

LES MAÎTRES DU JEU DANS LA MÉDIATION INSTITUTIONNELLE DES DIFFÉRENDS DU TRAVAIL AU QUÉBEC[†]

*Diane Veilleux** et *Gilles Trudeau***

1. Les qualifications et l'encadrement des médiateurs institutionnels	75
A. Les critères généraux de compétence des médiateurs-types idéaux.	75
B. Les critères de compétence et l'encadrement des médiateurs institutionnels	79
a) La formation et l'expérience de base requises par les fonctions de médiateur institutionnel	80
b) La formation et l'encadrement en cours d'emploi	83
c) Les valeurs et qualités fondatrices de la fonction de médiateur	85

[†] Cet article fait suite à un premier publié sous le titre « La résolution à l'amiable des conflits et litiges du travail au Québec : de la tradition vers de nouvelles directions » (2010-2011) 1(1) *Revue d'arbitrage et de médiation/Journal of Arbitration and Mediation* 47. Une première version fut publiée dans l'ouvrage suivant : F. Petit *et al.*, *Le règlement amiable des différends sociaux*, Paris, L'Harmattan, 2007. Il réfère au droit et à la littérature tels qu'ils étaient au moment de sa rédaction, en 2006. Les auteurs remercient également les Éditions L'Harmattan pour avoir autorisé l'utilisation de ce texte. Ils tiennent à remercier également les deux évaluateurs dont les commentaires ont contribué à l'améliorer.

* Professeure, École de relations industrielles, Université de Montréal.

** Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal.

© 2011 Revue d'arbitrage et de médiation, Volume 2, Numéro 1

2. Les champs et les techniques d'intervention	90
A. Les champs d'intervention en médiation institutionnelle. . .	91
a) Typologie des champs d'intervention en médiation. . .	91
b) Les champs d'intervention en médiation institutionnelle selon les matières visées	96
(i) Les matières donnant lieu à une négociation purement de résolution de problème	97
(ii) Les matières imposant par essence le raisonnement juridique	98
(iii) Les matières relevant à la fois du raisonnement juridique et des dimensions de relations de travail ou de relations humaines	99
B. Les techniques d'intervention en médiation institutionnelle	102
Discussion et conclusion	107
Annexe 1- Précisions méthodologiques	114
Annexe 2- Liste des organismes à l'étude et du nombre des répondants rencontrés	116
Annexe 3- Questionnaire sur la pratique de la médiation des différends du travail en contexte québécois.	117

Les maîtres du jeu dans la médiation institutionnelle des différends du travail au Québec

Diane Veilleux et Gilles Trudeau

Au Québec, la médiation constitue un mode de règlement incontournable dans plusieurs types de différends du travail. Les taux de règlement en médiation sont d'ailleurs, à eux seuls, une preuve assez convaincante. Nous présentons, ci-après, les résultats des organismes qui font l'objet de la présente étude. Pour l'année 2005, on enregistre au ministère du Travail, un taux de règlement de 71 % dans les différends relevant de la négociation collective. Au Conseil des services essentiels, le taux général de règlement est de 87 %, notamment quant aux dossiers relatifs à la détermination des services essentiels dans les services publics, dans la fonction publique et dans les services de santé et services sociaux. Ce pourcentage inclut aussi le règlement d'autres conflits visant des grèves illégales dans ces secteurs, ou encore le non respect des services essentiels. Les plaintes de congédiement illégal et de congédiement sans cause juste et suffisante traitées au premier niveau par la Commission des normes du travail se règlent en moyenne à 70 %, alors qu'un autre 20 % se règle, au second niveau, à la Commission des relations du travail. Cette dernière Commission indique un taux de règlement des plaintes, toutes catégories confondues, s'élevant à 85 %. Ces quelques données statistiques montrent que la médiation ne se limite pas à une simple vue de l'esprit du législateur, elle tient concrètement une place importante dans la résolution des différends du travail. Le terme « différend » est employé, dans le présent texte, dans son sens large et couvre à la fois les mésententes relatives à la négociation d'une convention collective de travail et celles concernant les droits et les obligations prévus dans les lois du travail. Quant aux termes « médiation » et « médiateur », le premier vise tout processus de rapprochement des parties dont sont chargés de mettre en œuvre, en vertu de leurs lois respectives, les organismes mentionnés ci-dessus, sans égard aux différentes

appellations dans ces lois, et le second désigne toute personne qui procède à ce rapprochement des parties dans les organismes visés.

Les processus de médiation institués dans les lois du travail dégagent ou créent des espaces de négociation propices aux règlements à l'amiable des différends. Les médiateurs en charge de ces processus dirigent les négociations auxquelles sont conviées les parties aux différends. Or, qui sont ces médiateurs et quels sont leurs modes d'intervention ? En effet, si les organismes précédemment identifiés atteignent des taux de règlement aussi élevés, on peut postuler que les médiateurs y contribuent par leurs compétences et leurs modes d'intervention.

Notre démarche s'apparente à une étude de cas (voir les précisions méthodologiques à l'annexe 1). Elle vise à explorer, principalement au moyen d'entrevues menées auprès de certains gestionnaires et certains médiateurs des organismes mentionnés ci-dessus, les qualifications qui sont exigées pour être médiateur, l'encadrement dont celui-ci bénéficie, ainsi que les modes d'intervention mis en œuvre pendant une médiation. Les qualifications sont-elles les mêmes d'un organisme à l'autre ? L'encadrement des médiateurs est-il propre à chaque organisme ? Les champs et les techniques d'intervention sont-ils comparables ?

S'agissant ici d'une étude exploratoire, le nombre d'intervenants rencontrés dans chacun des organismes est limité, comme en témoigne la liste de l'annexe 2. Toutefois, toutes les personnes interviewées ont été désignées par leur organisme d'attaché à titre de répondantes, soit parce qu'elles occupent une fonction administrative de direction dans le service de médiation, soit qu'elles agissent comme médiateur et aussi formateur des médiateurs ou encore qu'elles exercent la fonction de médiateur depuis de nombreuses années. Les entrevues menées, d'une durée approximative de deux heures, étaient semi-dirigées et les questions adressées ont porté sur la formation des médiateurs, le déroulement de la médiation, ainsi que le bilan que les personnes rencontrées font de la médiation dans leurs organisations respectives, tel qu'il appert à l'annexe 3.

Cette étude n'aborde que la médiation institutionnelle des différends du travail au Québec, soit celle menée sous l'égide d'organismes étatiques qui détiennent un mandat en ce sens découlant des lois du travail québécoises. La médiation institutionnelle survenant dans le cadre de l'application des lois fédérales du travail est exclue. L'étude ne traite pas non plus de la médiation privée et volontaire à laquelle les

parties à un différend peuvent recourir. L'étude exclut notamment la médiation pré-arbitrale des griefs, soit la médiation que les parties utilisent afin de régler à l'amiable les conflits d'interprétation ou d'application de la convention collective avant qu'ils ne fassent l'objet d'une décision arbitrale.

Nous traitons, dans une première partie, des qualifications requises pour être médiateurs dans les organismes précités et de l'encaissement qui leur est fourni (1). Nous examinons, dans une deuxième partie, les champs et les techniques d'intervention des médiateurs (2) afin de déterminer dans quelle mesure ceux-ci agissent à titre de maîtres du jeu dans les processus institutionnels de médiation.

1. Les qualifications et l'encadrement des médiateurs institutionnels

Avant d'examiner les qualifications et l'encadrement des médiateurs institutionnels (B), il est utile de mettre en évidence les critères généraux de compétence pour exercer la fonction de médiateur qui se dégagent de la littérature spécialisée en matière de médiation que celle-ci intervienne dans des domaines impliquant des relations civiles, commerciales, du travail, familiales ou encore internationales (A). En identifiant les profils de compétence généralement retenus, à titre indicatif, par les spécialistes de la médiation, nous pourrons déterminer dans quelle mesure les médiateurs institutionnels faisant l'objet de la présente étude correspondent aux médiateurs-types idéaux ou modèles, et ainsi amorcer une réflexion sur la pertinence de ces derniers modèles dans le cadre de la médiation institutionnelle.

A. *Les critères généraux de compétence des médiateurs-types idéaux*

On indique que la médiation, en tant qu'intervention professionnelle, ne relève pas seulement du talent ou d'un don comme certains pourraient être portés à le croire, elle s'appuie avant tout sur la formation et l'expérience¹. La médiation, bien qu'il ne s'agisse pas d'une profession réglementée par le *Code des professions*, est reconnue de plus en plus comme étant une profession reposant sur une formation, une expérience et des qualités personnelles particulières.

1. Georges A. Legault, « Enjeux éthiques de la conférence de règlement amiable » (2005) 3 *Revue de prévention et de règlement des différends* 13 ; Serge Roy, Avi Schneebalg et Éric Galton, *La médiation : préparer, représenter et participer*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005 aux pp. 17-23.

Au Québec, différentes institutions dispensent une formation de base en médiation : le Barreau du Québec, le Centre canadien d'arbitrage commercial, l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec. L'Université de Sherbrooke offre aussi des programmes de formation de deuxième cycle en droit, de courte, moyenne et longue durée, dans le domaine de la prévention et du règlement des différends. Ces programmes sont beaucoup plus approfondis que le cycle de formation de base s'adressant à la très grande majorité des personnes voulant se qualifier à titre de médiateur.

Le cycle de formation de base comprend le plus souvent 40 heures de formation théorique, sous forme de présentations magistrales, de discussions et de travaux pratiques. Cette formation est généralement complétée sur le terrain par un stage d'observation de médiations dirigées par des médiateurs expérimentés². En plus de la formation initiale acquise, on s'entend pour dire que la formation continue est nécessaire pour assurer l'actualisation des connaissances et des habiletés pertinentes à la fonction. Le professeur Legault note à ce sujet que « la “pratique réflexive” individuelle et collégiale constitue un moyen idéal pour assurer la compétence de tous dans un champ d'intervention »³.

La formation acquise sur les bancs d'école, sauf rares exceptions, ne serait pas suffisante pour agir à titre de médiateur. Sans préciser quelle serait la durée raisonnable d'un stage clinique pour acquérir l'expérience nécessaire à la qualification de médiateur, on cite l'expérience comme étant un facteur important de réussite dans les interventions de médiation. Certaines études rapportent une relation significative entre le nombre d'années d'expérience d'un médiateur et le nombre d'ententes conclues à l'aide de son intervention⁴. Les auteurs Roy, Schneebalg et Galton indiquent, pour leur part, qu'il est d'usage pour un médiateur « nord-américain chevronné » de faire état du nombre de médiations dirigées, et « surtout du pourcentage de médiations “réussies” »⁵. Ces auteurs vont jusqu'à dire qu'un médiateur, qui ne clôture pas la médiation par une entente dans plus de 50 % des cas, devrait songer sérieusement à un changement d'orientation de carrière. Leurs propos sont les suivants :

2. Roy, Schneebalg et Galton, *ibid.* aux pp. 18.

3. *Loc. cit.*, note 1 à la p. 13.

4. Voir à ce propos : Yanick Sarrazin, Francine Cyr, Justin Lévesque et Jean-François Boudreau, « L'impact des caractéristiques du médiateur familial sur l'efficacité du processus d'intervention » (2005) 2 *Revue de prévention et de règlement des différends* 6-7 et 20-21.

5. Roy, Schneebalg et Galton, *op. cit.*, note 1 à la p. 19.

Il est communément admis à l'heure actuelle, au Canada et aux États-Unis, que les médiateurs qualifiés contribuent à trouver une solution à plus de 70 % des cas qui leur sont soumis et qu'un médiateur dont le « taux de réussite » est inférieur à 50 % devrait, à tout le moins, très sérieusement se remettre en question.

Le taux de règlement affiché n'étonne pas vraiment, puisque, selon toute vraisemblance, la très grande majorité des différends peuvent être solutionnés par la voie de la négociation. Sans vouloir être rabat-joie, les règlements hors cours existaient avant la médiation, et nous oserions avancer qu'ils étaient et restent encore aujourd'hui élevés. En offrant un espace de négociation, la médiation donne aux parties une occasion privilégiée de régler leur différend à l'amiable, et on ne peut qu'être satisfait lorsqu'une entente intervient. Cependant, n'y a-t-il pas un danger de lier la compétence d'un médiateur au pourcentage d'ententes conclues par son intermédiaire ?

Qu'on affiche sur le plan institutionnel les taux de règlement de différends par voie de médiation est certes instructif sur la capacité qu'ont finalement les parties concernées à régler elles-mêmes leurs problèmes, et à cet égard l'intervention du médiateur se justifie. Rapporter des données individuelles par rapport aux médiateurs ne risque-t-il pas de créer dans la profession une pression pour régler ? Tout le processus reste actuellement hautement confidentiel et c'est d'ailleurs un incitatif à la médiation. Or, rattacher la compétence d'un médiateur au nombre d'ententes conclues en sa présence pourrait-il mener au « tordage de bras » dans quelques dossiers pouvant faire toute la différence entre un médiateur efficace et un autre qui l'est moins en raison du pourcentage d'ententes conclues ? À notre avis, cette mesure essentiellement quantitative de la compétence du médiateur risque, à plus ou moins longue échéance, de poser problème par rapport à son intégrité et à sa neutralité, et le processus lui-même pourrait en payer le prix au niveau de sa crédibilité en tant que mode de régulation sociale. Par ailleurs, pourquoi imputer seulement au médiateur la conclusion d'un règlement, alors que l'un des objectifs de la médiation est justement de responsabiliser les parties concernées en les encourageant à trouver elles-mêmes une solution à leur différend ?

