

RECENSION

J.-F. Roberge, *La justice participative : Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, 406 pages

Carole Sénéchal*

Au-delà de la pétition de principe sur son potentiel innovateur au plan des institutions et des rapports humains, cet ouvrage propose aux praticiens des compétences nécessaires et des outils stratégiques concrets pour mettre en œuvre la justice participative. Il rejoint un auditoire élargi, interpellant, outre les juristes, d'autres professionnels multidisciplinaires intéressés par la justice et les modes de prévention et règlement des différends, voire de simples citoyens qui, préoccupés par la problématique de l'accès à la justice, anticipent sur ce que sera le droit de demain. L'auteur présente la justice participative comme une nouvelle culture intégrative de règlement de différends qui se développera en trois phases d'évolution : (1) changer pour une justice participative, (2) changer pour une mentalité intégrative de règlement des différends, et (3) changer pour une pratique intégrative de la négociation. Explorons dès à présent chacun de ces trois volets formant le fil conducteur de l'ouvrage.

La justice participative : une réponse au défi de l'accès à la justice

L'auteur présente une vision cohérente de la justice participative à la fois sur le plan théorique et pratique. Pour avoir accès à la justice participative, le milieu juridique gagnera à développer une culture intégrative

* Professeure, Faculté d'éducation, Université d'Ottawa.
© 2012 Revue d'arbitrage et de médiation, Volume 2, Numéro 2

de règlement des différends en harmonie avec les valeurs de respect, de créativité et de proactivité. Au fil des pages, des schémas colorés illustrent les concepts présentés et en facilitent la compréhension. Des cas pratiques inspirés de l'actualité offrent au lectorat une multitude d'occasions de mettre en pratique les compétences du juriste praticien en justice participative. Ces exemples, puisés dans des situations des plus diversifiées, témoignent du potentiel éminemment élastique de la dynamique intégrative dans la gestion des relations interpersonnelles, mues par des intérêts sous-jacents des plus complexes. En effet, malgré l'insistance mise sur le « juriste » désireux de pratiquer la justice participative, l'ouvrage, de par les termes généraux qu'il emploie, est bel et bien destiné à tous ceux et celles qui, toute spécialité confondue, s'interrogent sur les alternatives de règlement moins contraignantes et plus prometteuses que le prononcé d'une magistrature, lesquelles procurent aux parties un sentiment d'équité de par une offre de justice véritablement humaine.

Changer pour une justice participative

Contrastant avec une justice du droit contradictoire, formelle, procédurale et autoritaire conforme à une conception positiviste-étatique encore dominante dans la culture juridique actuelle, la justice participative se veut 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 règlement des différends (PRD) »¹. Elle constitue un cadre d'intervention, parce qu'elle relève « d'une philosophie de pratique propre à une nouvelle culture juridique qui permettra de répondre au défi social de l'accès à la justice »² en militant pour des modes plus souples, plus rapides et moins coûteux que le procès pour régler les conflits. La nécessité d'intervenir suppose que le praticien en PRD emploie une méthodologie et des stratégies pour poser un diagnostic et catalyser un changement plutôt que d'agir par pur instinct. La dimension du « contenu » d'un mode de PRD réfère aux motivations pour lesquelles les parties veulent prévenir ou régler un différend né ou à naître. Le « processus » d'un mode de PRD se rapporte aux méthodes, stratégies et techniques qui encadrent les échanges entre les parties pour prévenir ou régler les différends. Il fait appel à la valeur de la « proactivité », synonyme d'implication, afin d'inciter les parties à prendre en main la responsabilité de leurs relations futures en

1. J.-F. Roberge, *La justice participative : Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011 à la p. 13 (soulignés dans l'original).

2. *Ibid.*, p. 15.

créant par elles-mêmes une solution qui préviendra ou règlera leurs différends. Par « l'interaction » dans un mode de PRD, l'auteur entend le traitement interpersonnel et organisationnel que chacune des personnes impliquées dans un mode de PRD – incluant le professionnel – se portent l'une à l'autre ainsi qu'aux organisations impliquées. Est-ce qu'une personne s'est sentie traitée avec dignité par les autres ? Est-ce qu'elle a ressenti de l'empathie pour ses émotions ? Est-ce qu'elle sent que son point de vue est compris ? Ce sont autant d'interrogations qui mettent en exergue la valeur fondamentale du « respect ». La justice participative peut se pratiquer par le biais de différents modes de prévention et règlement des différends (PRD) ou méthodes alternatives de règlement des conflits (MARC) ou modes extrajudiciaires de règlement des litiges (MERL), sous cette réserve que seules les pratiques qui promeuvent les valeurs du cadre d'intervention de la justice participative dans toutes les dimensions d'un mode de PRD peuvent être qualifiées de justice participative.

