁸. Ainsi, devant la complexité d'évaluer les coûts sociaux, Richard Posner propose une méthode pour simplifier l'évaluation de l'ajout de procédures,

⁷⁴²Zuckerman, « A Reform of Civil Procedure », *supra* note 305 à la p 167.

⁷⁴³Le chiffre 98% semble être une illustration, une estimation sans fondement mathématique pour exprimer un principe. Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *supra* note 200 à la p 429.

⁷⁴⁴*Ibid* à la p 420.

⁷⁴⁵Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 388.

⁷⁴⁶Le chiffre 98% semble être une illustration, une estimation sans fondement mathématique pour exprimer un principe. Posner, « Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, An », *supra* note 200 à la p 429.

⁷⁴⁷*Ibid*.

⁷⁴⁸Coase, « J Law & Econ. », *supra* note 146.

telle que la CRA⁷⁴⁹. Posner établit quatre critères à remplir dans l'évaluation des mécanismes procéduraux⁷⁵⁰.

- 1- La proposition doit être issue d'un modèle théorique où l'individu est conceptuellement rationnel. Ceci veut dire que l'évaluation devrait tenir compte des effets des incitatifs sur l'individu. Par exemple, l'incitatif découlant de la gratuité d'un service entraîne généralement la sur-utilisation. Cette considération ne semble pas présente dans le discours de l'État : l'ajout de CRA aurait simplement comme effet de faire baisser les coûts et les délais. L'AED considère que l'ajout de la médiation judiciaire équivaut à de nouveaux incitatifs à utiliser le système de justice, ce qui peut être contraire à l'objectif de diminution de l'engorgement des tribunaux.
- 2- La réussite ou l'échec doit pouvoir être vérifiable selon les méthodes scientifiques habituellement utilisées dans les sciences sociales. Dans le cas présent, acteurs sociaux et chercheurs scientifiques déplorent le manque de données et de recherches sur le sujet. De plus, les recherches disponibles sur le sujet ne tiennent pas compte du contexte économique au sens large et se limitent aux coûts et délais pour l'individu.
- 3- Les modes alternatifs doivent respecter les contraintes légales et institutionnelles, l'idée étant de maintenir une cohérence générale dans les services offerts par le système de justice.
- 4- Finalement, une réforme procédurale doit faire bouger le système légal dans la « bonne direction » au sens large. Offrir l'accès aux tribunaux à un plus grand nombre pourrait être considéré comme étant la bonne direction.

Le quatrième facteur reste assez flou : la bonne direction reviendrait à faire une analyse des coûts sociaux. Dans tous les cas, selon notre recension sur la CRA, il semble que l'analyse reste entièrement à faire. D'autres ont également élaboré des normes d'efficacité de référence. Par exemple, Eliane Todres a élaboré un document de travail nommé : *élaboration de normes de rendement en justice civile*⁷⁵¹. Un groupe de travail présidé par l'Honorable Brian Dickson a également formulé treize objectifs ayant pour but de guider la

⁷⁴⁹Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 367.

⁷⁵⁰*Ibid.*

⁷⁵¹Elaine Todres, « Document de travail sur l'élaboration de normes de rendement en justice civile » Conférence spéciale Vers le futur : Ordre du jour de la réforme de la justice civile, présentée au Hilton Montréal Bonaventure, mai 2006, en ligne : <<http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2006/acca-fr.pdf>>.

législation⁷⁵². Ces documents se veulent des listes de thèmes à tenir compte pour légiférer d'une manière efficace. Par contre, ces documents ne présentent pas de méthode scientifique pour analyser les considérations économiques. Ils démontrent cependant qu'il existe un besoin de guide pour diriger la législation à travers les nombreux aspects économiques.

Pour conclure, sans affirmer que la médiation judiciaire ne peut faire diminuer les coûts et les délais judiciaires, l'analyse économique nuance les constats économiques qui sont rapportés dans la littérature. L'AED arrive aux mêmes conclusions que lors de l'analyse du discours des acteurs sociaux : il n'est pas clair, au bout du compte, que les conséquences économiques de l'implantation de la CRA soient avantageuses⁷⁵³. L'AED considère tout de même qu'il soit possible que la médiation judiciaire puisse engendrer des bénéfices sociaux qui supplantent les coûts⁷⁵⁴. Cependant, comme nous le verrons dans la section suivante, les études empiriques en ce sens ne sont pas concluantes. Deffains et Duban l'expriment ainsi : « les effets des réformes judiciaires axées sur le raccourcissement de la procédure ou l'accroissement de l'offre conduisent à des résultats largement indéterminés »⁷⁵⁵. L'AED propose cependant que sans études approfondies, l'État risque de se lancer dans une aventure qui a le potentiel de coûter cher⁷⁵⁶.

En comparant *la littérature* et l'AED, nous avons fait quelques observations. Premièrement, l'AED et la littérature n'abordent pas le même type de médiation. L'AED analyse une médiation du type *évaluatif* ou *facilitatif*, où le rôle de la médiation serait d'amoindrir certains effets de la négociation sur position. La médiation serait donc caractérisée par l'opposition d'intérêts plutôt que la convergence de ceux-ci. À l'opposé, la littérature a maintenant tendance à considérer une médiation marquée par l'« empowerment » et la coopération entre les parties. Ainsi, l'objet analysé par l'AED n'est pas le même que celui conceptualisé dans la littérature. De plus, contrairement à la

⁷⁵²Groupe de travail sur les systèmes de justice civile, *Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile présidé par l'honorable Brian Dickson*, *supra* note 628 à la p 31.

⁷⁵³Posner, *Economic Analysis of Law*, *supra* note 138 à la p 606.

⁷⁵⁴*Ibid.*

⁷⁵⁵Deffains et Duban, « Équilibre et régulation du marché de la justice », *supra* note 310 à la p 951; Shavell, « The level of litigation », *supra* note 293 à la p 603.

⁷⁵⁶Shavell, « Alternative Dispute Resolution », *supra* note 205 à la p 21.

littérature, l'AED considère que la médiation traite essentiellement les points de droit. L'AED n'analyse donc pas les bénéfices que peut avoir la médiation sur la résolution de d'autres points de discorde ou la valeur ajoutée que peut amener ce processus.

L'AED analyse le droit positif, le droit visible, elle ne conceptualise pas de nouveaux mécanismes de règlement des différends, elle les évalue. La médiation faite selon les préceptes « transformatifs » ou « innovantes » est relativement nouvelle, il semble que l'AED ne se soit pas encore penchée sur ce phénomène. Le présent mémoire sert en partie à souligner la nécessité de faire cette étude. Ceci étant dit, la comparaison entre l'approche de l'AED et de la littérature reste pertinente. Elle illustre que la littérature scientifique ne répond pas et n'explique pas les considérations économiques pourtant si importantes pour les acteurs sociaux. La littérature propose l'utilisation de ressources financières pour implanter la CRA, sans étudier les aspects financiers. L'AED énonce cependant que les droits ont des coûts.⁷⁵⁷ De plus, elle propose une manière de structurer l'analyse des considérations économiques. Pour des raisons différentes, les deux approches en arrivent à la même conclusion : il peut être intéressant d'implanter la médiation au système judiciaire, mais il ne faut pas le faire uniquement dans pour des raisons d'efficacités économiques.

6 Quelques conclusions à propos des données et des études empiriques

La littérature scientifique est consciente qu'un cadre plus complet serait nécessaire, car une hausse des coûts à long terme ne serait pas acceptable⁷⁵⁸. Le mouvement des modes de PRD est conscient qu'il faut considérer l'efficacité économique. Déjà en 1985 Sander se posait la problématique de la manière suivante:

For example, ADRM specialists have essentially no sophisticated data concerning the relative time and cost of alternative dispute settlement mechanisms such as arbitration and mediation. No doubt this problem is due to the difficult questions that would be posed by such an inquiry. What, for example, are the appropriate ingredients of cost? What is the aggregate cost to the system? What is the cost to the parties? And how does one determine the comparative cost of a case in court?

⁷⁵⁷Holmes, Sunstein, et Sunstein, *The Cost of Rights*, *supra* note 193.

⁷⁵⁸Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21 à la p 189.

Should cost be determined on a marginal or an average basis? What is the appropriate time frame⁷⁵⁹?

Comme nous l'avons vu précédemment la littérature n'aborde pas ces questions. Il existe quelques études américaines évaluant l'efficacité économique de la médiation judiciaire. De plus, l'AED présente un cadre théorique pour répondre à ces questions. Cependant, au Québec, aucune étude suivant le cadre de l'AED n'a été faite.

Une difficulté majeure empêchant de faire des études empiriques est le manque de données et de statistiques en ce qui concerne le fonctionnement des tribunaux. En plus, lorsque les chercheurs tentent d'évaluer l'efficacité du système procédural, ils se butent à la mauvaise qualité des recherches empiriques et à la piètre qualité des statistiques disponibles⁷⁶⁰. Le Vérificateur général du Québec exprime précisément ces soucis par rapport au manque d'indicateur efficace pour que soit effectuée l'évaluation des effets de mécanismes procéduraux sur les coûts, les délais et du volume d'auditions⁷⁶¹. Dans son mémoire déposé à la Commission des institutions, le Barreau du Québec expose également qu'il serait nécessaire d'élaborer un cadre pour évaluer les propositions d'arrangements législatifs : « Le Barreau du Québec souhaite aussi que des mesures objectives d'évaluation soient prévues pour évaluer le nouveau *Code de procédure civile*. Nous manquons cruellement de données pour évaluer si les réformes mises en place fonctionnent et si l'accès s'améliore »⁷⁶².

Le mouvement de l'AED abonde également dans ce sens. Pour Cooter et Ulen, le manque de statistiques sur les coûts rend les extrapolations de la théorie difficiles⁷⁶³. Par exemple, il

⁷⁵⁹Sander, « Alternative Methods of Dispute Resolution », *supra* note 20 à la p 15.

⁷⁶⁰Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 393.

⁷⁶¹Vérificateur général du Québec, *Rapport du vérificateur général du Québec à l'Assemblée Nationale pour l'année 2009-2010 : Faits saillants*, t 2, Québec, Publications du Québec, 2010 à la p 4.