Au-delà de la formation et de l'expérience acquises sur le plan des champs et des techniques d'intervention en médiation, on dit aussi qu'un médiateur doit posséder « la qualité de la relation à l'autre »⁶. Cette qualité, innée ou non, se développe, selon toute vraisemblance, par la

6. Legault, *loc. cit.*, note 1 à la p. 13.

formation et l'expérience. À titre de professionnel, le médiateur a l'obligation de subordonner son intérêt personnel à celui des parties au différend. Il doit adopter à cet égard une approche impartiale et éviter de se placer en situation de conflit d'intérêts⁷. Certains auteurs semblent dire que l'expert de la matière faisant l'objet du différend pourrait avoir un regard biaisé de la solution au problème en raison de sa spécialisation professionnelle⁸. On postule ainsi qu'un médiateur expert, contrairement à un médiateur généraliste, pourrait être enclin à diriger les parties à un différend vers un règlement qui s'inscrit à l'intérieur des balises propres à son champ d'expertise, plutôt que d'amener les parties vers une entente à la mesure de leurs besoins et de leurs intérêts réels. En somme, le médiateur expert contribuerait, par son intervention, à perpétuer les règles établies dans son champ d'expertise plutôt que de laisser les parties développer leurs propres cadres de référence.

Pour répondre à cette qualité de « la relation à l'autre », le médiateur fait aussi preuve de réserve et de discréetion dans l'exercice de sa fonction afin de préserver la confidentialité des informations qui lui sont divulguées à titre privilégié. Comptant sur sa discréetion, les parties à un différend auront la confiance nécessaire pour exposer franchement, en sa présence, leurs points de vue. Tout ce qui est dit pendant une médiation reste confidentiel, incluant les informations communiquées au médiateur pendant un caucus⁹, à moins que leur divulgation ne soit autorisée par l'une ou l'autre des parties concernées. La confidentialité du

7. *Ibid.* Aussi Roy, Schneebalg et Galton, *op. cit.*, note 1 aux pp. 19 et 20.

8. À ce sujet, Legault, *ibid.* L'auteur traite du problème en regard du juge-médiateur : « L'enjeu est celui du conflit de rôle du juge, conflit qu'il peut vivre personnellement ou encore conflit que les clients peuvent vivre. Dans l'intervention, la zone est mince entre dire le droit à partir de son expérience de juge et intervenir dans une négociation sur un litige. Ainsi toutes les interventions qui viseraient à toucher le « fond juridique » du litige ne sont pas admissibles en CRA, par exemple, se prononcer sur le droit en cause, évaluer la preuve au dossier ou soupeser une option de la jurisprudence. » Aussi, Roy *et al.*, *ibid.* à la p. 21. Ces auteurs tiennent ces propos en comparant le médiateur généraliste au médiateur expert dans la matière visée par le différend : « En outre, celui-ci présente l'avantage de pouvoir lancer un regard neuf et candide sur la question, plutôt qu'un regard d'expert, qui risque d'être convaincu d'avoir trouvé rapidement la solution idéale et qui devra, dès lors, déployer de grands efforts pour ne pas pousser les parties à l'adopter ».

9. Roy *et al.*, *ibid.* à la p. 39. À propos de la confidentialité des caucus, nous retenons particulièrement le commentaire suivant des auteurs : « En d'autres termes, c'est la négation même du sacro-saint principe du contradictoire par lequel chaque partie se fait entendre en présence de l'autre, applicable dans les procédures judiciaires et arbitrales ». Voir aussi les commentaires à la p. 57. Celui-ci est très révélateur : « Les bons médiateurs sont obsessionnellement méticuleux en ce qui concerne le respect de la confidentialité des informations qu'ils recueillent ».

processus de médiation le caractérise et le distingue fondamentalement d'un processus judiciaire ou quasi-judiciaire.

Finalement, on dit que le médiateur doit être doué d'une très bonne écoute active doublée d'une grande capacité de communication et de vulgarisation¹⁰. L'écoute active lui permettra de saisir aussi bien les considérations matérielles du problème que celles d'ordre personnel qu'elles soient émotives, psychologiques, culturelles ou autres¹¹. Le médiateur pourra ainsi capter les perceptions, les intérêts, les besoins et les valeurs des parties en présence¹². La qualité de la communication est également importante. L'utilisation d'un langage hermétique peut avoir un effet sur la qualité du consentement exprimé puisque celle-ci est intimement liée à la compréhension des enjeux aux différentes étapes du processus de médiation¹³. On met aussi en garde à l'encontre de la force du langage dans la mesure où la manière de communiquer peut influencer le consentement donné. Les termes, le ton et le débit du langage accompagnés de la gestuelle peuvent être porteurs d'opinions sans que celles-ci ne soient directement exprimées. C'est pourquoi, le médiateur doit apprendre à maîtriser l'art de la communication pour assurer sa neutralité et son intégrité et par l'effet même, celles du processus qu'il dirige.

B. Les critères de compétence et l'encadrement des médiateurs institutionnels

Rappelons que nous nous intéressons, dans le cadre de cette étude, aux médiateurs qui œuvrent dans les différends du travail relevant du ministère du travail (MT), du Conseil des services essentiels (CSE), de la Commission des normes du travail (CNT) et de la Commission des relations du travail (CRT), nommés ci-après « organismes ». Dans leurs champs respectifs de compétence, ces organismes emploient des médiateurs. Puisque les processus de médiation sont institués en vertu de différentes lois du travail et que les organismes chargés de les mettre en œuvre ne sont pas les mêmes, on peut se demander si les qualifications des médiateurs et leur encadrement diffèrent d'un organisme à l'autre. On peut aussi se questionner sur la comparaison

-
- 10. Roy *et al.*, *ibid.* à la p. 20 ; Legault, *loc. cit.*, note 1 à la p.16.
 - 11. Roy *et al.*, *ibid.* aux pp. 20 et 136.
 - 12. Suzanne Courteau, « La conciliation judiciaire à la Cour supérieure » (2005) 3 *Revue de prévention et de règlement des différends* 55-56.
 - 13. Legault, *loc. cit.*, note 1 à la p. 16. Cet auteur porte le commentaire suivant à propos du juge-conciliateur : « La qualité du consentement dépendant de la qualité de la compréhension, le juge doit s'assurer de la compréhension des enjeux à toutes les étapes. »

possible de leurs profils de compétence eu égard aux critères généraux de compétence qui ressortent de la littérature spécialisée dans le domaine. Nous abordons ces questions en traitant de la formation et de l'expérience requises pour se qualifier aux fonctions de médiateur institutionnel (**a**), de la formation et l'encadrement fournis en cours d'emploi (**b**), des valeurs et qualités propres à l'exercice de la fonction (**c**).

a) La formation et l'expérience de base requises par les fonctions de médiateur institutionnel

La fonction de médiateur dans les organismes visés par la présente étude est classée au rang de professionnel (agent de recherche et de planification socio-économique) ou assimilée à un statut d'employé-cadre de niveau 4 dans la Fonction publique du Québec. Au MT, les quelques 28 employés exerçant la fonction de médiateur sont désignés comme étant des conciliateurs-médiateurs et ils occupent une classe d'emploi équivalant à celle de cadre, niveau 4. Au CSE qui emploient trois médiateurs, en plus du responsable du service qui fait aussi de la médiation, le titre de la fonction est médiateur et elle est classée au même rang que celle de conciliateur-médiateur du MT. À la CNT, un peu plus de 30 intervenants portent le titre de médiateurs et leur fonction est classée au rang de professionnel¹⁴ équivalant à celui d'agent de recherche et de planification socio-économique. À la CRT, les quelques 27 médiateurs en poste portent le titre d'agent de relations du travail¹⁵. Ils occupent la même classification que les médiateurs de la CNT.

-
14. Les médiateurs de la CNT sont classés au rang des professionnels dans la Fonction publique du Québec seulement depuis l'année 2005. Auparavant, ils occupaient la classe de technicien. La réévaluation de la fonction de médiateur à la CNT est survenue à la suite de l'adoption de dispositions dans la *Loi sur les normes du travail* (*L.n.t.*) conférant à tout salarié travaillant dans une entreprise sous compétence provinciale, le droit à un milieu de travail exempt de harcèlement psychologique, et chargeant la CNT de faire enquête et de procéder également dans la mesure du possible au règlement à l'amiable des différends fondés sur ces nouvelles normes du travail (art. 81.18 à 81.20 et 123.6 à 123.16 *L.n.t.*). Dans la foulée de ces nouvelles dispositions législatives entrées en vigueur le 1^{er} juin 2004, la CNT a dû recruter et embaucher des enquêteurs, dont la fonction a été classée au rang de professionnel. Il devenait par le fait même aberrant que les enquêteurs en matière de harcèlement psychologique soient des professionnels et que les médiateurs agissant au niveau des mêmes différends, à l'étape de la médiation, soient des techniciens. La fonction de médiateur a donc été réévaluée et placée au rang de professionnel. Cela a donné lieu à un nouveau concours à la fin de l'année 2004, auquel les médiateurs en poste ont dû se soumettre pour se qualifier dans la fonction réévaluée.
 15. Cette fonction a été créée à la suite de l'institution de la Commission des relations du travail en 2001 (*L.Q.*, c. 26). Les agents de relations de travail s'occupent de la médiation des différends relevant de la compétence de la CRT. Ils sont également chargés, en vertu de la loi, de la procédure d'enquête en matière d'accréditation et aussi de

On remarque à la lumière de ces premières données que les fonctions de médiateur sont considérées par les organismes sous étude à des rangs de professionnel et non de technicien. Les rangs ainsi reconnus, sans que l'on puisse affirmer qu'ils correspondent à la représentation du médiateur dans la littérature spécialisée, s'en rapprochent, particulièrement en ce qui concerne les fonctions de médiateur au MT et au CSE. Ces dernières font partie des classes supérieures dans la Fonction publique du Québec, alors que les médiateurs de la CNT et de la CRT restent dans le large peloton des professionnels de la fonction publique. Les fonctions de médiateur au MT et au CSE commandent des échelles salariales plus élevées que celles de la CNT et de la CRT. Cette différence de classement et incidemment de traitement à caractère pécuniaire s'explique-t-elle par des exigences de qualification à la fonction ou encore par des modes d'intervention¹⁶ qui ne seraient pas équivalents ?

En ce qui concerne la formation requise pour être admissible à participer au processus de sélection aux fonctions de médiateur dans les différents organismes à l'étude, les données recueillies en entrevue indiquent qu'on exige dans chacun des cas, que la personne soit détentrice d'un baccalauréat spécialisé en relations industrielles, en droit ou dans une discipline connexe. Chaque année de scolarité manquante peut être compensée par deux années d'expérience pertinentes en relations du travail, en sus de celles exigées, le cas échéant. Les personnes recrutées aux fonctions de médiateur doivent donc avoir une formation universitaire complète de premier cycle dans une discipline ou un champ d'études leur ayant permis d'acquérir des connaissances et des habiletés générales, mais pertinentes aux interventions requises dans les relations du travail.

À la CNT et à la CRT, aucune expérience n'a été formellement exigée jusqu'à maintenant pour se qualifier à la fonction de médiateur. Toute personne satisfaisant à l'exigence de scolarité peut soumettre sa candidature en vue de passer les examens écrit et oral. Au MT et au CSE, on exige plusieurs années d'expérience pertinente pour se rendre admissible au concours de médiateur. Dans le premier cas, au moins dix années d'expérience sont requises, alors que dans le second, on demande au moins huit années d'expérience pertinente. Dans les deux cas, l'expérience pertinente est définie comme étant celle dans le

l'accréditation des syndicats représentatifs lorsqu'elle n'est pas contentieuse. Avant 2001, des agents d'accréditation s'occupaient des enquêtes en matière d'accréditation. Cette fonction a été abolie et le législateur a créé une nouvelle fonction, soit celle d'agent de relations du travail.

16. Ce dernier aspect sera abordé dans la seconde partie de cette étude.

domaine des relations du travail, soit comme spécialiste en relations du travail dans le milieu syndiqué ou à titre de consultant, de conseiller ou de représentant d'une partie patronale ou syndicale. De façon plus précise, cette expérience s'inscrit dans la gestion de conflits de travail, dans la pratique de la négociation collective et dans la résolution de griefs. Chaque année de scolarité additionnelle et de niveau supérieur au minimum exigé peut compenser deux années d'expérience manquantes, à la condition que la scolarité soit pertinente aux attributions de l'emploi. À l'évidence, la fonction de médiateur au MT et au CSE admet seulement des candidatures pouvant être qualifiées de spécialistes ou d'experts dans le domaine des relations du travail, contrairement à la CNT et à la CRT où les candidatures au concours de sélection peuvent être des novices ou non initiés dans ce domaine.

En ce qui a trait aux exigences minimales des fonctions de médiateur, on constate qu'aucune formation dans le domaine de la médiation n'est exigée. On requiert avant tout une formation universitaire dans une discipline ou dans un champ d'études se rapportant aux matières dont doivent traiter les organismes visés. En cela, le profil de base du médiateur institutionnel correspond au modèle-type de médiateur. La formation académique première des médiateurs n'est pas la médiation. Ceux-ci ont d'abord acquis une formation en droit, en relations industrielles, en administration, en psychologie ou encore en relations humaines avant de devenir médiateurs. En outre, il n'y a pas de formation universitaire de premier cycle dont l'objet est la médiation. La formation en médiation vient en appui à une formation générale, particulièrement dans certaines disciplines des sciences humaines ou de l'administration.

Selon la littérature, l'expérience en médiation constitue un facteur de réussite des interventions dans ce domaine. Or, à défaut d'exiger de l'expérience en médiation, est-ce approprié de n'exiger aucune expérience de travail pertinente ? Au MT et au CSE, rappelons-le, ce ne sont que les candidatures ayant dix et huit années d'expérience dans les relations du travail qui sont admissibles à la fonction. Ainsi la personne qui a négocié pendant plusieurs années, qui a participé de façon active à la résolution des griefs a acquis une expérience pertinente à la médiation. On ne peut évidemment en dire autant de celle qui n'a pas d'expérience de travail. Le profil de compétence de base du MT et du CSE paraît donc plus compatible que ceux de la CNT et de la CRT avec les critères de compétence qu'on retrouve généralement dans la littérature. Qu'en est-il maintenant de la formation et de l'encadrement fournis en cours d'emploi ?

b) La formation et l'encadrement en cours d'emploi

La formation ou l'expérience en médiation n'est pas une exigence de base pour accéder à la fonction de médiateur dans les organismes sous étude. Toutefois, ceux-ci assument eux-mêmes la formation dès l'entrée en fonction d'un nouveau médiateur.