Quel est alors le profil du juriste compétent en justice participative ? À cette fin, l'ouvrage propose la maîtrise de 12 compétences et 12 outils stratégiques correspondants que nous verrons au cours de cette recension. La justice participative peut-elle relever le défi de l'accès à la justice ? Celui-ci se décline en un triple impératif, soit (i) une offre de justice accessible au justiciable, (ii) une offre de justice perçue comme étant juste, et (iii) une offre de justice ressentie comme répondant aux besoins et attentes du justiciable³. Dans la culture juridique actuelle, ce défi est généralement abordé comme la recherche des meilleurs moyens pour faciliter les recours du justiciable à une justice institutionnelle, menant à la voie royale du procès. Certains litiges s'y prêtent, lorsque la solution autoritaire et juridique prononcée par un magistrat en toge résout les points controversés et fixe la norme pour tous. Or, d'autres conflits s'insèrent mal dans l'arène juridique ; leur traduction dans le langage du droit est inopportune de par l'insuffisance du droit dans sa réponse aux besoins des citoyens en certaines circonstances, d'où la pertinence d'élaborer une approche contextuelle de l'accès à la justice, un cadre de référence fondé sur trois paradigmes : la régulation, la normativité pluridisciplinaire et la proactivité des acteurs. Dans cette conception, l'accès à la justice peut être perçu selon l'équité des résultats, l'équité des processus et l'équité de l'interaction⁴.

Le citoyen d'aujourd'hui exprime des besoins de participation et d'implication dans le développement du contenu normatif, pour que ce

3. *Ibid.*, p. 24.

4. *Ibid.*, p. 27.

dernier soit plus adapté aux relations concrètes vécues au quotidien, ainsi que dans les processus de règlement des différends et de régulation sociale : en témoignent la prolifération des droits subjectifs – fortement teintés du principe de l'autonomie de la volonté, un moindre recours à la normativité juridique dans la solution des conflits, ainsi qu'une attitude critique dénonçant la rigidité du procès⁵. Parallèlement à cette tendance, la régulation opère une « déjudiciarisation des rapports sociaux »⁶ aux fins d'assouplir la recherche d'une solution plus adaptée au litige en conjuguant, dans la mesure du possible, « une panoplie de moyens d'action, les uns juridiques, les autres non juridiques »⁷. Elle n'entend pas pour autant « jeter le droit par la fenêtre », ni sacrifier les droits fondamentaux, ni encore moins retomber dans une sorte de loi de la jungle. La plus-value que cette approche et la justice participative apportent à la réglementation juridique, c'est l'admission d'autres pôles et d'autres modes de règlement plus adaptés à certaines crises ou tensions qui peuvent jaillir dans la société⁸.

Relever le défi de l'accès à la justice consiste à « combiner le cadre de référence de l'approche contextuelle de l'accès à la justice et le cadre d'intervention de la justice participative »⁹. Les valeurs de respect, créativité et proactivité actualisées dans chacune des dimensions d'un processus de PRD permettent de créer une forme de justice à normativité pluridisciplinaire par des acteurs proactifs qui prennent en charge le processus de régulation de leurs relations futures et perçoivent l'équité dans les résultats, la procédure et l'interaction.

La pratique de la justice participative appelle ainsi une redéfinition du rôle d'un juriste, à qui il est recommandé d'adopter un nouveau mode de pensée et d'élargir sa perspective plutôt que de se contenter de la traduction quelquefois réductrice des conflits en litiges juridiques. Pour ce faire, le nouveau juriste gagne à développer les compétences présentées ci-après.

Compétence 1 : Diagnostiquer le meilleur intérêt du client et ses motivations

D'abord, le juriste de demain apprendra à diagnostiquer le meilleur intérêt de son client au-delà de la prise d'une position ferme en explorant

5. *Ibid.*, p. 29.

6. *Ibid.*, p. 30.

7. *Ibid.*, p. 31.

8. *Ibid.*

9. *Ibid.*, p. 33.

une approche globale de la motivation des parties à régler le différend. Le meilleur intérêt du justiciable est tributaire des trois types de motivations (juridiques, secondaires et primaires) alimentant un conflit interpersonnel *lato sensu* qui va au-delà des limites strictes d'un litige juridique.

Compétence 2 : Choisir le mode approprié de prévention et règlement des différends (PRD)

Ensuite, il faudra choisir le mode de PRD approprié parmi un continuum de modes amiables (partenariat préventif, facilitation, médiation, conférence de règlement à l'amiable, évaluation neutre et arbitrage), en fonction du niveau de participation désiré par le client, lequel se mesure à l'aune de trois variables : la négociation directe, la création et l'évaluation de la solution ainsi que la contextualisation des motivations.

Changer pour une mentalité intégrative de règlement des différends

La nécessité pour le milieu juridique de développer une nouvelle culture de résolution des problèmes pour permettre à la justice participative de relever le défi de l'accès contextuel à la justice, voilà la thèse soutenue par l'auteur dans cette deuxième partie de l'ouvrage. La culture classique de règlement des différends du milieu juridique repose sur une mentalité distributive fondée sur le mérite, prônant l'affrontement d'idées opposées et exigeant, à partir de celles-ci, de choisir la meilleure idée ou de faire un compromis. En revanche, la nouvelle culture de résolution de problème adoptera une mentalité intégrative. Celle-ci consiste en « l'intégration d'idées opposées vers la création d'une nouvelle idée rassembleuse »¹⁰. En cherchant à intégrer les idées opposées pour créer une nouvelle idée rassembleuse, le juriste cessera de réduire les motivations de son client seulement à ce qui est pertinent d'un point de vue juridique et de défendre *mordicus* la position de son client. Reléguant sa spécialisation juridique au second rang, le juriste recherchera plutôt la complexité des motivations de son client et de l'autre partie au différend pour ensuite prendre part avec toutes les parties à la création d'une solution mutuellement acceptable.

