

ENTREVUE AVEC LE PROFESSEUR ÉMÉRITE NABIL ANTAKI : UN VISIONNAIRE BIEN AVANT SON TEMPS

Entrevue préparée par Marie-Claude Rigaud*



Nabil Antaki, avocat, médiateur et arbitre, est professeur émérite à l'Université Laval où il a enseigné, pendant plus de 30 ans, à plusieurs générations d'étudiants dans les domaines du droit des affaires, du droit commercial international, de la médiation et de l'arbitrage. Il fut pendant plusieurs années président du Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec, organisme

* Professeure adjointe et Secrétaire de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, professeure associée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et membre du Barreau du Québec et de l'Ontario. Des remerciements sont dus à Annie Lemaine, étudiante en droit au programme de PRD de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke pour son travail de révision et d'édition de ce texte. La photographie de Nabil Antaki a été prise par Marie-Claude Rigaud.

© 2013 Revue d'arbitrage et de médiation, Volume 3, Numéro 1.

qu'il fonda en 1986. Il est, depuis 2004, professeur invité à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, où il continue de contribuer à la formation de nombreux étudiants, que ce soit dans le cadre d'activités d'enseignement ou de direction aux cycles supérieurs. Il a fait preuve, tout au long de sa carrière qui se poursuit dans le dynamisme et l'enthousiasme qui le caractérisent, d'un grand dévouement à l'essor d'une meilleure synergie entre les milieux universitaires et d'affaires. Son engagement remarquable a été couronné par de nombreuses distinctions honorifiques. Nabil Antaki est en effet membre de la Société royale du Canada, membre de l'Ordre du Canada, officier de l'Ordre des Palmes académiques de France et chevalier de l'Ordre national de la Légion d'honneur.

La Revue d'arbitrage et de médiation s'est entretenue avec le Professeur Antaki autour du thème de la médiation. Il en ressort des réponses empreintes de sagesse, de perspective, d'humeur (je préférerais humour !) parfois, et de vision.

LA MÉDIATION, UNE PRATIQUE EN PLEIN ESSOR

RAM : Compte tenu de votre vaste expérience, pouvez-vous nous parler de vos débuts à titre de médiateur ?

On prend conscience très tôt, je crois, de ses dons naturels de négociation et on les développe graduellement. Au début, de façon intuitive, dès la première fois où on pleure pour obtenir quelque chose qu'on nous avait refusé et qu'on finit par obtenir ! Ceci devient plus complexe plus tard dans les relations interpersonnelles. J'ai vécu mes premières véritables expériences pendant que j'occupais des postes administratifs à la Faculté de droit de l'Université Laval : négociations au moment d'une longue grève d'étudiants ; affectation des collègues aux tâches académiques ; réforme de programmes, négociations sur la répartition de la matière entre différents cours, etc. Quant aux vraies médiations professionnelles, je les mène essentiellement dans le cadre d'arbitrages complexes.

RAM : La pratique de la médiation a-t-elle beaucoup évolué sur la scène internationale et au Québec ?

Les modes de résolution des litiges évoluent au même rythme que ceux de la régulation des contrats internationaux. Tous les contrats qui sont financés par des institutions internationales (Banque mondiale) ou qui sont régis par des modèles contractuels internationaux (FIDIC) contiennent des clauses élaborées de règlement des différends qui prévoient une négociation directe entre les parties et une ou plusieurs étapes de modes amiables avant de finir, éventuellement par l'arbitrage.

La pratique au Québec a, elle aussi, énormément évolué tant au niveau qualitatif que quantitatif depuis une dizaine d'années, notamment dans le domaine de la médiation judiciaire, de la conciliation aux tribunaux administratifs, et plus spécifiquement dans le domaine du droit social et de la médiation familiale.

RAM : Selon vous, à quoi est dû ce plaidoyer en faveur de la médiation ?

