

La PRD asynchrone : faire tomber de leur piédestal les processus en personne

Lorsque la pandémie de COVID-19 a fait des rassemblements une activité inappropriée, de nombreux praticiens du règlement des différends au Canada ont adopté le règlement des différends en ligne (« RDL »), en utilisant par exemple des plateformes comme Zoom, Teams ou d'autres modes de vidéoconférence. Les premières expériences ont tenté de reproduire les processus en personne. Bien que la vidéoconférence semble le permettre, un tel état d'esprit passe à côté d'occasions de combler les lacunes des processus en personne traditionnels. Autrement dit, le RDL nous donne la chance non seulement de reproduire les processus en personne, mais de les améliorer.

Le grand-père du RDL, Colin Rule, insiste sur les possibilités d'amélioration depuis des années, voire des décennies. En tant que directeur du RDL d'eBay et de PayPal de 2003 à 2011, Rule a constaté que les personnes qui participent à un litige ne souhaitent pas d'échanges vidéo avec la partie adverse. Ces personnes ne désirent pas non plus les tracasseries qu'entraîne la coordination des échanges en direct. En fait, selon Rule, les parties à un litige sur eBay ne se soucient même pas de connaître le vrai nom de la partie adverse¹. En général, cette attitude impersonnelle est impensable pour ceux qui considèrent le processus de règlement des différends dans une optique traditionaliste.

Je préfère le RDL asynchrone, au format texte, à la vidéoconférence en temps réel, car il favorise l'accès à la justice. Dans ma pratique de médiation, l'élément le plus difficile est la planification. Je n'ai pas assez de doigts dans une main pour compter le nombre de participants à la plupart de mes médiations. Il est difficile de trouver un moment opportun où tout le monde est disponible pour se réunir et un lieu approprié et pratique. Alors que la vidéoconférence offre un certain degré de commodité en évitant les

déplacements², elle exige quand même un échange en temps réel, ce qui peut être ardu pour des personnes occupées. Elle exige également un équipement de pointe et une connexion Internet stable. Les processus téléphoniques surmontent certains problèmes d'équipement, mais la problématique temporelle demeure.

Dans son livre de 2019, *Truth Be Told: My Journey Through Life and the Law*, Beverley McLachlin a expliqué comment son fils avait réglé un problème avec son propriétaire par une audience téléphonique. « Tout ce qu'il avait à faire était d'être au téléphone à une certaine heure, un certain jour, » écrit-elle³ [TRADUCTION]. Comme pour les vidéoconférences, les audiences téléphoniques évaluent en effet d'avoir à se réunir dans un lieu particulier, mais je souhaite aller plus loin. Pourquoi toutes les parties à un différend doivent-elles être disponibles pour le traiter en même temps?

Le RDL asynchrone au format texte n'exige pas la participation de tout le monde en même temps. Les parties contribuent au processus en plusieurs étapes, en respectant des délais de contribution. Songez à ce processus comme à des étudiants qui rédigent un travail dans le cadre d'un cours. Chacun fait ses recherches et rédige son devoir au moment où il lui est individuellement convenable de le faire, et tous respectent collectivement la date limite de remise. Dans le cadre du règlement des différends, cette flexibilité existe depuis les années 1990. Elle visait tout d'abord à éliminer les difficultés posées par la distance géographique et les différents fuseaux horaires. Dans les années 2020, elle est devenue nécessaire à l'échelle locale, puisque nous avons tous une vie occupée et des horaires variables. Avec le règlement des différends asynchrone, les participants n'ont pas besoin de s'absenter du travail ni d'engager des coûts pour s'adapter à la disponibilité des



**MARC BHALLA, LL.M. (RD),
MÉD.A, ARB.B**

Marc Bhalla, LL.M. (RD), Méd.A, Arb.B, membre du CI Arb (il/lui) [biracial], est un médiateur, un arbitre et un formateur qui exerce sa profession en ligne. Marc est titulaire d'une maîtrise en droit en règlement des différends de la Osgoode Hall Law School. Il est médiateur agréé et détient des titres professionnels d'arbitre d'ordre national et international. Pour en savoir plus sur Marc, visitez www.456dr.ca.

autres. En supprimant cette forme de planification, nous rendons le règlement des différends plus accessible.