⁷⁶²Barreau du Québec. « Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile : Il faut poursuivre le travail si on veut atteindre les objectifs » (2 février 2012), Communiqués 2012, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/fr/actualites-medias/communiques/2012/02/02-nouveau-code-procedure-civile>>.

⁷⁶³Cooter et Ulen, *Law and economics*, *supra* note 156 à la p 412.

ne semble pas y avoir de données sur la valeur de la dispute et ses relations avec les différents coûts dans le système⁷⁶⁴.

La difficulté de l'analyse économique est également due à la multitude de facettes que peut prendre une étude d'efficacité. Un différend comporte de nombreux types de coûts et la CRA plusieurs avantages potentiels : il n'est donc pas simple de tout prendre en compte. L'État a tout de même mandaté un groupe de recherche pour évaluer l'efficacité de la CRA lors du projet pilote dont elle faisait l'objet. Cette étude du professeur Pierre Noreau démontre la difficulté d'analyser l'efficacité de la CRA⁷⁶⁵. Les difficultés ont fait en sorte que les chercheurs se sont limités à analyser la CRA selon une conception étroite de celle-ci. Ces derniers n'ont pris en compte que l'efficacité privée du mécanisme. De plus, des mises en garde faites par l'AED concernant l'efficacité de la médiation judiciaire n'ont pas été prises en compte. L'étude se limite à comparer le coût et le temps que nécessite la CRA par rapport au procès. Par exemple, il n'est pas tenu compte de l'augmentation potentielle de la demande de justice, de l'augmentation des coûts pour l'État, du nombre de causes qui se seraient réglées hors cour de toute manière. Le professeur Noreau est conscient de ceci et se défend de ne pas pouvoir faire une analyse plus complète étant donné le manque de données :

Dans des conditions idéales, la mesure des coûts de système nécessite l'accès à des données précises sur l'activité étudiée, l'évaluation des coûts de cette activité et la comparaison de ces coûts avec ceux d'une activité différente visant les mêmes objectifs. Ici, une véritable mesure d'efficacité plus fine nécessiterait d'abord et avant tout une évaluation précise des coûts « moyens » de la justice institutionnelle par dossier, ou par type de dossier. Mais comme nous l'avons indiqué plus haut, cette mesure nécessiterait un travail de cueillette et de codification très précis que ne permet pas actuellement l'état de la statistique judiciaire⁷⁶⁶.

Bref, l'étude faite par le professeur Noreau ne tient pas compte des *coûts sociaux* de la CRA. De plus, elle ne répond pas aux questions que se pose Sander sur l'efficacité économique⁷⁶⁷. Pour l'AED cette étude n'est pas capable d'apporter une réponse à savoir si

⁷⁶⁴Zuckerman, « A Reform of Civil Procedure », *supra* note 305 à la p 179.

⁷⁶⁵Noreau, *Les conférences de conciliation et de gestion judiciaire - Projet pilote de Longueuil 2009*, *supra* note 41.

⁷⁶⁶*Ibid* à la p 59.

⁷⁶⁷Sander, « Alternative Methods of Dispute Resolution », *supra* note 20 à la p 15.

la CRA est un mécanisme efficace. Posner fait le constat que la plupart des études qu'il a révisées représentent ainsi des analyses incomplètes :

The criteria for evaluating proposed alternatives to the conventional methods of resolving legal disputes are mostly taken for granted. That is because those making the proposals are practical rather than theoretical men, and most practical men think they can tell at a glance whether something works, and if it does they pronounce it successful⁷⁶⁸.

La critique de Posner est incisive, il mentionne que l'efficacité est souvent présumée par les différents intervenants, et ce, sans analyse approfondie. De plus, il énonce que l'expérimentation empirique, souvent absente, est essentielle pour dénicher ce qui peut fonctionner dans un système procédural⁷⁶⁹. Cette expérimentation est d'ailleurs une étape cruciale de la grille d'évaluation qu'il a développée⁷⁷⁰. Procéder à une réforme sans les informations à propos de l'efficacité d'un mécanisme peut naturellement causer des surprises quant au bilan de cette efficacité. Le passage suivant démontre l'importance de garder un suivi concret des considérations économiques:

Le Premier rapport exprime l'inquiétude généralisée des avocats et autres intéressés que [l'enquête préalable] échappe actuellement à tout contrôle, qu'elle ajoute des retards et des coûts inutiles à la procédure et, partant, entrave, au lieu d'aider, le règlement du litige. Du temps et des efforts sont nécessaires pour préparer, tenir et évaluer ce processus. Non seulement le temps consacré est coûteux, mais la procédure elle-même coûte de l'argent. Les débours et les motions liés aux enquêtes préalables peuvent ajouter considérablement au coût du litige. Il est très peu probable que l'argent soit toujours ou généralement bien dépensé. Il faut trouver un moyen pour que les enquêtes préalables vailent l'argent ainsi dépensé ou du moins décourager la tendance actuelle au recours excessif et aux dépenses inutiles⁷⁷¹.

L'AED émet la même mise en garde au sujet de l'importance d'avoir un cadre pour évaluer les mécanismes procéduraux⁷⁷². Ce passage confirme également certains effets potentiels qui sont prédits par l'AED. C'est un exemple d'un ajout d'étape au processus judiciaire

⁷⁶⁸Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 366.

⁷⁶⁹Posner, « Conceptions of Legal Theory », *supra* note 388 à la p 386.

⁷⁷⁰Nous exposons cette grille dans la sous-section 3.5 du présent mémoire.

⁷⁷¹Comité de la révision de la procédure civile, *Rapport – La révision de la procédure civile- Une nouvelle culture judiciaire*, *supra* note 409 à la p 143.

⁷⁷²Zuckerman, « A Reform of Civil Procedure », *supra* note 305 à la p 179.

dans le but de réduire les coûts et les délais qui finalement augmentent les coûts et les délais.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, très peu d'études empiriques sont disponibles pour infirmer ou confirmer les prétentions de l'AED. Cependant, quelques études ont été répertoriées aux États-Unis. Une de ces rares études empiriques a été menée par la « think tank » *Rand Corporation* à partir de statistiques provenant des tribunaux américains. Elle en vient à la conclusion que l'efficacité de la médiation est ambiguë et qu'en général pas assez d'argent est économisé par la médiation pour couvrir les frais d'implantation de la mesure⁷⁷³. L'auteur du rapport suggère que les avantages potentiels seraient peut-être vérifiables à long terme et proviendraient d'une nouvelle culture de résolution des litiges⁷⁷⁴. Une autre étude américaine énonce que l'efficacité serait, au mieux, spéculative, et que l'utilisation des modes de PRD ne permet pas d'atteindre les objectifs pressentis par leur conceptualisation:

The empirical-descriptive literature has tested many of these claims and found them wanting. It is by no means clear from the empirical evidence that ADR institutions substantially reduce court congestion, necessarily provide speedier or cheaper justice, are therapeutic or non-coercive, or are capable of fostering community values or producing long-term compliance as proponents assert. In some sense this should come as no surprise since many of the claims made about ADR were clearly assertions based on quite mistaken notions of the disputing process outside the courts. The developing scholarship on disputing suggests that the social context within which ADR institutions operate is considerably more complex and varied than much of the advocacy literature suggests. This apparent failure of ADR to achieve many of its goals [...] ⁷⁷⁵.

Certains experts en mode de PRD constatent eux-mêmes la véracité de l'*analogie de l'autoroute* de Posner : « if the goal of the center is to reduce the caseload, then the centers have failed to meet this goal by increasing the access to a justice system for many people in

⁷⁷³ La Rand Corporation est un important *think tank* américain qui a été considéré par FAIR (*Fairness and Accuracy in Reporting*) comme étant de *centre-droit* sur l'échiquier politico-économique: Michael Dolny, « Right, Center Think Tanks Still Most Quoted : Study of cities debunks "liberal media" claims » (1er juin 2005), en ligne : FAIR : Fairness & Accuracy In Reporting <<http://www.fair.org/index.php?page=2534>>.

⁷⁷⁴ Deborah R Hensler, « DoesADR Really Save Money? The Jury's Still Out » (1994) RAND Institute for Civil Justice, RAND Reprints tiré du (1994) Nat'l LJ 327.

⁷⁷⁵ Gallagher, « Transformation of Justice », *supra* note 137 à la p 134.

their respective communities »⁷⁷⁶. L'analogie de Posner semble avoir été vérifiée dans une autre étude où l'on constate qu'il n'est pas assuré qu'une augmentation de quelques pourcentages de la *propension à régler* va compenser l'augmentation des coûts imputatifs à la médiation judiciaire⁷⁷⁷. De plus, l'ajout de ressources, telle que la médiation, ne présentait pas d'effet statistique sur les coûts et les délais judiciaires⁷⁷⁸. Bref, les recherches empiriques ne semblent pas confirmer la capacité de la CRA de faire baisser les coûts et les délais ni pour les particuliers, ni pour les contribuables⁷⁷⁹. Elles semblent plutôt confirmer l'analyse économique qui est proposée par l'AED.

Certains auteurs proposent qu'il faille attendre qu'un changement de mentalité s'opère pour que l'on puisse évaluer l'efficacité économique de la médiation judiciaire⁷⁸⁰. Advenant un changement de la culture judiciaire et la concrétisation du plein potentiel de la médiation, il n'est pas exclu qu'elle puisse rendre le système de justice plus efficace économiquement ce qui est l'objectif de l'analyse économique du droit⁷⁸¹. La transformation de la justice et les bénéfices que prévoit la littérature scientifique demanderaient ainsi un changement d'attitude : « in the long run, whether public or private ADR programs achieve cost savings will probably depend in large measure on how much they change patterns of disputing and lawyering »⁷⁸². Une rééducation et un enseignement de la CRA seraient nécessaires, mais cette transformation comporte des coûts : « [l]a professionnalisation de tout processus s'accompagne d'une hausse des coûts de l'éducation et de la formation, des coûts qui, au bout du compte, sont à la charge de celles et ceux qui tentent de mettre en marche des programmes innovateurs »⁷⁸³.

⁷⁷⁶Rayburn, « Neighborhood Justice Centers », *supra* note 111 à la p 1225.