Au MT, la formation initiale des médiateurs comprend cinq modules. Le premier module, d'une durée d'une semaine, porte sur la description et la compréhension du travail de médiation. Le deuxième module, d'une durée de huit semaines, vise l'observation sur le terrain. Le troisième module, d'une durée d'une semaine, traite des outils d'intervention. Le quatrième module est complété plus tard dans le processus de formation. Il se fait en deux temps : deux jours et ensuite une journée consacrée à la gestion des émotions. Le cinquième module, d'une durée d'une semaine concerne la résolution de problèmes fondée sur la méthode de la négociation basée sur les intérêts (NBI). Dans le cadre de ce module, le médiateur assiste à une intervention en NBI. Le médiateur se voit généralement confier un premier dossier après 12 semaines de formation. Il bénéficie de l'encadrement d'un tuteur pendant une année complète. Il faut compter environ trois à cinq ans avant qu'un médiateur prenne charge de dossiers complexes. Au-delà de cette formation de base, les médiateurs assistent annuellement à un séminaire sur la gestion de conflit donné par l'École nationale d'administration publique (ENAP). Ils ont aussi sept à huit fois par année des rencontres de service consacrées à des analyses de cas discutées en atelier ou en plénière.

Au CSE, le médiateur entrant en fonction passe à travers une période de formation de huit mois. Il s'agit principalement d'un accompagnement par un médiateur chevronné. S'ajoute à cela une formation générale calquée sur celle offerte aux médiateurs du MT. Les médiateurs du CSE reçoivent aussi de la formation ponctuelle. De plus, il y a environ six réunions de service par année, sans compter celles qui se tiennent au besoin. En outre, le CSE encourage ses médiateurs à poursuivre un programme universitaire spécialisé en médiation et en assume les frais.

À la CNT, la formation des médiateurs est assumée principalement par le Service de la normalisation et de la formation de cet organisme qui compte quatre agents de formation. La formation de 1^{er} niveau, auparavant d'une durée de trois jours, est de cinq jours depuis 2005. Au cours de cette formation de base, on traite dans un premier volet de la notion de conflit. On s'interroge sur cette notion, sur la façon dont il s'exprime. On traite, dans un deuxième volet, des techniques de communication et

de reformulation. Le troisième volet est consacré à la négociation raisonnée et le dernier volet porte sur la médiation. À la suite de cette formation, les médiateurs vont agir à titre d'observateurs dans 15 à 20 médiations. Par la suite, ils sont considérés autonomes et des dossiers leur sont confiés tout en continuant de bénéficier de la supervision d'un médiateur expérimenté. Ils vont suivre également une formation de 2^e niveau portant spécifiquement sur la médiation dans le cadre de la compétence de la CNT. Ils voient alors les différentes plaintes relevant de la CNT, notamment celles qui peuvent éventuellement commander une médiation. On leur explique les règles prévues dans la loi et dans la jurisprudence, ainsi que l'entente de règlement et comment s'outiller pour faire une telle entente. Un 3^e niveau de formation, offert pour la première fois en 2005 à une trentaine de médiateurs et d'une durée de deux jours, est axé sur la gestion des cas difficiles, sur la créativité en médiation et sur les techniques de médiation évaluative et transformative. L'objectif de cette formation est de fournir aux médiateurs des outils de travail qu'ils pourront utiliser et adapter au gré des situations qu'ils rencontrent. La médiation évaluative amène le médiateur à identifier les forces et les faiblesses du dossier en litige. La formation vise à montrer comment faire l'évaluation en vue de faciliter le règlement à l'amiable. La médiation transformative est plus orientée sur les parties que sur le processus. Elle vise à travailler sur les perceptions des gens afin de les amener à changer ou modifier leurs perceptions dans l'optique d'un rapprochement. En plus de ces trois niveaux de formation, les médiateurs sont conviés une ou deux fois par année à un colloque de deux journées comportant divers ateliers. On tient aussi des ateliers régionalisés d'une demie à une journée aux fins de mise à jour de la jurisprudence.

À la CRT, les agents de relations du travail nouvellement embauchés reçoivent tout d'abord une formation de départ d'une dizaine de jours sur le contenu des différentes lois relevant de la compétence de la CRT. Cette formation inclut les aspects de base de la conciliation et les différentes techniques qui y sont associées. Par la suite, un système de parrainage prend la relève. L'agent nouvellement embauché est jumelé avec un agent plus expérimenté qu'il va accompagner pendant environ un mois. Pendant le mois subséquent, les rôles sont inversés : l'agent expérimenté suit le nouvel agent qui agit de plus en plus par lui-même. On nous dit qu'au fil des années, beaucoup d'autres formations de contenu sont offertes aux agents de relations du travail¹⁷. En plus de la formation disponible, les agents discutent souvent entre eux et ils disposent de temps pour le faire. Ces échanges permettent l'entraide entre les agents et ils favorisent aussi le développement d'une position cohérente de la CRT.

17. Une personne mentionne que plus de formation en médiation serait souhaitable.

Les données précédemment décrites montrent que les organismes offrent une formation en médiation et une formation juridique, le cas échéant, par rapport aux matières soumises à la médiation. Les médiateurs institutionnels nouvellement entrés en fonction bénéficient d'une formation de base tout aussi importante, voire plus que celle que suit la majorité des médiateurs en d'autres domaines, dans ces derniers cas la formation de base étant généralement de 40 heures. Les médiateurs institutionnels profitent également d'un système de parrainage qui s'étale sur des périodes plus ou moins longues selon les organismes visés. En cela, ils reçoivent une formation qui satisfait les critères généralement indiqués dans la littérature et précédemment exposés. Ils reçoivent aussi une formation continue, comme il est recommandé dans la littérature spécialisée. Enfin, la pratique dans les divers organismes favorise les échanges et les discussions entre collègues de manière à créer une synergie dans la fonction exercée et à favoriser la cohérence institutionnelle. Rappelons que les médiateurs sont eux-mêmes porteurs de précédents en médiation. Ils ont la connaissance des règlements auxquels ils participent. Il est donc important qu'ils puissent échanger pour baliser leurs interventions dans une perspective plus large que leurs seules expériences. Ils contribuent ainsi au développement de l'expérience institutionnelle en médiation. Lorsqu'on compare les diverses formations offertes aux médiateurs institutionnels à celles auxquelles ont généralement accès les médiateurs autonomes, les premiers semblent n'avoir rien à envier aux seconds.

À la lumière des informations recueillies au cours des entrevues, on peut constater que tous les organismes visés par notre étude ont des programmes de formation structurés permettant l'acquisition de connaissances et le développement des habiletés et qualités propres à la médiation et aux matières qui y sont traitées. Ces programmes comprennent aussi des systèmes de parrainage et de la formation continue, ainsi que des occasions d'échanges et de discussions réflexives par rapport aux champs et aux techniques d'intervention des médiateurs. Il convient de souligner, par ailleurs, qu'au CSE et à la CNT, une règle d'éthique explicite prévoit le devoir du médiateur de maintenir ses connaissances et habiletés professionnelles à jour afin de répondre aux exigences de la fonction occupée.

c) *Les valeurs et qualités fondatrices de la fonction de médiateur*

Les qualités et les valeurs auxquelles nous nous intéressons particulièrement ont trait à l'impartialité, la confidentialité, le respect et l'intégrité. À ce stade, il s'agit essentiellement de constater si ces valeurs ou qualités sont préconisées dans l'exercice de la fonction de médiateur

institutionnel. Dans la seconde partie de cette étude, nous aurons l'occasion d'examiner si elles sont susceptibles d'être mises à l'épreuve compte tenu des techniques d'intervention appliquées.

Dans tous les organismes étudiés, les médiateurs sont soumis à des règles d'éthique qui intègrent les qualités et les valeurs précédemment énoncées. Les données recueillies pendant les entrevues indiquent aussi que ces valeurs servent de point d'ancrage au début du processus de médiation dans chacun des organismes.

Impartialité. Tel qu'il est mentionné dans la littérature, l'une des qualités importantes d'un médiateur est celle de la relation à l'autre. On s'attend du médiateur qu'il soit impartial, c'est-à-dire qu'il n'ait pas de parti pris et qu'il évite de se placer dans une situation qui le mettrait en conflit d'intérêts par rapport à l'intervention professionnelle menée. On le met ainsi en garde de donner son opinion par rapport au différend soumis à la médiation ou de faire pression pour qu'une entente intervienne.

Les données recueillies au cours des entrevues et dans la documentation à laquelle les personnes interviewées nous ont référés nous indiquent que cette qualité est l'un des éléments fondateurs de l'intervention des médiateurs institutionnels. En effet, au MT, au CSE, à la CNT et à la CRT, tous sont unanimes pour dire que le médiateur doit être impartial dans l'exercice de sa fonction. Ainsi, on nous dit au MT que le médiateur doit « être capable de dissocier ses propres valeurs de celles des autres, de manière à ne pas porter de jugements de valeurs ». On préconise l'ouverture d'esprit, la neutralité dans les propos, les gestes et les actions entreprises. Les intérêts respectifs des parties au différend sont au cœur de l'intervention du médiateur, tout en assurant l'équité du processus. Lorsque requis par la nature du dossier, on nous informe au CSE, à la CRT et à la CNT que les médiateurs, tout en restant neutres, peuvent insister auprès des parties pour qu'elles évaluent le dossier en litige à la lumière du droit applicable. Dans ce contexte, les médiateurs informent les parties des règles de droit et certains d'entre eux peuvent même relever les forces et les faiblesses par rapport aux intérêts exprimés qu'ils soient d'ordre juridique ou relationnel.

Il est clair que l'impartialité impliquant l'absence de parti pris, de favoritisme ou de liens d'intérêts professionnels, amicaux ou autres avec une partie à un différend est une valeur primordiale que les organismes étudiés entendent faire prévaloir en médiation. On constate, par ailleurs, à travers les propos tenus par les représentants du CSE, de la CRT et de la CNT, que les médiateurs, tout en étant axés sur les intérêts des parties

à un différend, ne peuvent se dissocier de la loi que l'organisme dont ils font partie a pour mission de faire respecter.

Confidentialité. Le caractère confidentiel du processus de médiation et des informations qui y sont dévoilées est un autre élément fondamental de ce mode de règlement des différends. Le législateur a d'ailleurs confirmé toute l'importance de cette qualité du processus dans les différentes lois du travail dont la mise en œuvre incombe aux organismes visés par cette étude. Un médiateur institutionnel ne peut être contraint de divulguer devant tout tribunal qu'il soit judiciaire ou administratif ce qui lui a été révélé ou ce dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa fonction, ni de produire des notes personnelles ou autres documents obtenus durant la médiation¹⁸. La discréetion et la réserve sont des qualités exigées du médiateur institutionnel, comme elles le sont également de tout médiateur. Le devoir de confidentialité est inscrit dans les règles d'éthique respectives des médiateurs du CSE, de la CNT et de la CRT. Notons toutefois qu'au CSE la dynamique est différente puisque le médiateur doit lui faire rapport¹⁹. Son obligation de confidentialité est nécessairement modulée pour permettre au CSE d'exercer pleinement ses fonctions. Celles-ci exigent notamment que le CSE juge de la suffisance des services essentiels même dans les cas où les parties se sont entendues à ce sujet. De plus, le CSE doit prendre acte de toutes les ententes intervenues dans les cas de grèves illégales ou de non respect des services essentiels. Quant à la CRT, l'entente intervenue entre les parties au cours de la médiation peut être soumise à son approbation, dans les six mois de sa signature, à la demande de l'une ou l'autre des parties²⁰. Ces différentes exigences confèrent une dimension publique au processus de médiation ayant cours sous l'égide de ces organismes.

Les entrevues menées révèlent que les médiateurs de tous les organismes sous étude, dès la première étape du processus, insistent sur le caractère confidentiel des informations divulguées pendant la médiation. À cet effet, ils demandent à toutes les personnes présentes à la médiation de s'engager à assurer la confidentialité du processus. Au MT et à la CRT, on souligne que le caractère confidentiel s'applique aussi lorsque le médiateur rencontre l'une et l'autre partie en caucus. Ce qui est révélé par une partie en caucus ne sera communiqué à l'autre

18. L'obligation de confidentialité est prévue dans les dispositions suivantes : art. 15 *Loi sur le ministère du travail*, L.R.Q., c. M-32.2 (médiateurs du MT) ; art. 111.0.10.1 *Code du travail* (C.t.), L.R.Q., c. C-27 (médiateurs du CSE) ; art. 123.3 et 125 *Loi sur les normes du travail* (L.n.t.), L.R.Q., c. N-1.1 (médiateurs de la CNT) ; art. 122 et 137.53 C.t. (agents de relations du travail de la CRT).

19. Art. 111.0.10 C.t.

20. Art. 123 C.t.

partie que si la première y consent. Au CSE, le code d'éthique des médiateurs prévoit que « seuls les renseignements pertinents et nécessaires à l'exercice de ses fonctions, soit d'aider au développement d'un accord, sont transmis à l'autre partie ». À la CNT, les règles d'éthique imposent aussi au médiateur la confidentialité des échanges. Comme un répondant nous a dit en entrevue au MT, « la confidentialité est une règle d'or ».

Respect. Faire preuve de respect et de civilité est une autre qualité essentielle exigée de la part des médiateurs institutionnels. Au CSE, cette valeur est expressément énoncée et décrite dans le code d'éthique des médiateurs. Elle est également inscrite dans les règles d'éthique de la CNT et de la CRT. De toute évidence, elle est également présente chez les médiateurs du MT, bien que cet organisme n'affiche pas de règles d'éthique écrites. Le respect ressort clairement comme une valeur essentielle des propos tenus par les personnes interviewées, particulièrement dans leurs explications relatives au déroulement de la médiation. Le code d'éthique du CSE résumant bien toutes les dimensions de cette valeur qu'est le respect dans la médiation, il est utile d'en rapporter le contenu :

RESPECT

- La personne médiatrice considère chaque personne qui s'adresse à elle comme étant importante et elle fait preuve dans son accueil de considération et de civilité.
- La personne médiatrice, dès le premier contact, prend le temps d'écouter, de donner de l'information nécessaire et de répondre clairement aux questions, au meilleur de sa connaissance. Elle précise son rôle, le cadre de son mandat et prend le temps nécessaire pour sensibiliser les parties à leurs responsabilités envers le citoyen.
- La personne médiatrice fait preuve d'écoute, d'humanité dans ses échanges et elle favorise le développement d'un respect mutuel entre personnes pleinement mandatées et capables de prendre des décisions éclairées afin de faciliter la continuité des travaux et le règlement d'un dossier.
- La personne médiatrice veille à ne pas imposer le contenu d'une entente. Elle consacre plutôt ses efforts à favoriser un climat de dialogue en vue de permettre une ouverture au point de vue de l'autre.