Compétence 3 : Stimuler la collaboration

Stimuler la collaboration entre les parties, c'est les amener à transiter d'une mentalité distributive réflexe vers une mentalité intégrative, de

10. *Ibid.*, p. 88.

la compétition à la collaboration¹¹. D'entrée de jeu, le juriste pourra préparer le contexte stratégique d'ouverture à la collaboration par le biais de trois suggestions aux parties, à savoir (i) augmenter l'importance de la relation future, (ii) récompenser le gain coopératif, et (iii) encourager la réciprocité. Par la suite, le juriste pourra suggérer la pratique d'une stratégie de collaboration réciproque par le biais de cinq principes d'interaction entre les parties, que sont (iv) l'ouverture, (v) la réciprocité, (vi) le pardon, (vii) la transparence, et (viii) les relations. Au stade de la préparation, la coopération mutuelle peut être stable si *l'avenir* a suffisamment d'importance par rapport au présent, car chacun des protagonistes pourra, en cas de défection, user de la menace implicite de représailles à une échéance plus ou moins éloignée. Afin de *récompenser le gain coopératif*, il peut être utile de modifier les gains des négociateurs en prévoyant des punitions sévères ou des récompenses généreuses, pour que les intervenants soient motivés à collaborer et ne soient pas tentés de compétitionner. La *reconnaissance de la réciprocité et de la non-réciprocité* est essentielle pour stimuler la collaboration et éviter l'exploitation. Toutefois, la réciprocité ne vise nullement à compenser l'inégalité de départ : le négociateur ne devrait donc pas comparer son succès global, incluant la situation antérieure, par rapport au succès global de l'autre, une telle recherche pouvant mener à des punitions mutuelles et à un résultat autodestructeur.

À l'étape de la mise en œuvre, commencer par un *geste d'ouverture* attestant d'un comportement coopératif (transmettre de l'information utile à l'autre partie, reconnaître ses efforts dans le règlement du différend, s'intéresser véritablement aux intérêts de l'autre...), invite l'autre à coopérer. Poser en retour un geste réciproque de compétitivité signale à l'autre l'importance de coopérer pour produire un gain mutuellement satisfaisant. Pour sortir de cette spirale de compétition, il faudra *pardonner* les gestes compétitifs passés d'une partie dans la mesure où celle-ci pose un geste coopératif dans le présent. Si, dans une dynamique compétitive, un geste coopératif de l'autre peut être vu comme un geste de faiblesse et le pardon peut *a priori* paraître contre-intuitif, le négociateur doit se rappeler son objectif final, soit amener l'autre partie à collaborer pour créer de la valeur ajoutée. Une fois la négociation entamée, le principe de la *transparence* prône la clarté et la constance des comportements coopératifs tout comme pour les comportements compétitifs. En agissant ainsi, l'autre partie pourra s'adapter au comportement du négociateur et le prédire.

11. *Ibid.*, p. 95.

Compétence 4 : Maîtriser un processus intégratif de règlement des différends

La quatrième compétence du juriste en justice participative consiste à maîtriser un processus intégratif de règlement des différends et à amener les parties à y adhérer. Cette méthodologie intégrative s'échelonne sur quatre étapes. La première étape consiste à *identifier le problème* à résoudre à un niveau concret, en reconnaissant le fossé entre les faits qui apparaissent problématiques (ce qui est) et les faits concrets qui seraient idéaux (ce qui pourrait être). La deuxième étape consiste à *identifier les causes du problème* à un niveau abstrait. Le résultat de cette exploration permettra de discerner les intérêts sous-jacents, les motivations profondes des parties à la base de leur différend.

Dans une troisième étape, il faut créer des *options de solution* au problème au niveau abstrait et asseoir leur légitimité. En effet, la mentalité intégrative a pour fondement de maintenir en suspens la complexité des idées opposées, telles des options de solution différentes, pour en créer une nouvelle qui sera supérieure aux idées prises individuellement. La légitimité des options de solution se mesure avec le sentiment d'équité de fond et de procédure. À cet égard, trois formes d'équité sur le fond peuvent être retenues. La première correspond à la responsabilité réelle dans le sens que chacune des parties est responsable de son propre sort. Les options proposées correspondraient à une répartition inégale des ressources et des responsabilités en fonction de l'apport réel de chacune. La deuxième forme d'équité postule l'égalité de tous : chacune des parties doit avoir le même sort. L'on répartit alors également les ressources et les responsabilités indépendamment de la contribution de chacun. La dernière forme d'équité prend en compte les besoins réels de chacun, lesquels modulent une répartition inégale des ressources et des responsabilités, avantageant la partie la plus démunie.