Probablement à un malaise face à des modes de justices qui évoluent moins rapidement que les courants sociaux. Un nombre croissant d'avocats, de notaires mais aussi d'autres professionnels, plaident pour la généralisation du recours aux modes extrajudiciaires et notamment à la médiation et à la conciliation. Ils rapportent des études, des témoignages et des statistiques à l'effet que ces modes progressent à vive allure et à la satisfaction totale des justiciables. À entendre ces prédicateurs, on croirait que la société vit une révolution culturelle et une guerre à finir entre les juges et les médiateurs. Certains rêvent même au moment prochain où la justice collaborative remplacerait la justice contentieuse. Ils souhaiteraient que les conseillers d'une partie se transforment en « colabos » de l'autre !

Tout extrémisme est haïssable. Dans les pays de démocratie et de droit comme le Canada, connus pour la qualité de leur système judiciaire, les justiciables se plaignent quand même parce que tout n'est pas parfait. La justice devrait être, selon eux encore plus conviviale, gratuite et rendue en temps réel. Certains parlent même de « crises ». Crise du droit et crise de la justice ! ces qualificatifs sont démesurés.

RAM : Dans quels domaines la pratique de la médiation est-elle la plus courante ?

Il est vrai que la médiation gagne du terrain et que des milliers de médiations ont cours au Québec tous les ans. Le taux de réussite est très élevé et de nombreux dénouements sont spectaculaires. Il n'en demeure pas moins que, mises à part les médiations en matières familiales, plus de 90 % des médiations sont entreprises dans le cadre d'un recours devant les tribunaux judiciaires et administratifs, que la majorité est menée par des juges et le plus souvent à leur insistance. Certains doutent que certaines médiations judiciaires, qui tournent en marchandages rapides, soient de vraies médiations.

La médiation extrajudiciaire ne se porte pas aussi bien qu'on aime le croire. D'une part à cause de la plus-value évidente de la médiation

judiciaire, qui est menée dans le cadre normal de la procédure par de vrais juges qui livrent une décision finale en temps réel et gratuitement ; d'autre part à cause du mode de rémunération des avocats et du nombre d'heures qu'ils doivent facturer pour assurer leur carrière. Les praticiens ont tendance à recommander la médiation essentiellement quand le dossier n'est pas « rentable ». L'absence de règles de pratique uniformément acceptées (en dehors du droit familial) et l'inexistence d'un organisme professionnel indépendant, crédible, pour la promotion, et le contrôle de qualité de la médiation participent aussi à cette problématique.

RAM : Selon vous, peut-on se fier à ce taux de réussite pour mesurer la satisfaction des parties ?

Le taux de « réussite » des médiations administratives et judiciaires est effectivement très élevé mais les données statistiques doivent être raffinées. Il arrive, dans des cas extrêmes, qu'on qualifie de « médiation réussie » toute fermeture de dossiers après une communication d'information ou une intervention téléphonique de la part d'un juge administratif auprès d'une partie. De plus, il n'existe aucune analyse du taux de réussite. On ne connaît pas les raisons exactes qui poussent les parties à régler ou si toutes les médiations dites « réussies » le sont vraiment à la satisfaction des deux parties ou dans leur intérêt.

LES DÉFIS AUXQUELS EST CONFRONTÉE LA MÉDIATION

RAM : Peut-on parler d'une certaine stagnation de la pratique de la médiation, voire même d'une certaine réticence ?

Quoi qu'on dise, la grande majorité des avocats et des justiciables n'a pas le réflexe de la médiation et en tout cas pas celui de la médiation extrajudiciaire par des médiateurs privés et ce, bien que des centaines d'avocats-médiateurs aient été accrédités et que des sommes importantes aient été dépensées en formation. Faute de pratiquer la médiation, de nombreux médiateurs accrédités se contentent de l'enseigner. La pratique privée de la médiation stagne, mais l'industrie de la formation aux modes alternatifs est florissante.

Les choses pourraient toutefois s'améliorer rapidement à cause du nouveau Service de règlement de différends du Barreau du Québec qui offre depuis peu à la grandeur du Québec, aux particuliers et aux entreprises de 20 employés et moins qui ont un différend de nature civile ou commerciale d'au plus 25 000 \$, un service de médiation efficace et

légère à un taux abordable. Ce Service est une nécessité sociale qui assurera, on l'espère, un plus grand accès à la justice et une meilleure pénétration de ce mode.