Tel qu'indiqué ci-dessus, le respect en médiation s'exprime notamment par une écoute active. D'ailleurs, cette qualité est clairement mentionnée dans la littérature comme étant un critère fondamental dans le bon déroulement d'une médiation. Selon les données recueillies pendant les entrevues, il est clair que les médiateurs institutionnels favorisent l'écoute active. Ils encouragent également les parties à la pratiquer en vue d'un règlement à l'amiable.

Intégrité. L'intégrité constitue un autre élément essentiel à la crédibilité du médiateur et du processus de médiation qu'il dirige. Cette valeur ou qualité repose sur la franchise, la transparence et la capacité de communication et de vulgarisation. Le médiateur, qui éprouverait de la difficulté à se faire comprendre ou qui ne saurait le faire, pourrait être taxé d'un manque de transparence ou de franchise. Au MT, on nous dit que le médiateur doit être à l'aise avec les gens. À la CRT, on souligne l'importance « d'aimer les gens et d'être capable de bien entrer en communication avec eux ». À la CNT, on place ces qualités au titre de l'équité dans les règles d'éthique du médiateur. Celui-ci doit « veiller à maintenir un équilibre dans la médiation en ne permettant aucune intimidation ou manipulation ». Permettre ce genre de comportement pourrait susciter des doutes quant à l'intégrité du médiateur. Il doit « veiller à ce que chaque partie ait la possibilité de s'exprimer pleinement et de faire valoir ses préoccupations, tout en assurant le meilleur déroulement de la séance ». Enfin, il doit « s'assurer que chaque partie connaît et comprend les enjeux des options et de l'entente ». Au CSE, l'intégrité du médiateur et du processus de médiation sont prévues au code d'éthique dans les termes suivants :

INTÉGRITÉ

- La personne médiatrice contribue au règlement en toute sincérité et transparence. Elle fait preuve d'honnêteté professionnelle dans ses communications.
- La personne médiatrice contribue à établir un climat de confiance mutuelle et de communication franche. Ce climat de confiance est primordial car il est à la base d'une saine collaboration.
- La personne médiatrice souhaite que cette responsabilité soit partagée avec les personnes qui utilisent ses services.
- La personne médiatrice s'assure que son rôle et les objectifs de la médiation sont bien compris par les parties. Elle transmet des messages clairs et avec franchise pour faciliter le développement d'un climat d'ouverture.

De toute évidence, la transparence dans la communication avec les parties est l'un des éléments fondateurs du processus de médiation. D'ailleurs, tous les programmes de formation des médiateurs institutionnels comprennent au moins un volet relatif à la communication et aux techniques qui s'y rattachent.

En somme, on constate à l'examen des profils de compétence des médiateurs institutionnels que ceux-ci répondent aux critères de qualifications identifiés dans la littérature spécialisée en médiation. Sans reprendre l'exposé précédent, il convient de relever certaines caractéristiques générales propres à ces profils de compétence. Tous les médiateurs institutionnels possèdent une formation universitaire complète de 1^{er} cycle ou à défaut un nombre d'années d'expérience qui le compense. Lorsqu'ils entrent en fonction, ils ne peuvent pas tous cependant être considérés comme des experts dans les relations du travail. C'est particulièrement le cas pour les quelques personnes à la CNT et à la CRT qui, compte tenu des exigences alors applicables, ont pu être nommées sans avoir d'expérience en médiation. À première vue, ce type de profil de compétence semble plus difficile à concilier avec le critère de l'expérience retenu dans la littérature. Puisque la maturité professionnelle et personnelle constitue un gage de réussite de la médiation, on peut s'interroger sur la pertinence d'un profil de compétence qui accepte des candidats sans expérience. Cela dit, les médiateurs, dans tous les organismes, bénéficient d'une formation de base en médiation et d'un encadrement par des pairs expérimentés. La formation continue leur est également accessible, ainsi que la réflexion en collégialité.

Quant aux valeurs et qualités fondatrices de la fonction de médiateur dans les organismes à l'étude, on remarque qu'elles sont identiques à celles que la littérature met en évidence. L'impartialité, la confidentialité, le respect et l'intégrité sont des valeurs et qualités universelles à tout processus de médiation. Il reste maintenant à voir dans quelle mesure les modes d'intervention des médiateurs institutionnels en font des modèles de médiation distinctifs.

2. Les champs et les techniques d'intervention

Cette seconde partie vise à cerner les champs (**A**) et les techniques (**B**) d'intervention qui caractérisent les processus de médiation institutionnelle afin d'analyser dans quelle mesure les modes d'intervention des médiateurs sont susceptibles d'influer sur le règlement des différends que leur confie le législateur.

A. *Les champs d'intervention en médiation institutionnelle*

Il convient d'expliquer ce que nous entendons par « champs d'intervention » (**a**) avant d'étudier les matières visées par ceux-ci en médiation institutionnelle (**b**).

a) Typologie des champs d'intervention en médiation

La médiation occupe maintenant une place reconnue dans le règlement des différends de diverses natures parce qu'elle facilite ou permet, notamment, l'accès à des champs d'intervention que les parties intéressées, laissées à elles-mêmes, pourraient avoir de la difficulté à pénétrer en vue de parvenir à un règlement satisfaisant. Les assises contemporaines de la médiation reposent sur la théorie de la négociation raisonnée. Selon cette théorie, une négociation orientée sur les intérêts des parties en présence crée, selon toute vraisemblance, une relation gagnant/gagnant contrairement à une négociation axée sur les positions qui risque, plus souvent qu'autrement, d'entraîner les parties vers une relation gagnant/perdant²¹. Les auteurs de cette théorie ont également observé dans le cadre de leurs recherches que l'intervention d'un tiers impartial dans une négociation permet fréquemment de surmonter, par la technique du « caucus », les blocages et de mener à une entente satisfaisante pour les deux parties²². Ainsi, à la suite de l'acceptation de cette théorie, les théoriciens et les praticiens se sont mis à opposer la négociation raisonnée à la négociation sur positions, la dernière étant associée à un rapport de force des parties en présence et la première à un rapport de sens communément partagé par ces dernières. La médiation, en tant que négociation dirigée par un tiers, peut donc couvrir des champs d'intervention plus ou moins larges selon l'approche privilégiée. Pour les fins de nos propos, nous traitons des approches suivantes : l'approche fondée sur les positions, l'approche fondée sur le raisonnement juridique et l'approche fondée sur les intérêts, appelée aussi résolution de problème.

La négociation sur les positions. Celle-ci part de demandes, de revendications bien précises que l'une et l'autre partie s'adressent mutuellement. Ces revendications ne découlent pas d'un droit ou d'une obligation que l'une des parties estime non respecté, elle porte plutôt sur des intérêts ou des besoins purement propres à l'une d'elles. On parle d'une négociation en champ libre. Lorsque la négociation en champ libre

21. La théorie de la négociation raisonnée a été développée par Roger Fisher et William Ury, *Comment réussir une négociation*, Paris, Éditions du Seuil, 1982.

22. Roy *et al.*, *op. cit.*, note 1 à la p. 4.

repose sur les positions des parties en présence, celles-ci insistent sur leurs revendications respectives en essayant, pour chacune d'entre elles, d'amener l'autre vers sa position au moyen d'arguments, d'actions, voire de concessions sur d'autres points de la négociation. Les discussions entreprises partent de la revendication²³ plutôt que du problème qui l'a engendrée. Celui-ci sera éventuellement abordé dans le cadre de la discussion, mais le risque est que chacune des parties l'apprécie selon son propre point de vue de l'affaire et surtout en tenant compte de la revendication formulée. Chacune de leur côté, les parties peuvent avoir de bonnes raisons pour vouloir mettre de l'avant ou non cette revendication, sans chercher cependant à dégager une solution qui pourrait les satisfaire toutes les deux par rapport au problème soulevé. À force de tenter mutuellement de se convaincre de leurs positions respectives, les parties peuvent provoquer des rapports antagonistes et perdre de vue le problème à l'origine de la revendication initiale, ainsi que leurs intérêts réciproques à trouver une solution satisfaisante.

Aujourd'hui, un médiateur dont l'intervention est requise pour régler un différend issu d'une négociation en champ libre proposera, selon toute vraisemblance, aux parties en présence, un nouvel espace de négociation dans lequel celles-ci seront encouragées tout au long du processus à délaisser leurs positions respectives en vue d'une négociation raisonnée ou fondée sur leurs intérêts communs. Le médiateur n'aurait, en effet, aucune justification professionnelle à diriger une négociation sur positions lorsque celle-ci est en champ libre. La situation est-elle différente quand les positions des parties peuvent être soumises à un raisonnement juridique ?

La négociation axée sur le raisonnement juridique. Les réclamations adressées à un tribunal sont elles aussi des positions exprimées. Cependant contrairement aux revendications qui ne sont pas d'ordre juridique, les réclamations émanent de droits ou d'obligations sur lesquels les parties sont en désaccord, et dont l'une d'elles peut réclamer le respect devant un tribunal compétent. S'il est saisi de l'affaire, le tribunal utilisera le raisonnement juridique pour trancher le litige²⁴. Ce raisonnement repose principalement sur l'interprétation, le cas échéant, de la

23. À ce sujet : Nabil N. Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 à la p. 51.

24. Voir l'illustration d'une médiation fondée sur un raisonnement judiciaire par opposition à celle qui est basée sur la résolution de problème : Jean-François Roberge, « La conférence de règlement à l'amiable : les enjeux du raisonnement judiciaire et du raisonnement de résolution de problème » (2005) 3 *Revue de prévention et de règlement des différends* 39-42.

règle de droit et son application aux faits juridiquement pertinents d'une affaire.

La médiation d'une réclamation donnant lieu à un raisonnement juridique offre aux parties à ce type de différend un espace de négociation propice à un règlement à l'amiable. La question est de savoir si celui-ci peut être réglé sans tenir compte du raisonnement juridique. Contrairement à la revendication en champ libre effectuée essentiellement sur la base de la position d'une partie à la négociation, la réclamation fondée sur un raisonnement juridique, bien qu'elle soit faite dans l'intérêt individuel de l'une des parties en cause, peut sous-tendre des valeurs, des principes, des pratiques que la société, par la voie législative, a placés au rang de normes d'ordre public. Dans un tel contexte, le médiateur n'intervient plus dans un espace de négociation que seules les parties en cause peuvent occuper à leur gré. L'espace se trouve déjà habité par des normes d'ordre public puisque le différend soumis à médiation en est, par essence, porteur. Le médiateur n'est-il pas de ce fait auxiliaire de justice, spécialement lorsqu'il est à l'emploi d'un organisme chargé du respect de la loi ?

Cela dit, le raisonnement juridique se distingue de la réclamation qui l'anime. La réclamation ou mesure de réparation exigée exprime la position d'une partie. Or, un médiateur pourrait très bien demander à cette partie de délaisser sa position de départ aux fins de la négociation du règlement, sans pour autant exclure le raisonnement juridique du processus de médiation. Il pourrait amener les parties à élaborer elles-mêmes ce raisonnement et à trouver ensuite une solution qui soit compatible avec celui-ci. Le droit comme on le sait n'est pas une science exacte, et la règle de droit n'est ni arithmétique, ni mathématique. Souvent, elle se module au gré des circonstances particulières d'une affaire, spécialement lorsque la norme en vigueur laisse place à un raisonnement juridique fondé sur l'équité.

Il est important aussi de distinguer le raisonnement juridique de la procédure judiciaire. Lorsque les parties se présentent devant un tribunal, elles vont, chacune à leur tour, montrer la partie du dossier qui leur est favorable et ériger un raisonnement juridique en conséquence. En délibéré, le tribunal, saisi des deux parties du dossier, aura une vision du problème juridique différente de celles que les parties lui ont respectivement soumises, ayant en sa possession l'ensemble du dossier. Il soupèsera alors les forces et les faiblesses des éléments au dossier. Cela pourra le conduire à une vision des faits différente de celles que les parties ont voulu lui montrer chacune de leur côté. Son raisonnement

juridique pourra lui aussi s'éloigner de l'analyse faite par chacune des parties en cause, parce qu'il n'aura pas la même vision du problème qu'eux. La médiation axée sur le raisonnement juridique amène les parties à soupeser le problème juridique sous toutes ses facettes sans chercher à tronquer la réalité pour la rendre à l'avantage de l'une des parties en cause.

La négociation basée sur les intérêts (NBI). La NBI prend appui sur la théorie de la négociation raisonnée. Le professeur Nabil P. Antaki résume en quatre principes fondamentaux les bases de cette théorie :

1. traiter séparément les questions de personnes et le différend.

Ce principe part de l'idée que les individus sont tous différents et que chacun a sa propre perception des choses et des événements. Il faut accepter et respecter cette différence. Il ne faut surtout pas confondre l'objet du débat et ses propres sentiments ou ceux des autres négociateurs. Il faut donc, d'entrée de jeu, dégager l'aspect personnel pour le traiter séparément. Il est plus efficient d'attaquer ensemble le litige auquel on est confronté que de s'attaquer mutuellement ;

2. se concentrer sur les intérêts en jeu et non sur les positions.

Ce principe pose comme postulat que le but de toute négociation est de servir les intérêts sous-jacents de chacun. Or, en se concentrant sur la défense de positions qui ne sont pas fondées sur des intérêts, on s'écarte de l'objectif et les concessions consenties dans ces conditions peuvent laisser durer les causes du différend. Il faut concentrer les efforts sur l'identification des intérêts en présence pour résoudre définitivement le différend de façon satisfaisante, sinon on ne le règlera qu'en apparence ;

3. imaginer un grand éventail de solutions avant de prendre une décision.