⁷⁷⁷Robert J MacCoun, « Unintended Consequences of Court Arbitration: A Cautionary Tale from New Jersey » (1990) 14 *Justice System Journal* 229.

⁷⁷⁸James S Kakalik et al., *An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation Under the Civil Justice Reform Act*, Santa Monica (Cal), RAND, 1996.

⁷⁷⁹An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation Under the Civil Justice Reform Act Product Page 1996 (1996) à la p 7, en ligne : http://www.rand.org/pubs/monograph_reports/MR803.html.

⁷⁸⁰Zuckerman, « A Reform of Civil Procedure », *supra* note 305 à la p 172.

⁷⁸¹Jane Chart, « Community Justice Centres » (1979) 4 *Leg Serv Bull* 152 à la p 154.

⁷⁸²Deborah R Hensler, « Does ADR Really Save Money? The Jury's Still Out » (1994) RAND Institute for Civil Justice, RAND Reprints tiré du (1994) *Nat'l LJ* 327.

⁷⁸³Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21 à la p 136.

Par ailleurs, les études semblent démontrer un haut taux de satisfaction chez les utilisateurs de la médiation judiciaire, et ce, même s'ils ne sont pas arrivés à un règlement⁷⁸⁴. Les études en arrivent à la conclusion que la médiation est un processus qui laisse le public plus satisfait⁷⁸⁵. Certains chercheurs concluent même que la satisfaction accrue proviendrait davantage de l'abandon de la logique contradictoire et du changement de ton qui y est associé⁷⁸⁶. De plus, certaines études font le constat que la médiation judiciaire pourrait améliorer l'accès à la justice⁷⁸⁷. De plus, sans avoir d'effet sur l'engorgement des tribunaux, l'ajout d'un mécanisme tel que la CRA pourrait tout de même augmenter le nombre de dossiers traités.

Toujours est-il que 30 ans d'expérience aux États-Unis avec la médiation judiciaire ont donné des résultats économiques mitigés. Le constat est que les différentes formes de médiation judiciaire n'ont pu régler le problème d'engorgement des tribunaux⁷⁸⁸. Posner apporte une explication à l'échec de ces expériences : « [v]ery few of these experiments have been conceived or evaluated in a scientific spirit and this may help explain why the federal courts remain in a state of crisis. Maybe a dose of social science is the thing, or one of the things, that the system needs »⁷⁸⁹. Ce dernier propose ainsi que l'AED, par l'élaboration d'un cadre d'évaluation économique, pourrait permettre aux expériences de médiation judiciaire d'être mieux balisées. Posner propose qu'un système de veille économique serait un premier pas vers le contrôle des coûts et des délais judiciaires.

Comme nous pouvons le voir, les données et les recherches empiriques répertoriées proviennent en général des États-Unis. Aucune étude suivant les préceptes d'une analyse économique du droit n'a été faite pour la CRA au Québec. Cependant, si ce qui s'est fait ailleurs est un indice, nous pouvons supposer que l'utilisation de la CRA dans le but de

⁷⁸⁴ « An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation Under the Civil Justice Reform Act », *supra* note 782 à la p 7.

⁷⁸⁵ James S. Kakalik et al., *An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation Under the Civil Justice Reform Act*, Rand Corporation., Santa Monica, CA, 1996.

⁷⁸⁶ Edgar Lind et al, *The Perception of Justice: Tort Litigants' Views of Trial, Court-Annexed Arbitration, and Judicial Settlement Conferences*, Santa Monica (Cal), RAND, 1989.

⁷⁸⁷ MacCoun, « Unintended Consequences of Court Arbitration », *supra* note 780.

⁷⁸⁸ Rayburn, « Neighborhood Justice Centers », *supra* note 111 à la p 1225.

⁷⁸⁹ Posner, « Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution », *supra* note 166 à la p 393.

diminuer les coûts et les délais judiciaires pourrait se révéler être un échec⁷⁹⁰.

7 Conclusion

L'intuition initiale qui a mené à l'élaboration du présent mémoire était la constatation d'une insuffisance potentielle dans la construction des notions économiques mobilisées par les acteurs sociaux et parfois, scientifiques entourant la CRA. Nous avons pensé que l'AED pourrait amener un éclairage intéressant par rapport à ces dernières. De prime abord, l'objectif n'était pas de démentir l'efficacité de la CRA mais seulement de démontrer les différents aspects de cette dernière. Le constat qui est habituellement fait énonce que la CRA serait un mécanisme procédural « souple, efficace et peu coûteux »⁷⁹¹. Notre recherche nous a permis de parfois nuancer, parfois contredire et également de faire un bon nombre d'observations à ce sujet. Nous avons rapidement constaté que les notions économiques n'étaient pas traitées de la même manière selon les différents discours et approches. Nous avons donc décidé d'aborder le sujet à deux niveaux d'analyse. Nous avons effectué une comparaison des discours et une analyse économique des considérations économiques avec l'aide du cadre théorique de l'AED.

Trois variables ont été approfondies dans les différentes approches. La première variable que nous avons analysée est *la nature de la résolution de différend par la médiation judiciaire*, c'est-à-dire les problèmes affectant le système de justice et la manière d'utiliser la médiation pour y répondre. Par cette analyse, nous constatons que les problèmes de coûts et de délais pour les justiciables et les acteurs sociaux étaient tout en haut de leur liste de préoccupations. *La littérature* scientifique de son côté propose qu'il y a un problème plus large. Chez cette dernière, on suggère d'une manière constante que le système de justice serait mal adapté pour répondre aux besoins actuels des justiciables et à la complexité de la société actuelle. Le problème serait plutôt du côté de l'offre de justice elle-même. En contraste, l'AED ne décrit pas ainsi la situation juridique actuelle; la justice n'est pas nécessairement aux prises avec des lacunes ou des problèmes. Il existerait cependant des

⁷⁹⁰ Deborah R Hensler, *A Research Agenda: What We Need to Know about Court-connected ADR*, Santa Monica (Cal), RAND 2000.

⁷⁹¹ Otis, « Modes alternatifs de règlement des litiges: la médiation judiciaire, dans *Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges* », *supra* note 54 à la p 67.

arrangements législatifs plus efficaces que d'autres pour optimiser le fonctionnement du marché de la justice. L'engorgement actuel des tribunaux représenterait un déséquilibre dû à la nature du marché de la justice et à la mainmise de l'État sur ce marché. L'analyse comparative révèle que la manière d'appréhender le problème définit en grande partie le traitement qui est proposé pour le régler. Par exemple, la CRA est définie par les acteurs sociaux comme étant un mécanisme ayant pour but d'éteindre les litiges juridiques d'une manière plus rapide et moins chère. Pour *la littérature scientifique*, la finalité de la CRA est plus large, l'objectif est de fournir une voie alternative de qualité à celle du procès. L'idée est de régler plus que les aspects légaux du différend et de redonner le contrôle du litige aux parties. L'objectif pour l'AED est l'efficacité économique au sens de la minimisation des *coûts sociaux*. Nous remarquons que ceci affecte la manière de conceptualiser la médiation judiciaire.

Une différence majeure que nous avons constatée entre les approches est le type de médiation qui est mis de l'avant ou analysé. *La littérature* met de l'avant un type de médiation influencé par la « négociation raisonnée » généralement inspirée de principes issus de la « médiation transformative », tandis que l'AED ou les acteurs sociaux ont tendance à discuter et analyser une médiation du type « facilitatrice » ou encore « évaluative ». Le modèle institutionnel implanté au Québec est conceptuellement influencé par *la littérature*, mais il semble également influencé par les pressions budgétaires de l'État et par les acteurs sociaux qui sont les utilisateurs ultimes de la CRA. Contrairement à *la littérature*, l'AED aborde une médiation où les parties sont dans un processus qui les oppose, et dont l'objectif est de gagner la plus grande part du gâteau. Cette dynamique est particulièrement vraie lorsqu'il est question pour l'AED d'expliquer le processus de « getting to yes ». Selon notre présentation du discours des acteurs sociaux, nous constatons que les acteurs sociaux semblent de plus en plus influencés par les idées tirées de *la littérature*, mais, que d'un autre côté, sans surprise, ils sont aux prises avec les préoccupations financières, qu'elles soient celles des parties, des avocats, des juges ou de l'État.

La deuxième variable qui est comparée entre les approches est celle *des notions de coûts et de délais*. Nous avons évalué ces notions précisément parce qu'elles sont au cœur de la

problématique du présent mémoire. Un apport du présent mémoire a été de définir et de nuancer les notions de coûts, de délais et d'efficacité. Plus particulièrement, nous avons régulièrement fait référence à la distinction entre les effets pour les parties et ceux pour la société. Un système efficace pour l'État ne représente pas un système efficace pour le particulier. Par exemple, la minimisation des dépenses de l'État se fait dans le but d'offrir à la population le plus de services à un moindre coût. Le contrôle des coûts par l'État se fait dans le cadre d'une politique budgétaire où il faut balancer les livres et faire des choix quant à la distribution des ressources. La minimisation des coûts judiciaires privés, de son côté, est un objectif énoncé lorsqu'il est question de favoriser l'accès des parties aux tribunaux. Nous avons constaté que dans plusieurs discours cette distinction entre privé et social n'est pas faite. L'AED suggère que cette distinction est primordiale pour donner un sens aux notions de coûts, de délais et d'efficacité. Lorsqu'il est question de choisir une normativité plutôt qu'une autre, elle propose que les notions économiques doivent être considérées d'une manière globale.

Autre distinction qui est importante est la définition qui est donnée au terme « efficacité économique ». Il n'existe pas qu'une définition, mais cette dernière représente généralement la capacité d'un processus d'atteindre ses objectifs. Il est donc important de circonscrire ces objectifs pour donner un sens au terme « efficacité ». L'AED a démontré que la CRA ne fera pas nécessairement diminuer l'engorgement des tribunaux, les *coûts sociaux* ou les délais judiciaires. Cependant, elle permettra potentiellement de traiter plus de dossiers et d'offrir des règlements d'une meilleure qualité. De plus, la CRA pourrait s'avérer efficace si l'objectif est simplement d'offrir une alternative au procès. Cependant, pour la majorité des tenants de l'AED, l'efficacité fait référence à la minimisation de *coûts sociaux* et le bilan de la médiation judiciaire est, au mieux, mitigé. Tout de même, il semble que la réussite de la CRA dépende en partie de la formulation des objectifs. Il serait donc important de définir les effets probables et préciser quels types d'efficacité peuvent être espérés.