Enfin, la quatrième étape du processus intégratif de règlement des différends consiste à matérialiser une idée nouvelle résultant de la synthèse des options de solutions légitimes de l'étape 3 pour en *extraire une solution concrète meilleure* que chacune des options prises individuellement. Cette solution doit être perçue par les protagonistes comme respectueuse de leurs motivations, conçues par eux ensemble de manière proactive et constructivement créative pour être supérieure aux options individuelles. Cette quatrième étape se situe à un niveau pratique, car la solution choisie doit être concrète et ses modalités, réalistes et susceptibles d'exécution en plus d'être durables dans le temps.

Changer pour une pratique intégrative de la négociation

La négociation intégrative établit une dynamique collaborative cohérente où « les parties recherchent le partage du pouvoir pour faciliter un consensus entre elles, dont le résultat est un investissement mutuellement satisfaisant »¹². Afin d'évoluer de la pratique de négociation traditionnelle de nature distributive à une pratique de négociation intégrative, l'auteur soumet, pour cette troisième phase de changement, huit compétences à maîtriser au juriste de demain avec les outils stratégiques correspondants à sa disposition.

Le succès en négociation intégrative

La négociation comporte trois dimensions (3D) : (i) les stratégies d'agencement (*setup*) des acteurs influents dans la négociation, (ii) les stratégies d'orientation du canevas d'entente (*deal design*) qui préparent aux possibilités d'accord avant de se présenter à la table des négociations, et (iii) les stratégies tactiques (*tactical and communication*) qui, elles, sont utilisées face à face à la table des négociations¹³. À cette conception 3D se greffent trois compétences et des outils stratégiques favorisant le succès en négociation.

Compétence 5 : Reconnaître l'éthique de la négociation

En premier lieu, le négociateur développera la compétence de « reconnaître l'éthique de la négociation » et, éventuellement, se retrouver dans une école éthique et identifier où loge son vis-à-vis négociateur. Les écoles éthiques ou approches en négociation varient notamment selon leur conception du succès et selon les comportements appropriés en négociation, dont l'usage du mensonge. Retenons-en trois : (i) l'école ludique du « jeu de poker », (ii) l'école idéaliste de l'harmonie sociale, et (iii) l'école pragmatique du « boomerang »¹⁴.

L'école ludique du « jeu de poker » alimente une conception dynamique de l'éthique de la négociation. Dans cette école, la négociation est prise pour un jeu comportant des règles. Ces dernières tolèrent que les négociateurs tirent avantage les uns des autres, de même que des résultats inégaux où il y a un gagnant et un perdant. L'objectif même du jeu est de gagner plus que l'autre. Le bluff est donc permis, aussi bien que le mensonge, sous réserve de ce qui est interdit par la loi ou les règles du

12. *Ibid.*, p. 150.

13. *Ibid.*, p. 156.

14. *Ibid.*, p. 165.

jeu. Les lois morales ou normes culturelles peuvent être enfreintes ou contournées. Cette école éthique se situe ainsi à la fine limite de ce qui est légal et risque d'entacher la réputation du négociateur qui serait vu comme un profiteur ou, du moins, une personne qui n'est pas digne de confiance.

Réprouvant cette philosophie utilitariste de « la fin justifie les moyens », l'école *idéaliste de « l'harmonie sociale »* se place à l'extrême opposé et conçoit la négociation, non pas comme une activité ou un jeu spécifique, mais comme un aspect de la vie sociale. Par conséquent, les mêmes règles nécessaires à l'harmonie de la vie sociale s'appliquent en négociation : les personnes ne sont pas des objets ou des moyens dont on se sert pour atteindre nos fins personnelles. L'harmonie sociale est un environnement qui assure la sécurité des gens en société. Le mensonge est en principe banni. Les adeptes de cette école, présumant que tous agissent en idéalistes et interprétant les paroles des gens comme étant nécessairement véridiques, courrent le danger de se faire abuser par les autres négociateurs d'une autre école éthique.

Privilégiant une vision à long terme des impacts de la négociation présente, l'école *pragmatique du « boomerang »* voit la négociation non comme un jeu, ni comme la vie, mais comme une communication qui implique des conséquences positives et négatives, immédiates et futures. Les négociateurs de cette école accordent une importance primordiale à leur réputation ainsi qu'aux relations futures. L'objectif de la négociation est de faire balancer le rapport coûts/bénéfices à leur avantage à long terme. Ainsi, les moyens qui favorisent le gain à long terme sont appropriés. Quant à l'utilisation du mensonge, elle n'est généralement pas de mise en ce qui concerne les faits qui seraient vérifiables par l'autre partie ; dans l'hypothèse contraire, le mensonge sera permis. L'envers de la médaille, c'est le risque auquel les adeptes de cette école s'exposent d'être jugés comme des manipulateurs « pris en flagrant délit » de ne pas être cohérents entre ce qu'ils disent et ce qu'ils font. L'effet boomerang n'est-il pas, par nature, une arme à double tranchant ? Le juriste en justice participative est donc invité à maîtriser l'outil stratégique des trois écoles éthiques pour s'auto-évaluer et situer les autres négociateurs dans une des écoles éthiques, lesquelles nourrissent autant de conceptions différentes du succès en négociation et des comportements socialement acceptables.