Au chapitre de la réticence, on peut penser à plusieurs causes :

La justice officielle et le juge médiateur

Le Québec jouit d'une excellente justice, performante, relativement rapide, rendue par des juges impartiaux, indépendants et compétents ; il est difficile de renverser la vapeur de cette machine rodée en faveur d'une médiation dont les avantages ne sont pas encore évidents pour tous. La médiation dans le cadre du recours judiciaire ou administratif jouit de la reconnaissance sociale et de l'autorité morale du juge qui se contentera d'aider gratuitement les parties à régler leur différend, selon des paramètres juridiques, sans prétendre changer leur comportement moral ou social et encore moins reprogrammer leur personnalité ! L'action du juge-médiateur se déroule dans le cadre du procès. Le coût prohibitif des services juridiques décourage un bon nombre de justiciables de la classe moyenne qui, faute d'avoir accès à la justice publique, abandonnent leurs droits plutôt que de payer une médiation extrajudiciaire qui ne leur garantit même pas une décision.

Le paradoxe de la médiation

Il y a parfois un risque de décalage entre les objectifs des parties et le processus de la médiation. Les parties se retrouvent souvent devant le médiateur à un moment où leurs émotions sont fortes et leur rationalité réduite. Elles revendiquent leurs droits et ne consentent aucune concession. Elles souhaitent tout gagner et ne rien lâcher. Elles veulent idéalement un avocat, un conseiller, un allié, un tueur capable de les aider à obtenir une décision qui leur soit favorable. Les parties choisissent la médiation croyant qu'elle leur rapporterait encore plus que l'arbitrage mais elles se retrouvent plutôt en présence d'un médiateur qui, pour gagner leur confiance, leur explique longuement qu'il est neutre et impartial, qu'il est sans préjugé ni opinion et qui leur conseille de s'entendre et de consentir des concessions ! Ce décalage fait hésiter les parties à recourir à la médiation.

Les prédispositions de nature humaine des parties

Les parties, sinon l'une d'elles, craignent parfois le règlement hors cour et préfèrent se voir imposer une décision. C'est le cas notamment,

des responsables politiques qui craignent que leur consentement à un règlement hors cour soit interprété comme un geste de favoritisme inapproprié ; des fonctionnaires, cadres supérieurs, avocats et autres professionnels qui avaient négocié ou participé à la négociation du contrat ou réalisé les travaux controversés et qui sont incapables de négocier de bonne foi une transaction qui pourrait les discréditer ou remettre en cause leur compétence ou leurs habiletés. C'est aussi le lot des parties les plus vulnérables ou qui ont de la difficulté à affronter sereinement un « adversaire » ; des parties qui bénéficient d'un avantage juridique, économique ou financier ou qui peuvent autrement imposer leur point de vue. Il peut s'agir aussi d'entreprises qui n'ont pas adopté une politique intégrative du conflit qui leur permet de traiter leur « portefeuille de différends » comme elles traitent leur « portefeuille de valeurs » soit, faire le tri et ne diriger vers les tribunaux que les causes qui doivent l'être.

Les causes professionnelles

Les avocats craignent que la partie qu'ils représentent ne divulgue de l'information, ne reconnaisse des erreurs, ou ne fasse des concessions qui affaiblissent sa position si la médiation échoue et que le dossier est repris par les juges ou les arbitres. Ils facturent leur service à l'heure, ce qui rend la médiation infiniment moins intéressante que le recours judiciaire ; les cabinets exigent que les avocats facturent un nombre élevé d'heures par année (parfois au-delà de 2000 heures !), ce qui encourage les avocats, notamment les plus jeunes, à choisir et à proposer les solutions les plus rentables pour le cabinet.

Les causes de nature académique

Les universités n'ont pas encore intégré la formation aux recours amiables et non contentieux dans leur programme. Elles continuent à ne former que des « chirurgiens du droit » et les munissent de bistouris de plus en plus tranchants.