De plus, nous proposons que les nuances entre ces notions sont importantes, ce qui permet aux justiciables de faire des choix éclairés quant à la voie judiciaire à emprunter. Les considérations économiques font partie des facteurs que les justiciables ont à soupeser. Il

est donc important d'offrir des informations précises à propos de ces notions. L'État doit lui aussi soupeser les conséquences économiques de ses actions. Nous avons constaté que les nuances théoriques proposées par l'AED ne sont pas faites par les acteurs sociaux et que *la littérature* ne se penche pas ou peu sur ces notions. Dans l'état actuel du savoir, il est difficile de voir le type d'efficacité qu'offre la CRA.

La troisième variable que nous avons analysée dans les trois discours est celle de l'efficacité de la médiation judiciaire. Nous avons donc observé que chez les acteurs sociaux, la minimisation des coûts et des délais serait une finalité de la CRA. Pourtant la minimisation n'est une idée tirée ni de *la littérature*, ni d'une analyse économique de la médiation judiciaire. Pour *la littérature*, les coûts et les délais sont des considérations qui sont énoncées; ce sont des facteurs qui peuvent militer en faveur de la CRA, mais ne font pas l'objet d'analyse. À l'opposé, ces notions sont au cœur de l'AED : bien qu'elles ne soient cependant pas considérées comme une finalité, ces notions seraient parfois des indicateurs, parfois des outils pour contrôler un marché. De plus, un certain niveau de coûts et de délais serait non seulement inévitable, mais même souhaitable pour favoriser la négociation efficace et ultimement, le règlement. Une distinction importante pour l'AED est la différence entre les effets économiques pour les individus et pour la société. Cette distinction est importante, car minimiser les coûts pour les parties est souvent diamétralement opposé à la minimisation des coûts pour l'État. Ainsi, finalement, pour l'AED, la minimisation des coûts est une formulation incorrecte des objectifs d'un système procédural, il faudrait plutôt parler de minimisation de l'ensemble des *coûts sociaux*.

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'analyse comparative entre *la littérature* et l'AED nous a permis de constater qu'elles n'analysent pas le même type de médiation. Les leçons tirées de l'AED sont-elles inapplicables à la CRA ? Sans que l'AED se soit spécifiquement penchée sur les particularités qui composent la CRA, nous proposons que de nombreuses leçons puissent tout de même être tirées du corpus et de la logique de l'AED. Essentiellement, ce que propose l'AED est une large analyse de coût/bénéfice. La logique de ce qui peut rendre la médiation judiciaire intéressante ou coûteuse ne change pas, que la médiation soit de type *évaluatif*, *transformatif* ou autre. Par exemple, qu'elle soit un processus collaboratif ou non, la CRA risque tout de même d'être une étape de plus pour la

majorité des cas. La logique reste la même : puisque 85 à 95 % des parties règlent déjà avant procès, on peut penser que la majorité des dossiers réglés à la suite d'une CRA l'auraient été même sans la CRA. De plus, même si la CRA a un haut taux de réussite, un certain pourcentage ne réussit pas. Ces étapes additionnelles représentent des coûts et des délais. Ainsi, si l'objectif de la CRA est de désengorger les tribunaux, le type de médiation qui est pratiqué risque d'avoir peu d'effet. En outre, la nature du marché de la justice reste la même. La demande de justice est très forte et l'État contrôle l'offre de justice; le marché est essentiellement régulé par les délais. Toute augmentation de l'offre de justice risque d'avoir peu d'effet sur les coûts et les délais judiciaires. La nature de la médiation aura peu d'effet sur la nature de la demande et de l'offre de CRA ou de justice. Il se pourrait même que d'offrir un service de qualité fasse augmenter la demande de justice et ainsi l'engorgement des tribunaux. Autrement dit, un nouveau service de qualité pourrait attirer de nouveaux clients au système judiciaire. Pour résumer, selon l'AED, les avantages potentiels de la médiation judiciaire seraient : augmenter *la propension à régler avant procès*, permettre un règlement plus rapide et offrir un règlement de plus grande qualité. Sur le plan économique, les avantages potentiels pour la médiation « évaluative » ressemblent aux avantages que pourrait avoir la CRA telle qu'elle est décrite par la littérature. Cependant, si le potentiel de la CRA tel qu'il est décrit par la littérature se réalise, il pourrait s'ajouter d'autres avantages que l'AED ne considère actuellement pas. Par exemple, si la notion de différend est élargie, il est concevable que la solution qui en résulte amène des solutions à plus de problèmes entre les parties. L'AED ne considère pas toujours la valeur ajoutée qu'une solution de qualité peut apporter. Par exemple, le service de la CRA pourrait potentiellement améliorer les relations entre les parties, ce qui a une certaine valeur. L'amélioration du « vivre ensemble »⁷⁹² a une valeur qui n'est pas actuellement considérée par l'AED. Toujours est-il que, même considérant ces avantages additionnels, comme l'affirmait Richard Posner, il n'est pas évident que le bilan soit positif et qu'un tel mécanisme puisse faire diminuer les *coûts sociaux*⁷⁹³.

⁷⁹²Legault, « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit », *supra* note 85 à la p 171; Roberge, « La médiation judiciaire « innovante » peut-elle améliorer le système judiciaire? Synthèse et analyse des réponses de la communauté juridique canadienne - Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes », *supra* note 83 à la p 13.

⁷⁹³Posner, « Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, An », *supra* note 200 à la p 400.

Une des conclusions au regard de l'AED est qu'il est improbable que la CRA ait un effet substantiel sur l'engorgement des tribunaux. De plus, ce type d'ajout de ressources est affecté par le phénomène des *rendements décroissants*. Selon ce principe, même si l'implantation initiale de la CRA est efficace, à un certain point, il faut arrêter d'investir, car le mécanisme va coûter plus qu'il ne va rapporter. Alors, même si la CRA s'avère efficace, il faut comprendre cette efficacité pour investir le bon montant de ressources dans ce mécanisme. D'un autre côté, les modèles de l'AED prédisent que l'ajout de la CRA pourrait se traduire par une augmentation de la quantité de justice offerte. L'AED ne nie pas qu'un juge puisse traiter plus de causes en médiation qu'à procès. Ainsi, l'ajout d'un service ou le transfert de ressources pourrait permettre de traiter plus de causes. Bref, même si l'AED n'analyse pas le même mécanisme procédural que celui qui est décrit par *la littérature*, nous proposons que les conclusions de l'AED par rapport à la médiation judiciaire s'appliquent quand même à la CRA québécoise. Les expériences de médiation diffèrent d'une juridiction à l'autre : une analyse devrait être faite de chaque mécanisme procédural particulier. Cependant, les principes généraux de l'AED restent des indicateurs intéressants quant à l'efficacité potentielle de ces dispositifs.

Nous avons constaté en effectuant notre recherche que la littérature enseigne que cette logique d'« efficacité » ne devrait pas gérer la CRA et le juge/médiateur. Pour plusieurs raisons que nous avons exposées, la logique économique serait nuisible à la mise en application de la CRA. Ceci étant dit, il est reconnu dans *la littérature* et dans les discours que les aspects économiques sont importants. La Commission de droit du Canada reconnaît que la pérennité du mécanisme dépend en partie de son efficacité⁷⁹⁴. À partir de la théorie de l'AED et de certaines études empiriques, nous sommes en accord avec ce constat de la Commission. Pour que l'expérience de la CRA soit perçue comme une réussite, elle doit remplir les attentes, particulièrement celles des justiciables et des acteurs sociaux. Il est donc important de fixer des objectifs réalistes pour que l'expérience puisse avoir des chances de s'avérer une réussite. Alors, pour que la CRA puisse atteindre son plein potentiel et qu'il n'y ait pas de dépassement de budget inacceptable, il semble qu'un certain

⁷⁹⁴ Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », *supra* note 21 à la p xxv.

équilibre devra être atteint. Étant donné l'importance des aspects économiques pour la population, nous suggérons qu'il est important d'évaluer le potentiel économique à l'aide d'un cadre économique scientifique et rigoureux. Du moins, contrairement à la situation actuelle, des indicateurs économiques devront être mis en place et des données économiques devront être recueillies pour que l'État puisse prendre une décision éclairée et fournir des informations précises sur l'efficacité économique de la CRA⁷⁹⁵.

Lors de l'analyse nous avons souligné plusieurs différences entre les approches. Il est rapporté par les acteurs du milieu juridique que la CRA serait un processus plus souple et plus rapide menant intuitivement vers l'efficacité économique. Cependant, il n'existe peu ou pas d'études empiriques sur les effets économiques entourant la CRA, les acteurs sociaux ne peuvent donc pas s'appuyer sur ces dernières pour formuler leurs opinions. Ils se prononcent en général en vertu de déductions faites à partir de leurs expériences personnelles. Le présent mémoire nous a permis de constater que les acteurs sociaux adoptent une approche que John Rawls aurait caractérisée d'intuitionniste⁷⁹⁶ par rapport aux considérations économiques. Nous proposons que cette vision de la CRA soit celle qui est le plus accessible pour le grand public. La littérature propose que la CRA ne devrait pas être gérée selon une logique d'efficacité, tandis que l'AED propose que cette efficacité n'est pas probable.

L'AED est la seule approche à se pencher spécifiquement sur l'efficacité de la médiation judiciaire. Cette analyse explique les phénomènes sociaux en montrant qu'ils sont la conséquence des comportements individuels. Son approche est caractérisée par l'individualisme méthodologique et les hypothèses qui y sont reliées, telles que la rationalité et la maximisation de la richesse. L'hypothèse de rationalité va teinter les

⁷⁹⁵ Vérificateur général du Québec, *Rapport du vérificateur général du Québec à l'Assemblée Nationale pour l'année 2009-2010 : Faits saillants*, t 2, Québec, Publications du Québec, 2010 à la p 4.