Autant je suis un fervent adhérent de l'accessibilité accrue et des possibilités qui apparaissent avec la nature 24/7 du RDL au format texte, autant mon amie et conceptrice de processus approfondis, Nicole Aylwin, souligne l'envers de la médaille de l'accès à la justice. Le RDL au format texte risque-t-il d'être trop accessible? Le concept ne vise pas à améliorer la capacité des gens à faire quelque chose pour régler leurs différends; il modifie plutôt comment et quand ils participent. Quelles sont les répercussions pour des parties qui participent au règlement des différends dans l'interface familière de leur téléphone intelligent, alors qu'elles y sont collées 24 heures sur 24, 7 jours sur 7? Lorsque nous répartissons une médiation de trois à quatre heures en une série de plus petits morceaux sur trois à quatre semaines, quelle en est la conséquence sur la santé mentale des parties? Qu'en est-il du stress et de l'anxiété qui découlent des interactions anticipées et inconnues, y compris du moment où

elles peuvent avoir lieu? N'y a-t-il pas des moments où il vaut mieux tout régler en même temps et passer à autre chose? Je crois que ce sont là des considérations légitimes. Elles soulignent l'importance de tirer parti de la flexibilité offerte par le règlement des différends pour « adapter le forum au problème⁴ ». Un processus clair, qui est compris par les participants et qui présente des limites claires sur le mode et le moment de participer, ainsi que sur les attentes envers les autres, peut répondre à certaines de ces préoccupations et permettre de tirer parti des avantages du RDL au format texte.

Dans mon expérience d'appui au RDL au format texte, j'ai observé deux réponses courantes et contradictoires des sceptiques à la question de savoir quels sont les processus les mieux adaptés. Certains estiment que les processus adversatifs sont mieux adaptés au RDL au format texte, puisque les éléments du lien humain, qui entrent parfois en jeu dans des processus de conciliation comme la médiation, n'est pas nécessaire dans ces processus⁵. Ces éléments comprennent la possibilité de comprendre les intérêts et les intentions des autres parties au différend et de préserver les relations. Alors que les critiques du RDL citent l'absence de personnalisation, s'inquiètent de la confidentialité et déplorent l'occasion ratée de « créer une dynamique » présente lors d'une médiation en temps réel⁶, la médiation en ligne au format texte offre des avantages absents des processus traditionnels. Parmi ceux-ci se trouve la possibilité d'utiliser des pauses entre les événements du processus pour obtenir des informations ou des conseils. Considérons également l'expérience de la procédure pour les participants.

Je connais beaucoup de gens qui ne sont pas à l'aise avec la méthode traditionnelle de commander une pizza. Parler au téléphone pour passer la commande et interagir en personne avec un inconnu à la réception de la pizza n'est pas l'idée que tout le monde se fait d'un moment agréable. Et voici la livraison de repas sans contact. L'option au format texte n'exige pas d'échange sonore ni physique en direct. Elle offre plutôt une communication plus approfondie en offrant le statut ponctuel de la livraison au-delà de toute garantie de délai offerte lors de la commande. La technologie est utilisée non seulement pour fournir des informations plus précises, ce qui

ajoute un élément réassurant au processus, mais aussi pour rendre la participation au processus plus agréable. Dans cette optique, il faut se rappeler que plusieurs jeunes générations de Canadiens ne souscrivent pas à la mentalité du téléphone comme le moyen de communication le plus rapide et le plus confortable. Les recherches du professeur Noam Ebner sur le RDL ont confirmé que la communication au format texte est le principal mode de communication de plusieurs jeunes générations. Par conséquent, il constitue le mode de communication avec lequel les jeunes sont le plus à l'aise⁷.

En prenant du recul, on constate que le cadre traditionnel de la médiation dans un cabinet d'avocats ou dans un lieu de réunion physique formel est intimidant et inconnu pour la personne moyenne. Je crois en la justice procédurale et je suis d'avis que l'expérience des participants au processus de règlement des différends est tout aussi importante que le résultat. Éliminer ce qui met les gens mal à l'aise ne peut qu'améliorer leur expérience. À cette fin, pendant que nous plaisantons sur le fait que la vidéoconférence a éliminé le besoin de vêtements formels en bas de la taille, le RDL au format texte nous offre plus que cela. Nous pouvons participer de partout, à tout moment et comme nous le souhaitons.