Le dérapage de la médiation

La médiation a perdu l'essentiel de sa fraîcheur et de sa spontanéité. Elle était un art de vivre en société. Elle est devenue une science aride développée dans les laboratoires américains qui dissèquent le comportement et le langage et imposent une approche unique. La médiation était simple on l'a compliquée. On ne compte plus les théories et les spécialités. Certaines sont purement farfelues. À titre d'exemple, des « Instituts » enseignent la médiation holistique à base de techniques

de relaxation et de respiration, et conseillent aux médiateurs et à leurs clients de se coucher par terre, de fermer les yeux et de rêver à la solution amicale qui convient. Ils voudraient transformer le litige en un jeu de l'amour ! Et finalement, la société évolue et les techniques de résolution des conflits doivent suivre son évolution. La médiation est une composante importante de cette évolution. Elle ne peut que progresser et se développer.

RAM : On reproche à l'arbitrage de s'être judiciairisé et institutionnalisés. Est-ce que la médiation risque d'être (ou est déjà) confrontée aux mêmes forces ?

L'étape de la judiciairisation est normale au début du développement d'une nouvelle discipline quand elle se détache d'une autre ou se définit par rapport à une autre (dans ce cas l'arbitrage ou la décision administrative) et tant que les règles du jeu ne sont pas suffisamment établies. Les recours diminuent beaucoup par la suite.

La judiciairisation peut aussi résulter de la prolifération de publications théoriques par des professeurs de droit qui réfléchissent encore en termes de faute et de responsabilité. Le risque majeur est de vouloir à tout prix transformer en « science » (juridique) ce qui devrait demeurer un « art » (de communication).

Quant à l'institutionnalisation, elle est indispensable dans une première phase pour faire la promotion et permettre le développement d'un nouveau processus sur des bases solides indépendantes. L'arbitrage s'est développé rapidement et sûrement au Québec, en partie parce qu'un organisme indépendant et impartial (Le Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec – CACNIQ) a fait sa promotion et a assuré la formation de professionnels compétents. L'institutionnalisation est mauvaise lorsqu'elle s'érige en monopole exclusif qui interdit toute autre forme de pratique.

QUEL AVENIR POUR LA MÉDIATION ?

RAM : Pensez-vous que l'avenir de la médiation se dessine sous des cieux différents dans l'arène domestique que sur le plan international ?

Sans doute, parce que les intervenants internationaux qui peuvent choisir ou imposer la médiation sont moins nombreux et recherchent

essentiellement les solutions efficaces, tandis que les intervenants domestiques sont bien plus nombreux et leurs intérêts sont souvent divergents. Le problème est encore une fois économique. Il y a trop d'avocats pour peu de causes. Pour avoir un meilleur équilibre, il faudrait diminuer le nombre d'avocats, augmenter le nombre des justiciables ou gonfler le nombre des litiges !

Selon vous, le Québec devrait s'inspirer davantage de la Loi-type de la CNUDCI sur la conciliation malgré le succès mitigé de cette dernière dans le cadre de sa réforme du Code de procédure civile ?

Absolument. L'originalité dans ce domaine n'est pas justifiée et ne permet pas de dégager un modèle optimal. La standardisation réfléchie des normes de procédures assure la qualité des processus.

Après des siècles d'un triple monopole exercé par des facultés de droit qui ne forment que des chirurgiens juridiques, de législateurs qui édictent des lois et des codes de procédure et de tribunaux qui ne jurent que par les règles de droit positif, il est difficile de renverser le courant en faveur de modes alternatifs. Le virage vers l'arbitrage est plus facile à cause de la similitude des procédés. Les opérateurs internationaux et les professionnels du droit ne sont pas encore suffisamment sensibilisés aux modes amiables ni convaincus de leur pertinence.

RAM : Que pensez-vous du rôle des technologies dans le processus de médiation ?

La technologie est indispensable et incontournable. Au début, il faut la comprendre et la maîtriser ; il n'a pas été facile de définir les conditions d'une télécopie admissible en preuve. L'introduction du traitement de texte a déstabilisé beaucoup de secrétaires et le remplacement des rétroprojecteurs par des projections Power Point, beaucoup de professeurs !

La plupart des cabinets d'avocats et les professionnels de la négociation, de la médiation et de l'arbitrage utilisent intensément différents moyens technologiques, y compris les logiciels intelligents et les plateformes sécurisées et ceci devrait naturellement augmenter avec l'arrivée de la nouvelle génération de juristes.