⁷⁹⁶ Rawls définit l'intuition comme suit: « Intuitionist theories, then, have two features: first they consist of a plurality of first principles which may conflict to give contrary directives in particular types of cases: and second, they include no explicit method, no priority rules, for weighing these principles against one another: we are simply to strike a balance by intuition, by what seems to us most nearly right » Voir : John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford (R-U), University Press, 1999 à la p 30.

résultats de l'AED. Par exemple, les parties à la négociation vont rationnellement tenter de tirer le maximum du processus. Ceci va naturellement se traduire par un différend caractérisé par l'opposition d'intérêts. L'AED et les économistes sont généralement sceptiques face à l'intervention de l'État. De prime abord, lorsqu'il est question d'analyser l'intervention de l'État, l'AED est influencée par la méthode de Ronald Coase, où l'on compare les arrangements législatifs possibles. Ainsi, s'il n'est pas possible de démontrer l'efficacité relative de la CRA, il n'est pas opportun pour l'État d'intervenir en la subventionnant. Pour mieux comprendre les interrelations entre les variables lors de la résolution de différends, elle élabore un modèle standard. Selon ce dernier, les parties se sépareraient un *surplus* résultant de la coopération. Toujours selon Coase, l'AED se limite aux effets mesurables et non aux facteurs plus conceptuels tels que le rétablissement de bonnes relations. *La littérature*, de son côté, n'est pas caractérisée par une méthodologie précise. Cependant, l'individualisme méthodologique n'est pas une posture caractéristique des auteurs abordant les modes de PRD.

Notre recherche suggère qu'il y a un manque de construction théorique des considérations économiques entourant la CRA. Tel que le proposait le Vérificateur général, il serait important que ces données soient recueillies et analysées selon un cadre scientifique tel que celui que nous avons utilisé⁷⁹⁷. Il serait nécessaire que l'État se « dot[e] d'un ensemble d'indicateurs qui lui permettraient de réaliser une veille efficace »⁷⁹⁸. L'AED est la discipline qui se préoccupe des effets économiques du droit. Elle est donc idéalement outillée pour effectuer cette veille économique de la législation.

Nous avons conclu, à la suite de notre étude comparative, que l'AED n'analyse pas la médiation telle qu'elle est habituellement conceptualisée dans *la littérature scientifique*. Il sera donc important pour l'AED de développer un cadre d'analyse pour se pencher sur les caractéristiques de la médiation de type collaboratif telle que la *médiation transformative*. Même si les leçons sont en grande partie transposables, nous suggérons que l'AED se penche spécifiquement sur la médiation telle qu'elle est conceptualisée aujourd'hui. Nous

⁷⁹⁷ Vérificateur général du Québec, *Rapport du vérificateur général du Québec à l'Assemblée Nationale pour l'année 2009-2010 : Faits saillants*, t 2, Québec, Publications du Québec, 2010 à la p 4.

⁷⁹⁸ *Ibid.*

proposons ainsi que l'analyse descriptive que fait l'AED de la médiation est particulièrement déficiente étant donné qu'elle ne décrit pas le type de médiation qui est habituellement proposé dans les théories de la médiation. Nous proposons que les analyses considérant la médiation comme étant une justice négociée, ne sont pas applicables à la CRA telle qu'elle est conceptualisée au Québec, car ils décrivent une médiation caractérisée par l'opposition des intérêts entre les parties⁷⁹⁹. L'AED devra donc se pencher sur les avantages et les inconvénients spécifiques aux types de médiation qui sont aujourd'hui proposée dans la littérature et dans certains discours.

Notre recherche a également démontré que l'efficacité n'est pas une conséquence inévitable de l'utilisation de la CRA. Nous suggérons donc que des études empiriques et scientifiques soient faites sur les différents aspects de l'efficacité de la CRA. Lorsqu'il est question de vendre la CRA, nous suggérons que soit spécifié ou nuancé le type d'efficacité qui est promis. Outre le souci de transparence, il serait important de promettre ce qui a de bonnes chances de se réaliser, sinon les échecs pourraient miner la confiance du public envers la CRA. La CRA comporte très probablement de nombreux avantages, mais elle n'est pas une réponse à tous les maux administratifs du système. Le gage de succès de la CRA à long terme dépend, entre autres, de sa capacité d'atteindre ses objectifs d'efficacité: il faut donc s'assurer d'avoir fixé des objectifs atteignables et bien définis.

⁷⁹⁹ Par exemple les analyse de: Brown et Ayres, « Economic Rationales for Mediation », *supra* note 219 à la p 326; Ian Ayres et Barry J Nalebuff, « Common Knowledge As A Barrier To Negotiation » (11 mai 1997), en ligne: Social Science Research Network: Tomorrow's Research Today <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=36224>.

8 Bibliographie

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Code de procédure civile, LRQ c C-25.

Québec PL 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 1^{re} sess, 40^e lég, Québec, 2013, en ligne : Assemblée nationale du Québec <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-28-40-1.html>>.

JURISPRUDENCE

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Lusk, 2010 QCTDP 17 (disponible sur CanLII).

Greene c Mills, [2003] RJQ 3253 (disponible sur CanLII).

Seidel c TELUS Communications Inc., 2011 CSC 15, [2011] 1 RCS 531.

United States v Carroll Towing Co, 159 F (2d) 169 (2^e Cir 1947).

DOCTRINE ET AUTRES DOCUMENTS

DOCTRINE

MONOGRAPHIES

Adler, Jane W, Deborah R Hensler et Charles Nelson avec la collaboration de Gregory J Rest. *Simple Justice: How Litigants Fare in the Pittsburgh Court Arbitration Program*, Santa Monica (Cal), RAND, 1983.

Antaki, Nabil N. *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998.

Aristote. *Rhétorique*, traduit par Médéric Dufour et André Wartelle, Collection Tel, vol 296, Paris, Gallimard, 1998.

Arrow, Kenneth J. *Individual Choice under Certainty and Uncertainty*, vol 3, 1^{re} éd, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1984.

Auerbach, Jerold S. *Justice without Law? : Resolving Disputes Without Lawyers*, New York, Oxford University Press, 1984.

Barret-Kriegel, Blandine. *L'État et les esclaves : Réflexions pour l'histoire des États*,

- Petite Bibliothèque Payot, Paris, Payot, 1989.
- Barrett, Jerome T. et Joseph P Barrett. *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social, and Cultural Movement*, 1^{re} éd, San Francisco (Cal), Jossey-Bass, 2004.
- Becker, Gary S. *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1978.
- Belley, Jean-Guy. *Le contrat entre droit, économie et société : étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998.
- Bentham, Jeremy. *A fragment on Government: being an examination of what is delivered, on the subject of government in general, in the introduction to Sir William Blackstone's commentaries: with a preface, in which is given a critique on the work at large*, London, Printed for T Payne, P Elmsly and E Brooke, 1776.
- Beys, Kostas E. *Le problème du droit et des valeurs morales: L'aventure humaine, entre le bien et le mal*, traduit par Fabienne Vogin-Fortsakis, Paris, L'Harmattan, 2004.
- Baruch Bush, Robert A et Joseph P Folger. *The Promise of Mediation : Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, San Francisco (Cal), Jossey-Bass, 1994.
- Baruch Bush, Robert A et Joseph P Folger. *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, New York, John Wiley & Sons, 2004.
- Coase, Ronald. *L'entreprise, le marché et le droit*, traduit par Boualem Aliouat, Paris, Organisation, 2005.
- Cooter, Robert et Thomas Ulen. *Law & Economics*, 6^e éd, New Jersey, Prentice Hall, 2012.
- Davies, Wendy et Paul Fouracre, dir. *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 1992.
- Ferey, Samuel. *Une histoire de l'analyse économique du droit : Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- Fisher, Roger, William Ury et Bruce Patton. *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, 2^e éd, Boston, Penguin, 1991.
- Friedman, Milton. *Capitalism and Freedom: Fortieth Anniversary Edition*, 1^{re} éd, Chicago, University of Chicago Press, 2002.
- Harrison, Jeffrey L et Jules Theeuwes. *Law and Economics*, New York, W. W. Norton & Company, 2008.
- Hayek, Friedrich A. *Individualism and Economic Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1948.
- Hensler, Deborah R. *Does ADR Really Save Money? : The Jury's Still Out*, Santa Monica (Cal), RAND, 1994.
- Hensler, Deborah, Albert Lipson et Elizabeth Rolph. *Judicial Arbitration in California: The First Year*, Santa Monica (Cal), RAND, 1981.
- Holmes, Stephen et Cass R Sunstein. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, 1^{re} éd, New York, W. W. Norton & Company, 1999.