Il existe toujours plusieurs solutions valables et possibles à chaque problème, mais les circonstances font que l'attention se fixe rapidement sur la solution la plus évidente qui n'est pas nécessairement la meilleure. Il faut prendre le temps, lorsque les intérêts ont été identifiés, d'envisager le plus grand éventail possible de solutions. On retiendra la solution qui sert les intérêts communs optimums des deux parties et harmonise de façon originale les intérêts divergents. C'est la seule approche qui rend possible une solution gagnant/gagnant ;

4. exiger que le résultat repose sur des critères objectifs.

Un accord doit être fondé sur un critère objectif externe. Parmi ces critères on retient, à titre d'exemple, un indice des prix, l'opinion d'un expert, des coutumes commerciales ou la loi. Ce principe permet de dénouer les impasses puisque le critère objectif échappe à l'influence unilatérale d'une partie²⁵.

La négociation raisonnée ou NBI ou négociation par résolution de problème – les trois expressions étant synonymes – se distingue de la négociation sur positions en ce qu'elle vise fondamentalement la résolution d'un problème et autant que possible en tenant compte de toutes les dimensions qui font l'objet du différend. L'objectif de départ est de bien cerner le problème en essayant aussi de comprendre pourquoi il se pose, ainsi que les intérêts des parties à le régler. Celles-ci chercheront des solutions seulement une fois qu'elles auront bien identifié le problème et qu'elles en comprendront les enjeux de part et d'autre.

De toute évidence, le raisonnement juridique fait partie d'une approche fondée sur la résolution de problème. En effet, le tribunal va cerner le problème à l'aide de la preuve qui lui est soumise et des règles de droit applicables. Ce n'est qu'après avoir analysé les faits et les droits en présence qu'il décidera des mesures de redressement appropriées. Le défaut du raisonnement juridique est qu'il fournit une vue partielle du problème puisque celui-ci est abordé seulement sous l'angle juridique. La mesure de réparation accordée, étant liée au problème juridique identifié, pourrait elle aussi être incomplète ou encore inadaptée aux besoins ou aux intérêts réels des parties. S'ajoute à cela, le sentiment qu'une partie se trouve gagnante ou perdante par rapport à l'autre, une fois le jugement rendu. Bref, le raisonnement juridique se distingue d'une approche de règlement fondée sur positions, dans la mesure où il repose au départ sur le problème litigieux. Toutefois, contrairement à la négociation par la résolution de problème où l'objectif est idéalement de considérer toutes ses dimensions, ainsi que toutes les facettes que celles-ci comportent en les mettant en perspective, la négociation axée sur le raisonnement juridique vise à isoler la dimension juridique pour en saisir toutes ses facettes, mais seulement celles-là.

En permettant d'envisager tous les aspects d'un problème et de les mettre en perspective les uns par rapport aux autres, la négociation par résolution de problème favorise aussi l'élaboration de différentes solutions possibles – pas seulement d'ordre juridique – et de choisir celle qui

25. *Op. cit.*, note 23 à la p. 54.

paraît la mieux adaptée aux intérêts réels des parties en présence. Lorsque la médiation basée sur les intérêts (MBI) a lieu en champ libre, il n'y a aucun empêchement à l'appliquer dans son intégralité. Il n'y en a pas non plus si on est en présence d'un problème comportant une dimension soumise à raisonnement juridique. La question est de savoir si le médiateur peut faire abstraction de ce raisonnement dans son intervention auprès des parties concernées ? Pourquoi le médiateur devrait-il, en effet, faire abstraction de la dimension juridique, alors que la théorie de la négociation raisonnée commande que l'on explore toutes les dimensions d'un problème ?

b) Les champs d'intervention en médiation institutionnelle selon les matières visées

Tel qu'il a été précédemment exposé, la médiation fondée sur les positions apparaît aujourd'hui révolue parce qu'elle comporte, à sa face même, un illogisme dans la démarche de négociation qu'elle suppose. Elle crée une confusion entre la réclamation et le problème qui l'a provoquée. Enclencher un processus de négociation en passant d'abord par la solution envisagée par l'une des parties, selon sa propre analyse du dossier – avec les perceptions et les distorsions que celle-ci implique – tend à figer immédiatement le débat, et cela avant même que le problème ait pu être discuté isolément. L'une des parties cherchera à décrire les faits vécus qui reflètent sa revendication et l'autre partie tentera de montrer une toute autre réalité pour nier le bien-fondé de cette revendication. L'une et l'autre partie resteront sur leurs positions, sans réellement chercher à avoir une vue d'ensemble du problème qui les oppose, ayant constamment en tête leurs propres solutions de départ. L'objectif de la négociation par résolution de problème est justement d'axer le débat sur le problème vécu pour que les parties en viennent à une connaissance et une compréhension de toutes ses facettes, ainsi que des enjeux que celles-ci comportent pour l'une ou l'autre et surtout pour l'une et l'autre.

Tous les médiateurs institutionnels rencontrés en entrevue sont unanimes à dire que le processus de médiation qu'ils dirigent ne part pas des positions des parties, mais bien du problème qui les oppose. De toute évidence, ils ne pratiquent pas la négociation sur les positions. De plus, il semble qu'une « période de refroidissement » peut être bénéfique, dans certains cas, avant ou en cours d'une médiation fondée sur la résolution de problème. À la lumière des données recueillies, on remarque qu'à l'exception des cas où la loi impose un traitement rapide ou quasiment instantané d'un dossier, une telle période s'impose aux parties compte tenu du traitement de leurs dossiers. Au MT, les médi-

teurs interviennent dans un dossier dès qu'ils sont nommés. Toutefois, ils peuvent décider d'espacer les séances de médiation s'ils constatent que les parties tiennent ou reviennent sur une approche de négociation fondée sur les positions. À la CNT, on nous signale que malgré un premier traitement rapide de la plainte, les parties sont convoquées à une séance de médiation à l'intérieur d'une période variant entre un à quatre mois après le dépôt de cette plainte. À la CRT, en ce qui concerne les plaintes qui lui sont acheminées une fois qu'elles ont été traitées par la CNT, le médiateur contacte immédiatement les parties et dispose d'une période de quatre à cinq mois pour régler le dossier avant que celui-ci ne fasse l'objet d'une adjudication. Par contre, dans les dossiers relatifs aux rapports collectifs du travail pour lesquels une solution doit intervenir très rapidement, notamment en matière d'accréditation et de redressement, il n'y a pas véritablement de période de refroidissement. La médiation, le cas échéant, intervient dans les semaines suivant le dépôt de la plainte. De la même façon, il n'y a pas de période de refroidissement au CSE lorsqu'il s'agit de déterminer les services essentiels, d'en assurer le maintien ou de forcer le retour au travail à la suite d'une grève illégale. Il est intéressant de souligner qu'une période de refroidissement reste possible lorsque le CSE est appelé à se prononcer en matière de réparation. À ce stade du processus, la santé et la sécurité du public ne sont plus immédiatement en cause.

Par ailleurs, il importe de savoir si le cadrage du problème soumis à la médiation repose sur le raisonnement juridique ou sur une approche plus générale que l'on appelle la résolution de problème. Les entrevues menées nous amènent à avancer quelques hypothèses à cet égard que nous formulons en trois points : (i) certaines matières donnent lieu à une négociation purement de résolution de problème ; (ii) certaines matières imposent dans leur essence même le raisonnement juridique ; (iii) certaines matières relèvent à la fois du raisonnement juridique et des dimensions, soit de relations de travail, soit de relations humaines. Soulignons que l'analyse qui suit est le fruit de notre interprétation des données recueillies au cours des entrevues avec les répondants des divers organismes à l'étude. Par le fait même, cette analyse reste parcellaire étant à la mesure des informations recueillies dans un but exploratoire.

- (i) Les matières donnant lieu à une négociation purement de résolution de problème

Le cas par excellence est la négociation de la convention collective de travail. Le médiateur vient investir la négociation déjà entamée par les parties négociantes afin de les accompagner dans la résolution de leur différend. La négociation se fait ici en champ libre, puisque les revendi-

cations visent à déterminer les conditions de travail qui seront consignées dans la convention collective.

Au MT, on nous dit que la médiation vise d'abord à régler les problèmes, les points de désaccord et à établir un plan de travail pour les régler. Elle a aussi pour but d'amener les parties à exposer conjointement leurs préoccupations. Le médiateur est, quant à lui, constamment à la recherche d'options pour favoriser le rapprochement des parties. Ils travaillent avec les représentants syndicaux et patronaux, ensemble ou séparément, dans le but de leur faire découvrir leur terrain d'entente.

Pendant la médiation, il peut surgir des problèmes de droit entre les parties. Par exemple, l'une d'elles a déposé contre l'autre, une plainte pour manquement à l'obligation de négocier de bonne foi ou encore une plainte pour violation des dispositions anti-briseurs de grève. Dans ces cas, le médiateur ne cherche pas à régler ces désaccords. Toutefois, il peut arriver que ces plaintes se résolvent d'elles-mêmes à compter du moment où les parties trouvent un terrain d'entente au niveau de la négociation de la convention collective. Les plaintes sont souvent des moyens stratégiques pour modifier le rapport de force entre les parties négociantes. Le médiateur se garde de tomber dans ce jeu des parties négociantes afin de conserver sa neutralité et aussi pour les responsabiliser par rapport à leurs propres agissements l'une envers l'autre.

(ii) Les matières imposant par essence le raisonnement juridique

Parmi les données recueillies, ce sont les dossiers relevant du CSE et portant sur les services essentiels à respecter pendant une grève légale, ainsi que les plaintes relatives à une pratique interdite, notamment le congédiement pour motif illégal adressées à la CNT, qui illustrent le mieux les matières qui imposent, par essence, le raisonnement juridique. D'ailleurs, les répondants au CSE et à la CNT nous ont clairement exprimé que ces types de plaintes laissent aucune ou peu de marge de manœuvre aux médiateurs chargés de les régler en médiation.

Les services essentiels lors d'une grève légale. Au CSE, on insiste sur le rôle de la médiation dont cet organisme a charge. Ailleurs, la médiation vise avant tout la satisfaction et le bien-être des deux parties impliquées. Au CSE, le premier mandat à poursuivre est le service au public. Il s'agit de préserver la santé et la sécurité de la population et de s'assurer qu'elle recevra en tout temps les services essentiels auxquels elle a droit pendant une grève légale. C'est l'objectif du CSE et c'est cet objectif qui aide le médiateur à guider les parties dans la détermination

des services essentiels. Le code d'éthique des médiateurs de cet organisme confirme ce rôle qu'assume le médiateur.

La détermination des services essentiels intervient une fois l'avis de grève transmis pendant la période de négociation d'une convention collective de travail. Toutefois, le caractère essentiel d'un service ne se négocie pas. De plus, toute entente intervenue sur les services essentiels est soumise à l'approbation du CSE ; celui-ci conserve toujours son pouvoir décisionnel. L'objectif du médiateur est d'aider les parties à établir les services essentiels de façon satisfaisante pour le CSE. Le médiateur sait d'ailleurs que ce dernier « est juste derrière ». Dans le domaine de la santé et des services sociaux, la loi fixe le pourcentage des employés syndiqués qui doit assurer les services essentiels selon les activités visées. Dans les autres services publics, cette question est laissée à l'appréciation des parties à la négociation et en définitive au CSE. Par ailleurs, toute entente doit être durable et susceptible d'être respectée au cours de la grève.

Les pratiques interdites selon la LNT. La *Loi sur les normes du travail* interdit à un employeur de congédier, de suspendre, de déplacer, de mettre à pied ou d'imposer toutes autres mesures disciplinaires ou mesures de représailles pour des motifs expressément prévus dans la loi. À la CNT, on nous dit que ce genre de plaintes, pris isolément, laisse peu de marge de manœuvre au médiateur. Tout en tenant compte des autres intérêts des parties, son rôle est de les aider à déterminer s'il y a ou non illégalité par rapport à la loi. Si c'est le cas, cette dernière prévoit des mesures de réparations bien précises. Ce genre de dossiers laisse peu d'espace à la négociation pure et simple. Le raisonnement juridique, dans une moindre mesure évidemment que les services essentiels, reste pratiquement non négociable ou malléable. La CRT a elle aussi compétence relativement aux plaintes de pratiques interdites selon la *LNT*. Au niveau de cet organisme, les médiateurs interviewés indiquent que dans tous les cas de congédiement l'approche privilégiée demeure fondée sur les intérêts des parties, et par conséquent le raisonnement juridique ne limite pas la recherche d'un règlement négocié sur la base des intérêts.

(iii) Les matières relevant à la fois du raisonnement juridique et des dimensions de relations de travail ou de relations humaines

Plusieurs matières donnent lieu à un encadrement hybride du processus de médiation parce qu'elles sous-tendent un aspect juridique, plus ou moins important, à l'origine de la réclamation initiale. Dans toutes ces matières, le médiateur tente d'amener les parties à identifier les

zones de conflit, selon qu'elles sont d'ordre juridique, de relations de travail ou de relations humaines en vue de dégager des solutions qui règlent le problème au fond. Nous regroupons ces matières sous deux points : le raisonnement juridique et les relations de travail ; le raisonnement juridique et les relations humaines.

Le raisonnement juridique et les relations de travail. Les plaintes visées ici sont celles qui relèvent de la compétence de la CRT en vertu du *Code du travail* et celles dont le CSE est saisi lors d'une grève illégale dans les services publics ou dans les secteurs de la santé et des services sociaux.

En ce qui concerne les plaintes adressées à la CRT, plusieurs d'entre elles comportent une dimension de relations de travail importante. C'est le cas particulièrement des plaintes pour négociation de mauvaise foi, pour violation des dispositions anti-briseurs de grève ou encore d'une requête pour forcer la présentation de la dernière offre patronale aux salariés. En période de négociation collective, les parties se servent de ces types de recours pour modifier leur rapport de force. Tout cela relève de la stratégie. Le médiateur est souvent appelé, dans ce contexte, à « remettre les pendules à l'heure » en insistant sur le droit applicable et en amenant la partie syndicale et la partie patronale à régler leur problème au fond, lequel se situe beaucoup plus au niveau des relations de travail proprement dites qu'au niveau des règles de droit auxquelles celles-ci sont soumises. Le médiateur essaie de faire redémarrer la négociation entre les parties et de les retourner au service de la médiation du MT.