Le malaise envers le recours à la technologie est souvent dû au manque de clarté du message, qui laisse croire qu'il s'agit d'un nouveau

mode de règlement des différends, quand en fait il ne s'agit que d'un outil. Les moyens technologiques font partie du coffre à outil du professionnel des modes alternatifs. Leur utilité dépend des circonstances et de la nature des problèmes. Il serait dramatique de croire qu'un ordinateur ou un robot, même intelligent, pourraient un jour remplacer avantageusement la décision éclairée d'un être humain !

RAM : Que doivent faire les facultés de droit pour mieux préparer les juristes souhaitant œuvrer dans le domaine ? Est-ce préférable de former des futurs médiateurs ou plutôt des experts de résolution des conflits ?

Je suis hanté depuis que j'ai vu le film *Gangs of New York* de Martin Scorsese en 2002 par l'idée que nos signes extérieurs du développement socio-économique camouflent plus ou moins bien des instincts plus primitifs où la violence est encore une valeur pratiquée. Je retrouve des traces de cette violence dans les abus que permet la procédure judiciaire ! Il suffit de penser à certains interrogatoires et contre-interrogatoires menés « au nom du droit dans l'intérêt de la justice » !

Il faut donc, à mon humble avis, commencer en amont et cesser d'enseigner le droit comme l'avait appris mon arrière-grand-père au XIX^e en Angleterre, mon grand-père à Aix-en-Provence, mon père à Bordeaux, moi en Syrie et mon fils à Montréal ! Mes aïeux, contrairement aux ingénieurs et médecins de leurs générations mutuelles, ne seraient pas trop dépaysés au « Palais de justice » de St-Jérôme ou de Montréal !

Il faut cesser d'enseigner à des étudiants de 1^{re} année que le droit n'est ni juste, ni moral. Il est nécessaire de réconcilier l'éducation et les valeurs que nous continuons à inculquer aux jeunes et celles que nous leur transmettons dans les facultés de droit pour éliminer la dichotomie entre les valeurs personnelles et les valeurs juridiques. Le droit devrait être moral et juste et les malentendus sociaux ou individuels devraient être abordés avec bonne foi et dans un esprit civique de collaboration. Dans un tel monde, les tribunaux reviendraient à leur vocation de dernier recours. Les juges et les avocats seraient des humanistes ouverts aux autres disciplines. Les juges, avocats, notaires et médiateurs seraient alors des experts en résolution des conflits. Tous appartiendraient à la même confrérie mais à des hiérarchies différentes. La chose est plus facile à dire qu'à réaliser mais qui prétend que les universités devaient opter pour les solutions faciles ?

RAM : Que pensez-vous de la place réservée à la médiation dans le projet de loi que vient de déposer notre législature dans le cadre de la réforme tant attendue du *Code de procédure civile* ?

La témérité de l'Avant-projet m'avait laissé perplexe. Je suis beaucoup plus rassuré par le Projet de loi n° 20 dont j'appuie les principes généraux sans réserve.

Ce projet est fondamentalement innovateur par le simple fait qu'il met l'accent dès le premier article sur les modes privés de prévention et de règlement des différends qui doivent être envisagés en amont des procédures judiciaires, qu'il laisse leur définition ouverte et qu'il propose une procédure légère pour les encadrer.

Certains, beaucoup même, auraient souhaité que les parties soient contraintes de tenter une procédure amiable avant d'avoir accès à la justice publique. Leur souhait est légitime mais je crois que la prudence du législateur est justifiée. Changer fondamentalement l'approche de la justice est un exercice coûteux et hasardeux. L'échec de la tentative serait encore plus grave et aux conséquences perverses. *Chi va piano, va sano e lontano.*

Il n'y a pas lieu d'envisager une révolution judiciaire au Québec et je ne crois pas que les justiciables et le milieu professionnel en veulent. Je suis convaincu, par contre qu'il revient aux universitaires de programmer et d'accélérer l'évolution en introduisant l'esprit et la dynamique des modes privés dans tous les enseignements pour qu'ils cessent d'être greffés artificiellement et de façon circonstancielle aux programmes et deviennent la solution naturelle à laquelle penseront les praticiens de demain.