- Kahneman, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*, Toronto, Doubleday Canada, 2011.
- Kakalik, JS et al. *An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation under the Civil Justice Reform Act*. Santa Monica (Cal), RAND, 1996.
- Kakalik, James S et al. *An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation Under the Civil Justice Reform Act*, Santa Monica (Cal), RAND, 1996.
- Knight, Frank H. *Risk, Uncertainty and Profit*, Chicago, University of Chicago Press, 1971.
- Lachance, Martine. *Le contrat de transaction : Étude de droit comparé et de droit international privé*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006.
- Mackaay, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*, Glos (R-U), EE, 2013.
- Mackaay, Ejan. *L'analyse économique du droit*, 1^{re} éd, Montréal, Thémis, 2000.
- Malinvaud, Edmond. *Leçons de théorie microéconomique*, Paris, Dunod, 1999.
- Marshall, Alfred. *Principles of Economics*, 1890, en ligne : 4shared <http://www.4shared.com/office/Fs6OKNZP/alfred_marshall_principles_of_.html>
- Montoussé, Marc et Isabelle Waquet. *Microéconomie*, Montréal, Boréal, 2008.
- Moore, Christopher W. *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 3^e éd, San Francisco (Cal), Jossey-Bass, 2003.
- Myerson, Roger B. *Analysis of Incentives in Dispute Resolution*, États-Unis, National Institute of Justice, 1986.
- Oppetit, Bruno. *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999.
- Pearson, Heath. *Origins of Law and Economics : The Economists' New Science of Law, 1830-1930*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 1997.
- Pigou, Alfred C. *The Economics of Welfare*, New York, Cosimo, 2013.
- Polinsky, A Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, 3^e éd, New York, Aspen Publishers, 2003.
- Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 7^e éd, New York, Aspen Publishers, 2007.
- Posner, Richard A. *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2003.
- Posner, Richard A. *Overcoming Law*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1996.
- Posner, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1993.
- Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 2^e éd, Londres (R-U), little, brown, 1977.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*, Oxford (R-U), University Press, 1999.
- Roberge, Jean-François. *La justice participative : Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011.
- Ross, H Laurence. *Settled Out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment*, 2^e éd révisée, New York, Paperback, 1980.
- Rousseau, Stéphane et Ejan Mackaay. *Analyse économique du droit*, 2^e éd, Paris, Dalloz-Sirey, 2008.
- Samuels, Warren J. *Pareto on Policy*, États-Unis, Transaction Publishers, 2012.
- Sartre, Jean-Paul. *Critique de la raison dialectique*, t 1, Paris, Gallimard, 1960.
- Shavell, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Mass), Harvard

- University Press, 2007.
- Simon, Herbert A. *Models of Bounded Rationality: Empirically Grounded Economic Reason*, vol 3, Cambridge (Mass), MIT Press, 1997.
- Smith, Adam, Ewin Cannan et Max Lerner. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, New York, The Modern Library, 1937.
- Sunstein, Cass R. *Behavioral Law and Economics*, Cambridge (Mass), Cambridge University Press, 2000.
- Udehn, Lars. *Methodological Individualism: Background, History and Meaning*, Londres, Routledge, 2001.
- Woolley, C. Leonard. *The Sumerians*, New York, W. W. Norton & Company, 1965.

PÉRIODIQUES

- Alschuler, Albert W. « Mediation with a Mugger: The Shortage of Adjudicative Services and the Need for a Two-Tier Trial System in Civil Cases » (1986) 99 : 8 Harv L Rev 1808.
- Arrow, Kenneth J. « Methodological Individualism and Social Knowledge » (1994) 84 : 2 Am Econ Rev 1.
- Ayres, Ian et Barry J Nalebuff. « Common Knowledge As A Barrier To Negotiation » (11 mai 1997), en ligne: Social Science Research Network : Tomorrow's Research Today <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=36224>.
- Babcock, Linda et George Loewenstein. « Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases » (1997) 11 : 1 J Econ Persp 109.
- Baker, C. Edwin. « Starting Points in Economic Analysis of Law » (1979) 8 Hofstra L Rev 939.
- Becker, Gary S. « A Theory of Marriage: Part I » (1973) 81 : 4 Journal of Political Economy 813.
- Belley, Jean-Guy. « Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain *Code de procédure civile* » (2001) 46 RDMcGill 317.
- Boudon, Raymond « Théorie du choix rationnel ou individualisme méthodologique ? » (2002) 34 : 1 Sociologie et sociétés 9.
- Bronsteen, John. « Some Thoughts about the Economics of Settlement » (2009) 78 Fordham L Rev 1129.
- Brown, Jennifer Gerarda et Ian Ayres. « Economic Rationales for Mediation » (1994) 80 Va L Rev 323.
- Baruch Bush, Robert A. « Efficiency and Protection, or Empowerment and Recognition: The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation » (1989) 41 Fla L Rev 253.
- Baruch Bush, Robert A et Sally Ganong Pope. « Changing the Quality of Conflict Interaction: The Principles and Practice of Transformative Mediation » (2002) 3 Pepp Disp Resol LJ 67.
- Chart, Jane. « Community Justice Centres » (1979) 4 Leg Serv Bull 152.

- Coase, Ronald. « The Problem of Social Cost » (1960) 3JL & Econ 1.
- Cooter, Robert D et Daniel L Rubinfeld. « Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution » (1989) 27 : 3 Journal of Economic Literature 1067.
- Courteau, Suzanne. « La conciliation judiciaire à la Cour supérieure » (2005) 3 : 1 Revue de prévention et de règlement des différends 51.
- Cropsey, Joseph. « On the Relation of Political Science and Economics », (1960) 54 Am Pol Sc Rev 3.
- Deffains, Bruno. « Droit : Économie du droit », en ligne : Encyclopaedia Universalis <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/droit-economie-du-droit/>>.
- Deffains, Bruno. « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques » (1997) 12 : 3 Revue française d'économie 57.
- Deffains, Bruno et Myriam Doriat Duban. « Équilibre et régulation du marché de la justice: Délais versus prix » (2001) 52 : 5 Revue économique 949.
- Della Noce, Dorothy J, Robert A Baruch Bush et Joseph P Folger, « Clarifying the Theoretical Underpinnings of Mediation: Implications for Practice and Policy » (2002) 3 Pepp Disp Resol LJ 39.
- Demsetz, Harold, « Information and Efficiency: Another Viewpoint » (1969) 12 : 1 JL & Econ 1.
- Dolny, Michael. « Right, Center Think Tanks Still Most Quoted : Study of cities debunks “liberal media” claims » (1er juin 2005), en ligne : FAIR : Fairness & Accuracy In Reporting <<http://www.fair.org/index.php?page=2534>>.
- Fiss, Owen M. « The History of an Idea » (2009) 78 Fordham L Rev 1273.
- Fiss, Owen M. « Against Settlement » (1983) 93 Yale LJ 1073.
- Folger, Joseph P. « Mediation Goes Mainstream : Taking the Conference Theme Challenge » (2002) 3 Pepp Disp Resol LJ 1.
- Friedman, AE. « An analysis of settlement » (1969) 22 Stan L Rev 67.
- Gallagher, William T. « Transformation of Justice: Hofrichter's Neighborhood Justice and Harrington's Shadow Justice, The » (1988) 13 Law & Soc Inquiry 133.
- Gould, John P. « The Economics of Legal Conflicts » (1973) 2 J Legal Stud 279.
- Hawkins, Jeff et Neil Steiner. « The Nash Equilibrium Meets BATNA : Game Theory's Varied Uses in ADR Contexts » (1996) 1 Harv Negot L Rev 249.
- Henderson, Douglas A. « Mediation Success: An Empirical Analysis » (1996) 11 Ohio St J on Disp Resol 105.
- Hensler, Deborah R. « Does ADR Really Save Money? The Jury's Still Out » (1994) RAND Institute for Civil Justice, RAND Reprints tiré du (1994) Nat'l LJ 327.
- Hensler, Deborah R. « Science in the Court: Is There a Role for Alternative Dispute Resolution » (1991) 54 Law & Contemp Probs 171.
- Hill, Claire A. « Beyond Mistakes: The Next Wave of Behavioral Law and Economics » (10 octobre 2003), en ligne : Social Science Research Paper: Tomorrow's Research <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=452100>.
- Jarroson, Christian. «La médiation et la conciliation : essai de présentation», (1999) 12 :

77 Droit et patrimoine 39.

- Jeammaud, Antoine. « Conflit, différend, litige. » (2002) 34 Revue Droits 15.
- Jeammaud, Antoine. « La part de la recherche dans l'enseignement du droit » Revue de l'enseignement du droit (2010), en ligne : Université de Savoie Faculté de droit <<http://www.fac-droit-savoie.fr/uploads/JRC-2010-16-Jeammaud.pdf>>
- Jolls, Christine, Cass R. Sunstein, et Richard Thaler, « A Behavioral Approach to Law and Economics » (1997) 50 Stan L Rev 1471.
- Kahneman, Daniel et Amos Tversky. « Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk » (1979) 47 : 2 Econometrica 263.
- Kaplow, Louis et Steven Shavell. « Economic Analysis of Law » (2 mars 1999), en ligne : Social Science Research Network : Tomorrow's Research Today <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=150860>.
- Klock, Kimberly A. « Resolution of Domestic Disputes through Extra-Judicial Mechanisms in the United States and Asia: Neighborhood Justice Centers, the Panchayat, and the Mahalla » (2001) 15 Temp Int'l & Comp LJ 275.
- Kritzer, Herbert et Jill Anderson. « The Arbitration Alternative: A Comparative Analysis of Case Processing Time, Disposition, Mode, and Cost in the American Arbitration Association and the Courts » (1983) 8 Justice System Journal 6.
- Lacroix, André, Louise Lalonde et George A Legault. « Les transformations sociales et la théorie normative du droit » (2002-03) 33 RDUS 1.
- Lalonde, Louise, « Du balcon aux coulisses de la scène? Une approche métathéorique réflexive des discours de la doctrine juridique » (2012) 68 Rev interdiscipl ét jur 49.
- Lalonde, Louise. « L'application de la Charte des droits et libertés de la personne dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux : Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu » (2006), en ligne : Centre d'accès à l'information juridique (CAIJ) <http://www.caij.qc.ca/doctrine/revue_du_barreau/66.5/1604/index.html>.
- Lalonde, Louise, « Les modes de PRD: vers une nouvelle conception de la justice. » (2003) 1 : 2 Revue de Prévention et de règlement des différends 17.
- Landes, William M. « An Economic Analysis of the Courts » (1971) 14 JL & Econ 61.
- Landes, William M. et Richard A. Posner. « The Positive Economic Theory of Tort Law » (1980) 15 Ga L Rev 851.
- Legault, Georges. « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit » (2003) 33 RDUS 154.
- Lenoble, Jacques. « L'efficacité de la gouvernance par le droit : Pour une procéduralisation contextuelle du droit » (2002-03) 33 : 1-2 RDUS 13.
- Lenoble, Jacques, « Droit et Gouvernance : Pour une procéduralisation contextuelle du droit » (2002) 17 : 1 CJLS 1.
- MacCoun, Robert J. « Unintended Consequences of Court Arbitration: A Cautionary Tale from New Jersey » (1990) 14 Justice System Journal 229.
- Main, Thomas O. « ADR: The New Equity » (2005) 74 U Cin L Rev 329.