Au CSE, les médiateurs interviennent directement dans la résolution des problèmes de relations de travail lorsqu'une grève illégale survient dans les services publics ou dans les secteurs de la santé et des services sociaux ou encore lorsque les services essentiels n'y sont pas assurés. Dans ces cas, le médiateur peut être appelé à intervenir à deux niveaux. Tout d'abord, il doit tenir compte des intérêts des parties en présence pour les amener à reprendre le dialogue en vue de redresser la situation. Une fois le dialogue repris, le médiateur tente d'amener les parties à prendre en compte l'intérêt des usagers pour s'entendre sur des mesures de réparation adéquates. Même si le raisonnement juridique occupe moins de place dans cet exercice, il demeure un incitatif important tenu du rôle de gardien de la légalité que joue le CSE dans tous les dossiers.

Le raisonnement juridique et les relations humaines. Les plaintes pour congédiement sans cause juste et suffisante, dans lesquelles la

CNT intervient au premier niveau et la CRT au second niveau, donnent généralement lieu à des médiations où le raisonnement juridique se mêle aux aspects liés aux relations humaines. Dans ce type de dossiers, les médiateurs ont affaire avec un employeur et un salarié. Le règlement se négocie entre ces deux parties, contrairement aux autres cas expliqués ci-dessus où la négociation d'un règlement a lieu entre la partie patronale et la partie syndicale. Aux yeux des médiateurs – peut-on croire sans pour autant avoir scruté la question avec eux – les problèmes de relations de travail, autres que juridiques, prennent une coloration plus humaine dans les cas de congédiement sans cause juste et suffisante, parce qu'ils sont de nature strictement individuelle. Dans les rapports collectifs du travail, la présence syndicale crée, s'il l'on peut dire, une zone « tampon » qui a tendance à dépersonnaliser les problèmes, particulièrement ceux qui sont à caractère collectif, voire syndical. Ainsi, dans les dossiers de congédiement sans cause juste et suffisante, le médiateur amène les parties à exprimer leurs sentiments, leurs intérêts, autres que matériels, par rapport au différend qui les oppose en vue de mieux cerner le problème et de dégager des solutions qui soient satisfaisantes pour ces dernières. On nous dit que parfois des excuses bien senties peuvent provoquer la réussite d'une médiation. Ou encore, le fait qu'un employeur explique au salarié pourquoi il l'a congédié, mais en mettant néanmoins dans la balance les bons côtés de cet employé, peut faire en sorte que celui-ci accepte un règlement ou retire sa plainte, sans pour autant avoir le sentiment de perdre sa dignité.

Il y a d'autres types de dossiers où le raisonnement juridique se mêle aux relations humaines pour en arriver à un règlement à l'amiable. Il s'agit notamment des plaintes pour harcèlement psychologique au travail soumises à la compétence, au premier niveau, à la CNT et, au second niveau, à la CRT, en ce qui concerne les salariés non syndiqués. Le MT s'occupe, pour sa part, des plaintes de harcèlement psychologique lorsque les salariés sont visés par une convention collective de travail. Les données recueillies indiquent un malaise ou un inconfort sérieux des médiateurs ayant à intervenir dans ces types de dossiers. La cause principale de ce malaise semble être le fait que les relations humaines sont au cœur du problème à l'origine du différend des parties impliquées. Selon toute vraisemblance, la présence syndicale n'a pas vraiment l'effet d'une zone « tampon » lorsque ce type de problème se pose dans les rapports collectifs de travail. Par ailleurs, le malaise semble ressentir de façon plus intense chez les médiateurs du MT. Ce malaise peut s'expliquer par le fait que le MT, et en l'occurrence les médiateurs, ont l'habitude de travailler avec les représentants des employeurs et des syndicats. Or, en matière de harcèlement psychologique, les salariés deviennent des interlocuteurs incontournables pour

régler le problème au fond. De plus, l'aspect central du problème touche directement les relations humaines dans leur expression la plus pure. On est donc loin ici de la négociation d'une convention collective de travail, le domaine de prédilection des médiateurs du MT.

Les dossiers de harcèlement psychologique au travail amènent aussi les médiateurs de la CNT et de la CRT à revoir leurs techniques d'intervention. Étant de droit nouveau et affectant de plein front les aspects humains du travail, le harcèlement psychologique appelle les médiateurs à contrôler des émotions d'une intensité telle qu'ils ont de la difficulté à rester les maîtres du jeu. Dans ce cadre, nous constatons que le raisonnement juridique est éclipsé par l'importance des émotions en présence.

En somme, les données recueillies donnent un aperçu général des différents champs d'intervention des médiateurs institutionnels. On constate que dans les différends d'ordre juridique, cette dimension du problème reste présente dans le processus de médiation. On verra aussi dans les propos qui suivent que la dimension juridique d'un différend a un impact sur le choix des techniques d'intervention.

B. Les techniques d'intervention en médiation institutionnelle

Pour les fins de cette étude, nous retenons les deux techniques d'intervention en médiation qui sont généralement rapportées dans la littérature : la première est nommée « médiation pure » ou « médiation de facilitation » et la seconde est appelée « médiation d'évaluation »²⁶. Les deux techniques d'intervention utilisent le caucus, lequel peut être défini de la façon suivante :

Utilisation des « caucus » : dans le jargon (d'origine américaine) de la médiation, le caucus est un mot – d'origine amérindienne, semble-t-il – qui désigne une réunion particulière et confidentielle entre deux parties. En l'occurrence, le médiateur place les parties en litige dans des locaux séparés et fait « la navette » entre chacun de ces locaux pour s'entretenir en privé et de manière confidentielle avec chacune des parties. Tout ce qui est dit au cours du caucus est confidentiel par nature, sauf ce que la partie a expressément autorisé le médiateur à communiquer à l'autre partie, dans l'autre pièce.²⁷

26. De façon générale, voir à ce propos : Roy, Schneebalg et Galton, *op. cit.*, note 1 aux pp. 10-12 et 178 ; Antaki, *op. cit.*, note 23 aux pp. 160-165.

27. Roy, *ibid.* à la p. 10.

Le caucus peut intervenir après la première séance plénière au cours de laquelle le médiateur se sera présenté et aura expliqué le processus de médiation. Cette première séance plénière est une étape cruciale parce que c'est le moment pour le médiateur d'établir le lien de confiance nécessaire au bon déroulement de la médiation. Les parties peuvent également être invitées, à ce stade, à exposer leur vision du dossier. Que la médiation soit du type de facilitation ou du type d'évaluation, dans l'un et l'autre cas, le médiateur aide les parties à évaluer les points forts et les points faibles de leur dossier. S'il est plus du type facilitateur, le médiateur favorisera la communication pour que chacune des parties dégagent elles-mêmes les éléments de réponse. Par contre, s'il est plus du type évaluateur, il indiquera, de façon plus ou moins directe, les forces et les faiblesses du dossier. Il dirigera aussi les discussions tenant compte des solutions qu'il estime lui-même appropriées dans les circonstances. Certains médiateurs d'évaluation donnent, sans détours, leurs opinions sur les éléments du dossier. Cependant, cette pratique ne fait pas l'unanimité. Des auteurs mettent en garde à l'encontre de cette conduite par crainte que le médiateur ne perde sa neutralité ou son apparence de neutralité dans le processus :

À notre avis, même dans la médiation d'évaluation, le médiateur ne devrait pas donner son opinion quant à l'issue d'un procès éventuel, en suggérant, par exemple, qui a les plus fortes chances de l'emporter. Certains médiateurs estiment qu'ils peuvent faire part de leur opinion si toutes les parties y consentent ou le lui demandent. Nous estimons que cette pratique, quelle que soit la prudence avec laquelle elle est utilisée et les réserves dont elle peut être entourée, nuit au caractère d'absolue neutralité du médiateur et empêche les parties d'aboutir à leurs propres conclusions, ce qui est précisément le but recherché dans la médiation.

[...]

La « médiation agressive » : la médiation d'évaluation est souvent qualifiée de médiation agressive. En effet, le médiateur conteste et remet en question les positions des parties de manière bien plus active que dans d'autres types de médiation. Une médiation d'évaluation par trop agressive risque d'être perçue comme coercitive, contraignante ou déstabilisatrice. Les bons médiateurs pratiquant la médiation d'évaluation parviennent à développer des techniques de questionnement permettant de remettre en cause les idées reçues et les *a priori*, voire les évidences, dans l'esprit de chacune des parties, sans paraître pour autant autoritaires.²⁸

28. *Ibid.* à la p. 11. Voir aussi Courteau, *loc. cit.*, note 12 aux pp. 55-56.

Selon les données que nous avons recueillies pendant les entrevues, nous serions portés à classer les médiateurs du MT dans la catégorie des facilitateurs et tous les autres médiateurs dans la catégorie des évaluateurs. Tout comme pour les champs d'intervention en médiation, ces catégories ne sont pas étanches. D'ailleurs, tous les répondants rencontrés nous ont dit que les médiateurs utilisent diverses approches et techniques selon les dossiers en cause. Cette façon de procéder n'est pas particulière aux médiateurs institutionnels ; on reconnaît que tout médiateur expérimenté usera de diverses stratégies, styles ou techniques pour amener les parties à conclure une entente²⁹.

Il reste néanmoins que les médiateurs au MT, en matière de négociation collective, agissent beaucoup plus, peut-on croire, comme facilitateurs qu'évaluateurs. Les médiateurs tentent, tout au long de la démarche de médiation, de susciter des idées, des discussions. Le médiateur va essayer d'ébranler les certitudes. Dans la recherche de solutions, il peut émettre des suggestions, des hypothèses de travail que les parties sont toujours libres d'écartier. Soulignons que la médiation peut s'étendre sur plusieurs jours, plusieurs semaines, voire plusieurs mois, avec des séances plus ou moins rapprochées. Négocier une convention collective ne se fait pas en une journée. Il s'agit en général d'un processus qui exige, en lui-même, beaucoup de temps avant qu'une entente finale n'intervienne.

Lorsque les négociateurs patronaux et syndicaux en arrivent à un accord tacite, le médiateur peut faire une recommandation en vue de la présenter à la haute direction de l'entreprise et à l'assemblée générale des membres du syndicat. Il arrive aussi qu'il y ait un constat de règlement au lieu d'une recommandation quand les parties s'entendent à cet effet. Si les parties n'arrivent pas à un règlement ou si leurs mandants refusent la recommandation émise par le médiateur, celui-ci se retire du dossier. De façon générale, il n'y a pas de 2^e niveau de médiation. La médiation n'ayant pas donné lieu à une entente entraîne la fermeture du dossier, à moins que les négociateurs changent et que les parties s'entendent pour une intervention de 2^e niveau.

29. Roy, *op. cit.*, note 1 à la p. 12. Les auteurs écrivent à ce propos : « Un compartimentage rigoureux des styles et des formes de médiation n'est guère utile ou favorable à l'efficacité du processus. Comme cela a déjà été indiqué, telle forme de médiation sera plus indiquée dans un cas donné, et telle autre forme dans un autre cas donné, mais le bon médiateur aura été formé aux différents styles et pourra se montrer souple pour adopter, au cours d'une même médiation, le cas échéant, une combinaison des divers styles. » Antaki, *op. cit.*, note 29, p. 165. Cet auteur indique : « Il est difficile de cataloguer un médiateur qui a du métier. Celui-ci choisit sa stratégie d'approche en fonction de la cause et sa tactique évoluera en fonction de la réaction des parties ».

Chez les médiateurs au CSE, à la CNT et à la CRT, la technique utilisée est beaucoup plus interventionniste, notamment lorsqu'il s'agit des questions juridiques. Les médiateurs informent les parties par rapport au droit applicable. Au CSE et à la CRT dans les dossiers de rapports collectifs de travail, on admet d'emblée que les médiateurs donnent leur opinion à propos du dossier en s'appuyant sur la jurisprudence établie, et on reconnaît aussi que les parties ne peuvent pas la rejeter du revers de la main. Les employeurs et les syndicats savent que les médiateurs parlent en connaissance de cause.

Au CSE, on justifie ce style interventionniste par le fait que les médiateurs ont d'abord et avant tout pour rôle de s'assurer que les services essentiels seront rendus pendant une grève légale. De plus, l'entente sur les services essentiels est soumise obligatoirement à l'approbation du CSE. Les médiateurs doivent donc aider les parties à déterminer des services essentiels que le CSE jugera suffisant. Dans ce contexte, une médiation évaluative « agressive » permet de faire progresser les discussions en vue d'une entente qui répondra aux exigences du CSE. Notons également que le délai pour déterminer les services essentiels est très court, notamment de sept jours seulement dans les services publics. En général, la médiation se prolonge rarement au-delà d'une journée et l'entente qui en découle est ensuite soumise pour approbation au CSE.

À la CRT, les médiateurs dans les matières relatives aux rapports collectifs du travail sont particulièrement interventionnistes parce qu'en général les parties s'inscrivent dans un rapport de force lorsqu'ils se présentent devant cet organisme. La requête ou la plainte adressée à la CRT relève de la stratégie des parties. Le médiateur intervient en connaissance de cause du droit applicable, et il oriente les parties par rapport à la décision que pourrait rendre la CRT compte tenu de la jurisprudence de cet organisme. En l'absence d'une entente, les parties savent qu'elles auront à plaider leur cause devant la CRT. La médiation est « l'intervention de dernière chance ». Or, les médiateurs, bien informés des aspects juridiques, peuvent exprimer leurs opinions pour remettre « les pendules à l'heure ». Une médiation à la CRT dure généralement de trois à cinq heures. Un style interventionniste aidera, selon toute vraisemblance, à encadrer le débat en vue de la conclusion d'un règlement à l'amiable.