Compétence 6 : Planifier et évaluer le succès en négociation

Le juriste en justice participative planifiera et évaluera le succès en négociation eu égard au cadre de référence des sept critères de succès

en négociation. L'importance accordée à chacun des critères variera certes d'une personne à l'autre et d'une négociation à l'autre. Il est par ailleurs illusoire de penser qu'il serait possible de les atteindre tous parfaitement et également. Cela étant, chacun des critères doit néanmoins être satisfait (à des degrés variables en fonction des priorités d'espèce) au terme d'une négociation pour que celle-ci équivaille à un succès. Ces sept critères sont : (i) la qualité de la relation entre les parties à la fin de la négociation, (ii) l'efficacité des communications/échanges, (iii) la satisfaction des intérêts des parties et des tiers influents, (iv) la valeur de la solution retenue compte tenu des circonstances d'espèce, (v) l'équité du processus de négociation et de son résultat, (vi) la valeur de la solution retenue par rapport à la meilleure solution de rechange à un accord négocié (MESORE), et (vii) le contenu réaliste et durable de l'accord¹⁵.

La *qualité de la relation entre les parties* doit minimalement être aussi bonne qu'au début et idéalement, meilleure. Il importe de ne pas handicaper la mise en œuvre de l'entente et la réputation des parties pour les futures négociations entre eux ou avec d'autres personnes. Une négociation réussie implique que les *communications* entre les négociateurs ont été efficaces. Il s'agit d'évaluer si les coûts (en termes de temps, d'énergie, d'argent, de conflits incidents, etc.) sont proportionnels aux bénéfices retirés de la négociation, à savoir le contenu de l'entente. Pour y parvenir, l'élément clé est la préparation, laquelle consiste à identifier sa MESORE – la meilleure solution de rechange indépendante du sort de la négociation en l'espèce – ainsi qu'à cerner les intérêts respectifs des parties. Aussi, il est primordial de connaître son mandat et disposer d'une autorité suffisante pour mener la négociation à terme. Il faut également préparer la rencontre : dresser une liste des sujets à négocier, s'entendre sur l'ordre dans lequel ces sujets seront abordés et le lieu de la négociation, par exemple.

Les *intérêts* des parties correspondent aux raisons pour lesquelles elles négocient. Ils englobent les « VIBES » : les Valeurs, les Intérêts, les Besoins, les Émotions et les Sentiments. Certes, un négociateur s'interroge sur ses propres intérêts individuels, mais il ne saurait passer outre à ceux de l'autre partie. De telles considérations préliminaires maximisent la probabilité de conclure un accord qui prend en compte les intérêts communs et distincts des cocontractants, et son application durable à l'avenir. De surcroît, les intérêts des tiers influents seront aussi soupesés afin qu'ils ne fassent obstacle à l'entente et en deviennent éventuellement des alliés. Notons toutefois que la satisfaction des intérêts est subjective : la satisfaction n'a pas à être d'égal degré pour tous.

15. *Ibid.*, p. 177.

Trouver la *meilleure solution possible* dans les circonstances nécessite un exercice préalable de remue-ménages des négociateurs à mettre sur la table plusieurs options qui, sans être des engagements, constituent autant de pistes de solution à explorer. Il ne suffit pas de choisir parmi celles-ci l'option qui satisfait le mieux aux intérêts de chacune des parties ; ces dernières doivent user d'une bonne dose de créativité pour se demander en outre si cette « meilleure option » peut encore être améliorée, notamment par une combinaison de plusieurs options, pour s'adapter davantage aux intérêts de chacun.

À la clôture des discussions, il importe que chacun des négociateurs perçoive le processus de la négociation et son résultat comme équitables et ne se soit pas senti victime d'un abus de pouvoir ou de manipulation. Le *sentiment d'équité* permet la conclusion d'une entente, garantit sa mise en œuvre de manière durable, éteint le désir de vengeance et facilite la reddition de comptes au mandant du négociateur.

Une négociation réussie doit apporter un *résultat meilleur que la MESORE* de chacun des négociateurs, considérant tous les aspects d'une alternative (le temps, le stress, la possibilité de transactions, etc.) et non pas exclusivement la valeur monétaire de l'offre. Enfin, afin que les promesses n'engagent pas que ceux qui les reçoivent, *les engagements entérinés dans l'entente doivent être réalistes et durables*. En un mot, l'accord doit être opérationnel. Trois variables servent à apprécier cette qualité. Premièrement, existe-t-il des obstacles aux engagements consignés dans l'entente ? L'exécution des obligations sera grandement facilitée si elle ne requiert pas l'approbation des tiers ou, du moins, si la probabilité d'une telle approbation est plus élevée. Deuxièmement, les parties ont intérêt à convenir d'un mécanisme de suivi assurant que les gestes ont été posés en conformité avec les engagements souscrits. Troisièmement, il serait avantageux de prévoir dans l'accord des dispositions sur la gestion de conflit pour régler les éventuels problèmes de sa mise en œuvre. Ces sept critères contribuent à définir le succès en négociation que l'on vise en amont et évalue en aval. L'objectif est de les atteindre tous, quitte à en moduler le degré de satisfaction en fonction de la priorité accordée à chacun dans les cas d'espèce.