Si les hauts formels avec pantalon de pyjama définiront un jour la mode en temps de pandémie, le RDL asynchrone offre davantage que le bonheur d'une tenue confortable. Lorsque nous mettons sur un piédestal les processus en personne traditionnels et que nous cherchons à les reproduire, nous négligeons leurs lacunes, notamment les préjugés inhérents à la fois à la structure du processus et aux personnes qui y participent. Songez au racisme systémique et au sexisme. Considérez les préjugés inconscients que nous avons tous, inspirés de la façon dont les gens se présentent. Alors que les traditionalistes croient à tort que les signaux non verbaux sont supprimés dans le RDL au format texte⁸, ne pas obliger les parties à se présenter physiquement ou de manière audible lorsqu'elles participent au règlement des différends comporte certains avantages. Ces derniers concernent non seulement les jugements que les autres nous imposent, mais notre autojugement lorsque nous nous identifions aux diverses étiquet-

tes que la société utilise pour nous catégoriser. Parmi ceux-ci se trouvent les attentes sur la façon dont nous sommes « censés » nous comporter en raison de nos étiquettes de sexe, d'âge et de race. En offrant aux participants à un processus de règlement des différends la liberté de s'y engager en tant qu'eux-mêmes, et non pas selon la représentation qu'ils se font de ce que l'on attend d'eux, il est possible d'améliorer l'expérience de la procédure et d'éliminer le caractère artificiel intégré aux formalités de nos processus traditionnels⁹.


Cela conduit à la deuxième critique courante du RDL au format texte. Cette critique qui favorise son utilisation pour des processus de conciliation, mais non pour des processus adversatifs. Le raisonnement sous-jacent appelle au degré d'aisance avec les méthodes traditionnelles, telles l'évaluation de la crédibilité et la pondération des éléments de preuve — la mentalité selon laquelle un décideur doit regarder le témoin dans les yeux pour déterminer sa crédibilité¹⁰. Cette critique néglige tous les biais qui entrent en jeu dans les méthodes traditionnelles. Par exemple, certaines cultures considèrent qu'il n'est pas respectueux de regarder la personne qui décide dans les yeux. De même, une personne souffrant d'anxiété pourrait être physiquement incapable de le faire¹¹. Même si je crois que la technologie nous offre des options pour créer un processus au moins tout aussi approprié que le processus traditionnel, je voudrais aller un peu plus loin en évoquant à nouveau l'expérience procédurale. Considérez l'environnement intimidant dans lequel un témoin offre traditionnellement un témoignage, ainsi que l'expérience du processus pour les parties qui se représentent elles-mêmes.

Ce sentiment reconnaît que les personnes touchées par la détermination d'un décideur doivent, pour accepter cette décision, avoir l'impression d'avoir été entendues et d'avoir eu la possibilité de présenter des arguments complets¹². L'une des préoccupations est que le RDL au format texte puisse empêcher les parties de croire qu'elles ont eu « leur moment en cour ». Je crois que cela revient au fait que les décideurs doivent faire preuve d'empathie avec les personnes qui se trouvent devant eux, plutôt que de se concentrer sur la plateforme utilisée pour la procédure. Il existe différentes façons de faire

preuve d'empathie. Nous connaissons tous des juges qui participent à des débats en direct sans empathie aucune pour les personnes devant eux; la même dynamique peut s'appliquer aux arbitres qui font leur travail à l'abri des regards du public. Le RDL n'empêche pas les décideurs de faire preuve

d'empathie. Plutôt, les occasions de démontrer de l'empathie se manifestent différemment dans un environnement asynchrone au format texte. Il faut en tenir compte.

En fin de compte, le RDL est perturbateur. Vous ne pouvez pas simplement prendre un processus traditionnel et y ajou-

ter de la technologie pour réaliser le plein potentiel du RDL. Différentes approches et compétences sont nécessaires. Une réflexion plus approfondie devrait être accordée à la conception des processus, au-delà d'une simple tentative de reproduire les processus en personne traditionnels. 