Les médiateurs de la CNT, ainsi que les médiateurs de la CRT, dans les cas de plaintes individuelles, ont eux aussi un style interventionniste, mais qu'on ne peut pas qualifier d'agressif. Les dossiers de médiation comportent, pour la plupart, une dimension juridique et une

dimension humaine. Or, comme on nous l'a dit en entrevue, cette dernière dimension impose aux médiateurs une approche beaucoup plus en douceur que celle qui prévaut dans les dossiers de relations de travail où les parties en cause sont des représentants patronaux et syndicaux familiers avec ce genre de processus et rompus aux techniques de la négociation. Les médiateurs, dans les rapports individuels de travail, informent les parties du droit applicable et les amènent à identifier les forces et faiblesses de l'ensemble de leur dossier. À la CNT, la durée d'une médiation varie entre une heure et demie à deux heures et demie, sauf les dossiers de harcèlement psychologique où la médiation peut s'étendre sur une période de trois à quatre heures. À la CRT, on nous souligne qu'une médiation pour régler un cas de harcèlement psychologique prend de trois à huit heures. Tout comme leurs autres collègues, les médiateurs en matière de plaintes individuelles bénéficient d'une expertise reconnue quant aux aspects juridiques, et c'est cette dernière combinée à une approche plus « feutrée », selon notre expression, qui favorise l'entente entre les parties.

Les médiateurs à la CNT rédigent les ententes lorsque les parties y consentent. Soulignons qu'à la CNT, contrairement à la CRT, les parties se présentent généralement à une séance de médiation sans être accompagnées d'un procureur. À la CRT, les médiateurs aident les parties dans la rédaction de leur entente. Ils vont la rédiger seulement lorsque les parties ne sont pas accompagnées de leurs procureurs. Les ententes conclues sous l'égide des médiateurs de la CRT peuvent être soumises dans les six mois suivants, pour approbation à la CRT. Celles qui sont conclues à la CNT sont conservées pendant cinq à six mois. Les dossiers sont ensuite archivés et détruits un an plus tard. Lorsqu'une transaction n'est pas respectée par un employeur, la CNT représente le salarié et entame les démarches judiciaires en vue de l'homologation de la transaction par la Cour supérieure du Québec.

En somme, la médiation institutionnelle repose sur divers modes d'intervention. Cependant, on se rend compte qu'aussitôt qu'on sort de la négociation en champ libre, le raisonnement juridique oriente, à des degrés plus ou moins importants, le processus de médiation. Dans les matières où la loi est particulièrement contraignante, le raisonnement juridique reste prédominant dans la recherche d'un règlement négocié. Dans les autres matières, le médiateur s'en sert pour conscientiser les parties par rapport au contenu de la loi, sans mettre de côté pour autant les intérêts non juridiques que ces dernières peuvent également exprimer. En ce qui concerne les dossiers de harcèlement psychologique, le raisonnement juridique, sur lequel l'expertise des médiateurs peut être largement mise à contribution dans les autres dossiers, devient un

aspect plus mitigé, compte tenu du fait que les relations humaines, dans ce type de dossiers, sont le point cardinal du problème et aussi de sa solution.

En ce qui a trait aux techniques d'intervention, on constate que les médiateurs du CSE, de la CNT et de la CRT pratiquent la médiation d'évaluation. Ceci s'explique par le fait que les différends qu'ils sont appelés à régler reposent d'abord et avant tout sur des conflits de droit. Selon certains auteurs, plus ce genre de différends est circonscrit, plus les probabilités de le régler et rapidement augmentent. En identifiant les forces et les faiblesses du dossier en présence, les médiateurs peuvent ainsi circonscrire rapidement le débat et éviter toutes sortes de dérapage pouvant éloigner les parties impliquées d'un règlement à l'amiable. La question est de savoir jusqu'où le médiateur peut-il se rendre dans le raisonnement juridique pour aider les parties à régler leur différend à l'amiable ?

Discussion et conclusion

L'étude exploratoire, menée au moyen d'entrevues auprès de certains professionnels en médiation du MT, du CSE, de la CNT et de la CRT, nous a permis d'esquisser les profils de compétence des médiateurs institutionnels dans les différends du travail au Québec. Nous les avons dégagés à l'aide d'une grille d'analyse élaborée en partant des critères de compétence et d'intervention des médiateurs-types idéaux (modèles) identifiés dans la littérature spécialisée en médiation. À l'aide de cette grille d'analyse, nous avons décrit les exigences de base des fonctions de médiateur institutionnel, la formation et l'encadrement qui leur sont fournis en emploi, ainsi que les valeurs et qualités fondatrices de ces fonctions. Nous avons également exposé les traits caractéristiques des champs et des techniques d'intervention en médiation institutionnelle. En plus des aspects descriptifs que comporte la présente étude, la grille d'analyse appliquée a aussi permis de comparer les divers profils de compétence de médiateur institutionnel et de les situer, d'un point de vue plus général, par rapport aux médiateurs-types idéaux ou modèles. Sans reprendre toutes les constatations dégagées dans l'étude, nous allons identifier, en terminant, quelques limites intrinsèques de la médiation institutionnelle.

Il est important de mentionner que les médiateurs sont, sans conteste, de véritables professionnels de la médiation du fait, premièrement, que leurs interventions ne se limitent pas à un simple rapprochement des parties à un différend et, deuxièmement, que leurs interventions reposent sur des connaissances, des habiletés et des

qualités propres à ce domaine d'intervention. Il est aussi important de souligner que la médiation institutionnelle et ceux qui l'exercent dégagent un espace de négociation dans les différends du travail qui n'existerait pas autrement et qu'ils en sont, à notre avis, les maîtres du jeu. De plus, l'espace ainsi disponible favorise, de toute évidence, les règlements à l'amiable des différends du travail. Les commentaires et questionnements qui vont suivre ne visent pas à remettre en cause la légitimité et l'utilité des processus de médiation institutionnelle, mais à en voir certaines limites qui pourraient détourner – à défaut d'être vues et comprises – ces processus de leurs finalités premières et respectives.

Rappelons que la médiation est généralement décrite comme étant un mode de règlement volontaire, à l'amiable et confidentiel des différends. Il se veut proche des besoins et intérêts des gens qui s'y engagent. En outre, la médiation, en tant qu'espace de négociation neutre, vise à responsabiliser les parties à un différend en les amenant à identifier elles-mêmes leurs problèmes et les solutions propres à les régler de façon durable et concrète.

La médiation qui intervient pendant une négociation collective vise principalement à éviter ou à mettre fin à un conflit ouvert qui peut s'exprimer par une grève ou un lock-out. Il en est autrement de la médiation d'un différend soumis à ce processus de règlement parce qu'une partie réclame au départ un droit, une protection prévus dans la loi. Dans ce cas bien précis, la médiation vise avant tout à éviter que le différend se retrouve devant un tribunal. Certes, la médiation en rétablissant la communication entre les parties impliquées pourra empêcher en même temps que ces dernières s'engagent dans un conflit ouvert parallèlement à la procédure judiciaire. Toutefois, cet impact qu'a la médiation institutionnelle dans ce genre de différends reste incident à l'objectif fondamentalement poursuivi par le législateur : éviter qu'un tribunal ait à décider du différend en aidant les parties à le régler elles-mêmes par l'intermédiaire d'un médiateur institutionnel désigné.

Dans le cas de la médiation pratiquée par le MT en matière de négociation d'une convention collective, les parties peuvent effectivement décider elles-mêmes de leur agenda par rapport aux conditions de travail qui seront les enjeux de cette négociation. Le processus est volontaire à cet égard. Dans ce contexte, le médiateur est là pour les aider. L'entrevue menée au MT a permis de constater que les médiateurs sont très à l'aise dans ce rôle. La raison en est d'abord et avant tout qu'il n'y a pas de confusion de rôle. L'objectif poursuivi par le médiateur est le même que celui des parties qui ont accepté la médiation. Elles sont

là pour que le médiateur les encadre et les assiste en vue de la conclusion de leur convention collective de travail.

D'ailleurs, lorsque les parties sont perturbées dans leur négociation par des aspects juridiques ou qu'elles essaient tout simplement de modifier leur rapport de force en se servant de procédures judiciaires, on nous dit au MT que le médiateur ne se mêle pas de ces questions et il le dit clairement aux parties. Parce que la négociation d'une convention collective commande que les parties déterminent elles-mêmes les conditions de travail qu'elle comportera, le médiateur a invariablement dans ce cas un champ d'intervention étendu, et il peut aussi utiliser une technique d'intervention essentiellement « facilitante ». L'expérience en médiation du MT montre que ce mode d'intervention impose un agenda de négociation flexible quant au temps qu'on va y consacrer. En effet, pour que ce genre de négociation réussisse, il faut y mettre tout le temps nécessaire et on est prêt à le faire au MT parce que c'est là l'objectif ultime poursuivi par le législateur. Mais, il est important de souligner que la médiation dans ce contexte vise les aspects de relations de travail autres que juridiques. Un commentaire recueilli lors de l'entrevue au MT conforte ce constat : on nous dit que les médiateurs n'ont pas pour devoirs ou responsabilités de s'assurer que les conditions de travail négociées sont légales. Si des questions se posent à ce sujet, il y a d'autres organismes experts en ce domaine qui peuvent y répondre. La médiation d'une négociation de convention collective a donc son champ spécifique d'intervention : ce sont les relations de travail, mais sans leurs aspects juridiques à proprement parler.

Les processus de médiation portant sur des différends dont la réclamation de réparation initiale est juridique ont eux aussi leurs spécialisations au niveau des champs et des techniques d'intervention. Prenons d'abord le cas du CSE dont les matières premières sont les services essentiels. Quand les médiateurs aident les parties à déterminer les services essentiels à maintenir pendant une grève légale, ils ont un objectif bien précis, lequel est de déterminer les services essentiels. À ce propos, on nous dit au CSE que les médiateurs, sans pour autant les ignorer, ne se laissent pas distraire de leur objectif premier par d'autres préoccupations des parties. Celles-ci viennent en médiation en le sachant très bien. Les médiateurs, quand ils le peuvent, n'hésitent pas à aider les parties à reprendre la communication au niveau des aspects de relations de travail, autres que ceux qui sont relatifs aux services essentiels. Mais, leur intervention à ce niveau s'arrête là : ils vont suggérer aux parties négociantes d'aller régler les autres aspects de leur problème auprès d'un médiateur du MT.

Ayant pour objectif bien précis de régler la question des services essentiels, les médiateurs adoptent une approche hautement interventionniste. On ne se cache pas pour dire qu'elle est agressive et les parties impliquées en sont bien conscientes : ce sont les règles du jeu. On nous dit que les médiateurs sont très à l'aise dans cette démarche visant, par ailleurs, un règlement à l'amiable à la satisfaction d'abord du CSE, mais aussi des parties négociantes. À cause de son caractère d'urgence et des services de santé et de sécurité qu'il vise à assurer à la population en général, le médiateur est très interventionniste. Comme on nous dit au CSE, celui-ci s'appuie sur une jurisprudence de 24 années d'expérience. Les médiateurs savent où ils s'en vont et les parties négociantes sont conscientes que leur collaboration à ce processus ne peut qu'être bénéfique pour elles. Cependant, elles ne s'attendent pas à ce que la médiation leur permette de régler tous les aspects de leur problème : ce sont les services essentiels qui sont à déterminer.

Lorsque le CSE intervient particulièrement dans les cas de grève illégale, l'approche en médiation est différente parce que le médiateur n'a plus pour objectif de déterminer les services essentiels, mais d'aider les parties à reprendre la communication pour régler le problème qui a conduit à l'illégalité. Dans ce contexte, ce n'est plus le médiateur qui détermine l'agenda des parties. Ce sont les parties elles-mêmes qui le font en dégageant leurs intérêts et les solutions envisagées pour les satisfaire. La médiation aura alors un caractère beaucoup plus souple. Au CSE, on nous dit que les médiateurs apprécient aussi ce genre d'approche parce qu'il leur offre une marge de manœuvre plus étendue, la démarche de résolution de problème ne s'inscrivant pas dans un cadre juridique rigide. Les médiateurs sentent alors qu'ils peuvent innover. Ils ont la possibilité de le faire dans ce cas bien précis et les parties le savent aussi. Encore là les règles du jeu sont claires.

Dans les différends dont les réclamations sont fondées sur des droits liés aux rapports collectifs du travail, les médiateurs de la CRT ont eux aussi des objectifs bien précis. Ils conscientisent les parties au contenu de la loi, et veillent à ce qu'elles ne l'utilisent pas à d'autres fins que celles que cette dernière prévoit. Tout comme au CSE, la CRT a une jurisprudence bien établie en matière de rapports collectifs et le respect des lignes directrices ainsi dégagées sert à la crédibilité de la CRT. Les commissaires de la CRT, sans y être contraints légalement, doivent se préoccuper de la cohérence institutionnelle pour établir et maintenir la crédibilité de la CRT auprès des parties patronale et syndicale. La confiance de ces dernières envers l'institution repose, pour une part importante, sur la cohérence institutionnelle de cet organisme. Or, les

médiateurs contribuent eux aussi au maintien de cette cohérence en invitant, et même en insistant, pour que les parties respectent les règles établies par la jurisprudence de la CRT. On nous dit à la CRT que les médiateurs sont très interventionnistes et ils ne craignent pas de donner leurs opinions aux parties par rapport aux forces et faiblesses de leur dossier, spécialement dans leurs aspects juridiques. Ils vont aussi mettre leurs efforts pour que ces dernières fassent bien la différence entre les autres aspects de leur problème de relations de travail qui ne sont pas juridiques et ceux qui le sont. À cet égard, ils vont essayer d'amener les parties à rétablir la communication, et ils vont leur suggérer de tenter de régler les autres aspects de leur problème de relations de travail auprès des médiateurs du MT. La médiation à la CRT, dans ce contexte, n'est pas purement volontaire. Les médiateurs encouragent fortement les parties à négocier, par leur intermédiaire, des règlements à l'amiable et les parties en retour savent forcément qu'elles ont intérêt à les écouter. Encore là, les règles du jeu sont claires. D'ailleurs, on nous dit que les médiateurs à la CRT sont très à l'aise avec leurs modes d'intervention dans les rapports collectifs de travail.