Compétence 7 : Reconnaître les limites au succès

Après avoir planifié et évalué le succès d'une négociation, il serait avantageux pour le juriste en justice participative de savoir reconnaître les biais cognitifs décisionnels susceptibles de réduire la probabilité et d'affecter la qualité d'un accord. On en dénombre sept.

Le biais du *mythe de la « mentalité valeur fixe »* consiste pour un négociateur à croire que l'issue ultime de la négociation emporte inévitablement un partage des ressources limitées avec son interlocuteur et, par conséquent, lui sera forcément préjudiciable à quelques égards. Dans une telle optique, le négociateur ne réalise pas les opportunités de créer de la valeur en proposant des ajouts mutuellement bénéfiques en complément aux concessions réciproques. En refusant d'*« élargir la tarte »* qui va être divisée, le négociateur limite ses chances d'aboutir à une entente satisfaisante et la solution retenue ne sera pas la meilleure possible dans les circonstances. Surmonter cette *« mentalité valeur fixe »* n'est pas impossible : le négociateur devrait s'assurer de partager des informations avec l'autre partie et s'informer auprès de celle-ci pour mieux apprécier une éventuelle plus-value ; il devrait également proposer plusieurs offres en même temps dans le but de cerner les préférences de l'autre.

Le négociateur affecté du *biais de l'égocentrisme* perçoit et interprète la réalité de la manière qui le favorise le mieux tout en considérant peu ou en dévalorisant la réalité perçue par l'autre. Selon son point de vue, ses efforts ont été les plus importants pour le groupe et de ce fait, il mérite mieux que ses collègues. Cette appréciation déformée de la réalité fera en sorte qu'il est moins intéressé à travailler avec son interlocuteur pour accoucher d'une entente mutuellement profitable, tentant toujours d'en obtenir plus pour son seul bénéfice. Pour pallier aux inconvénients du biais de l'égocentrisme, le négociateur adoptera une attitude autocritique et se mettra dans la peau d'un arbitre neutre qui confronte les perceptions divergentes, en faisant abstraction de son intérêt personnel.

La *surconfiance* en ses compétences de la part d'un négociateur diminue la probabilité d'entente à cause de son ancrage au résultat attendu en évaluant toute autre option de solution comme étant des pertes. Encore une fois, prendre du recul permettra de corriger ce biais, en effectuant une évaluation réaliste du risque, en se plaçant au point de vue d'un observateur impartial pour mieux saisir les raisons objectives qui motivent l'autre négociateur à choisir le résultat escompté et en reconnaissant avec humilité que ses compétences propres ne peuvent pas contrôler toutes les variables possibles.

Un négociateur pris dans le *piège de l'escalade des engagements* est enclin à suivre obstinément son plan d'action original, quoi qu'il advienne, sans égard à une inefficacité démontrée et même si l'investissement (d'argent, de temps, d'énergie, etc.) est irrationnel en ce qu'il n'améliorera pas les chances d'obtenir le résultat désiré. Quatre

types de négociateurs s'avèrent particulièrement vulnérables à ce biais : celui qui voit la négociation comme une compétition qu'il faut gagner, celui qui fait des offres extrêmes et les rend publiques, celui qui a tendance à croire que l'autre « bliffe » et cèdera tôt ou tard, de même que celui qui pense qu'il faut nécessairement réinvestir pour récupérer une perte, tombant ainsi dans un gouffre sans fin. Pour atténuer l'effet de ce biais, il est conseillé de requérir l'aide d'un tiers pour orienter le négociateur à voir la réalité autrement.

Le *biais du handicap d'information et le doute* est le fait pour une partie de négocier sans bien connaître la perspective de l'autre et de douter de la valeur du résultat de la négociation même s'il lui semble favorable. C'est la « malédiction du gagnant ». Elle survient le plus fréquemment dans deux situations : premièrement, lorsque le gain du négociateur dépend de l'acceptation de l'autre et que ce dernier accepte sur-le-champ, sans négociation ; deuxièmement, lorsque le négociateur possède significativement moins d'information que la personne qui accepte son offre dans l'immédiat. Ce biais empêche le négociateur de faire une proposition adaptée ou d'évaluer à leur juste valeur les propositions faites par d'autres. Pour rétablir la perspective, le négociateur comparera le résultat obtenu avec ses propres intérêts pour en apprécier la valeur, à savoir si ses intérêts prioritaires sont satisfaits, l'objectif étant d'évaluer la valeur de son gain.

Le *biais « de prestige et de crédibilité »* aveugle le négociateur dans la détermination de ses intérêts véritables devant le prestige et la crédibilité apparente d'une offre. Il s'agira communément d'une offre que « personne ne peut refuser ». Devant un tel risque d'estimations erronées, le négociateur gagnera à reconnaître l'influence et l'attrait du prestige et de la crédibilité sur ses choix pour ne pas les surestimer par rapport à ses intérêts véritables, puis à reconnaître ces derniers et à poursuivre fermement des objectifs conséquents à ses intérêts prioritaires.