- Margolis, Stephen E. « Two Definitions of Efficiency in Law and Economics » (1987) 16 : 2 J Legal Stud 471.
- Mitchell, Gregory. « Why Law and Economics' Perfect Rationality Should Not Be Traded for Behavioral Law and Economics' Equal Incompetence » (2002) 91 Geo LJ 67.
- Mnookin, Robert. « Alternative Dispute Resolution » (mars 1998), en ligne : Nellco : the whole is greater... <http://lsr.nellco.org/harvard_olin/232>.
- Noreau, Pierre. « La justice est-elle soluble dans la procédure? Repères sociologiques pour une réforme de la justice civile » 40 C de D 33.
- O'Connor, Dennis R. « Messages from the Market: What the Public Civil Justice System can Learn from the Private System » (2006) 25 : 2 Advocates' Soc J 1
- Otis, Louise. « The Conciliation Service Program of the Court of Appeal of Quebec » (2000) 11 World Arb & Mediation Rep 80.
- Otis, Louise et Eric H Reiter. « Mediation by Judges: A New Phenomenon in the Transformation of Justice » (2006), en ligne : Pepperdine University School of Law <<http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol6/iss3/2>>.
- Pearson, Jessica. « An Evaluation of Alternatives to Court Adjudication », (1982) 7 Justice System Journal 420.
- Pei, Cao. « The origins of mediation in traditional China » (1er mai 1999), en ligne : HighBeam Research <<http://www.highbeam.com/doc/1P3-41946629.html>>.
- Persky, Joseph. « Retrospectives: The Ethology of Homo Economicus » (1995) 9 : 2 The J EconPersp 221.
- Picavet, Emmanuel. « L'approche économique du droit, l'éthique et le statut de la norme d'efficacité » (2011) 21 Klessis 192.
- Posner, Richard A. « Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law » (1998) 50 : 5 Stan L Rev 1551.
- Posner, Richard A. « Conceptions of Legal Theory: A Response to Ronald Dworkin » (1997) 29 Ariz St LJ 377.
- Posner, Richard A. « Explaining the Variance in the Number of Tort Suits across U.S. States and between the United States and England » (1997) 26 : S2 J Legal Stud 477.
- Posner, Richard A. « The Costs of Enforcing Legal Rights » (1995) 4 E Eur Const Rev 71.
- Posner, Richard A. « What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does) » (1993) 3 Sup Ct Econ Rev 1.
- Posner, Richard A. « The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations » (1986) 53 : 2 U Chicago L Rev 366.
- Posner, Richard A. « Utilitarianism, Economics, and Legal Theory » (1979) 8 : 1 J Legal Stud 103.
- Posner, Richard A. « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration » (1973) 2 J Legal Stud 399.
- Primm, Edith B. « The Neighborhood Justice Center Movement » (1992) 81 Ky LJ 1067.
- Rayburn, Jill Richey. « Neighborhood Justice Centers: Community Use of ADR : Does It

- Really Work » (1995) 26 U Mem L Rev 1197.
- Riskin, Leonard. « Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed » (1997) 1 : 7 Harv Negot L Rev 46.
- Riskin, Leonard L. « The Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing » (1985) 37 U Fla L Rev 19.
- Roach, Ken et Lorne Sossin. « Access to justice and beyond » (2010) 60 : 2 UTLJ 373.
- Roberge, Jean-Francois. « La conférence de règlement à l'amiable: les enjeux du raisonnement judiciaire et de résolution de problème » (2005) 3 : 1 Revue de prévention et de règlement des différends 25.
- Roberge, Jean-François. « La médiation judiciaire «innovante» peut-elle améliorer le système judiciaire? Synthèse et analyse des réponses de la communauté juridique canadienne : Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke : Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes » (2007) 5 : 3 Revue de prévention et de règlement des différends 165.
- Sander, Frank EA. « Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview » (1985) 37 U Fla L Rev 1.
- Sander, Frank EA. « The Future of ADR : The Earl F. Nelson Memorial Lecture » (2000) 2000 J Disp Resol 3.
- Schumpeter, Joseph. « On the Concept of Social Value » (1909) 23 : 2 Quarterly Journal of Economics 213.
- Shavell, Steven. « The level of litigation: private versus social optimality of suit and of settlement » (1999) 19 : 1 International Review of Law and Economics 99.
- Shavell, Steven. « The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System » (14 mars 1997), en ligne : Social Science Research Network : Tomorrow's Research Today <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=10357>.
- Shavell, Steven. « Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis » (1995) 24 J Legal Stud 1.
- Slayton, Linwood Jr, « Neighborhood Justice Centers - An Alternative » (1979) 6 Litigation 28.
- Stulberg, Joseph B. « Facilitative versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the Grid Lock » (1996) 24 Fla St UL Rev 985.
- Trubek, David M. Austin Sarat, William L. F. Felstiner, et Herbert M. Kritzer. « Costs of Ordinary Litigation, The » (1983) 31 UCLA L Rev 72.
- Waldman, Ellen A. « The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation: Applying the Lens of Therapeutic Jurisprudence » (1998) 82 Marq L Rev 155.
- Zumeta, Zena D. « Facilitative Mediator Responds, A » (2000) 2000 J Disp Resol 335.
- Zuckerman, Stephen AA. « A Reform of Civil Procedure: Rationing Procedure Rather Than Access to Justice » (1995) 22 : 2 JL&Soc'y 155.
- Zywicki, Todd J et Anthony B Sanders. « Posner, Hayek & the Economic Analysis of Law » (15 janvier 2007), en ligne : Social Science Research Network : Tomorrow's

OUVRAGES COLLECTIFS

- Anderson, Terry Lee et Harold Demsetz. « Ownership and the Externality Problem » dans Terry L Anderson et Fred S McChesney, dir, *Property Rights: Cooperation, Conflict, and Law*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2003.
- Arrow, Kenneth J, Robert H Mnookin et Robert Wilson, dir, *Barriers to Conflict Resolution*, 1^{re} éd., New York, W.W. Norton & Company, 1995.
- Chevrier, Jacques. « La spécification de la problématique » dans Benoît Gauthier, dir, *Recherche sociale : De la problématique à la collecte de données*, 3e éd, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1997.
- Lalonde, Louise. « Une nouvelle justice de la diversité? CRA et justice de proximité » dans V. Fortier, dir, *Le droit à l'épreuve des changements de paradigme*, Montpellier, CNRS, 2008.
- Menkel-Meadow, Carrie. « Roots and Inspirations : A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution » dans Michael L Moffitt et Robert C Bordone, dir, *The Handbook of Dispute Resolution*, San Francisco (Cal), Jossey-Bass, 2005.
- Raynouard, Arnaud. « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? » dans Jean-Louis Bergel, *Cahiers de méthodologie juridique : Analyse économique du droit : Autour d'Ejan Mackaay*, Revue de la recherche juridique : Droit prospectif 2008-5 – N° spécial, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008.
- Bay, Garth. « Settlement of dispute out of court in the United States: The role of lawyers in the recent emphasis of neighborhood justice centers in conciliator » dans Kötz et Ottenhof, dir, *La conciliation, une étude comparative*, Paris, Économica, 1983, 169.
- Deffains, Bruno et Eric Langlais, dir, *Analyse économique du droit : Principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, de Boeck, 2009.
- Kakalik, James S, Terence Dunworth, Laural A Hill, Daniel F McCaffrey, Marian Oshiro, Nicholas M Pace et Mary E Vaiana. *An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation Under the Civil Justice Reform Act (1996)*, en ligne : RAND Corporation : Objective Analysis. Effective Solutions. <http://www.rand.org/pubs/monograph_reports/MR803.html>.
- Lalonde, Louise. « La médiation judiciaire : nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions? » dans André Riendeau, dir, *Dire le droit : pour qui et à quel prix?*, Montréal, Wilson et Lafleur 2005, 23.
- Lalonde, Louise. « Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation? Le 'continuum' dans la pratique civile et commerciale de la médiation », dans Barreau du Québec Service de la formation permanente, *Développements récents en médiation (2001)*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 73.

- Longtin, Marie-José. « La réforme de la justice administrative: genèse, fondements et réalités », dans Barreau du Québec Service de la formation permanente, *Développements récents en droit administratif (1998)*, 1998, 101.
- MacDonald, Rodrick A. « L'accès à la justice aujourd'hui au Canada : Étendue, envergure et ambitions » dans J. Bass et al, dir, *L'accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès*, Le Barreau du Haut-Canada, 2005, 23.
- McDonald, Rodrick A. et Alexandra Law. « Le juge et le citoyen : une conversation continue » dans André Riendeau, dir, *Dire le droit pour qui et à quel prix*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.
- Ost, François et Michel Van de Kerchove. « De la scène au balcon » dans Chez Chazel et Commaille, dir. *Normes juridiques et régulation sociale*, France, LGDJ, 1991, 73.
- Rowley, Charles K. « Public Choice and the Economic Analysis of the Law » dans Nicholas Mercuro, dir, *Law and Economics*, Boston, Kluwer, 1989.

AUTRES DOCUMENTS

DICTIONNAIRES

- Dictionnaire d'analyse économique : Bernard Guerrien*, La Découverte, 2002.
- Le nouveau petit Robert*, 2011.

DOCUMENTS DES BARREAUX

- Association du Barreau canadien division du Québec, relatif à l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile, décembre 2011.
- Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec le 19 décembre 2011*, 2 février 2012, en ligne : Barreau du Québec <<http://www.barreau.qc.ca/fr/actualites-medias/positions/2012/>>.
- Barreau du Québec, communiqué 2012, « Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile : Il faut poursuivre le travail si on veut atteindre les objectifs » (2 février 2012), en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/fr/actualites-medias/communiqués/2012/02/02-nouveau-code-procedure-civile>>.
- Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* décembre 2011.
- Beaudoin, Lise I., (1999) 31 : 14 J Barreau, Volume 31 - numéro 14, 1er septembre 1999.
- Brian Dickson et al. « Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile » L'association du barreau canadien Août 1996.

Groupe de travail sur les systèmes de justice civile, *Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile présidé par l'honorable Brian Dickson*, Ottawa, Association du barreau canadien, 1996.

J Barreau, *Conférence de règlement amiable - En quête d'une justice alternative – Communiqué*, Volume 33 numéro 17, 15 octobre 2001, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol33/no17/reglement.html>>.