- 1 Rule, Colin, *ODR — Essential Skills for Resolving Disputes Remotely*, Osgoode Hall Law School, 18 juin 2020 [non publié]. Colin Rule a prononcé le discours d'ouverture de ce programme.
- 2 Pour être franc, la vidéoconférence n'a pas vraiment éliminé le besoin de trouver un lieu de réunion, puisque chaque participant doit quand même trouver un emplacement physique approprié pour se joindre à la réunion. Ce que la vidéoconférence permet d'éliminer, ce sont les coûts associés à la recherche d'un lieu commun où tous peuvent être présents, y compris le coût de la location d'une salle (le cas échéant), les déplacements et le stationnement.
- 3 McLachlin, Beverley. *Truth Be Told: My Journey Through Life and the Law*, Toronto, Simon & Schuster, 2019, p. 316.
- 4 Sander, Frank E.A. « The Varieties of Dispute Processing », The Pound Conference, St. Paul, Minnesota, avril 1976.
- 5 Cette expérience comprend ce que certains appellent les aspects « délicats » de la médiation, qui aident les personnes parties à un différend à mieux se comprendre et qui offrent la possibilité d'améliorer les relations.
- 6 Je crois qu'il existe des possibilités d'échanges synchrones au sein des processus asynchrones. La flexibilité de ces processus n'exige tout simplement pas que chaque partie soit disponible au même moment.
- 7 Ebner, Noam. « Negotiation via Email », « Negotiation via Text Messaging » et « Negotiation via Videoconferencing », publiés sous la direction de HONEYMAN, Christopher et Andrea SCHNEIDER (dir.), *The Negotiator's Desk Reference*, vol. 1, n° 45, St. Paul, DRI Press (2017), p. 115-170 [en anglais seulement].
- 8 En fait, les processus au format texte présentent des signaux non verbaux, mais ils le font d'une autre manière. Pour les comprendre, une sensibilisation culturelle est nécessaire.
- 9 Bhalla, M.A., « Gender Identity & Text-Based, Online Mediation », *La revue de règlement des différends de McGill*, vol. 6 n° 3 (2019-2020), 57-75; en ligne : <https://mjdr-rrdm.ca/articles/volume-6/gender-identity-text-based-online-mediation/> [perma.cc/KN64-UH3K] [en anglais seulement].
- 10 Bhalla, Marc. « Catch Up or Get Left Behind... Arbitrating Online in 2019 » (présenté lors de « Expanding the Pie », 34^e assemblée générale annuelle et conférence de l'ADR Institute of Ontario, Toronto, 6 juin 2019 [non publié].
- 11 Bhalla, Marc. « Let's Talk – Helping is What ADR Practitioners Do », *ADR Athletics*, 29 janvier 2020; en ligne : <https://adrathletics.ca/home/letstalk>.
- 12 Jacob, Robin. « Knowledge of the World and the Act of Judging », *Osgoode Review of Law and Policy*, vol. 2.1 (2014), 22-28, p. 25.

Faites de votre organisation un membre corporatif

Les sociétés membres constituent une partie importante de l'IAMC.

L'engagement à long terme de nos partisans contribue à l'avancement de la PRD dans notre système juridique, aux alternatives de résolution des conflits que les avocats présentent à leurs clients, et à la manière dont les entreprises opèrent et résolvent les conflits. Nos membres corporatifs nous fournissent des perspectives importantes sur les besoins des individus et des organisations - souvent par le biais de notre Conseil consultatif d'entreprise et reçoivent de nombreux avantages.

Alberta Energy Regulator
Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., S.R.L.
Bureau d'assurance du Canada
Burnet, Duckworth & Palmer LLP
Compagnie Pétrolière Impériale Ltée
Cox & Palmer
Deloitte LLP
Dentons Canada LLP
Environmental Appeals Board
Fairway Divorce Solutions
Gowling WLG
Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada
KPMG LLP
Osler, Hoskin & Harcourt LLP
Rose LLP