Une *vision étroite* peut occulter la complexité de la négociation en focalisant étroitement sur des faits ou des enjeux ou une période de temps fixe. Le négociateur qui se concentre sur des faits précis leur donne plus d'importance qu'ils n'en méritent et prend sa décision sur cette base. Il survalorise les qualités de son dossier tout en sous-estimant ses compétiteurs. Mettre de côté ce prisme de miroir déformant implique pour le négociateur d'évaluer les coûts et bénéfices à court terme par rapport aux coûts et bénéfices à long terme, tout en faisant preuve d'ouverture dans les négociations sans se confiner strictement au plan d'action initial.

La préparation et la pratique de la négociation intégrative

La négociation intégrative se distingue de la négociation compétitive à maints égards. La négociation compétitive se pratique à partir des revendications des parties figées en un positionnement de départ duquel elles veulent concéder le moins possible, tandis que la négociation collaborative a pour objet les intérêts des parties, correspondant aux motivations derrière les positions. Comparons les cinq (5) traits caractéristiques de ces modes de règlement des différends. Alors que d'un côté, les parties recherchent l'exclusivité du pouvoir et s'efforcent d'obtenir un résultat le plus près possible de leurs revendications de départ, il existe de l'autre côté un partage du pouvoir entre les parties et en particulier le pouvoir de l'information afin que chacune des parties puisse connaître ce qui satisferait l'autre comme règlement. Deuxièmement, la dynamique intégrative, basée sur les vrais intérêts des parties plutôt que sur des revendications qui ne sont que des moyens pour y parvenir, tranche avec une dynamique distributive, laquelle consacre une conception fixe des ressources et où le résultat escompté de la part de chacune des parties est de s'accaparer le plus de ressources possibles. Troisièmement, la présence d'une intention collaborative de la part des deux parties, voyant l'autre comme un partenaire, se substitue à une intention compétitive considérant leur vis-à-vis comme un adversaire. Quatrièmement, la considération de la relation future n'est plus sacrifiée au profit du gain à court terme, les parties se devant de collaborer même après la négociation pour s'assurer que l'accord est exécuté selon les termes et pour prévenir de nouvelles contestations. Cinquièmement, si la négociation compétitive se démarque par l'obtention d'un résultat de compromis découlant du rapport de force, où les parties sortent mi-gagnantes, la négociation raisonnée aboutit à un résultat gagnant-gagnant, les négociateurs étant restés fermes sur les objectifs tout en étant plus souples sur les moyens de les atteindre¹⁶.

Compétence 8 : Préparer une négociation intégrative

Sans contredit, la préparation est une règle d'or pour atteindre le succès en négociation. Dépersonnaliser le problème pour tenter ensemble de développer la meilleure solution cultivera une confiance mutuelle, qui permettra aux parties d'échanger de l'information sur leurs intérêts et d'être prédisposées à la générosité et à la créativité pour créer de la valeur ajoutée à l'entente. Préparer les *communications* (planification

16. *Ibid.*, p. 226-231.

des rencontres de négociation et du processus communicationnel) s'avère tout aussi important pour amener l'autre à adopter une attitude collaborative. Les *intérêts* de chacune des parties, de même que des tiers influents, qu'ils soient individuels, conflictuels ou communs, doivent d'ailleurs être identifiés et priorisés avant de se présenter en négociation, au risque de se buter contre les revendications figées. Il est tout aussi préférable en négociation de préparer plusieurs *options* possibles qui satisferaient les intérêts et qui seraient supérieures à la MESORE de chacune des parties. Quant aux critères de *légitimité*, ils doivent être choisis selon ce que les parties considèrent équitable et juste. Il est aussi essentiel pour le négociateur de connaître sa *MESORE* et les *alternatives* de chacun des acteurs ainsi que leur incertitude pour lui permettre d'évaluer si les options sur la table sont intéressantes pour satisfaire ses intérêts. Quant aux *engagements*, faits conformément au mandat et à l'autorité de régler, ils ont l'avantage d'être réalistes, complets, durables et assortis des mécanismes de suivi.

Compétence 9 : Pratiquer une négociation intégrative

Au stade de la mise en œuvre, la pratique de la négociation intégrative se poursuit suivant les trois phases de la négociation collaborative. À la phase première, les objectifs consistent à développer une *relation* de travail collaboratif et productif ainsi que de s'entendre sur les règles du jeu et sur le programme ou l'agenda de négociation. À cette étape, il est déconseillé de tenter d'améliorer les relations en concédant sur le contenu pour éviter que le négociateur soit pris dans une spirale d'exploitation. Les parties peuvent s'entendre dès lors sur la nécessité d'adhérer à la négociation intégrative et développent un dialogue ouvert où chacune se met à l'écoute des autres.

Dans la phase 2, les parties entreront dans le *contenu* de leur différend en cherchant à créer, à partir de leurs intérêts respectifs, plusieurs options meilleures que leurs alternatives à une entente négociée et leur MESORE. Les options inventoriées doivent être équitables aux yeux des négociateurs et pouvoir être justifiées de manière légitime aux mandants et tiers influents. Pour améliorer le déroulement de cette deuxième phase, le négociateur devrait clarifier les intérêts de chacun, prendre le temps de considérer les options, utiliser des critères objectifs pour en étayer le bien-fondé et employer, au besoin, le test de la réciprocité.