J Barreau, *Service de règlement de différends | La médiation à forfait pour régler les différends civils et commerciaux*, mars 2013, p.10; Barreau du Québec, Avec le nouveau Service de règlement de différends du Barreau, Réglez votre différend à forfait! Communiqués 2013, 26 février 2013, en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/fr/actualites-medias/communiques/2013/02/26-reglement-differends>

Lavertu, Yves, « Fruit d'une entente tripartite en matière pénale - Améliorer l'efficacité de la justice » (2004) 36 : 3 J Barreau.

Piché-Messier, Mathieu. « Conférence de règlement à l'amiable à la Cour du Québec, Y avez-vous pensé? » (2001) 36 J Barreau.

Zumeta, Zena D., « Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation » (septembre 1998), en ligne: DuPage County Bar Association : DCBA <<http://www.dcbabrief.org/vol110998art2.html>>.

DOCUMENTS DE CONFÉRENCES

Audet, Pierre E. « La réforme de la procédure civile de 2002 : 'un jalon de plus vers l'idéal d'un accès à la justice pour tous'? », Conférence spéciale Vers le futur : Ordre du jour de la réforme de la justice civile, présentée au Hilton Montréal Bonaventure, mai 2006 en ligne : <<http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2006/audet-fr.pdf>>.

L'honorable François Rolland. « L'accès à la justice : 3 ans après la réforme de la procédure civile », Conférence spéciale Vers le futur : Ordre du jour de la réforme de la justice civile, présentée au Hilton Montréal Bonaventure, mai 2006 en ligne : <<http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2006/rolland-fr.pdf>>.

Noreau, Pierre. « Accès à la justice et démocratie en panne: constats, analyses et projections », Les journées Maximilien-Caron 2009 : Révolutionner la justice: constats, Montréal, Thémis, 2010.

Noreau, Pierre. « Avenir de la justice: des problèmes anciens... aux solutions prochaines », Les journées Maximilien-Caron 2009 : Révolutionner la justice: constats, Montréal, Thémis, 2010.

Otis, Louise. « La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire », Thémis », 8^e Conférence Albert-Mayrand 2004, Montréal, Thémis, 2005.

The Peace and Conflict Studies Division: Royal Roads University: Victoria, British

- Columbia, « Whose Court is it Anyway? Judicial Dispute Resolution in Canadian Courts : A Symposium for Judges : Summary Report : April 24-26 2003 » (19 mars 2011), en ligne : .docstoc <<http://www.docstoc.com/docs/74124230/Judicial-Dispute-Resolution-Symposium>>.
- Sander, Frank EA. « Remarks Before the American Association of Law Schools » (Dec. 28, 1977) 80 F.R.D. 186.
- Présentation du juge en chef adjoint Dennis E. Schmidt (Cour provinciale de la Colombie-Britannique). Continer les frais de litigemaï 2006.
- Elaine Todres. Document de travail sur l'élaboration de normes de rendement en justice civile: Conférence « Vers le futur»2006.
- Legault, George. « *L'émergence de l'éthique appliquée et les insuffisances du droit* », in *Actes de la XVIe conférence des juristes de l'État, Québec, 2004*, 279-300.
- Lortie, Pierre. Conférence prononcée devant la Chambre de commerce du Saguenay dans le cadre des « Rendez-vous avec la justice »1 avril 2009.
- Noreau, Pierre.*Les conférences de conciliation et de gestion judiciaire - Projet pilote de Longueuil 2009*, observatoire du droit à la justice (CRDP), 2011.
- Otis, Louise. « Modes alternatifs de règlement des litiges: la médiation judiciaire, dans Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges » (2005) Actes de la 1e conférence européenne des juges 2003 tenue du 24 au 25 novembre 2003 à Strasbourg Éditions du Conseil de l'Europe 71.
- Rolland, François. Allocution lors de la rentrée judiciaire sous le thème du rapprochement des générations et du partage du dynamisme et de l'expérience2 septembre 2010.
- Rolland, François. L'accès à la justice : 3 ans après la réforme de la procédure civile6 mai 2001.
- Rolland, François. L'accès à la justice: 3 ans après la réforme de la procédure civile1 mai 2006.
- Roy, Honorable André. Trial practice do's and don'ts: hot tips from the experts 9 novembre 2011.
- Taylor, Kim et Ksenia Svechnikova.*What does it cost to access justice in Canada? How much is « too much »? And how do we know?*, The Canadian Forum on Civil Justice, 2010.

DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX

- Gouvernement du Québec, *Conférence de presse de M. Bertrand St-Arnaud, ministre de la Justice : Le point sur le projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 30 avril 2013, en ligne : Assemblée nationale du Québec<<http://www.assnat.qc.ca/fr/actualites-salle-presse/conferences-points-presse/ConferencePointPresse-11223.html>>.
- Gouvernement du Québec, *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure*

- civile présenté par l'ancien ministre de la Justice M. Jean-Marc Fournier*, 29 septembre 2011, en ligne : Justice Québec <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministre/paj/accueil.htm>>.
- Règles modifiant les Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière civile, Gazette officielle du Québec, partie 2, 8 août 2001, 133e année, no 32, p. 6019.
- Direction générale des greffes, Rapport annuel 1979-1980, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 1981; Direction générale des services judiciaires, Rapport d'activités 1986-87, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 1988; Direction générale des services judiciaires, Rapport d'activités 1993-1994, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 1995; Direction générale des services judiciaires, Rapport d'activités 1996-1997, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 1998.
- Ministère de la Justice, communiqué, « Le Plan Accès Justice : pour une justice plus accessible et plus efficace » (29 sept. 2011), en ligne : Gouvernement du Québec <<http://communiqués.gouv.qc.ca/gouvqc/communiqués/GPQF/Septembre2011/29/c7898.html>>.
- Journal des débats de l'Assemblée nationale du Québec, les travaux parlementaires, 36e législature, 2e session, jeudi 6 juin 2002.
- Rapport du vérificateur général du Québec à l'Assemblée Nationale pour l'année 2009-2010, tome II, Faits saillants, à la p.4.
- Observatoire du droit à la justice, Mémoire de l'observatoire du droit à la justice.
- Comité de la révision de la procédure civile, *Rapport – La révision de la procédure civile – Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Gouvernement du Québec, 2001.
- Commission du droit du Canada, La transformation des rapports humains par la justice participative septembre 2011.
- Bertrand St-Arnaud (ministre de la justice du Québec), Communiqué de presse - Pour une justice civile plus rapide et moins coûteuse - Le ministre de la Justice soumet l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile à la consultation 16 janvier 2012.
- Choquette, Jérôme, *La Justice contemporaine* (aussi appelé Livre blanc), Éditeur officiel du Québec, Québec, 1975.
- Louise Lalonde, *Mémoire portant sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile - Plus spécifiquement, concernant les dispositions relatives à la Conférence de règlement à l'amiable (CRA) et à la médiation comme mode de justice civile privée*, Déposé à la commission des institutions de l'assemblée nationale du Québec, 2011 38.
- Québec, ministère de la Justice, Sondage auprès de la population sur la confiance à l'égard du système de justice, Québec, 28 août 2006, à la p. 44.
- Ministère de la justice. Nouveau Code de procédure civile : Une justice plus rapide et plus économique septembre 2011.
- Ministère de la Justice, *Nouveau Code de procédure civile, Une justice plus rapide et plus économique*, Québec, Gouvernement du Québec, 2011.
- Ministère de la Justice, *Rapport du comité de la révision de la procédure civile, une nouvelle culture judiciaire*, Québec, 2001.

Programmes de prévention et règlement des différends (PRD) Faculté de droit, Université de Sherbrooke, *Mémoire présenté à la Commission parlementaire sur l'avant projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile : « une vision en trois dimensions (3D) de l'accès à la justice »*, Sherbrooke, Université de Sherbrooke, 2011.

La transformation des rapports humains par la justice participative, Commission du droit du Canada.

Sous-comité sur l'accès à la justice du Comité sur l'administration de la justice, *L'accès à la justice : Rapport sur certaines initiatives de réforme au Canada*, 2008.

Sommet de la Justice, "La responsabilité partagée à l'égard de la Justice et le règlement non judiciaire des conflits et des litiges: cahier des propositions", *La justice: une responsabilité à partager*, Québec, Ministère de la Justice, 1991.

JOURNAUX

Alepin Gauthier Avocats. « Les conférences de règlement à l'amiable : un taux de succès de 85 % au Québec » (15 janvier 2012), en ligne : Courrier Laval <<http://courrierlaval.newspaperdirect.com/epaper/fr/viewer.aspx>>.

La Presse Canadienne. « Ultime combat pour Claude Robinson en Cour suprême » (13 février 2013), en ligne : Lapresse.ca <<http://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-affaires-criminelles/proces/201302/13/01-4621200-ultime-combat-pour-claude-robinson-en-cour-supreme.php>>.

Malboeuf, Marie-Claude. « Près de la moitié des Québécois ne font pas confiance aux tribunaux », *La Presse[de Montréal]* (5 janvier 2006).

Vailles, Francis. « Quatre perles du jugement Robinson-Cinar » (29 août 2009), en ligne : Lapresse.ca <<http://affaires.lapresse.ca/economie/quebec/200908/29/01-897060-quatre-perles-du-jugement-robinson-cinar.php>>.

THÈSE, DISSERTATION ET PROJET DE RECHERCHE

Deffains, Bruno. *Analyse économique du droit et théorie du droit : perspectives méthodologiques*, projet de recherche Groupement d'intérêt public (GIP) Mission de recherche Droit et Justice, 2010, en ligne : <<http://www.gip-recherche-justice.fr/catalogue/PDF/rapports/202-RF-Ferey-Deffains.pdf>>.

Latulippe, Ginette. *La médiation judiciaire, un nouvel exercice de justice*, mémoire de maîtrise, Université Laval, 2010.

Zhou, Jun. *Access to Justice: An Economic Approach*, dissertation, Tilburg University, 2010, en ligne: EconPapers <<http://econpapers.repec.org/RePEc:ner:tilbur:urn:nbn:nl:ui:12-3959862>>.