Les différends en matière de rapports individuels sont également très spécialisés, pour certains d'entre eux, notamment ceux qui ont trait aux pratiques interdites en emploi. On retrouve dans cette catégorie, les congédiements pour motifs illégaux. Encore là, la loi et la jurisprudence sont claires sur ces aspects juridiques des relations de travail. Le législateur a prévu des protections à l'encontre de pratiques illégales et les médiateurs de la CNT, au premier niveau, et de la CRT au second niveau, sont appelés à rappeler aux parties le contenu de la loi. Tel qu'on nous l'a décrit à la CNT, le rôle du médiateur est surtout informatif et éducatif, alors qu'à la CRT, la résolution du problème semble axée sur la prise en compte de l'ensemble des intérêts soulevés par les parties en présence.

Contrairement au domaine des rapports collectifs du travail où les médiateurs vont chercher à montrer directement aux parties, leurs forces et leurs faiblesses respectives dans le dossier faisant l'objet du différend, pour qu'elles puissent les évaluer en tenant compte du droit applicable, les médiateurs, en matière individuelle, considèrent qu'une approche agressive ne convient pas au règlement à l'amiable recherché. Les parties négociantes n'ont pas l'habitude de la négociation, et à cet égard la communication doit être établie en douceur.

Il convient d'ajouter, à cet égard, qu'une plainte de congédiement illégal peut être combinée à une plainte à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante, voire même à une plainte de harcèlement

psychologique. Les combinaisons de plaintes peuvent être multiples. Le médiateur peut donc dans le cadre de son intervention être appelé à régler deux ou trois plaintes en même temps, et cela au terme d'une séance de médiation ne dépassant généralement pas une journée.

En matière de congédiement sans cause juste et suffisante, les faits vécus et rapportés peuvent être variés, voire différents ou contradictoires, tout en étant particuliers dans chaque dossier. S'ils veulent être interventionnistes, les médiateurs doivent rapidement saisir l'essence du problème à l'origine du différend. Toutefois, compte tenu que les situations de congédiement comportent à la fois des considérations de gestion, des considérations personnelles et émotives, compte tenu aussi du temps que les parties sont prêtes à consacrer à la médiation, et considérant que la collaboration des parties n'est pas toujours acquise au départ, on peut croire que les médiateurs sont susceptibles d'éprouver des difficultés à identifier les véritables enjeux du problème. Les mêmes facteurs, colorés par une émotivité plus élevée, rendent les cas de harcèlement psychologique encore plus difficiles à résoudre.

Certes, dans toutes ces situations, les médiateurs ont la loi et la jurisprudence en toile de fond. Toutefois, contrairement aux règles généralement claires et précises qui sont applicables dans les dossiers de rapports collectifs qu'ont à traiter la CRT et le CSE, les lignes directrices dans les dossiers de rapports individuels relatifs à la protection de l'emploi et à la qualité des relations humaines au travail sont beaucoup plus de l'ordre d'énoncés de principe : par exemple, l'employeur ne peut congédier un salarié, à moins qu'il n'ait commis une faute grave justifiant une telle sanction ; l'employeur doit respecter la progression des sanctions ; chaque cas doit être évalué en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes. En plus du caractère vague de la norme juridique, les médiateurs font affaire avec des parties dont la confiance n'est pas acquise d'emblée parce qu'elles-mêmes ne s'inscrivent pas dans un système institutionnel de relations de travail, contrairement aux parties patronales et syndicales qui sont directement associées à ce dernier dans les rapports collectifs du travail.

En outre, contrairement aux médiateurs dans les rapports collectifs qui peuvent plus facilement circonscrire leurs interventions et relayer à d'autres organismes les aspects qui ne relèvent pas de leurs champs d'intervention, les médiateurs dans les rapports individuels ne le peuvent pas. Ces derniers n'ont pas, en effet, un autre organisme à qui ils pourraient éventuellement référer les parties pour résoudre des aspects du problème qui débordent le cadre immédiat du litige qui leur est soumis. De plus, les dimensions humaines du problème, bien que celui-ci

soit « à forte saveur juridique », se mêlent inextricablement à ce dernier aspect. Bref, la médiation dans les rapports individuels de travail comporte des incertitudes et des ambiguïtés qu'on ne retrouve pas, du moins à première vue, au niveau des matières traditionnellement soumises à la médiation dans les rapports collectifs. Tel que nous l'avons montré dans le texte précédent, ce mode de règlement des différends existe depuis plus d'un siècle dans les rapports collectifs de travail, alors qu'il est tout récent dans les rapports individuels. Le rôle des médiateurs dans ce dernier domaine est pour ainsi dire en développement. Cela peut expliquer les incertitudes et les ambiguïtés qui se posent par rapport à leur mode d'intervention. On peut croire que celui-ci se précisera au fur et à mesure que la fonction de médiateur se définira dans les matières relevant des rapports individuels de travail.

Nous mettons le point final à cette étude en posant, en rafale, une série de questions pour attirer l'attention sur un dernier aspect de la fonction de médiateur institutionnel : le nombre de dossiers réglés par son intermédiaire. Tout aussi positif que soit le fait de pouvoir traiter un grand nombre de différends en médiation et qu'un fort pourcentage de ceux-ci se règlent à l'amiable, y a-t-il lieu de craindre que la médiation finisse par perdre son sens à force de vouloir régler « à tout prix » ? Devrait-on craindre une méthode trop interventionniste de règlement des différends ? Jusqu'où les médiateurs peuvent-ils aller tout en gardant à l'esprit que la responsabilité de régler est celle des parties en présence ? Jusqu'où la réalité présentée au médiateur dans le cadre d'une séance de médiation lui permet-elle d'identifier les forces et les faiblesses d'un dossier sans affecter l'équité du processus ? Est-il utile, voire éthique, que les médiateurs poussent pratiquement les parties à régler en donnant leur opinion sur des éléments cruciaux des dossiers ?

À notre avis, ces questions méritent qu'on s'y attarde, pour éviter de transformer ce mécanisme de règlement des différends en un moyen pour l'État d'économiser par rapport à un régime de protection des droits des salariés qui lui apparaît, autrement, au-dessus de ses moyens. À cet égard, on peut aussi souhaiter que des études puissent être réalisées pour connaître la portée des ententes qui interviennent en médiation, notamment dans les cas où elles restent confidentielles. N'y aurait-il pas lieu, en effet, que les médiateurs puissent profiter de ce genre d'études pour orienter leurs interventions ?

ANNEXE 1

PRÉCISIONS MÉTHODOLOGIQUES

Cette étude vise à documenter la façon dont s'exerce la médiation des différends du travail telle qu'elle est instituée dans les principales lois du travail québécoises. Autant le processus de médiation lui-même que les qualifications exigées des médiateurs et leur préparation sont envisagés.

S'agissant d'une étude exploratoire visant à comprendre un phénomène encore largement méconnu, l'analyse de cas a été utilisée. Celle-ci est définie comme « une approche de recherche empirique qui consiste à enquêter sur un phénomène, un événement, un groupe ou un ensemble d'individus, sélectionné de façon non aléatoire, afin d'en tirer une description précise et une interprétation qui dépasse ses bornes »³⁰. La présente étude s'intéresse à plusieurs entités ou cas qui, dans les faits et à toutes fins utiles, constituent l'ensemble des instances gouvernementales qui pratiquent la médiation des différends du travail³¹. Si les résultats de cette étude de cas ne peuvent être considérés comme statistiquement représentatifs des pratiques de la médiation institutionnalisée des différends du travail ayant cours au Québec, ils constituent néanmoins un portrait détaillé, à un moment donné, des pratiques à cet égard à l'intérieur des agences gouvernementales visées³². Comme il s'agit d'une description de nature statique, les données de l'étude ne permettent pas le développement d'une théorie générale ou de conclusions globales.

L'approche de recherche retenue est aussi de type « qualitatif », ce qui s'explique par l'objet même de la recherche. Celle-ci vise en effet à obtenir l'information de la part des acteurs de la médiation, de ceux qui l'effectuent au sein des agences gouvernementales spécialisées. L'information recherchée auprès d'eux est exploratoire à partir du rôle qu'ils jouent dans le processus de la médiation³³.

-
30. Simon N. Roy « L'étude de cas » dans Benoît Gauthier, dir., *Recherche sociale, de la problématique à la collecte des données*, 4^e éd., Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2003 à la p. 166. Voir aussi : Bruce L. Berg, *Qualitative Research Methods for the Social Sciences*, 7^e éd., Boston, Allyn & Bacon, 2009 aux pp. 317-337.
 31. Les méthodologues reconnaissent effectivement que l'étude de cas ne se limite pas nécessairement à un seul cas, mais peut inclure plusieurs entités. *Ibid.* à la p. 162.
 32. L'étude de cas s'oppose en quelque sorte aux études sur échantillon qui prétendent à la représentativité statistique d'une population donnée. *Ibid.* à la p. 164.
 33. Jane Ritchie, « The Applications of Qualitative Methods to Social Research » dans Jane Ritchie et Jane Lewis, éd., *Qualitative Research Practice. A Guide for Social Science Students and Researchers*, Thousand Oaks-Londres-New Delhi, Sage Publications Inc., 2003 aux pp. 27 et s.

Comme déjà mentionné dans l'introduction, la collecte d'information fut essentiellement pratiquée au moyen d'entrevues tenues auprès d'acteurs clés œuvrant au sein des agences gouvernementales visées. Chaque personne interviewée avait été préalablement désignée par le responsable de son organisme d'attaché à titre de répondante, soit parce qu'elle occupait une fonction administrative de direction dans le service de médiation, soit parce qu'elle agissait comme médiateur et aussi formateur des médiateurs ou encore parce qu'elle exerçait la fonction de médiateur depuis de nombreuses années. Les entrevues, toutes conduites à l'hiver 2006 et d'une durée approximative de deux heures chacune, étaient semi-dirigées³⁴. Chaque entrevue fut menée conjointement par les deux auteurs, et fit l'objet d'un rapport écrit détaillé rédigé à partir des notes prises lors de l'entrevue. Pour éviter d'inhiber les personnes interviewées, les entrevues ne furent cependant pas enregistrées. L'information ainsi obtenue fut complétée par la documentation écrite remise, tels les rapports annuels des organismes, les directives ou politiques, etc. Enfin, par souci de validité, une première version du présent texte fut soumise aux personnes rencontrées pour fins de commentaires et modifiée en conséquence.

34. L'entrevue semi-dirigée peut se définir comme : « [...] une interaction verbale animée de façon souple par le chercheur. Celui-ci se laissera guider par le rythme et le contenu unique de l'échange dans le but d'aborder, sur un mode qui ressemble à celui de la conversation, les thèmes généraux qu'il souhaite explorer avec le participant à la recherche. Grâce à cette interaction, une compréhension riche du phénomène à l'étude sera construite conjointement avec l'interviewé ». Voir Lorraine Savoie-Zajc, « L'entrevue semi-dirigée » dans Benoît Gauthier, dir., *Recherche sociale, de la problématique à la collecte des données*, 4^e éd., Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2003 à la p. 296.

ANNEXE 2
LISTE DES ORGANISMES À L'ÉTUDE ET DU NOMBRE
DES RÉPONDANTS RENCONTRÉS

1. Ministère du Travail (MT) : une médiatrice exerçant aussi des fonctions de direction et de formation.
2. Commission des services essentiels (CSE) : une médiatrice exerçant aussi une fonction de direction.
3. Commission des relations du travail (CRT) : un responsable du service de médiation et trois médiateurs.
4. Commission des normes du travail (CNT) : un responsable du Service de la formation et de la normalisation et un médiateur exerçant aussi la fonction de formateur.

ANNEXE 3**QUESTIONNAIRE SUR LA PRATIQUE DE LA MÉDIATION DES DIFFÉRENDS DU TRAVAIL EN CONTEXTE QUÉBÉCOIS**

Il s'agit du questionnaire administré lors des entrevues semi-structurées, au cours desquelles les personnes interviewées étaient amenées à couvrir les différents points du questionnaire à partir de questions formulées largement.

1- LES PRÉALABLES À LA MÉDIATION

a) La formation et la préparation du médiateur

- recrutement, qualifications et formation des médiateurs impliqués
- caractéristiques de l'organisme offrant la médiation et statut des médiateurs
- encadrement administratif et professionnel (consultation des pairs, formation continue, interchangeabilité des médiateurs dans les dossiers, charge de travail, productivité et statistiques quant aux dossiers, etc.)

b) La formation du dossier et sa transmission au médiateur

- origines et type de litige faisant l'objet de la médiation
- statut de la médiation dans la loi habilitante
- cheminement de la plainte jusqu'à sa transmission au médiateur (rôle des parties dans la soumission de la demande et traitement administratif du dossier, contenu et prescriptions de la loi)
- prise de contact du dossier par le médiateur (analyse du contenu, contact avec les parties, convocation à la médiation, délais, etc.)

2- LE DÉROULEMENT DE LA MÉDIATION

- préparatifs immédiats (lieux physiques particuliers et leur aménagement, parties en présence et leurs représentants, etc.)
- buts et philosophie de l'intervention du médiateur (formalité qui se concrétise en une seule rencontre ou quelques appels téléphoniques,

long processus d'accompagnement des parties, délai dans lequel le règlement doit survenir, contenu de la loi, etc.)

- déroulement concret des séances de médiation (rôle du médiateur et des parties, nature de l'intervention du médiateur, présence ou pas de représentants, rapports de force en présence et encadrement par le médiateur, etc.)
- gestion par le médiateur des informations obtenues en cours de médiation
- recherche et limites acceptables du compromis (type de conflit, rôle de la loi et des règles d'ordre public, rôle de persuasion du médiateur, incitatif à régler, etc.)
- administration et valeur juridique du compromis
- cheminement postérieur du litige non réglé et rôle (ou intervention ultérieure) du médiateur
- protection juridique

3- BILAN ET REGARDS SUR LE PROCESSUS DE MÉDIATION

- avantages et inconvénients du modèle de médiation existant
- productivité, efficacité et réalisations du système (satisfaction des parties, du médiateur, coûts, délais, types de règlement, etc.)
- les buts recherchés par les parties et leur comportement face à la médiation et lors des séances de médiation
- améliorations souhaitables

Gilles Trudeau
Professeur
Faculté de droit
Université de Montréal
(514) 343-6469
gilles.trudeau@umontreal.ca

Diane Veilleux
Professeure
École de relations industrielles
Université de Montréal
(514) 343-7151
diane.veilleux@umontreal.ca