La négociation de l'*entente* envisage les modalités de mise en œuvre de l'option retenue. Pour optimiser le progrès dans cette troisième phase, le négociateur aura préparé ses alternatives, évalué leur probabilité et déterminé sa MESORE. Il aura fait adhérer l'autre à l'usage

de techniques de créativité, notamment le remue-ménages, pour éviter que les parties ne sautent sur la première option un tant soit peu acceptable.

Compétence 10 : Reconnaître les techniques de négociation compétitive et y faire face

Savoir conduire une négociation intégrative n'est pas tout. Pour le juriste praticien en justice participative, être capable d'identifier les techniques distributives ou compétitives de négociation constitue un atout pour mieux en annihiler les effets ou les surpasser. Le guide d'auto-défense contre ces techniques cible en particulier trois catégories : (i) la culpabilisation, (ii) la diversion, et (iii) la pression.

Les techniques de *culpabilisation* visent des manœuvres, des actes ou des comportements destinés à faire naître chez l'autre négociateur un sentiment ou un complexe de culpabilité, à lui faire prendre conscience d'une attitude fautive qu'il aurait prétendument adoptée. L'objectif est d'amener l'autre, pris de remords, à faire des concessions. Elle écoutera ensuite et tiendra compte des intérêts de l'autre pour faire une ou des contre-propositions qui respectent les intérêts des deux parties, sans user ni se faire prendre par les techniques du « mon ami » ou de l'appât.

En usant des techniques de *diversion*, un négociateur cherche à détourner l'autre partie de ses objectifs primordiaux en négociation ou de porter son attention sur des intérêts accessoires pour mieux l'emporter sur les questions de fond. Se rappeler constamment à l'esprit les intérêts prioritaires de chacune des parties, un échange d'informations efficace et transparente ainsi qu'une vigilance constante permettraient d'en contrecarrer les effets indésirables.

Les techniques de *pression* contraignent l'autre à adhérer à un accord plutôt que de simplement le persuader. Une recherche d'information complète, la transparence, un contrôle conjoint de l'agenda, une entente préalable sur le processus des négociations, l'obtention d'un mandat précis auprès de ses supérieurs, le fait de rester ferme sur le problème à régler et de réduire l'influence des tiers sur l'issue des négociations sont des tactiques défensives parmi d'autres à l'encontre de ces techniques.

Les techniques de la négociation intégrative

Au chapitre des techniques de la négociation intégrative à proprement parler, elles se subsument sous la maîtrise des deux compétences par le juriste en justice participative : la curiosité et la créativité.

Compétence 11 : Développer la curiosité en négociation

La curiosité aide à l'exploration d'opportunités de valeur ajoutée entre les parties au-delà d'une solution de compromis basée sur le rapport de force. Ce potentiel de valeur ajoutée augmente par la considération de trois facilitateurs : (i) la recherche des intérêts communs, (ii) la recherche des différences et de la hiérarchie des préférences (au niveau des priorités, des délais dans le temps...), et (iii) la recherche de la réduction des coûts et des problèmes d'exécution¹⁷.

Compétence 12 : Développer la créativité en négociation

La créativité sera soutenue par l'outil stratégique de la « sphère créative de règlement »¹⁸, qui favorise la mutation des obstacles en possibilités en libérant les parties des carcans psychologiques et en les exhortant à sortir des sentiers battus de la négociation sur positions. Cette sphère offre quatre outils stimulant la curiosité dans le traitement des conflits et huit techniques facilitant l'élaboration des solutions créatives. L'outil premier de l'*évaluation des risques* consiste pour les parties à soupeser les différentes conséquences du différend en évaluant la probabilité de perte et de gain qu'il engendrerait une fois l'accord conclu ou en cas d'échec. Cet outil est manié à l'aide de deux techniques : celle du compromis basé sur le rapport de force entre les parties et celle de la compression des coûts. La hiérarchie des positions est le deuxième outil de curiosité, avec tri sélectif des positions des protagonistes suivant l'importance qu'ils accordent à chacune d'elles. Pour ce faire, la technique de la compensation réciproque permet à l'une des parties d'atteindre ses objectifs de négociation en retour d'une compensation adéquate de l'autre pour ce qu'elle concède. Les négociateurs gagnent également à utiliser la technique du roulement de priorités, consistant à concéder sur un sujet secondaire pour obtenir plus sur un sujet prioritaire. Le troisième outil de curiosité, la hiérarchie des intérêts, implique une exploration et un classement prioritaire des intérêts sous-jacents aux positions. Cet outil appelle deux techniques qui promeuvent la colla-

17. *Ibid.*, p. 329.

18. *Ibid.*, p. 340.

boration entre les parties, à savoir la recherche de ressources supplémentaires – la technique « élargissement de la tarte », et la recherche de passerelles entre leurs intérêts (par l’alternance dans le temps ou par la contingence sur les prévisions futures) – la technique « faire le pont ». Le quatrième outil est *l’établissement d’un partenariat*, en utilisant les techniques « nouvel objectif » et « remue-méninges ».